DE-13-111 R.50823

LIBRERIA

DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,

QUE COMPUSO

DON JOSÉ FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CÓRTE,

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

EL LICENCIADO DON JOSÉ MARCOS GUTIERREZ:

Obra, no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios, y á toda clase de personas.

PARTE PRIMERA.

De las cosas públicas y privadas, de los modos de adquirir el dominio de éstas, de las últimas voluntades y herencias abintestato, de mayorazgos, patronatos y capellanías, del comercio terrestre y marítimo, de los oficios públicos y otras varias materias, con las escrituras y formularios correspondientes á ellas.

TOMO PRIMERO.

SESTA EDICION.

A costa de la heredera del Reformador
Doña Josefa Gutierrez.

MADRID: AÑO DE 1825.

IMPRENTA DE D. FERMIN VILLALPANDO, IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.

Se hallará esta obra con la Práctica Criminal de España del mismo Autor en la librería de Fuente, calle de la Almudena.

Ca tenemos que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes (*Ley* 31, *tit.* 14, *p.* 5.) I debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1, *tit.* 1, *lib.* 2 *Recop.*, *ó* 1. *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Recop.*).

PRÓLOGO.

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

El método de Febrero es muy defectuoso, ó por mejor decir Febrero no ha seguido ningun método. Ni hay órden en los capítulos, ni en los párrafos, ni á veces en los números, cláusulas ni oraciones, de suerte que las materias y especies parecen colocadas por casualidad ó segun han ido ocurriendo á la imaginacion. Solo con ver la novedad que hemos hecho en el órden de los capítulos de la primera parte, de los párrafos del primer capítulo de ésta y de muchos números de aquellos, se conocerá evidentemente esta verdad. Sin embargo, no aseguraremos haber reformado en un todo el metodo del autor, pues para esto sería casi necesario formar la obra de nuevo; y ademas algunas especies útiles muy agenas del lugar en donde se hallan se han conservado en él por no haber otro mas oportuno.

Tambien se advierten no pocos defectos en el lenguage y estilo

de Febrero (1), y nuestro mayor y mas molesto trabajo ha consistido en reformarlos en toda la obra, aunque como lo confesamos francamente, no hemos tenido bastante paciencia para mejorarlos cuanto quisieramos, de manera que puedan tenerse enteramente por lenguage y estilo nuestros, como los que tendriamos en un escrito original. A un sinnúmero de frases ó espresiones impropias se han subrogado otras castizas; á muchos términos bárbaros y anticuados (2) nada necesarios hemos substituido otros cultos que están en uso; y á no pocas voces meramente latinas (3) que usan nuestros jurisconsultos

(1) En prueba de nuestra asercion, he aqui entre otras innumerables algunas espresiones sacadas del tomo primero. = la ley ó estatuto que concierne á la persona... se estiende á los (bienes) *consistentes* en el territorio propio de su origen ó naturaleza, cap. 1, n. 9. = El que quiera instruirse del concepto que se *concilian* estas memorias ó disposiciones privadas &c. núm. 45. = Se *desata* la substitucion egemplar por una de tres causas, n. 159.= Una substitucion que *bajo del compendio de palabras* contiene diferentes substituciones, n. 162. La voluntad humana es *deambulatoria* hasta la muerte, n. 194.=Si... hizo codicilo con la solemnidad comperente, y en él institucion directa de heredero, se *oblicuará* ésta, n 205. = Se desvanecen *las tempestuosas nubes de fraude* con que pretende (Colon) arruinar su legalidad (la de cierto testamento) núm. 214. = Sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite *duplicidad* de testigos, núm. 217. = Esta pena de restitucion (de los gananciales) no se estiende al marido, *porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como ella lo es de él*, n. 245. = Interviniendo en su revocacion (la del codicilo) la misma solemnidad que en su *confeccion*, n. 261 = Es acto de *nudo ministerio*, n. 272. = A menos que ocurra *gravacion* de enfermedad, 298. = La dote... *es como una manera de donacion*, c. 2, n. 2. = Delito *productivo de pena*, cap. 3, n. 32 al fin. = Los soldados que estan en campaña para entrar en *bélica funcion*, n. 33.= Tocante á estilo, sirvan de egemplos los nn. 75, 84 y 118, cap. 1, y los nn. 41 y 43, cap. 2, aunque se encuentran muchos aun mas desaliñados.

(2) Véanse aqui unas cuantas voces bárbaras ó anticuadas de que usa Febrero = Aducir, careciente, componible, conditor, deprecativamente, fictamente, imputabilidad, infringir, inventariante, irrevocacion, repetentes, reprobatorio de los reprobantes, subdistinguir, subingresion, subrogante, superlucrado, supernascencia, uso consumibles &c. &c.

(3) A cada paso se leen en Febrero espresiones latinas, como las siguientes:= Se le considera para este efecto *tamquam si non esset in rerum natura*, cap. 1, n. 8.= La declaracion que haga *in articulo mortis* n. 28. = El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea á Carpio..... que.... la esolico *pro dignitate* mejor que ningun otro, n. 99. = Se graduaria como donacion entre marido y muger, ó de pacto *ad invicem succedendo*, n. 112 al fin. = La legitima de los descendientes es *debitum juræ naturæ*, y la de los ascendientes *debitum causa æquitatis, aut pietatis, & jure positivo*, n. 125.= Por no existir *in rerum natura*, n. 129. =Hace al hijo *sui juris* n. 130. = Testa *nomine propio*, n. 154. = El testamento *in scriptis*, n. 202. = Vale

se ha dado la correspondiente traduccion. Como el lenguage de casi todos estos, hablen en latin ó en romance, es bien desaliñado y tosco, no es de admirar que jamas haya ocurrido á ninguno desterrar de la noble jurisprudencia y del respetable foro semejantes espresiones. Pero apesar de su autoridad y de la veneracion en que quiera tenérseles, ¿por qué á la espresion *escepcion de la non numerata pecunia* no se ha de substituir la de *escepcion del dinero no entregado*? ¿por qué á la de *dacion in solutum* no se ha de substituir la de *dacion en pago*? ¿porqué á la de *donacion causa mortis* no ha de substituirse la de *donacion por causa ó temor de muerte*? ¿por qué á la de *capitis diminutio* no ha de substituirse la de *mudanza, pérdida, caida ó mengua de estado*? ¿por qué á la de *suceder in capita ó in stirpem* no ha de substituirse la de *suceder por personas ó por estirpes*? Igualmente, ¿porqué se ha de decir contraer matrimonio *in facie ecclesiæ*? ¿Son necesarias estas voces latinas? ¿Se contrae matrimonio cuándo es de ningun valor por no haber intervenido las solemnidades que prescribe la iglesia? Asi hemos purgado el lenguage técnico de nuestra jurisprudencia de muchas espresiones latinas que eran otras tantas manchas que la afeaban. Ahora falta que los jueces, abogados y escribanos adopten las voces que á ellas hemos substituido. A la verdad, como desconocidos en la república de las letras carecemos de la autoridad necesaria para introducir voces en nuestro idioma; pero fuera de que solo hemos hecho el papel de traductor, atiéndase á si merecerá nuestro pensamiento la aprobacion de los escritores cultos y amantes de la pureza y hermosura del habla castellana.

jure fideicomissi, porque por defecto de solemnidad no puede valer *jure directo*, n. 206. = Los testamentos, ya sean ó no *ad pias causas*. Bienes... adquiridos *intuitu ecclesiæ*, n. 222. = Conjuntos *in re et verbis*, n. 230 al fin. = Si el difunto deja hermanos *ex uno latere... y ex utroque latere*, n. 232. = Debe usar de ellos á arbitrio de buen varon... *salva filiis substancia*, n. 251. Esto es lo que mi corta penetracion alcanza, y seguiria *in judicando et consulendo* Aunque busqué el caso *in terminis*, núm. 256 al fin. Lo demas es *mixti fori*, n. 283. = Se entra á su goce *jure succesivo*... y no *jure hæreditario*, n. 285. = Por lo que se da *ratio matrimonii*, cap. 2, n 1. = Puede proceder el juez *ex bono, et æquo*, n. 2. = Surte los efectos de la cláusula *rato manente pacto*, n. 44. = El contrato con pacto de *futura succesione certo modo dividenda*, cap. 8, n. 33 al fin. = Debió Febrero, escribiendo en un tiempo tan culto, poner en nuestro idioma las muchas espresiones que puso en el latino, siguiendo á los autores antiguos; y fue una necedad muy estraña y aun vituperable en él que usase de infinitas espresiones latinas, no pudiendo ignorar que es rarísimo el escribano que entiende el idioma latino.

Esta reforma de lenguage y estilo es tanto mas útil y aun necesaria, que la presente obra es casi la única que estudian nuestros escribanos, y la que asi en los principios como en el curso de su carrera manejan mas los profesores de jurisprudencia, entre quienes hay no pocos, especialmente en las provincias, que usan todavia de un lenguage bastante oscuro é impropio, y aun chabacano y grosero (4). Causa fastidio y risa leer sus escritos en las causas forenses. La ciencia de los Demóstenes y Esquines, de los Cicerones y de los Hortensios, otras veces tan galana y pomposa en el foro, se nos deja ver hoy no poco desaliñada y tosca. Y ¿qué es de estrañar cuando tienen un mal lenguage y estilo los libros que estudian nuestros profesores Por tanto, si hemos conseguido mejorar notablemente en esta parte la Librería de Escribanos, como que anda en las manos de todos, podremos lisongearnos de que antes de mucho tiempo serán bastantemente mas cultos que en la actualidad nuestros abogados y escribanos.

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

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

muchas redundancias y superfluidades (5) hacen tan confusa como molesta la leyenda de nuestras escrituras, y en esto se ha egercitado principalmente nuestra reforma; por manera que no dudamos asevérar que despues de haberlas leido mejoradas no podrán leerse sin fas-

(5) Es muy digna de correccion la superfluidad y redundancia que se notan en el formulario de nuestras escrituras, y que seguramente habia de haber rectificado Febrero, no dejándose llevar de la corriente de los formularistas antiguos. Léanse estos dos egemplos de cláusulas redundantes. »Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, rulos y de ningun valor ni efecto, como si no los hubieran contraido, y los otorgantes recíprocamente uno al otro por libres é indemnes entera y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas; se dejen en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesiten para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio sin licencia, intervencion ni consentimiento de el otro, del mismo modo que antes lo podia practicar sin diferencia, y como si jamas hubiera habido tales esponsales, á cuyo fin se desisten, y separan de todas las acciones que para impedirselo les competian, las que dan por instintas, fenecidas y acabadas: se devuelven las referidas alahjas, y suplican á los señores jueces competentes los hayan por apartados y libres enteramente para disponer de sus personas segun les convengan. Y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como ésta ✠ se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total ni parcialmente, y si lo hicieren quieren que á mas de no oirseles en juicio ni fuera de él se les compela á su observancia, y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, *añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato.* Y al cumplimiento de éste obligan sus personas y bienes muebles, raices, &c." cap. 2, n. 64. (*En esta obra es el cap.* 22, *n.* 70.) = »La cual le dona con toda su fábrica, &c. por libre de todo gravámen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y espreso, Y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera, desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores de la posesion y dominio, ó propiedad, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que á la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mistas, directas, egecutivas y demas que le competen en el mencionado Juan Fernandez, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su propio negocio, para que la goce, y sin dependencia, ni intervencion del otorgante, la cambie, enagene, use y disponga de ella como de cosa suya adquirida con justo legítimo título, y tome y aprenda de su autoridad, ó judicialmente la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento le pertenece; y para que no necesite tomarla, y antes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto puede disponer de ella libremente á su arbirrio, formaliza á su favor esta escritura, de la cual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las que sin mas acto de aprension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido y transferidosele dicha posesion, y en el ínterin se constituye su inquilino y precario poseedor en legal forma, y á este efecto le entrega los títulos de su per-

tidio, segun las estendió el autor, quien no dejó de conocer dichas redundancias.

Nuestro primer ánimo fue el de mejorar el lenguage y estilo de Febrero sin alterar su contenido en cuanto á las ideas y doctrina, corrigiendo ó aclarando por medio de notas lo que fuera digno de enmienda, ó exigiese alguna esplicacion; pero en breve advertimos que este pensamiento no podia llevarse á egecucion sin hacer muy voluminosa la obra. En verdad, las notas para corregir los yerros que son muchos, para esplicar los pasages ó espresiones oscuras que son innumerables, para hacer ver la falta de esactitud y sus equivocaciones en varios de sus conceptos y en la inteligencia de los autores, habrian abultado casi tanto como la obra principal. Asi que, fue forzoso tomar el prudente arbitrio de hacer todo esto en su mismo contenido, aunque á veces para mayor ilustracion y desengaño hemos contradicho en algunas notas errores, acaso nunca refutados, que conviene desarraigar, y hecho esplicaciones que no se debian omitir. Las definiciones y divisiones, por egemplo, que tanto conducen para la mayor claridad y el mas perfecto conocimiento de las materias que se tratan, y sin las cuales todo es confusion y embrollo, son inesactas y defectuosas en Febrero, y en vez de dejarlas como estaban, poniendo al pie de las páginas otras mejores, las hemos perfeccionado ó substituido otras en su propio lugar. Para conocer bien toda esta mejora es indispensable un detenido y molesto cotejo de muchas páginas, y como pocos ó ningunos profesores hábiles podrán ó querran tomarse semejante incomodidad, por ventura no nos harán en esta parte algunas personas toda la justicia que se nos debe hacer. Sin embargo de que habiamos hecho bastante estudio de la Librería de Escriuanos antes de ocurrírsenos su reforma, no advertimos hasta tener adelantado este trabajo lo mucho que habia que corregir en ella.

Ademas de dichas notas hemos puesto otras varias con algunas doctrinas ó especies de que frecuentemente se ofrece hacer uso, aunque considerando que no debiamos dilatar sobremanera una obra que dejamos con la correspondiente estension, hemos sido en esto mas económicos de lo que pensábamos ser, fuera de que en esta primera

tenencia á mi presencia, de que doy fe, con arreglo á lo prevenido en las leyes octava y nona del título trigésimo, Partida tercera, para que de esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno á la prenotada casa, y esta donacion sea perfecta y estable en todas sus partes." cap. 3, n. 47. (*En esta obra es el cap.* 21, *n.* 42.)

parte hemos omitido algunas notas que serán mas oportunas en la segunda, donde se vuelven á tratar diferentes materias con mayor amplitud. Igualmente damos noticia en otras de las Reales órdenes publicadas despues de la muerte del autor que hacen al propósito.

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

Tambien hemos omitido muchas de las innumerables citas de la obra. Al parecer Febrero se dejó llevar del envejecido prurito de ostentar grande lectura, erudicion y manejo de los cuerpos del derecho y de los autores de jurisprudencia. Asi vemos su Librería atestada de citas de leyes romanas y canónicas, aun cuando apoye enteramente sus proposiciones en otras nuestras. Asi vemos tambien en su Librería, como si no fuese suficiente valerse de los infinitos jurisconsultos que tenemos, los nombres de Afflictis, Corbulo, Lorter, Mansi, Marinis, Lobo, Paris, Layman, Donadeo, Gamma, Merlin, Rimini y otros muchísimos autores estrangeros que ningun letrado sensato tomará en sus manos, y que bien pueden ya en nuestros dias sepultarse enteramente en el olvido. Pero nosotros considerando que es tan superfluo como ridículo el lujo literario de llenar la mitad de las páginas de dichas citas, al paso que hemos enmendado muchas equivocadas, hemos omitido muchísimas de ellas, conservando todas las de leyes pátrias. Si alguno (lo que no esperamos) echase menos las largas *retahilas* de citas de leyes civiles y autores, las encontrará en cualquiera de los que se citan, puesto que tuvieron el recurrir á ellas por el mejor medio para componer facilmente muchos y gruesos tomos de á folio en aquellos tiempos lastimosos en que, como dice

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

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

**

un magistrado español, solo se oia en los tribunales de la nacion *ignorantes rábulas ó leguleyos*, y molestos declamadores ó vocingleros que apoyaban la justicia de sus partes en un indigesto amontonamiento de autoridades, burlándose á cada paso del espíritu de la leyes con dar mas peso á los caprichos de unos necios y bárbaros intérpretes (8).

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

Esta obra, que segun dice el mismo Febrero, *es la mas clara, completa y copiosa que se conoce en nuestro idioma*, basta por sí sola, prescindiendo de la práctica, para que un escribano pueda desempeñar muy bien su ministerio, siempre que la estudie, como corresponde: y sin ella jamás podrá cumplir ni aun medianamente con sus deberes. Su misma lectura pone de manifiesto que es imposible egercer debidamente los escribanos su oficio sin saber mucho de jurisprudencia; pues de lo contrario forzosamente han de cometer infinitos absurdos que originen costosos é interminables litigios, y de que sean víctima innumerables ciudadanos en sus bienes y derechos. No es esto decir que haya de tenerse en la memoria toda la Librería de Escribanos, sino que todos estos deben leerla y estudiarla con reflexion cuanto se lo permitan sus ocupaciones, y tenerla siempre á la mano para los casos que se les ocurran.

Al mismo tiempo esta obra no solo es necesaria á los escribanos sino tambien utilísima á toda clase de personas, mayormente despues

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

que intimamente persuadidos de que el lenguage de la jurisprudencia puede y debe ser no como el de los desaliñados y confusos glosadores, sino claro, natural y sencillo que le entiendan aun los mas rudos, le hemos dado toda claridad posible, quitando cuando sin necesidad alguna estaba escrito en idioma latino que aun casi todos los escribanos ignoran, omitiendo todas las vanas y oscuras sutilezas, y usando solo de palabras y espresiones que todos entiendan, ó esplicando á continuacion las que no todos hayan de entender, como se verá en las leyes de Partida que se insertan. Por tanto reformada y mejorada en los términos espuestos la Librería de Escribanos, á cuyo título podria substituirse *el de Librería de Derecho Español para toda clase de personas*, ú otro semejante, es indudablemente la obra de jurisprudencia española entre todas cuantas tenemos, que mas puede instruirnos y en menos tiempo, y la única de que pueden valerse nuestros compatriotas para cumplir con un importantísimo precepto de nuestras leyes que imponen á todos, fuera de la muger, del menor, pastor y simple labrador ó aldeano, la obligacion de saberlas, prohibiendo que se les admita su ignorancia por escusa. Este mandato que nunca se ha observado, ni ha sido posible observarse por falta de libros que facilitasen su ejecucion, podrá verse cumplido en nuestros dias con grande beneficio de la nacion mediante el Febrero reformado y anotado, sobre cuyas materias como las de testamentos, herencias, particiones, contratos, &c, se ofrecen frecuentes casos á todos y en todos los pueblos de la península.

En el prólogo de esta primera parte que hemos omitido por difuso é impertinente, prueba Febrero con varias leyes, autoridades y razones (9) que el cargo de escribano es noble y honorífico; pero

(9) La ley 3, tit. 8, lib. 3 del Fuero Real llama público y honrado al oficio de Escribano. La ley 2, tit. 19, P. 3 dice que el que ha de egercerle debe ser cristiano, hombre, libre y sugeto de buena fama. La ley 3 sig. trae estas palabras. »Poner Escrivanos es cosa que pertenesce á Emperador, o á Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del señorío del Reino. Ca en ellos es puesta la guarda é lealtad de las cartas que se fazen en la corte del Rey, é en las ciudades, é en las villas. E son como testigos públicos en los pleytos, é en las posturas (pactos) que los omes fazen entre sí. E por ende, lugar de tan grande guarda, é de tan gran lealtad como éste, non es guisado (justo) que ningun ome aya poderio para otorgarlo, si non fuere Emperador, ó Rey, o otro á quien otorgasse alguno dellos poderio señaladamente de lo fazer." La ley 14 del mismo título y partida manda que quien deshonrase, ó hiriere á algun escribano pague dos tantos mas de lo que pagaria, sino lo fuese. Ademas para ser admitidos á examen los escribanos deben justificar con citacion

nosotros creeriamos hacer agravio á esta honrosa y decente profesion si nos detuviésemos á demostrar semejante verdad, ¿Quién podrá dudar al presente de sus prerogativas y privilegios? ¿Quién en la actualidad ha de reputarla baja y despreciable? Y si no obstante hubiese algunos necios orgullosos que la tengan en tal concepto, por ignorar en qué consiste el verdadero honor, debe despreciarse antes que refutarse su opinion. El abuso de tan decoroso ministerio no debe degradarle, como ni á los demas de la república, de la estimacion y aprecio que le son debidos.

Hasta aqui el prólogo de las tres ediciones anteriores; pero con motivo de las novedades hechas en esta es forzoso darle alguna mas estension.

En nuestra primera reforma, mejora y adiciones del Febrero no hicimos á la verdad cuanto podiamos haber hecho, ya porque varios motivos que callamos, nos hacian desconfiar de verle publicado, y ya por el grande deseo que teniamos de dedicarnos á la composicion de la Practica criminal de España, por la que nos instaban muchos sugetos de la córte y de las varias provincias del reino, lamentándose de la suma falta que hacia á la nacion; pero incontinenti que la dimos á luz, nos dedicamos con todas veras y esclusivamente á continuar los trabajos hechos antes en varios intervalos y dirigidos á poner nuestro Febrero en el pie en que debe estar, haciéndole mucho mas util que lo era, en cuanto lo permitiesen nuestras fuerzas. Y con efecto habiendo finalizado nuestro trabajo, daremos brevemente noticia de las mejoras hechas en la obra.

Primeramente la leimos toda con el mayor espacio y cuidado para pulir aun mas su lenguaje, para aclarar todos los pasages que hubiese oscuros todavia, para omitir lo que no se hubiese quitado mereciendo serlo por inútil ó perjudicial, para evitar algunas otras repeticiones que se habian escapado á nuestra diligencia, para añadir

del procurador síndico ante las justicias de sus domicilios limpieza de sangre, legitimidad, fidelidad, habilidad, buena vida y costumbres. (Leyes 1, 2 y 3, R. ó 3, tit. 15, lib 7, 7 y 8, t. 23, lib. 10, y 4, t. 15, lib. 7 N. R. y autos 1 y 13, t. 25, lib. 4, R ó 5 y nota 7, tit. 15, lib. 7 N. R.) Para la validacion de lo mandado por los jueces han de autorizarlo los escribanos, y asi firman con ellos. Finalmente para poder los secretarios del despacho universal autorizar los testamentos y contratos de personas reales se les espide notaría de reinos sin embargo de lo alto y elevado de sus empleos. (Esto se ha tomado del prologo de Febrero, y ademas puede verse la obra que sobre esta materia escribió y publicó en Valencia en 1794 y siguientes en tres tomos en cuarto Don Juan José Sancha, escribano de S. M. y del colegio de dicha Ciudad.

varias notas útiles á las puestas anteriormente y estender con doctrinas importantes algunos capítulos breves, como asi lo hemos hecho. Al mismo tiempo trasladamos á otros lugares oportunos varias doctrinas colocadas en donde no le correspondia, por cuya razon no hallándose donde antes estaban, deben suponer en otras partes, y examinamos cuanto en la primera reforma habiamos condenado como mero farrago, por si habiamos espelido algo infundadamente para restituirle á la obra; pero todo mereció nuestra segunda sentencia condenatoria.

Asimismo hemos quitado los apéndices de Reales órdenes puestos literalmente al fin de varios capítulos, y que abultaban demasiado, y hemos espuesto sus disposiciones en los lugares mas oportunos de los mismos capítulos para la mayor utilidad y comodidad de los lectores, y para abreviar en lo posible una obra que por otra parte hemos dilatado con muchas cosas útiles. Véase por egemplo el capítulo de los mayorazgos, y se advertirá desde luego que sin embargo de haberse publicado recientemente muchas reales órdenes sobre ellos se espresa lo sustancial de estas dentro del mismo capítulo, como si el autor original lo hubiese compuesto teniéndolas á la vista. Asi hemos escusado dichos apéndices que no correspondian en una obra como la del Febrero, que no es ni debe ser una recopilacion de cédulas como la de Aguirre ú otras, mayormente teniendo ya los pueblos y profesores la Novísima Recopilacion en donde se han insertado las Reales órdenes modernas, y habiendo de publicarse anualmente un cuaderno de todas las del año anterior. Si lo pusimos en nuestro Febrero, fue por la prisa que teniamos en darle á luz, despues de haber padecido sin culpa nuestras varias retardaciones su publicacion; y este defecto que ahora enmendamos y confesamos francamente, no pudo enmendarse en la segunda ni tercera impresion, ya por estar ocupados en la Práctica criminal, y ya porque pensábamos enmendarlo en esta cuarta edicion.

Tambien hemos quitado como inútiles ó perjudiciales varias de las citas que dejamos en nuestra primera reforma, ya por ser de leyes romanas á que no debemos recurrir, ya por ser de autores estrangeros de ninguna nota, ó sumamente raros que apenas se encontrará quien los tome en sus manos. ¿Cuántos letrados tendrán en España por egemplo el Morquecho, el Guerreiro y el Rolando, que incesantemente cita Febrero en su tratado de Particiones? Y ¿para qué son sus citas, si estas no han de evacuarse? Por otra parte hubiéramos

querido citar solamente las leyes pátrias, y no lo hemos hecho porque acaso no faltan todavia letrados rancios y preocupados que hacen algun aprecio de los intérpretes; sin embargo de que han perdido infinito de su crédito, y cada dia se aumenta el desprecio de ellos. En nuestra *Práctica criminal de España* solo se citan las leyes del reino, apesar de hallarnos inundados de autores criminalistas, y nadie que sepamos, nos ha vituperado hasta ahora por ello, ni los ha echado de menos. Mas al mismo tiempo para la mayor comodidad de las personas que tengan la Novísima Recopilacion, citamos tambien como leyes de ella las leyes Recopiladas, y juntamente infinitas de las Reales órdenes ó disposiciones modernas que se han insertado en aquel código nacional, lo cual no ha dejado de costarnos bastante trabajo y molestia, por no haber en él un índice que esprese el lugar que ocupa cada una de ellas.

Pero el mas dilatado, importante y molesto trabajo que hemos hecho, ha sido el de componer muchos capítulos que hacian notable falta en la obra. Para desempeñarle debidamente recorrimos diferentes veces en nuestra imaginacion, en los códigos nacionales y en muchos libros de autores pátrios todas las materias de jurisprudencia general, á fin de tratar de cuantas no hubiese tratado Febrero, ni tampoco hubiésemos tratado nosotros en el referido tomo de Adiciones. A consecuencia de esto se verán ahora en nuestro Febrero diferentes capítulos tocantes al comercio terrestre que se halla en en los dos libros pertenecientes á el del autor de la Curia Filipica, y que sin embargo pasó en silencio Febrero. Es verdad que no se encuentran en esta obra algunos otros que trae Hevia Bolaños; pero es porque su doctrina es en parte inutil actualmente, y en parte esta contenida en otros capítulos del Febrero ó de los añadidos á él.

Tambien se verán ahora en nuestro Febrero todos los capítulos respectivos al comercio naval y marítimo. Es cierto que Hevia Bolaños trató de éste con estension, mas como lo hizo ha cerca de dos siglos, y en tan dilatado tiempo han variado tanto las circunstancias, y ha habido tantas novedades, se encontrará poquísimo en su libro del Comercio Naval que pueda servir al presente á nuestros profesores, como podemos asegurarlo despues de haberle examinado cuidadosamente para aprovecharnos de sus doctrinas, haciendo un trabajo bien molesto y casi del todo inutil. Asi es que en nada se parecen nuestros capítulos á los del citado autor respecto á dicho comercio, lo cual puede tambien decirse con poca diferencia de

los capítulos sobre el comercio terrestre.

Al mismo tiempo que examinamos el comercio naval de Hevia Bolaños, leimos tambien con el mayor cuidado cuanto espuso acerca de él su ilustrador; pero en éste apenas encontramos mas que un gran cúmulo de especies embrolladas y vertidas sin ningun método, crítica, ni buena eleccion, acompañadas de la erudicion pedantesca de innumerables citas de autores, por la mayor parte estrangeros; de suerte que apenas hallamos en su profusa ilustracion, que mas bien llamariamos *tenebrosa oscuridad*, especie digna de adoptarse y trasladarse á nuestros capítulos.

Despues de estos autores ningun otro profesor nuestro, que sepamos, ha escrito ningun tratado jurídico de comercio marítimo que pueda servir á los jueces y letrados, y mucho menos para la enseñanza de los principiantes, por cuya razon no podia dejar de hacer semejante obra suma falta á la nacion. En esta inteligencia hemos compuesto todos los capítulos que podian comprehenderse bajo el nombre de Comercio marítimo, y creemos, despues de haber leido y meditado mucho acerca de éste, se encontrarán en ellos los mejores principios que se han discurrido hasta ahora sobre él, y las doctrinas mas necesarias y útiles que pueden esponerse con arreglo al derecho de gentes y á la legislacion hispánica.

Con todos estos capítulos y algunos otros colocados al principio de este tomo primero, se nos ocurrió que podiamos dar algun sistema ó plan á la obra, que aunque mejorada respecto al método en nuestro Febrero reformado, no le tenia, ni podia tenerle, por ser mas bien un conjunto ó una miscelanea de materias jurídicas sin el correspondiente enlace entre sí. Por lo tanto hemos dividido la primera parte en dos secciones: una de las cosas pertenecientes á los pueblos y de los modos de adquirir el dominio de las cosas privadas, especialmente de la sucesion testamentaria y abintestato, y de otros que tienen alguna relacion con ella; y otra del comercio terrestre y naval ó marítimo. Pero como trae Febrero algunas pocas materias que no pueden comprehenderse en ninguna de las dos secciones, las hemos colocado al fin de esta primera parte bajo el título de *Apéndice*.

Tambien se nos ocurrió que podia añadirse al título de Librería de Escribanos, y *de Abogados y Jueces*, pues con las muchas adiciones referidas vendrá á ser entonces para ellos nuestro Febrero una especie de librería, ya por tratarse en él bastantemente de todas ó casi todas las materias generales de nuestra jurisprudencia, y aun de

otras que no se tratan en nuestras leyes, ó solo ligeramente, ya porque les escusará una librería ó muchos libros que sin nuestro Febrero necesitarian, y ya porque con éste apenas tendrán que echar mano mas que de los códigos nacionales. Luego que se haya publicado enteramente esta cuarta edicion, no nos opondrá, segun creemos, ningun profesor algun reparo sobre la adicion espresada.

Por último, hemos colocado en sus respectivos lugares todas las adiciones que se hallan en el tomo séptimo y último de la obra, por cuya razon conviene trasladar aqui la mayor parte de su prólogo.

"Asi como Febrero puso al fin de cada capítulo las escrituras correspondientes á él con el fin de que los escribanos, para quienes compuso su obra, teniendo modelos que seguir é imitar, aprendiesen á otorgarlas; asi tambien nosotros considerando que aquella es no menos necesaria á los letrados y aun la mas instructiva de su facultad que pueden tomar en sus manos, damos ahora al público en los lugares oportunos los muchos y principales libelos ó pedimentos que omitió Febrero, y pueden ofrecerse sobre las materias de la I. P. y en los juicios de la II. para que los profesores de jurisprudencia los encuentren reunidos, y puedan con suma facilidad aprender á formarlos y aun recordar el modo de hacerlos en los casos que se les ofrezcan, cuando no le tengan bien presente: cuyo pensamiento nos parece muy util, y á nuestro parecer agradará mucho á todas las personas que hayan de seguir la carrera de la abogacia."

"Los libelos á escepcion de algunos que se han tomado de las Instituciones Prácticas del señor Conde de la Cañada y de la Práctica del Consejo Real de Don Pedro Escolano, son de los que trae el Señor Elizondo en su Práctica universal forense; pues aunque nosotros pudieramos haberlos formado suponiendo diferentes casos, creimos deber ahorrar algun tiempo para emplearle en cosas mas necesarias ó útiles. Si esceptuamos los libelos del señor Conde de la Cañada y de Escolano, apenas se habran publicado algunos otros que puedan leerse sin fastidio, fuera de los del señor Elizondo, pero sin embargo su lenguaje y estilo merecian corregirse, y asi lo hemos hecho cuidadosamente para contribuir en todo cuanto esté de nuestra parte á desterrar del foro la rusticidad y barbarie que apoyadas en la mas rancia antiguedad y en la prescripcion de tantas centurias, pretenden con tan obstinado empeño conservarse en su posesion, que es cosa muy árdua y espuesta desalojarlas ó despojarlas de ella. Asi hemos declarado la guerra a algunas voces bárbaras a cierta especie de pleonasmos

ó repeticiones inútiles, á muchas espresiones impropias y obscuras, y á varias transposiciones violentas ó mal sonantes que aun se encuentran en dichos libelos: así hemos corregido ó escluido entre otras las espresiones *en nombre del concejo, justicia y regimiento: girar negociaciones* (1): *segun y como estaba al tiempo de &c.*: *marido y conjunta persona: fecho y fecha: se devuelva y restituya: tuvimos y procreamos de nuestro matrimonio: pasar á contraer segundas nupcias* (2): *de los bienes que quedaron por fin y muerte de &c.*: *partan y dividan &c.*: *declatar por nulo y de ningun valor y efecto*: *para que en su egecucion y cumplimiento no se ponga impedimento ni embarazo*: *inhibirse, abstenerse y exonerarse*: *se me ha dado traslado del escrito ó demanda* presentada de contrario *en tantos: predicho y predicha, bienes, caudal y efectos*: *es hijo legítimo y de legítimo matrimonio*: *publicacion de las probanzas en ellos* (en los autos) *practicadas* (3): *dió en arrendamiento una casa* suya propia: *pues así es de hacer por lo que de autos resulta, general, favorable y siguiente: A V. pido y suplico* (4): *la informacion que incontinenti ofrezco* (5): *proveer y determinar: se sirva condenarle á que dé y entregue á &c. la insinuada finca* interin y hasta tanto; y en fin, *que repito por conclusion.*"

»Asimismo, como nosotros queremos hablar siempre, de suerte que toda clase de personas nos entienda, no decimos: *demanda por la accion* ex empto: *por la accion* ex vendito: *por la accion* locati: *por la accion* conducti, *por la accion* commodati, *por la accion* familiæ erciscundæ, *por la accion* pro socio in primo et secundo casu: *ni pedimento solicitando la disolucion de la compañia in tercio casu, ni in actione pro dote non promisa, ó pro dote repetenda*: lenguage macarrónico tan ridículo por cierto como no correspondiente á la dignidad del foro.

»Las antiguas espresiones *la parte ó las partes, ó mi parte y mis partes* tan usadas en los pedimentos, autos y demas diligencias judiciales, á decir verdad, no nos agradan mucho, y por lo tanto nos complacería que se desterrasen enteramente substituyéndose las de *mi*

(1) Debe decirse *hacer negociaciones*, pues el *girar* es relativo á las letras de cambio.

(2) El *pasar* es enteramente superfluo.

(3) No suena bien sino *practicadas en ellos.*

(4) Nos parece que podrá omitirse el *pido*, y bastará el *suplico.*

(5) Se ha de decir *la informacion que ofrezco hacer incontinenti*, pues como la informacion se ofrece en el mismo escrito, está de mas decir que se ofrece incontinenti.

***

poderdante y mis poderdantes (1), las de *interesado ó interesados, pleiteante ó pleiteantes, litigante ó litigantes, y coligante ó coligantes*, unas veces de una y otras de otras, segun corresponda, ó puedan usarse; y aun muchas veces en lugar de las palabras tachadas podria hacerse un buen uso de los nombres propios. Pero sin embargo, los antiguos títulos que pueden producir á su favor dichas espresiones, y su posesion inmemorial en toda la península y en todos nuestros paises ultramarinos nos han causado tanto respeto que no hemos osado substituirles siempre otras equivalentes, en especial cuando los procuradores hacen mencion en los escritos de su *poderdante ò poderdantes*. Asi debemos esperar á saber, si es del agrado de los profesores en general la novedad que hemos y quisieramos haber hecho en este punto."

»Tambien desearíamos que los letrados en sus escritos, y los escribanos en sus escrituras y demas diligencias propias de su cargo, mencionasen los nombres de los litigantes, otorgantes y otros interesados, sin aplicarles sino rara vez ó con mucha economía los muchos epitetos que suelen agregarles y con que no deja de afearse el lenguage. El *citado, precitado, prenotado, dicho, predicho, susodicho, enunciado, espresado, insinuado, mencionado, nominado, referido, relacionado*, y tal vez algun otro que se nos haya escabullido, son en género masculino y femenino, en singular y plural, la comitiva ó caterva de acompañantes, sin los cuales no comparecen en el teatro del foro fulano ni zutano. Parece se ha hecho una cosa precisa é indispensable por egemplo decir *el precitado, el predicho, el prenotado* (2) &c. don Pedro, aunque al tal don Pedro se le haya nombrado en el escrito un millar de veces."

»En los libelos hemos omitido el *juro*, sin el cual ni se presenta un documento (3), ni se concluye un escrito. Los litigantes hacen

(1) Aunque estas voces no sean de la mas suave pronunciacion, ni las traigan nuestros diccionarios.

(2) Voces de que nunca debiera usarse.

(3) Suele decirse, v. gr. *como resulta de la escritura que presento y juro*: de modo que segun esta espresion asi como la escritura se presenta, se jura tambien, lo cual es un error; y se deberia decir, *que presento con el juramento necesario, haciendo el debido juramento*, ú otra equivalente con que se querria significar *que se presentaba la escritura jurando que no era falsa, ó que no se tenia por tal, que se hacia por creerla conducente para la propia defensa, no por perjudicar ó incomodar al colitigante*, &c.

siempre ó casi siempre lo contrario de lo que se comprende en el juramento (1), y casi todos ignoran lo que juran: de forma que ó por esta razon no hay un verdadero juramento, aunque se use de la voz *juro*, que solo se pone por estilo, y entonces es inútil; ó si le hay en realidad, debiera omitirse para evitar infinitos perjurios. Por los mismos motivos se han omitido las espresiones *en debida forma*, *con la debida solemnidad* ú otras semejantes con que se presentan los instrumentos ó escrituras, y que únicamente pueden aludir al juramento (2). Y si ésta y las demas innovaciones que hacemos no se adaptasen al paladar de nuestros profesores, desprécienlas enhorabuena, y sigan la rutina que se ha seguido hasta el presente."

»No se han puesto libelos para todos los casos, ya porque como estos son innumerables hubiera sido necesario dilatar demasiado la obra, y ya porque aprendiendo bien los que insertamos, que son los mas necesarios, principales y frecuentes podrán nuestros profesores formarlos fácilmente sobre cualquiera asunto, teniendo en él la suficiente instruccion, sin la cual aun cuando se sepan todas las formulas generales, nunca puede dictarse un buen escrito. Por las mismas razones hemos dejado sin ningunos pedimentos algunos capítulos."

»Fuera de los libelos se han insertado en los lugares oportunos todas las órdenes modernas correspondientes á las materias tratadas por Febrero, y promulgadas desde que salió á luz la obra reformada hasta la publicacion de las adiciones."

»Asimismo se han tratado con estension algunas materias que Febrero no hizo mas que apuntar como las de apeo ó deslinde, de administracion y tenuta de mayorazgos, de suplicatorias, &c. y otras que aquel autor pasó enteramente en silencio tales como las de avocaciones, competencias, ausiliatorias, &c. sin embargo de ser partes necesarias y esenciales de los juicios contenciosos, y que por lo mismo no deben ignorarse."

»Finalmente, para que en órden á dichos juicios nada quede á nuestros profesores que desear, les ofrecemos en nuestras adiciones los importantes recursos de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria, de que no trató Febrero, y que no debió haber olví-

(1) Pueden verse en el Febrero reformado P. II, lib. 3, cap. 1 los núms. 82 y siguientes.

(2) Sin embargo, no ha de omitirse el juramento, cuando debe prestarse por disposicion ó motivo particular como en la demanda de retracto, en que el demandante ha de jurar que quiere para sí la cosa de patrimonio ó abolengo.

dado, con especialidad residiendo en esta córte donde pudo haber adquirido sin mucha dificultad la instruccion necesaria en ellos. Para tratarlos con el debido acierto, fuera de las leyes del reino y de la parte V. de la Curia filípica que nos ha suministrado algunas especies, solo hemos tenido presentes, reusando de intento ver otros antiguos, los tres prácticos modernos, el señor Elizondo, el señor conde de la Cañada y don Pedro Escolano, reuniendo en un solo capítulo sobre cada instancia todo cuanto estos escribieron acerca de ella que pueda ser verdaderamente útil en la práctica, omitiendo todo lo demas; de manera que por habernos aprovechado nosotros de toda su doctrina, instruccion y esperiencia, osamos asegurar que en ninguna obra podrán instruirse nuestros profesores de los recursos de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria tan fácil y completamente como en estas adiciones....»

SECCION PRIMERA.

De las cosas públicas y privadas, de los modos de adquirir el dominio de éstas, de las últimas voluntades y herencias abintestato, de los mayorazgos, patronatos y capellanías.

INTRODUCCION.

Como los jurisconsultos romanos referian todo el derecho á tres objetos, á las personas, á las cosas, y á las acciones, definian la palabra *cosa*, *todo lo que es diverso de las personas y acciones*, faltando manifiestamente á la esactitud, puesto que las mismas acciones son tambien cosas. Pero en la jurisprudencia se entiende por la voz *cosa* todo lo que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. Las cosas se dividen en divinas ó humanas: las primeras son las cosas sagradas, religiosas y santas, que no son comerciables, ni puede adquirir nadie fuera de algunos casos particulares, y cuyo tratado corresponde al derecho canónico. De las cosas humanas hay unas *comunes*, que sirven á las aves, y á las bestias asi como á los hombres, y son el aire, el agua-lluvia, el mar y sus riberas: otras *públicas*, que son las que únicamente pertenecen á los hombres: otras de concejo ó universidad; y otras que solo corresponden á los hombres en particular, por lo que pueden adquirir ó perder su dominio, y forman los bienes, riquezas ó caudal de cada uno (1). Del mar, de su ribera, de los rios y puertos hablaremos bastantemente en otro lugar. Entre las cosas propias del comun de algun pueblo hay unas de que cada vecino de éste, sea pobre ó rico, puede usar, y otras de que no puede hacer ningun uso. Las primeras son las fuentes, las plazas donde se celebran las ferias y mercados, las casas consistoriales, los arenales de las riberas de los rios, los egidos, las carreras ó sitios destinados para correr caballos, los montes, dehesas y otros lugares semejantes que sirven para el uso comun (2). Las segundas son los campos, viñas, huertas, olivares y otras heredades, los ganados y otras cosas semejantes que dan algun fruto, ó renta, pues aunque correspondan en comun á todos los moradores

(1) Leyes 2 y 3, t. 28, P. 3. (2) Ley 9, tit. y P. cit.

del pueblo á quien pertenezcan, no puede cada uno por sí aprovecharse de ellas, si bien sus frutos y rentas deben emplearse en beneficio comun de toda la poblacion; en la construccion, por egemplo, ó reparacion de fuentes, en pagar tributos &c. (1).

Á los pueblos pues pertenecen los propios y arbitrios, é igualmente los pósitos ó graneros públicos, y asi de los unos como de los otros conviene mucho dar las mas principales noticias; sin que sea necesario hablar antes particularmente de los baldíos, pastos públicos, montes, dehesas y tierras concejiles, á causa de lo dicho en el capítulo próximo y en el de los arrendamientos.

CAPITULO I.

De los propios y arbitrios de los pueblos.

1 „Nada es mas importante á la causa pública, dice la última Instruccion de corregidores (2), que la buena administracion de los propios y arbitrios de los pueblos," y es superfluo decir mas sobre cosa tan manifiesta, atendida la inversion que debe hacerse de ellos. Hay diferencia entre propios y arbitrios, aunque todo ó casi todo lo dispuesto respecto á los unos ha de entenderse respecto á los otros. Llamamos *propios* ó entendemos por tales aquellos bienes que por algun título pertenecen al comun de cada pueblo, asi como corresponden á los particulares las cosas privadas que poseen. Tambien se entienden bajo el mismo nombre de propios aquellas cosas declaradas por tales en general, ó por valor de ellos en algunas reales órdenes. Cuando estos propios, bien por ser pocos, bien por su mala administracion ó manejo, no han bastado para los gastos ordinarios ó estraordinarios de los pueblos, como ha sido indispensable buscar *arbitrios* para sacar las cantidades necesarias con que suplir dicha falta, se ha dado el nombre de *arbitrios* á los medios ó cosas, por las que se han conseguido. Asi que, los arbitrios de los pueblos son aquellos derechos que por carecer de propios y con facultad real han impuesto sobre el aceite, vino, vinagre, carne y otras cosas ó

(1) Ley 10, tit. y P. cit. (2) Inserta en la real cédula de 15 de Mayo de 1788, cap. 69. Aquella es la ley 27, tit. 16, lib. 7 N. R. y sobre el citado capit. vease la nota 4, tit. 16, lib. cit.

frutos vendibles, como asimismo los impuestos en puertas, mesones y ventas.

2 Desde el año de 1760 hasta el presente se han dado muchas providencias para el mejor manejo de los caudales de propios y arbitrios. Se halla encargada su direccion al supremo Consejo de Castilla, quien debe providenciar lo que juzgue mas conveniente para su buena administracion y legítima inversion de ellos; á cuyo fin despues de haber tomado las noticias mas circunstanciadas sobre los propios y arbitrios de cada pueblo, y sobre su valor y obligaciones ó cargas tiene arregladas éstas, señalada la cantidad á que debe ceñirse en sus gastos y administracion de justicia, fiestas votivas y salarios de dependientes, y procurado haya algun sobrante de propios para redimir censos, si los hay, ó para descargar los arbitrios no habiéndolos. Hay establecida en Madrid una contaduría general, cuyo gefe ha de despachar en el Consejo dos dias á la semana, y ha de consultarse &c. Para la paga de salarios de la contaduría está asignado el dos por ciento del producto de los propios y arbitrios. Los intendentes de provincia tambien han de disponer lo que conceptuen mas justo para la administracion de propios, y para proceder uniformemente tendrán correspondencia con la contaduría general (1).

3 Hay en cada pueblo una junta para entender del gobierno de los propios y arbitrios, y asuntos ó espedientes respectivos á ellos, llamado vulgarmente *junta municipal de propios y arbitrios*. Ha de componerse, segun acuerdo del Consejo (2), del corregidor ó alcalde mayor, donde le hay, en calidad de presidente, y no habiéndole, ni tampoco distincion de estados, del alcalde mas antiguo, con dicha calidad, del regidor decano y del síndico procurador general; y si hay dicha distincion, un año del alcalde por el estado noble y del regidor mas antiguo del estado general, y del procurador síndico; y otro año del alcalde por el estado general, del regidor mas antiguo por el de nobles, y del procurador síndico, asistiendo en ambas juntas el escribano de ayuntamiento ó fiel de fechos. Pero en una real órden posterior (3) se dispone que las juntas, para el manejo de propios y arbitrios se compongan del alcalde primero, regidor decano, síndico procurador y apoderado de acreedores cen-

(1) Segun acuerdo del Consejo de 8 de Diciembre de 1760. Véase la nota 10, tit. 16, lib. 7 Nov. Recop. (2) De 6 de Noviembre de 1761. Véase la not. 17, t. 16, lib. 7 Nov. Rec. (3) De 16 de Febrero de 1762.

sualistas, si los hay, con aprobacion del Consejo ó Audiencia, y no habiéndolos, ó estando hechas las concordias con esta circunstancia, ó manejándose los propios por el ayuntamiento, ha de entrar tambien el regidor tercero. Ademas, en otra órden (1), se manda que donde sean perpetuos los regidores, turnen entre sí de dos en dos años, por manera que en cada uno se nombre uno á quien instruya el que quede del anterior, y ambos desempeñen el encargo. En las mismas juntas han de tener asistencia y voto absoluto los diputados del comun en los mismos términos que se le concedió para el punto de abastos en un auto acordado (2), y los personeros han de asistir sin voto para pedir lo conveniente (3).

4 Tocante al repartimiento de pastos y tierras labrantías de propios ó concejiles, derogando lo dispuesto antes, ha de observarse lo siguiente. Todas las tierras labrantías deben repartirse entre manos legas, esceptuada la senara en los pueblos donde se cultiva de vecinal. En primer lugar se ha de repartir una suerte de ocho fanegas por cada yunta á los labradores de una, dos ó tres, que carecen de tierras suficientes para emplearlas. En segundo lugar ha de darse á los braceros y toda gente acostumbrada á las labores del campo una suerte de tres fanegas, si la piden, en el parage menos distante de la poblacion, aunque la perderán si dejan de beneficiarla, ó no satisfacen la pension. A los pastores y artistas con yunta propia de labor, debe repartirseles como á labradores de una yunta, y no teniéndola han de reputarse en la clase de braceros ó jornaleros. Si hecho el primer reparo sobran tierras, ha de hacerse segundo, y mas, hasta que todos tengan las que puedan labrar, y si todavía sobrasen ó no se necesitasen algunas, se sacarán á subasta admitiendose forasteros, sin que pueda nadie pasarlas á otra mano (*).

5 Los comisarios electores de parroquia nombrarán los tasadores que con intervencion de la junta de propios regulen el tanto, que ha de pagarse á estos por cada suerte sin perjuicio de sus cauda-

(1) De 12 de Julio de 1768. Nota 19, t. 16, lib. 7 Nov. Rec. (2) De 5 de Mayo de 1766. (3) Acuerdo del Consejo de 20 de Noviembre de 1762, y decreto del mismo de 2 de Diciembre de 1767.

(*) En una real provision de 30 de Enero de 1788, ó nota 18, tit. 25, lib. 7 Nov. Recop. se manda que en el repartimiento anual de las yerbas de propios se guarde, en cuanto sea posible, á los ganaderos la costumbre que hubiesen tenido de acomodar sus ganados en los terrenos concedidos en anteriores repartimientos hasta en aquella porcion que les corresponda en calidad y cantidad con proporcion á los demas ganaderos.

les, sobre lo cual deben zelar los corregidores del partido, quedando en libertad los pueblos, en que los vecinos tienen derecho de cultivar los montes ó términos comunes para poder practicarlo. Tampoco se ha de cargar pension alguna en las tierras concejiles de aquellas poblaciones, en que ni son de propios, ni tienen sobre sí arbitrio alguno, ni jamas se ha pagado. Para las roturas prohibidas por ley debe solicitarse la licencia del Consejo. En las dehesas de pasto y labor donde ésta se hace á hojas, cada vecino ha de tener la mitad de la suerte en una y la otra mitad en la otra (1).

6 Los mismos comisarios han de nombrar tambien tasadores, que con igual intervencion tasen la bellota y yerba, cuya tasacion ha de publicarse con término de quince dias, para que en ellos pidan los vecinos, y se les repartan por la tasa los pastos ó bellota que necesiten para sus ganados, haciendo constar que lo son; y no habiendo para todos, han de dividirse proporcionalmente, atendiendo á los de menor número, que no pueden salir á buscar dehesas á territorios estraños. Cuando en los pueblos algunos vecinos tengan tan corto número, que no pueda repartírseles terreno separado, han de señalarse el competente, para que todos los de esta clase puedan meter sus reses regulando su precio á diente y por cabezas. Si por no haberse pedido rompimiento en todo ó parte, quedan, despues de acomodados todos los vecinos, pastos sobrantes de una ú otra especie, se sacarán á subasta por el precio de la tasa, se admitirán forasteros y rematarán en el mejor postor: no debiéndose admitir nueva tasa, tanteo, ni preferencia sobre el precio del remate, por privilegiado que sea el ganado, y solo podrán usar los interesados de los remedios ordinarios de derecho (2). Se han de estimar por estraños á los vecinos de los pueblos inmediatos, y no han de concedérseles en los sobrantes que se saquen á subasta, preferencia ni tanteo, sino es que los tengan por leyes municipales ó por especial privilegio (3).

7 Las juntas deben formar una relacion del valor que hubiesen tenido las tierras propias y concejiles de labor, pastos y bellota en cada quinquenio, para que en vista de aquella hagan la tasa los tasadores del siguiente; y cuando estos conozcan en los pastos y fruto de bellota, no en las tierras labrantías, que no pueden tener igual valor que en el quinquenio anterior, subsistiendo el que regulen con-

(1) Real provision de 26 de Mayo de 1770. (2) Provision cit. (3) Real decreto de 14 de Enero de 1771.

veniente, se dará cuenta al intendente con una declaracion formal de los tasadores, donde espresen la causa, ó causas de la rebaja, para que resuelva lo que mas convenga, y nombre, si le parece, otros tasadores forasteros (1).

8 Han de procurar las juntas municipales que los productos tengan todo el aumento posible, ó al menos que no se disminuyan, pues si se justifica colusion en la subasta ó repartimiento, ocultacion ó desmembracion de alguna parte de los rendimientos, ó que con título de adeala ó sobreprecio se disminuya el producto legítimo para invertirle arbitrariamente las juntas en usos no permitidos, serán responsables de su importe con la pena del cuatro tanto. A fin de que se logren tales aumentos han de cuidar de que se saquen á pública sabasta en tiempos oportunos, y se admitan las posturas y mejoras que hicieren personas conocidas ó abonadas, con esclusion de los capitulares ó dependientes de ayuntamiento y junta que no deben tener parte directa ni indirecta (*). Las juntas no pueden celebrar estos arrendamientos por mas tiempo que el de un año, escepto que se halle ampliado al de tres en alguna provincia, ó pueblo por órden general ó particular; pero si en algun lugar se cree conveniente hacerlos por mas tiempo, se representará al Consejo. Los arrendadores han de dar fianzas bastantes y libres de toda otra responsabilidad, en la inteligencia de que las juntas quedan por su admision responsables á la quiebra; y en la administracion, cuando por falta de pastos sea necesaria, han de observarse las reglas prescriptas en la instruccion del año de 45 y demas órdenes de la coleccion de cédulas de propios (**), presentando con la cuenta general la particular del ramo ó ramos que se administren con intervencion del contador, y

(1) Decreto de 23 de Diciembre de 1771.

(*) Con arreglo á las provisiones de 30 de Octubre de 1765 y 5 de Mayo de 1766, y á lo prevenido en el auto del Consejo de 13 de Enero de 1779, deben cuidar los corregidores de que cada año se hagan en el lugar público acostumbrado los remates de los abastos despues de pregonados y publicados, despachando primero avisos y requisitorias á los pueblos circunvecinos, y fijando edictos, de suerte que venga á noticia de todos y puedan admitirse las posturas que se hicieren, informados de la libertad de su admision, sin que se utilicen con perjuicio del comun los regidores, parientes ni paniaguados, aprovechándose del esceso en el precio de lo que debe servir para la subsistencia y manutencion de los pueblos.

(**) Se imprimió y comunicó en el año de 1773; pero en el de 1803 se comunicó de real órden otra nueva coleccion en que se refunde la anterior, añadiendo las providencias espedidas desde el citado año de 73.

en su defecto del escribano de ayuntamiento (1) (*).

9 En punto á censos, los pueblos no han de imponer ninguno contra sus caudales sin facultad real, porque se escluirán absolutamente de las cuentas: ni las justicias han de permitir se reparta su importe entre los vecinos, aunque los capitales se hayan invertido en beneficio comun, pues serán responsables los que acuerden su impo-

(1) Circular de 31 de Enero de 1793, caps. 8, 9, 10, 11 y 12, ó ley 27, tit. 16, lib. 7 Nov. Recop.

(*) Estas disposiciones del Consejo son ciertamente muy loables y utilísimas para la agricultura y fomento de la poblacion; pero permítasenos decir con un sábio magistrado español que aun lo serian mucho mas, »si los repartimientos se hiciesen en todas partes, y de todas las tierras y propiedades concejiles; si se hiciesen por constitucion de enfiteusis ó censo reservativo, y no por arrendamientos temporales aunque indefinidos; y en fin, si se proporcionase á los vecinos la redencion de sus pensiones y la adquisicion de la propiedad absoluta de sus suertes; sin estas calidades el efecto de tan saludable providencia será siempre parcial y dudoso; porque solo una propiedad cierta y segura puede inspirar aquel vivo interés, sin el cual jamás se mejoran ventajosamente las suertes; aquel interés que identificado con todos los deseos del propietario es el primero y mas fuerte de los estímulos que vencen su pereza, y le obligan á un duro é incesante trabajo." Tampoco hay ningun obice para que no puedan hacerse ventas libres y absolutas de los terrenos concejiles cuando hubiese compradores que las prefiriesen al censo, enfiteusis ó arrendamiento, pues ademas de que impuesto su precio en los fondos públicos daria á los concejos una renta mayor y mejor administrada, nada importaria tuviesen que contribuir los vecinos por repartimiento para los gastos municipales, habiéndose antes enriquecido, y hallandose de consiguiente en situacion mas ventajosa que la anterior para poder hacerlo. Y no hay que temer que distribuidos dichos terrenos de cualquiera de los modos espresados faltarian ovejas que nos diesen finas y escelentes lanas, bueyes para la labor y abasto de carnes, ni muy buenos caballos para el egército; pues á falta de pastos públicos sabria muy bien proporcionar el interés privado en sus mismas tierras, dehesas ó prados artificiales para sus rebaños, vacadas ó yeguadas, como asi lo vemos en las provincias mejor cultivadas y de mayor poblacion.

Lo dicho de las tierras concejiles podria y aun deberia estenderse á todos los baldíos del reino, los cuales solo sirven para pastos, y son sin embargo muy atendidos en el tit. 7, lib. 7 de la Recop. cuyas leyes manifiestan bantantemente cuán arraigado ha estado muchos siglos el sistema rural pecuario, y ha sido preferido al agrario. Los baldíos metidos en cultivo darian sin duda alguna una utilidad y unas riquezas asombrosas á toda la nacion, con especialidad á las tan fértiles Andalucías, donde no sin dolor de todos los buenos patriotas son inmensos tales terrenos. Enhorabuena que en tiempo de los wisigodos y aun en otros posteriores se respetasen los baldíos, reservándolos para el pasto comun y aumento de los ganados, puesto que por la poca poblacion á causa de las continuas guerras no podian labrarse todos los campos, mayormente cuando acostumbrados aquellos bárbaros solo á pelear y dormir, no podian gustar de los trabajos y afanes indispensables de la agricultura, y cuando teniendo continuamente los

sicion (1). Lejos de esto el sobrante de los propios y arbitrios ha de dividirse en tres partes, dos para la redencion de capitales de censo, y una para pago de atrasos de sus réditos, habiendo de preferirse en ambos casos al acreedor que haga mayor baja ó remison, para cuyo efecto las juntas municipales pasarán noticia formal de sus existencias á los acreedores censualistas, ó sus apoderados, citándolos por el término preciso de dos meses para formalizar sus proposiciones, con apercibimiento de que cumplido se procederá á constituir en depósito judicial el caudal sobrante por cuenta y riesgo de los acreedores, y de que cesará desde el mismo dia el curso de la pension sin diferencia de personas ni cuerpos. Las proposiciones de bajas que se hagan han de remitirse al intendente para que determine cuáles han de admitirse (2).

10 Siempre que los acreedores censualistas no presenten los títulos primordiales de la imposicion de los censos que esten para redimirse, con los documentos de existencia y pertenencia, se depositarán los capitales por cuenta y riesgo de ellos, desde cuya providencia, que ha de notificárseles, cesarán los réditos, aunque esten comprendidos en concordias ó en la posesion de cobrar sus pensiones. Para la presentacion de los títulos y documentos ha de señalárseles el término preciso de un año, y pasado procederá la junta á emplear el depósito en la redencion de otros censos bien justificados, reservando á los censualistas su derecho para que usen de él en el tribunal competente, quien ha de proceder á la declaracion (3); todo lo cual ha de observarse aun respecto de los censos comprendidos en los reglamentos y concordias, y considerados en la dotacion, cuyo origen y esistencia se ignore, por no haberse presentado los documentos justificativos (4).

enemigos á la vista era mucho mas fácil libertar de ellos los ganados que los frutos de la tierra; pero despues que con la espulsion total de los moros han cesado tales motivos, nada puede impedir la enagenacion de todos los baldios de la península en los términos mas adaptables á cada provincia ó territorio, precediendo los informes y examenes correspondientes, pues por la diversidad que hay entre unos y otras podria traer muchas malas resultas un método general y uniforme. La egecucion pudiera cometerse á las juntas provinciales y ayuntamientos bajo la direccion del Consejo para que se desempeñase con la posible imparcialidad y acierto.

(1) Circular del Consejo de 3 de Julio de 1761. (2) Circular del Consejo de 15 de Setiembre de 1767. (3) Acuerdo de 18 de Enero comunicado en 28 del mismo de 1772. (4) Acuerdo de 14 de Marzo de 1772.

11 Todos los censos impuestos sobre los propios y arbitrios, y cuyo capital no llegue á 100@. reales pueden redimirse por la mitad; y los que escedan de aquella cantidad, por terceras partes, aun cuando en las escrituras de su imposicion se hubiese pactado que solo pudiera hacerse por el todo: á cuya consecuencia podrán las justicias y juntas municipales precisar á los dueños á la redencion, depositando el importe de los capitales por cuenta y riesgo de aquellos, desde cuyo dia han de cesar los réditos (1).

12 En una real cédula (2) se mandó destinar los sobrantes de propios y arbitrios, donde los hubiese, á la imposicion de censos sobre la renta del tabaco; y en otra real cédula posterior (3) se dispuso que el Consejo pudiera aplicar los mismos sobrantes al pago de la contribucion estraordinaria de aquellos pueblos que no los tuviesen con calidad de reintegro; pero ocasionando esta diferencia la duda de cual de los dos distintos debia preferirse, se declaró por punto general, quedasen en libertad los pueblos para imponer sus sobrantes sobre la renta del tabaco, y que fuese preferible esta imposicion como mas útil y de mayor seguridad para su recobro (4).

13 Pasemos á la inversion que debe hacerse de los caudales de propios y arbitrios. De estos se han de sumistrar los jornales del comisario y mozos que han de acompañar á los quintos, como tambien el prest, pan y gratificacion de dos reales diarios, que han de darse al sorteado, desde que se le tome la filiacion, aunque esto ha de reintegrarlo el oficial de la caja particular; y no habiendo propios en el pueblo han de sacarse tales gastos de los del mas proximo con calidad de reintegro (5). Tambien se han de sacar del caudal de propios el pan y prest correspondiente á todos los mozos que se alisten ante las justicias voluntariamente para el egército ó marina hasta el dia de su marcha y del destino dado para el ministerio competente. (6). Pero los asentistas, proveedores del egército, han de pagar á los pueblos de contado todo género de provisiones, que suministren á la tropa, por los precios corrientes sin causarles gastos, ni detencion en su cobranza (7).

14 Las justicias y juntas de los pueblos han de atender con par-

(1) Acuerdo del Consejo de 22, y comunicado en 26 de Mayo de 1773. (2) De 19 de Marzo de 1780. (3) De primero de Enero de 1801. (4) Real cédula de 29 de Junio de 1781. (5) Ordenanza de reemplazo de 3 de Noviembre de 1770, artículo 37, n. 4 y artículo 40, n. 1. (6) Circular de 28 de Febrero de 1793. (7) Real órden de 12 de Setiembre de 1768.

ticular cuidado á los reparos menores de sus edificios y fundos costeándolos del tanto señalado en los reglamentos para gastos estraordinarios, no dando lugar á que se inutilicen ó hagan mas costosos, representando al Consejo en su debido tiempo sobre las obras mayores, y formando para cada una un espediente con la debida justificacion (1) (*). Tambien se debe contribuir de los propios y arbitrios á los reparos y alimentos de iglesias, ú otras obras pias, en donde las primicias están secularizadas, sobre cuyo punto debemos decir: que en vista de varias representaciones de diferentes Prelados, con motivo de una acordada del Consejo (2) replicó este supremo Tribunal, que aquellos procuraran conformarse con sus intenciones en cuanto á escusar para conseguir las asistencias, ó reparos de iglesias, apremios con censuras, secuestros y procedimientos judiciales contra las justicias y juntas de propios de los pueblos que posean primicias secularizadas, porque á consecuencia de la proteccion inmediata del Rey sobre los pueblos, y del encargo que tiene el Consejo de los caudales públicos, cuidará del cumplimiento de toda carga pia sin necesidad de controversias; que si los Prelados hallan ó advierten que los gastos ordinarios de las iglesias, y su sueldo están escasamente considerados en algunos reglamentos, formen una prudente y económica regulacion, y la remitan al Consejo para que no hallando reparo considerable los mande pagar y anotar en aquellos: que por lo respectivo á gastos estraordinarios y accidentales, precisos en las visitas y fuera de ellas, se pasó aviso á las juntas municipales, para que se paguen de la partida de estraordinarios, ó se dé cuenta al Consejo no alcanzando; y en fin que se prevenga á los obispos ó sus visitadores que en las visitas de sus Diócesis no exijan de los pueblos cantidad alguna con título de procuraciones, salarios, ú otro no obstante cualquiera costumbre, y solo cobren los derechos de los interesados segun arancel (3).

15 Ademas, los visitadores y otros jueces eclesiásticos no han de ocasionar á los propios gastos indebidos, ni tomar conocimientos sobre sus caudales con el pretesto de estar obligados en favor de causas pias, porque para esto deben acudir los interesados ó sus administra-

(1) Orden del Consejo de 10 de Junio de 1788.

(*) Solo en el caso de amenazar ruina proxima algun edificio ó finca de propios pueden las juntas determinar se haga la obra que exige la urgencia, pero han de dar cuenta de ella al Consejo con justificacion por medio del intendente. Circular de 21 de Enero de 1783, art. 13.

(2) De 28 de Noviembre de 1763. (3) Real órden de 31 de Julio de 1770.

dores á la justicia ordinaria, por equipararse á un juicio universal la distribucion de los propios, y deber hacerse en todo conforme á los reglamentos; y en caso de no haberse tenido presente el crédito en estos lo representarán al Consejo en derechura, ó por el intendente, para que se concluya y añada, por no poder calificarlos de otro modo la justicia: habiendo de evitar recursos no correspondientes, y no abusando de las censuras contra los magistrados reales en deshonor ú ofensa de la mejor disciplina (1). En estas disposiciones se declararon comprehendidos los créditos de fábricas de iglesia, y los demas provenientes de memorias y obras pias, y de consiguiente no pueden proceder por ellos los eclesiásticos contra personas legas (2).

16 Las justicias y regidores no han de ponerse lutos por las personas reales á espensas del comun ó producto de arbitrios (3); pero los gastos de proclamaciones se sacarán de ellos, y mandarán abonar en la contaduria é intendencias, dando cuenta justificada al Consejo (4), y solo las ciudades de voto en Córtes podrán hacer las exequias por fallecimiento de personas reales invirtiendo en ellas mil reales de dichos fondos (5).

17 Del producto de todos los propios y arbitrios del reino se ha de sacar un dos por ciento para la paga de los sueldos del contador general, de sus oficiales, y de los contadores y oficiales de las contadurias de egército que entiendan en este ramo (6); cuya contribucion se estendió al importe de los repartimientos ó contribuciones impuestas en los pueblos á falta de propios y otros arbitrios, y al sobrante del de los puestos públicos y ramos arrendables de rentas reales (7). Fuera de dichos dos por ciento se han de pagar ocho maravedís para la satisfaccion del aumento de sueldo hecho al procurador general del reino (8).

28 Todas las consignaciones sobre los caudales públicos que por razon de estudios gozaban los jesuitas, se continuan á favor de los maestros, que perpetua ó interinamente entraron en su lugar (9).

19 Tiene declarado el Consejo, que son limosnas voluntarias las consignaciones hechas á los regulares para la predicacion de cua-

(1) Circular de 28 de Noviembre de 1763, y acuerdo de 23 de Junio de 66. (2) Circular de 28 de Mayo de 1768. (3) Real decreto de 27 de Junio de 1716. (4) Reales órdenes reiteradas en 28 de Agosto de 1759. (5) Circular de 15 de Agosto de 1766. (6) Instruccion de 30 de Julio de 1760 art. 19. (7) Adicion al §. 19 cit. (8) Orden de 2 de Noviembre de 1769. (9) Circular de 4 de Junio de 1768.

resma, celebracion de misas, enseñanza pública y otros actos piadosos, á cuya consecuencia pueden las justicias valerse para lo dicho de otras comunidades ó de personas particulares, segun les convenga, conformándose con las moderaciones que ha hecho el Consejo en los reglamentos (1). No obstante en una real cédula (2) se dispone lo siguiente: "no se impedirá á los pueblos el que de sus propios den á los conventos de observantes de San Pedro Alcántara y Capuchinos la limosna que comunmente llaman *situado*; pues procediendo por razon de patronato, ó por recíproco convenio entre el pueblo, y el convento al tiempo de la fundacion, permite S. M. que cumpliendo dichos conventos las cargas contrahidas en ella, se le suministre la estipulada, y tambien las que segun constituciones sinodales deban percibir los conventos en cualquier pueblo por los sermones de Cuaresma, Adviento y semana Santa, ó celebraciones de misas que esten á su cargo, encargando al Consejo que en los reglamentos prevenga lo conveniente al cumplimiento de esta declaracion.

20 Las órdenes han de despacharse por el correo para no multiplicar vereda, y donde no la haya, se esperará, cuando el caso no sea urgente, ó que haya justo motivo de despacharlas. Por los despachos no han de llevar derechos ni el intendente, corregidor, ni escribano, y aunque un veredero lleve dos, tres ó mas órdenes, solo cobrará los derechos correspondientes á una, espresándose en el recibo cuantas llevó, y por mayor sus asuntos; lo cual se prevendrá en el despacho, mencionándose en el mismo la regulacion con proporcion á los pueblos y dias que han de emplearse, cesando la de real por legua de los despachos de vereda, y para que pueda conocerse al tiempo de la liquidacion de cuentas, si las justicias se han escedido en el pago, se tomará razon en la contaduria. Recibidas las órdenes circulares por el intendente se pasarán á las cabezas del partido, para que los corregidores ó alcaldes mayores las dirijan á los pueblos de su comprehension sin llevar derechos (3).

21 Nada ha de pagarse de los propios y arbitrios con título de derechos de la mesta, ni mestilla, y las multas que pueden imponer las audiencias y justicia de la mesta, solo han de exigirse de los transgresores (4); pero de la partida que se señale por fondo de

(1) Circular de 7 de Setiembre de 1770. (2) De 11 de Febrero de 1787 art. 5 (3) Acuerdo de 22 de Mayo comunicado en 25 de 1773. (4) Carta orden de 3 de Setiembre de 1763

gastos ordinarios y estraordinarios, y no fijos en todos los reglamentos de los propios arbitrios de los pueblos, deben sacarse los gastos de administracion de justicia y de causas de oficio, no teniendo bienes los reos, y á falta de penas de cámara y gastos de justicia, lo cual ha de hacerse constar, justificando por mayor el importe (1).

22 Por lo respectivo á cuentas han de formarse anualmente las de los productos de los propios con distincion de cada una, siendo el cargo todo el producto, y reduciéndose la data á libramientos despachados por la justicia conforme á la dotacion de gastos hecha por el Consejo con intervencion del contador, y no habiéndole del escribano ó fiel de fechos; como tambien al quince al millar que se abona al tesorero, y á los gastos indispensables de administracion. Las cuentas han de remitirse formalizadas dentro de un mes de cumplido el año al intendente, quien hallando los cargos justificados, y las datas conformes al reglamento del Consejo, despachará el correspondiente finiquito; y de lo contrario pondrá en pliego á media margen los reparos que se le ofrezcan, y los remitirá á las justicias para que satisfagan. No haciéndolo en el término preciso de un mes se han de escluir de las cuentas las partidas separadas, y se procederá de oficio y sin ocasionar gasto al pueblo hasta hacer aquellas efectivas sin instancia alguna. Fenecidas las cuentas ha de dar el contador certificacion del cargo, data y sus resultas, y el intendente lo dirigirá al Consejo, el cual si lo tiene por conveniente, puede pedir las originales, que debe remitirle el intendente quedándose con noticia puntual de ellas para tener presentes sus resultas. Esto se dispone en la instruccion del año de 60; pero es indispensable referir lo que se ha mandado despues acerca del artículo de cuentas. Reconocidas estas anualmente por las juntas municipales han de comunicarse al ayuntamiento y procurador síndico para que puedan adicionarlas antes de pasar á la intendencia (2). El escribano ó fiel de fechos de ayuntamiento, que lo es de la junta, debe poner á continuacion de las cuentas testimonio ó certificacion que acredite, se halla real y verdaderamente en el arca de tres llaves el caudal que resulte de aquella á favor de los fondos públicos, lo cual firmarán tambien los individuos de la junta, y de lo contrario, ademas de

(1) Orden del Consejo de 18 de Julio de 1766. (2) Acuerdo del Consejo de 4 de Febrero de 1765.

ser responsables de lo que no existe, ha de castigárseles severamente. Bajo la misma pena ha de certificarse que los propios no han tenido mas valor que el espresado en las cuentas: que los arrendadores á cuyo cargo han estado, no han contribuido con adealas ni gratificaciones, y que la justicia no ha recurrido á otros arbitrios ni medios, ni usado de repartos para gastos del comun, ni otros fines fuera de lo permitido en la instruccion de millones del año de 25, espresando tambien si se han hecho algunas cortas en montes, árboles ó dehesas, y si se incluye en las cuentas su producto (1).

23 Las nónimas ó estado de las cuentas han de contener por el órden que va á espresarse: los capitales de los censos existentes contra propios en fin de Diciembre del año anterior, los que se hubiesen redimido con el sobrante, el importe de atrasos y deudas existentes en dicho tiempo contra los caudales públicos, las que se hubiesen satisfecho, los caudales existentes por sobrantes del año, deudas en segundos contribuyentes y deudas en primeros. Para evitar la prolijidad y confusion, que causaria comprehender las existencias en granos, y por la incertidumbre de su valor, ha de procederse á su venta, cuando mejor parezca á la junta de propios, aunque sin pasar del mes de Junio, remitiendo inmediatamente á los intendentes testimonio de aquellas con distincion de especies y precios, y de quedar su importe en arcas, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de todo lo resultante en dinero (2).

24 Mas á pesar de las espresadas disposiciones padecia tanto atraso el despacho de los negocios de propios, que tuvo el Consejo precision de mandar á los intendentes que se valiesen de los Corregidores de los partidos de su provincia, para que los pueblos formaran y presentasen sus cuentas en el debido tiempo: que zelasen los corregidores sobre la observancia de las órdenes espedidas en el asunto, dándoles cuenta de lo que ocurriese, y espresando la providencia que podia tomarse contra los inobedientes: que para la instruccion de cualquier recurso ó pretension oyesen á los corregidores, quienes habian de informarse de la conducta, aptitud y desempeño de las justicias é individuos de las juntas de propios, representando al Consejo por mano de los intendentes, que si en algun pueblo por malicia ó ignorancia de los concejales, escribano ó fiel de fechos no podian

(1) Acuerdo del Consejo de 27 de Noviembre de 1766. (2) Circular de. . . . . 1768.

formarse las cuentas con la debida claridad y esactitud, nombrasen los intendentes, oyendo al corregidor del partido, persona del pueblo mas inmediato que pasara á su formacion á costa mancomunadamente de los individuos de la junta: que se tomase razon en la contaduria principal de los despachos librados para cobrar los créditos de este ramo, ó para el apremio al cumplimiento de las órdenes del Consejo, á fin de que cumplido el tiempo prescrito al comisionado ó ejecutor lo hiciera presente al intendente, puesto que la órden que prohibia despachar audiencias formales contra los pueblos y deudores á propios sin dar cuenta al Consejo, no vedaba el uso de apremios por medio de los ejecutores, cuando asi lo exigian la morosidad de los pueblos y la gravedad ó perjuicio de los caudales públicos: que los intendentes antes de despachar tales comisionados solicitaran el cumplimiento por medio de los corregidores; y en fin, que las órdenes que se comunicaran tocantes á este ramo, obrasen en las contadurias para las noticias, informes y certificaciones (1).

25 A principio del mes de Julio de cada año han de remitir los intendentes certificacion de haberse presentado en las contadurias todas las cuentas, y satisfecho en un todo el tanto por ciento de su producto (2). Para este efecto, cuando algun alcalde de la junta de propios no hubiese presentado las cuentas en todo el mes de Mayo, el intendente ha de hacerle comparecer, y tenerle preso, nombrando al mismo tiempo persona que pase á la formacion de las cuentas á costa de cuantos resulten ser reos en la morosidad; bien que si el presidente de la junta fuese el corregidor ó alcalde mayor, solo se ha de multar en doscientos ducados, que han de exigirse bajo la misma mancomunidad (3).

26 Las justicias y juntas han de procurar que en principio de Febrero de cada año se hagan la formacion, entrega y presentacion de las cuentas en las contadurias sin admitir escusas, llevándolo á efecto por los medios prevenidos en la órden de 18 de Agosto de 69. Si en algun pueblo ocurriese justo motivo para no hacerlo, lo representará la junta al Consejo por medio del intendente, y se ampliará el término que se crea necesario, y á fin de que el atraso de los arrendatarios no ocasione el de las cuentas, solicitarán los mayordomos

(1) Circular del Consejo de 18 de Agosto de 1769. (2) Acuerdo del Consejo de 1772. (3) Acuerdo del Consejo de 16 de Noviembre de 1771 que se renovó en 1773.

el pago, cumplidos que sean los plazos de las escrituras, y sino lo hacen en quince ú veinte dias, han de acudir á las justicias y juntas para los apremios, debiendo responder y dar por cobradas las rentas cada uno en su año, á no ser que el Consejo conceda esperas, las cuales se datarán como no cobradas, si esceden aquellas de los dos meses primeros del año siguiente al de su venta, espresando el motivo, nombre del deudor, y finca ó ramo de que procede la deuda, y acompañando las diligencias judiciales hechas en tiempo y forma para su cobranza. Lo mismo ha de observarse en los débitos antiguos, formando dos relaciones, una de los restos ó rezagos de primeros contribuyentes, y otra de segundos ó alcances contra mayordomos anteriores ú otras personas, á cuyo cargo estuvo la cobranza. Los arrendamientos se celebrarán de años enteros á concluir en Diciembre, y en los que no pueda hacerse asi, como en pastos y yerbas, se considerará únicamente en la cuenta del año el importe del plazo ó plazos que se venzan dentro de él, reservando el resto para el siguiente; mas si se hubiese de pagar en una sola vez, se incluirá en las cuentas del año en que debe hacerse segun la escritura ó reparto que se formase. Los alcances se han de cobrar por los mayordomos ó personas que deben dar las cuentas, al mismo tiempo de presentarlas, pues no se admitirán de otro modo, y en caso necesario se les apremiará á cumplirlo, siendo responsables las mismas juntas de la falta de cumplimiento. Con las cuentas se han de poner en tesorería los alcances ó sobrantes al tiempo de hacer las justicias el pago de la contribucion, reservando en arcas alguna parte á juicio de los intendentes para los gastos precisos que puedan ocurrir hasta el vencimiento de los primeros plazos de las rentas corrientes conforme á lo acordado en 12 de Enero de 1793, y orden espedida en su virtud (1).

27 Por haberse advertido en muchos pueblos el vituperable abuso de ocultar y separar de las cuentas de sus propios algunos ramos y productos para emplearlos en fines ilegítimos y reprobados, en gastos escluidos de los reglamentos, llevando los concejales otra cuenta reservada y particular de su rendimiento, que se reconoce por ellos mismos sin pasarla á la contaduria principal para su fenecimiento, se ha mandado entre otras cosas, que en los pueblos donde se descubriese, que por abuso ó malicia de los capitulares se forman dos

(1) Circular de 31 de Enero de 1793. cap. 1, &c. y 7.

cuentas de propios y arbitrios, una para presentar, y otra reservada de las cantidades que se oculten y se pasen para dichos gastos prohibidos; solo lleven conforme á lo mandado una cuenta integra de todos los ramos y productos pertenecientes por cualquier motivo á los propios sin la menor diminucion ó desfalco, y que para presentarla pongan al pie de ella una nota firmada de los individuos de la junta, y certificada por el escribano ó fiel de fechos, donde se esprese que los valores y rentas de los propios y sus datas son las que real y verdaderamente han resultado en aquel año, y que no queda otra cuenta en el pueblo con título de concejal ó comun, ni se han hecho otros gastos fuera de los recibidos. A los contraventores se ha de imponer y exigir mancomunadamente la multa de quinientos ducados. (1)

28 Sin embargo de que conforme á la instruccion del año de 60 deben correr los negocios de propios y arbitrios bajo la direccion del Consejo de Castilla, ocurrieron varias competencias entre éste, el de Ordenes y el de Hacienda, pretendiendo el segundo su conocimiento en dicho ramo en los pueblos de su territorio, y el tercero en aquellos lugares que en las reglas de factoría habian puesto este pacto, ó tenian á su favor otras reales disposiciones; en cuya atencion declaró el Soberano que el Consejo de Ordenes debia cesar en el conocimiento de los propios y arbitrios de los pueblos del territorio de las cuatro Ordenes; de suerte que todos se hallan comprendidos en el encargo general del Consejo de Castilla, y si se dá cuenta al Consejo de Ordenes de que algun pueblo no observa las reglas prevenidas á las juntas en la real instruccion, ha de pasar el correspondiente aviso por mano de su fiscal al del Consejo de Castilla, y por éste al de Ordenes cuando resulte que los jueces que nombra ó consulta al Soberano no cumplen con la buena administracion de justicia. El Consejo de Hacienda conocerá privativamente de los propios y arbitrios de los pueblos, en que la real hacienda está sin cubrirse de los capitales del precio en que se les vendieron alhajas de la corona, ó cuando tenga interés positivo en ellos por créditos á su favor de que sean responsables; pero cubiertos los capitales ó creditos, ha de volver el conocimiento al Consejo de Castilla. Tambien retendrá el Consejo de Hacienda el conocimiento de propios donde le corresponda en fuerza de pacto ó condicion puesta

(1) Real resolucion comunicada en 29 de Noviembre de 1790.

por los pueblos cuando compraron las alhajas de la corona, y cuando pidieron facultad para tomar censos, lo cual ha de guardárseles religiosamente, mientras no lo renuncien, en cuyo caso vuelve tambien el conocimiento al Consejo de Castilla. Pero el de hacienda no conocerá en los propios de otros pueblos ni por reglas de factoría, resoluciones del mismo Consejo ni reales órdenes, las cuales se han derogado. El conocimiento reservado á los intendentes de egército y provincia en el capítulo 29 de la real instruccion ha de durar solo hasta hallarse cubiertos los atrasos ó alcances de los pueblos. En todo lo demas es privativo del Consejo de Castilla el gobierno y conocimiento de los propios y arbitrios, cesando absolutamente las reglas que hubiesen prescrito otros tribunales ú otras salas del mismo Consejo, fuera de la primera de gobierno. Esceptúanse de esta disposicion los propios y arbitrios de la ciudad de Lérida, sobre que hay determinacion particular del Rey, los de la provincia de Guipúzcoa que han de gobernarse como hasta ahora, y los destinados al servicio de milicias, acerca de los cuales hay tambien especiales órdenes del Soberano (1).

29 Los espedientes sobre concesiones, prórogas ó subrogaciones de propios y arbitrios, dotaciones de sus dependientes, como jueces, alguaciles, médicos y otros, moderaciones ó aumentos, ayudas de costa, gastos de obras, y reparos de edificios públicos, &c. han de instruirse precisamente por la contaduría general con informes de los intendentes, y despacharse por ella en el Consejo, ó consultarse con S. M. segun corresponda. Los relatores y escribanos de cámara y gobierno del Consejo solo podrán admitir las peticiones sobre rompimientos. Tampoco se despacharán provisiones sino cuando el Consejo lo considere indispensable, en cuyo caso han de acordarse por la contaduría, y ponerse por las escribanías de cámara, llevando los derechos de arancel. Los asuntos en solicitud de provisiones sobre este ramo no han de hacerse contenciosos, cuando solo media el interés del comun, y si media el de otro tercero, ó se disputa sobre propiedad, agravios de cuenta ú otro interés, se providenciará gubernativamente antes de remitirlo á justicia. Cuantos espedientes pida el Consejo á los escribanos de cámara por la contaduría han de entregarse en ésta incontinenti, y despues de evacuados restituirse á ella, como á las audiencias y chancillerías, los que hubiesen enviado para

(1) Real cédula de 31 de Octubre de 1771.

el mismo efecto. (1). Ademas no ha de espedir el Consejo provision ó providencia alguna tocante directa ó indirectamente á los propios y arbitrios, ya sean para su uso y establecimiento de caudales públicos, ya para las dotaciones de salarios, aumentos &c. sin que se ponga la precisa cláusula de que se toma la razon por la contaduría general de dichos ramos, en cuyo supuesto las juntas municipales no darán cumplimiento á provision, facultad ó resolucion que se libre ó comunique sin estar tomada dicha razon, pues de lo contrario serán responsables los propios caudales de los individuos á la reintegracion de los perjuicios que se originen (2).

30 La jurisdiccion de los intendentes sobre propios y arbitrios está limitada á cuidar de su mejor administracion con arreglo al artículo quinto de la instruccion de 1760 (3), esto es, han de procurar que los ramos arrendables se saquen anualmente á pública subasta, y rematen en el mayor postor, evitando que las justicias y sus parientes tengan parte directa ni indirecta en tales arriendos; y que se den con la mayor pureza y esactitud las cuentas en los demas ramos que sea preciso administrar, entrando el producto de unos y otros en poder del mayordomo ó depositario de propios. Las audiencias y chancillerías no han de entender en cosa alguna relativa á propios y arbitrios (*), y los jueces ordinarios que tienen el primer conocimiento sobre ellos en lo contencioso por un real decreto (4), solo han de otorgar las apelaciones para el Consejo (5).

31 Los jueces y escribanos de ayuntamiento han de actuar de oficio y sin derechos ni gratificacion en todo lo respectivo al gobierno público, al desempeño del real servicio, á la junta de los mismos propios, su administracion, recaudacion y distribucion; fuera de que el escribano solo puede llevar á los postores arrendatarios derechos por las escrituras de remate, y con arreglo á arancel y no mas, aun cuando el remate comprenda diversos sugetos ó efectos, siempre que todos formen un mismo hacimiento Tambien puede llevar conforme á arancel los derechos de particulares por los recursos que

(1) Real órden de 22 de Noviembre de 1773. (2) Real provision de 18 de Enero de 1777. (3) Véanse las leyes 11, 12 y 13, tit. 16, lib. 7. N. R.

(*) En los pleitos sobre apeo ó deslinde, despues de tasadas las cosas por mandato de la chancillería ó audiencia ha de pasarse oficio con certificacion de su importe al intendente, quien en su vista acuerda el pago, cuyo documento con los competentes recibos sirve en las cuentas de legítima data: decreto del Consejo de 10 de Setiembre de 1774.

(4) De 12 de Mayo 1772. (5) Real decreto de 12 de Setiembre de 1771.

promuevan tratando de sus intereses contra los caudales públicos (1).

52 Habiéndose quejado varios corregidores de que los jueces eclesiásticos libran despachos con cominacion de censuras para la paga de réditos de censos impuestos á favor de capellanías sobre los propios y arbitrios, mezclándose en la esaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, se declaró que siendo estos los reos ó demandados, tocaba á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las egecuciones, aunque los actores fuesen obras pías sin otra reserva que de las instancias de diezmos contra los primeros contribuyentes (2).

53 He aquí lo mas principal y necesario de saberse acerca de los propios y arbitrios de los pueblos; quien desee ó necesite de mayor instruccion en esta materia, puede ver la coleccion antes citada, y el tit. 16 cit. lib. 7, N. R.

CAPÍTULO II.

De los pósitos ó graneros públicos de los pueblos.

1 Como cuando se trata de propósito de alguna cosa ó materia suele pretenderse el señalarle las mas remota antigüedad, no me causa mucha maravilla haya habido escritor que refiera el orígen de los pósitos al patriarca Josef, que gobernando en Egipto dispuso se almacenáran en todas sus provincias grandes cantidades de trigo para los siete años de esterilidad que habian de suceder á otros tantos de estraordinaria fertilidad. Pero aunque semejante hecho como pasagero no pueda fundarse el orígen de los pósitos, los vemos establecidos entre los romanos, en cuyo derecho se hallan varias leyes que mandaban á los habitantes de las provincias vender al fisco cierto número de fanegas de trigo, que se custodiaban en magníficos y suntuosos graneros para el socorro de los pobres, y ocurrir á las necesidades públicas. Entre nosotros debieron los pósitos su principio á convenios de los vecinos de algunos pueblos ó á fundaciones particulares de personas caritativas, entre las cuales sobresalió el gran cardenal Cisneros, que á sus espensas fundó los pósitos de Toledo, Alcalá y algunos otros. Con el establecimiento de dichos pósitos se formaron ordenanzas para su gobierno; mas decayendo de dia en dia

(1) Acuerdo de 23 de Julio de 1768. (2) Acuerdo de 23 de Junio de 1766.

por la inobservancia de ellas, espidió una pragmática (1) el Señor Don Felipe II. prescribiendo lo que habia de observarse para la conservacion y fomento de los pósitos bajo la direccion del supremo Consejo de Castilla, lo cual confirmó despues el señor D. Felipe III (2). No obstante el señor D. Fernando el VI (3) creó un superintendente general de todos los pósitos del Reino, que privativamente y aun con exhoneracion del Consejo conociera de ellos, comunicando á S. M. todos los resultados y progresos de tan importante materia; pero no habiendo surtido esta novedad las utilidades que se habian concebido, nuestro actual Soberano resolvió, que el cuidado y gobierno de los pósitos del reino corriesen de nuevo á cargo del Consejo de Castilla, espidiendo la Real cédula de 2 de Julio de 1797, de que hablaremos particularmente en este capítulo. Los fines de los pósitos que se espresarán despues, fueron contener la subida del precio de los granos, poner un obstáculo á los monopolios, evitar en mucha parte la ociosidad de los pobres, y fomentar la agricultura; por cuyas razones debe numerarse sin duda la fundacion de los pósitos entre las providencias económicas con que se creyó hacer mas beneficio al estado, aunque en su egecucion se haya tropezado con dificultades que hacen hoy balancear el discurso.

2 A cargo de los pueblos corre el gobierno y administracion de sus pósitos por medio de una junta compuesta del corregidor ó alcalde mayor realengo ó de las órdenes, pues nunca ha de serlo del de señorío particular, y no habiéndolos, del alcalde ordinario, alternando si son dos, y empezando el del estado noble ó mas antiguo, ó primero en órden, si no hay distincion de estados, de un regidor en calidad de diputado, de un depositario ó mayordomo, y del procurador síndico; á los cuales se han agregado despues el diputado del comun mas antiguo, y el procurador síndico personero de cada uno (4). Para alcalde no podrá ser propuesto ni elegirse al que como Presidente de la Junta no cuide de la remision de cuentas y demas prevenido á ella, cuyos individuos han de contribuir al mismo fin, bajo las penas á que haya lugar. La eleccion ó proposicion de diputado y depositario se han de hacer en el dia, y por los mismos que hacen las de los demas oficios de república, y los electos han de

(1) Es la ley 9, tit. 5, lib. 7 R. ó 1, t. 20, lib. 7, N. R. (2) Ley 62, tit. 4, lib. 3. R. (3) Por un real decreto de 16 de Marzo de 1751, o nota 6, t. 20, lib. 7, N. R. (4) Real cédula de 2 de Julio de 1792, cap. 1, y circ. de Octubre del mismo. Aquella es la ley 4, t. 20, lib. 7 N. R.

tomar posesion en primero de Enero, no obstante cualesquiera escepciones, como no sean notorias, ni se prueben en el mismo acto de las elecciones, ó en el término perentorio de tres dias, sin perjuicio de que dada la posesion puedan hacerse presentes al Consejo. Puede ser nombrado depositario cualquiera vecino inteligente y honrado sin oficio público que sea incompatible con la depositaría. A los cabildos, junta y demas diligencias respectivas al pósito ha de asistir el escribano que elija el ayuntamiento general, y no ha de tener otros encargos que le impidan el desempeño de éste, por lo que no ha de serlo el que lo fuere del Concejo; de suerte, que siendo éste único en el pueblo, y no habiendo otro escribano de número ó real, podrá nombrar dicho ayuntamiento persona inteligente para que en calidad de fiel de fechos autorice todo lo relativo al pósito. (1).

3 El corregidor ó alcalde, el diputado y depositario han de tener las tres llaves del arca del dinero; la cual ha de estar en el sitio mas seguro que señale el ayuntamiento pleno con asistencia del síndico y depositario, y no se removerá de él sin nuevo acuerdo. Tambien ha de haber otras tres llaves de los graneros del pósito que deben tener las mismas personas; y si alguna de ellas no puede concurrir por enfermedad, ausencia ú otro impedimento legítimo á las entradas ó salidas de trigo ó dinero con la llave de su cargo, la entregará, aunque quedando siempre responsable, á sugeto de su confianza. Ademas ha de haber cuatro libros foliados y rubricados por el alcalde, diputado, depositario y escribano, dos en el arca del dinero, uno para las entradas y otro para las salidas, cuyas partidas han de firmar los cuatro mencionados; y los otros dos con los papeles tocantes al pósito en el archivo, cuyas tres llaves han de tener dichas tres personas, uno de ellos para anotar las entradas, y otro para sentar las salidas de grano, los cuales libros no se han de poder estraer del arca ni archivo (2).

4 Los granos y caudales del pósito no han de emplearse en otros fines que los de su instituto, bajo la pena de ser responsables los que acuerden y egecuten lo contrario, y la correspondiente á su malicia. El primero objeto del pósito es socorrer á los labradores con granos para sembrar las tierras que con esta esperanza hayan preparado, y á fin de que se haga el repartimiento con la igualdad posible propor-

(1) Real cédula cit. caps. 2, 3, 6 y 50. (2) Real cédula cit., caps. 4, 5, 7, 8, 10 y 11.

cionalmente á las tierras y necesidad de los labradores, ha de acordar la junta del pósito, estando próxima la sementera, se publique á nombre suyo por edicto ó bando, segun la costumbre introducida que los vecinos labradores, peujareros ó pelentrines que necesiten trigo, centeno ú otras semillas de las que tiene el pósito para sembrar las tierras que tienen preparadas, presenten en él término señalado en el mismo edicto ó bando relacion jurada y firmada por sí ó por un testigo á ruego suyo, de las fanegas de tierra que tengan barbechadas y dispuestas para la siembra, con espresion de sus sitios ó parages, del trigo ó semilla que tengan propia, y de la que necesitan del pósito para completar su siembra, pues únicamente se han de repartir granos á quienes no los tengan propios, ó en la parte que no alcalcen los suyos (1).

5 Pasado el término del edicto ó bando, y ademas tres dias que por último y perentorio término puede esperárseles para que presenten sus relaciones, han de pasarse éstas á dos labradores ó personas honradas é inteligentes que hubiese nombrado la junta del pósito, para que informándose de la verdad de dichas relaciones en todas sus partes, formen el repartimiento de lo que puede darse á cada labrador, mirando con preferencia á los que esten solventes de las obligaciones anteriores á favor del pósito, por haberle satisfecho el todo ó la mayor parte de los granos y dinero, y atendiendo asimismo á los mas pobres y necesitados (2).

6 Aunque por regla general se destina al repartimiento para la sementera la tercera parte de los granos esistentes, se podrá, si no hubiese bastante con ella, repartir mayor porcion por el voto unánime, ó de la mayor parte de la junta, espresándose la causa; y aprobado por aquella el repartimiento que hubiesen hecho los peritos nombrados, se publicará en nuevo edicto, que si alguno quisiese saber el contingente que le ha cabido, acuda dentro del término que se le señale al escribano del pósito para que le manifieste el repartimiento, y si se siente agraviado, lo espondrá á los peritos para que enmienden ó reformen el agravio, si le hay, ó declaren no haberlo. En seguida la justicia ha de pasar el repartimiento al corregidor ó alcalde mayor del partido, como subdelegado nato por la ley, y aquel sin causar dilaciones ni gastos dará permiso para que se lleve á efecto el

(1) Real cédula cit. caps. 12 y 13. (2) Cap. 14 sig.

repartimiento, si no halla grave y notorio inconveniente (1).

7 Para entregar á los labradores su contingente de trigo han de obligarse con fianzas á reintegrarlo dentro del tiempo ó plazo acordado con las creces pupilares de medio celemin por fanega y no mas, aunque haya uso, costumbre ú órden anterior que señale mayor cantidad, lo cual ha de entenderse en los pósitos que no esten arreglados ó reducidos á un fondo fijo, porque en estos solo ha de darse un cuartillo de celemin por cada fanega de trigo; pero este pago ó cargamento de creces debe ser anual, aun cuando no se reintegre la deuda principal por la tácita continuacion del contrato; si bien no han de exigirse recreces ó creces de creces, como ni réditos de réditos. Las obligaciones y fianzas deben sentarse en un libro que ha de haber en cada pósito para este único fin, y firmándolas juntamente con el escribano, que dará fe, el deudor principal, y los fiadores, ó no sabiendo hacerlo, un testigo á ruego suyo, podrá ejecutárseles como si fuesen guarentigias ó públicas, aunque sean mas de veinte las fanegas entregadas (2).

8 Los granos restantes se han de repartir á los labradores mas necesitados en los tiempos de su mayor urgencia, como en Abril, Mayo y Agosto, y aun se les podrá socorrer bajo las referidas seguridades con algun dinero, que han de reintegrar á su arbitrio en la misma especie ó en granos de los que cogiesen en la próxima ó actual cosecha á los precios corrientes, debiendo llevarlos al pósito desde la era sin atrojarlos ni encerrarlos en sus casas.

9 Pasados los plazos en que deben hacerse las reintegraciones en granos ó dinero, el escribano ó fiel de fechos, de acuerdo con la junta ha de formar una nómina ó librete de los deudores, con espresion de sus fiadores y de los granos ó dinero que deben reintegrar; arreglándose á lo que conste en las partidas del libro y asiento; y rubricado dicho librete por el escribano, se entregará con recibo al depositario ó mayordomo, á fin de que practique las mas activas diligencias para conseguir la cobranza ó pago de lo que cada labrador ó vecino estuviese debiendo (3).

10 Despues del término señalado al depositario por la junta ha de dar cuenta á ésta de lo que haya recibido, y se pondrá en el arca ó paneras con las formalidades referidas, y resumiendo el escribano

(1) Real cédula cit. caps 15 y 16. (2) Real cédula cit. cap. 17 y 40. Resolucion del Consejo de 3 de Agosto de 1793. (3) Real cédula cit. cap. 19.

lo que hubiesen quedado debiendo del todo ó parte los labradores, formará otro librete de estas resultas de acuerdo con la junta, y autorizado con la firma del mismo escribano ha de entregarse al procurador síndico general, para que en nombre del pósito pida judicialmente ante el corregidor, alcalde mayor ú ordinario que presida la junta, egecucion en forma contra los deudores, haciéndose espedientes separados para evitar toda confusion. La egecucion ha de despacharse con el testimonio de la partida que se pida y conste en el libro, y se ha de continuar conforme á las leyes; y si dada la sentencia de remate apela el deudor para el subdelegado general de los pósitos, se le ha de admitir la apelacion conforme á derecho, procediéndose á hacer el pago bajo la responsabilidad del pósito, por via de fianza de la ley de Toledo. Dicha egecucion no podrá suspenderse ni por acuerdos de la junta, ni por providencias del juez mayor del partido, sino es que haya concedido espera general ó particular el Consejo, á quien privativamente corresponde esta facultad con las seguridades prevenidas por las leyes (1). A fin de evitar las estorsiones y perjuicios que pueden causarse á los deudores por los procedimientos de las justicias para la cobranza de lo que no pudieron satisfacer al tiempo de la cosecha, no se ha de usar de apremio ni egecucion en los meses de Abril ni siguientes hasta la recoleccion de frutos en Agosto, esceptuando tan solo los segundos contribuyentes, y algun otro vecino que no sea labrador, y que segun se crea, pueda y deba pagar por algunas circunstancias particulares; mas aun entonces no ha de despacharse en dichos meses sin formar espediente ni dar cuenta al Consejo, cuya resolucion se ha de esperar (2).

11 Habiendo advertido el Consejo la arbitrariedad con que procedian todas ó las mas de las juntas de intervencion en el manejo y repartimiento de los granos y fondos pecuniarios contra las instrucciones y providencias acordadas sobre su gobierno; como tambien que de esta transgresion se habian seguido una multitud de deudas fallidas que se habia visto en precision de perdonar á todos los deudores, no obstante el desfalco de los pósitos y el daño de los interesados en su conservacion, acordó se recordára á las juntas de intervencion la estrecha y puntual observancia de las órdenes tocantes á los repartimientos y reintegros, para que ciñéndose absolutamente á ellas dispusieran que en lo sucesivo no se entregase partida alguna de granos ni dinero sin

(1) Real cédula cit. caps. 20 y 21 (2) Real cédula cit. cap. 47.

otorgar las correspondientes obligaciones corroboradas con fianzas tales, que en todo caso pudiesen responder de sus resultas, por haber de ser éstas de cuenta y riesgo de las mismas juntas de intervencion y sus individuos, y en defecto de estos, de los que nombrasen: por manera que siempre que dejára de cobrarse alguna partida por omision ó falta de seguridad, se exigiese irremisiblemente de dichos individuos ó de sus nominadores, procediendo egecutivamente contra sus bienes á falta de los deudores ó sus fiadores, sin poderles servir de disculpa las esperas ó moratorias concedidas por la superioridad á causa de deber entenderse siempre con la calidad de haber afianzado ó afianzar de nuevo á satisfaccion de las juntas (1) (*).

12 Cuando las personas de fuero privilegiado tomen granos ó dinero de los pósitos, han de dar fiadores sujetos á la jurisdiccion ordinaria, que obligándose como principales, puedan ser egecutados al pago sin preceder escusion ni otra diligencia, bajo la pena de responsabilidad de las juntas y escribanos de pósitos que hicieren lo contrario (2).

13 En los juicios universales de acreedores ó de inventario en que se halle interesado el pósito, debe hacérsele el pago con preferencia á todo otro acreedor que no sea el fisco, á cuya consecuencia siempre que la masa ó cuerpo de acreedores no se convenga á hacerlo en el preciso término del mes siguiente á la formacion del concurso ó testamentaría, pueden y deben los jueces de los pósitos atraer á sus juzgados los autos para proceder sin dilacion ni competencia á la cobranza de las cantidades ó porciones de grano que se les deban, lo cual evacuado han de volverlos á la jurisdiccion competente, á fin de que

(1) Acuerdo ó resolucion del Consejo comunicada en 24 de Noviemb. de 1801, ó ley 6, tit. 20, lib. 7 N. R.

(*) Con fecha de 31 de Agosto de 1802 hizo el señor Don Pedro de Nalda, digno contador general de positos, ministro honorario del tribunal de la contaduría mayor de cuentas, y nuestro caro amigo, un recuerdo semejante á los subdelegados de este ramo, por haber visto el abandono con que muchos de ellos se conducian en la remesa á su debido tiempo de las cuentas y testimonios de reintegro de los pósitos de sus partidos, é igualmente de las libranzas del importe del contingente, cuya reparable omision causaba muchos daños que deseaba evitar, haciendo presente el cumplimiento de sus obligaciones á dichos subdelegados, á quienes hacía responsables de las omisiones que se advirtieran en tan importante asunto.

(2) Real instruccion de pósitos de 30 de Mayo de 1753, art. 22, ó nota 15, t. 20, lib. 7 N. R. y resolucion del Consejo de 17 de Febr. de 1804, ó nota 16, t. 20, lib. 7. N. R.

ventilen ante ella los demas acreedores sus derechos é intereses (1).

14 Ademas de este privilegio singular tienen los pósitos el de que concluido y cerrado el remate que se celebre para cada uno de sus efectos ó ramos, pueden admitir las juntas la puja del cuarto permitida por la ley para los bienes de comunidad, y menores, por el gran beneficio que les resulta; si bien no ha de admitirse ninguna otra con ningun motivo, y aun aquella ha de hacerse forsamente dentro de los noventa dias señalados por la misma ley, en cuyo caso han de sacarse de nuevo á pública subasta por el término de nueve dias para su remate en el mayor postor, en quien precisamente ha de verificarse el arriendo (2).

15 El depositario ó mayordomo dentro de tres dias despues de cumplido el tiempo de su oficio, y habiendo precedido la medicion, y recuento del grano y dinero, con intervencion de la junta, entregará al sucesor todo lo que resulte haber esistente de ambas especies con las escrituras, libros y papeles correspondientes. De esta entrega ha de dar fe el escribano, y firmará la diligencia con los individuos de la junta el nuevo depositario, á quien, no evacuándose en un solo dia la medida de granos, se dará la llave, y concluida esta entrega ha de darse testimonio al depositario que concluye, para que le sirva de documento legítimo en sus cuentas (3).

16 Hecha la entrega de los caudales y efectos esistentes en el pósito, el antiguo depositario ha de ordenar su cuenta con asistencia del diputado, y firmada por los dos la presentarán á la junta por ante el escribano ó fiel de fechos, y vista en aquella dará traslado al procurador síndico del comun, para que dentro de tres dias objete los reparos que halle en ella, y esponga cuanto tenga por conveniente. Evacuado este traslado del indico, si no se le ofrece ningun reparo en la cuenta, ha de aprobarla la junta con la calidad de por ahora y sin perjuicio; mas si aquel propone agravios, ha de sustanciarlos y determinarlos conforme á derecho, otorgando las apelaciones para ante el juez subdelegado, sin perjuicio de lo que sea egecutivo, y de proceder, si resulta algun alcance, contra el depositario y demas que sean responsables, sin recurso ni apelacion. Aprobadas las cuentas, segun se ha dicho, se dejará copia testimoniada en el archivo

(1) Real órden comunicada en 17 de Feb. de 1804, ó ley 7. t. 20, lib. 7. N. R.
(2) Circular de 15 de Julio de 1796. ó nota 29, t. 20, lib. 7, N. R.
(3) Real cédula cit. art. 23.

del pósito, se formará pieza separada de autos para el reintegro de los alcances líquidos, y se remitirán los originales con los documentos justificativos al corregidor del partido en todo el mes de Enéro, para que sin dilacion las dirija á la contaduría general de pósitos, en donde han de verse y liquidarse, á fin de que con su informe se tome la providencia conveniente. Como en muchos lugares no hay contadores, y en varios de ellos no tienen los depositarios suficiente instruccion ni conocimiento para la formacion de las cuentas, es del cargo del escribano ó fiel de fechos encargarse de este trabajo por el método espuesto en la antigua instruccion (1) que al presente rige (2).

17 Para admitir á los depositarios en la data de sus cuentas las partidas que dan por no cobradas, han de acompañar por recado de su justificacion, relacion jurada y firmada por ellos de los deudores, con especificacion por orden alfabético de los nombres y apellidos de cada uno, de las cantidades que deben de granos y dinero, y de las causas porque no se han cobrado; de manera que con esta relacion se hará cargo el depositario de las partidas que comprende, y en caso que, como ha sucedido muchas veces, alguna de ellas no salga cierta, serán responsables el depositario y diputado (3).

18 El escribano ó fiel de fechos que debe cuidar de que esten bien custodiados y reunidos la instruccion, órdenes y demas documentos pertenecientes al pósito para su mejor gobierno y despacho de sus asuntos, ha de poner indefectiblemente en cada una de las cuentas nota de las licencias concedidas al pueblo para repartimiento, panadeo ó renuevo de sus granos, á fin de que con esta formalidad no se ofrezca reparo en lo que justamente se hubiese satisfecho.

19 Entregado el trigo del repartimiento y cerrado el pósito, no se volverá á abrir sino para reconocer si necesita algun reparo, traspalar los granos, ó ver si tienen riesgo de malearse ó perderse, en cuyo caso ha de providenciar la junta lo conveniente á su remedio, mandando hacer de propia autoridad las obras ó reparos que no pasen de cien reales, pues de lo contrario ha de dar cuenta al corregidor del partido para que resuelva lo que convenga, ó represente al Consejo lo que se ofrezca; y en ambos casos, despachado el libramiento en la forma que despues se dirá, ha de recoger los recibos el depositario para el abono de la partida, y de otra suerte no se les admitirá.

(1) De 30 de Mayo de 1753. (2) Real cedula cit., arts. 23, 24, 25 y 26.
(3) Acuerd. del Cons. comunicado en 24 de Nov. de 1801, o ley 6 t. 20 lib. 7, N. R.

El resto de trigo ó harina que quede esistente despues de los repartimientos, ha de conservarse hasta los meses mayores, en los cuales representará la junta al corregidor ó alcalde mayor del partido lo que convenga practicarse, para que bien informado de lo espuesto provea lo conveniente acerca del panadeo ó repartimiento de granos, venta ó renuevo hasta la cantidad que le parezca (1).

20 Deben recibirse y entregarse los granos por unas mismas medidas, arreglándolas el ayuntamiento, y afinándolas cada año en los reinos de Castilla, Leon y Andalucía por el pote general que corresponde al de Avila, y en la corona de Aragon por las medidas que se usen comunmente en cada pueblo. Al mismo tiempo ha de procurarse que sean de álamo, nogal ú otra madera semejante que no merme, como tambien que el rasero sea redondo con chapas correspondientes; y ni las tales medidas, palas ni otros pertrechos del pósito han de poder sacarse de las paneras, ni usarse en otra cosa que en medir y beneficiar sus granos (2).

21 La junta ha de celar que el trigo repartido á los vecinos solo se invierta en la sementera, ni ha de permitir se les embargue por deuda ni obligacion alguna, por privilegiada que sea, aun cuando quieran darlo voluntariamente, bajo la pena á los contraventores y consentidores de la restitucion del trigo, y de cincuenta ducados á cada uno (3).

22 Habiendo de panadearse el trigo del pósito, si hay panaderas que lo tomen al precio justo y corriente, ha de vendérseles, sentando en los correspondientes libros las fanegas de trigo que se sacan, y las cantidades de dinero que se introduzcan en el arca; y si ha de entregarse el trigo al fiado en pueblos de poco vecindario ó consumo, ha de ser solo para el abasto de ocho dias, dando precisamente fianzas seguras mientras lo satisfacen. Si no hay panaderos ni panaderas que compren el trigo del pósito, dispondrá la junta para averiguar los panes que produce, se hagan uno ó mas ensayos, sacando de la copa, centro y falda del monton el número de fanegas que crea bastantes, y reducidas á pan, y formando la cuenta de los que salgan de flor, de medianas ú hogazas, de lo que importe el salvado, y del coste que todo haya tenido, se arreglará el precio del pan de acuerdo con el ayuntamiento, y entregará el trigo al que mas diere por fanega, procurando no se mezcle con otro, y consiga el pósito

(1) Real céd. cit. arts. 28 y 29. (2) Céd. cit. ar. 9. (3) Real céd. cit. art. 27.

las mayores utilidades posibles respecto al precio corriente del trigo. Lo propio ha de hacerse en los pósitos del centeno ó cebada, y en los pueblos pequeños ha de observarse lo espresado en cuanto á saca y asientos en los libros. En los pueblos que por su crecido vecindario consuman mucho pan, se ha de dar el trigo á los panaderos ó panaderas todos los dias ó de tres en tres, que es el tiempo en que el depositario ha de haber recogido y puede tener en su poder el dinero producido por el panadeo, que ha de poner en el arca en los términos ya espresados, bajo la pena de que contraviniendo se le castigará á él conforme á derecho, y á los demas individuos de la junta que no lo soliciten (1).

23 Cuando por no haber otro medio sea preciso que el pósito administre el panadeo de su cuenta, debe el depositario tener un cuaderno separado donde siente las partidas de trigo que se saquen, y rebajados gastos, ha de formar la cuenta de su producto líquido en el pan cocido, aechaduras y salvados que ha de aprobar la junta con asistencia del procurador síndico, y servir original por recado de la cuenta. Las bajas ó subidas del precio del pan han de hacerse con acuerdo del ayuntamiento, y el nuevo precio ha de empezar á correr consumida la última porcion dada para el panadeo (2).

24 Si consumido el trigo en el repartimiento y panadeo es necesario para continuar éste y socorrer al pueblo comprar otro trigo con lo que haya producido, se ha de vender de forma que se saquen las costas y gastos con beneficio del pósito; y si se distribuye entre los labradores, segun se hace en algunos pueblos, se les ha de vender al fiado por el mismo precio, coste, costas y beneficio, obligándose con fiador abonado á pagarlo en dinero al tiempo de la cosecha, y si entonces, por serles mas útil, quisiesen pagar el trigo, se les admitirá por el precio medio corriente, sobre cuyo punto celará el procurador síndico para que no se cometan fraudes con precios fingidos (3).

25 Habiendo dinero en el pósito, acordará la junta con el síndico el tiempo que juzgue mas conveniente para la compra de granos, la cual, si el pueblo es de cosecha y tiene cuenta hacerla en él, ha de encargarse al depositario, diputado, síndico ú otra persona que le parezca, quien ha de celebrar los contratos con los labradores, sentando en un cuaderno los nombres de los vendedores, las fanegas que

(1) Céd. cit. arts. 30, 31 y 32. (2) Céd. cit. arts. 33 y 34. (3) Céd. cit. art. 35.

compra y su precio; y cuando se introduzcan en su pósito han de sentarse y firmarse en el libro de entradas, asi como en el de salidas de dinero el que hubiesen importado. Si el pueblo no es abundante en granos, ó acomoda mas comprarlo fuera, ha de nombrar la junta de su cuenta y riesgo persona esperimentada y digna de confianza, que vaya á hacerlo en los lugares que se señalen, entregándole la cantidad de dinero necesaria por medio de un libramiento firmado de los individuos de la junta y del escribano ó fiel de fechos, del cual ha de tomar razon el contador donde le haya, sopena de que el hacer lo contrario será de cuenta y riesgo de quienes lo acuerden, de que no se abonará al depositario en sus cuentas, y se procederá contra todos á la esaccion de penas. Ademas el encargado de la compra del trigo ha de dejar en el arca el resguardo correspondiente del dinero, obligándose en él á hacer bien y fielmente la compra, y dar cuenta con pago del coste del trigo ó centeno y portes, para cuya debida formalidad ha de entregársele un cuaderno rubricado de los individuos de la junta con el escribano ó fiel de fechos, en que ha de sentar partida por partida la compra, á quién la hizo, de dónde es vecino, en qué dia, á qué precio, y qué cantidades de fanegas, como tambien las contratas de carreteros y arrieros que se obligasen á las conducciones, y en qué precios, y si no hace la compra por algun inconveniente que se ofrezca, ha de volver incontinenti al arca el dinero que se le hubiese entregado, señalándosele por su trabajo la competente remuneracion (1).

26 He aqui espuesto con toda especificacion cuáles son las únicas inversiones en que deben emplearse los fondos respetables y útiles de los pósitos; pero sin embargo, esto no impide que el Soberano se valga de una parte de ellos en las graves urgencias de la corona. Asi es, que en una real órden ó decreto (2), mandó S. M. que las intervenciones de pósitos del reino entregasen por una sola vez en efectivo el producto de las quintas partes de sus granos á los comisionados de la real caja de amortizacion, y en otra posterior (3) resolvló que entregasen asimismo en granos á los comisionados de las reales provisiones del egército y marina los cupos que aun no hubiesen satisfecho, ó lo que restase á su complemento; comprendiéndose en estas reales disposiciones ademas de los pósitos reales otros estable-

(1) Real céd. cit. art. 37. (2) De 17 de Marzo de 1779.
(3) De 8 de Octubre de dicho año.

cidos por diferentes personas con el nombre de fundaciones pias al cargo de jueces eclesiásticos, curas párrocos, patronos ó administradores particulares. Asi es que para adelantar la entrega en las tesorerías de las cantidades que debia satisfacer cada pueblo segun el repartimiento hecho de los trescientos millones con que por via de subsidio temporal se habia de servir á S. M. en el año de 1800, resolvió el Consejo, que en los pueblos en que los pósitos estuviesen arreglados á fondo fijo, pudiera aplicarse á dicha cuota todo lo que escediese de él en granos ó dinero, sin obligacion de reintegro, y que en donde no estando arreglados los fondos del pósito hubiera sobrante que pudiese invertirse en el mismo fin y sin reintegro, propusieran las justicias el arreglo del fondo para que pudiera venderse el sobrante &c. Asi es que se sirvió el Rey mandar se exigiera anualmente un cuartillo de real por cada fanega de granos y peso fuerte que tuviesen de fondo todos los pósitos del reino, asi reales como de fundaciones particulares, destinando su producto al fondo de consolidacion de vales y cajas de estincion y descuento, resolviendo al mismo tiempo, que para reponer los pósitos paulatinamente de las cantidades sacadas en diferentes tiempos para las urgencias del estado y otros objetos de utilidad pública, se aumentase en todos aquellos desde un cuartillo de celemin por fanega á las creces que actualmente pagaban los sacadores, y uno por ciento en los repartimientos de dinero; debiendo arreglarse las juntas en ambos puntos á la instruccion que el Consejo acompañaba á la consulta, y aprobó S. M. (1). Asi es finalmente que se mandaron exigir despues sin perjuicio de los pueblos la tercera parte de granos ó dinero que esistiesen en ellos (2); si bien posteriormente se dignó el Rey mandar se cesára en la esaccion de quinta y tercera parte, y demas que para las urgencias del estado se hacian del fondo de los pósitos (3).

27 A todos los individuos de la junta y escribanos ó fieles de fechos se ha de remunerar su trabajo con el uno por ciento sobre las cantidades de granos y dinero que entrasen en las paneras y arcas, sin perjuicio de gratificarles segun lo merezcan por la buena administracion que acrediten en las cuentas anuales. El importe del uno por ciento ha de distribuirse en siete partes; una para el juez, otra para el diputado, otra para el procurador síndico, dos para el deposita-

(1) Circular de 26 de Setiembre de 1800. (2) Reales órdenes de 8 y 13 de Marzo, ó instruccion adjunta. (3) Circ. de 4 de Octubre de 1803.

rio, y otras dos para el escribano ó fiel de fechos, quienes han de dar el competente recibo para que acompañe á las cuentas; si bien para el goze de esta consignacion y de las dotaciones hechas en algunos pósitos á sus interventores y escribanos, es indispensable su asistencia personal á todas las entradas y salidas de granos y dinero. Asimismo, al medidor por las fanegas que mida ha de pagársele el jornal que se acostumbra dar á un bracero cada dia de los que se ocupa en la medicion de granos. Y para satisfacer estas asignaciones han de contribuir los labradores y peujareros con un cuartillo de celemin por cada fanega que saquen (1).

28 Para la satisfaccion de los sueldos de los empleados en la contaduria general y demas gastos que se ocasionan en el gobierno de los pósitos, han de contribuir éstos con dos maravedis por cada fanega y cada peso fuerte que tengan; y este contingente se ha de remitir con las cuentas al juez de la cabeza de partido, quien dando recibo de la cantidad, si es conforme al fondo del pósito, lo librará á la órden del contador de pósitos para que disponga su entrega al tesorero de ellos en la córte. Y si para estos gastos y los espresados anteriormente no se halla dinero en arcas, han de venderse en los meses mayores por el precio mayor posible las fanegas de grano equivalentes (2).

29 Como los pósitos de Madrid, Valencia, Málaga, Cartagena, Monte-Pio de Sevilla y otros de esta clase se gobiernan por distintas reglas, teniendo contaduria formal é intervencion, no deben hacer novedad en el gobierno de sus pósitos, observando las ordenanzas que tengan, y aprovechándose en lo que sea conducente de esta instruccion (3).

30 Al contador general corresponde la aprobacion de las cuentas, y por su mano han de pasar todos los recursos gubernativos y económicos concernientes á pósitos que se hacen al Consejo. Estos deben pasarse á las mesas donde correspondan, sus oficiales han de examinar si falta alguna instruccion, y dar cuenta de ellos al contador, quien ha de pedir la que convenga, espidiendo las órdenes oportunas, y luego que tenga toda la necesaria, ha de estractar el espediente, y dar cuenta al Consejo en el dia ó dias que le señale. Resueltos los espedientes por este supremo tribunal, pondrá y

(1) Real céd. cit. arts. 38, 39 y 40. (2) Real céd. cit. art. 41 y 42. (3) Real céd. cit. art. 43.

autorizará sus acuerdos el contador, volviéndolos á la mesa para la estension de las órdenes que tambien ha de firmar (1).

31 Si en alguno de los espedientes quiere el Consejo oir el dictamen de alguno de los fiscales, ha de pasarlo el contador con el correspondiente decreto á la mesa á quien pertenezca, para que su principal oficial lo lleve al fiscal del departamento, le dé cuenta y suministre las noticias que le pida para poner con todo conocimiento su parecer, que podra estenderse por el mismo oficial, si el fiscal tiene por conveniente encargárselo, y recogido el espediente con la respuesta ya rubricada lo devolverá el oficial al contador para dar cuenta al Consejo (2).

32 La contaduria ha de formar y presentar al Consejo un plan ó resumen espresivo de los fondos en granos y dinero de todos los pósitos del reino, con un estado de las cuentas atrasadas y corrientes; espresando cuales se han despachado de ellas, y visto por los fiscales se pasará con su dictamen á la via reservada de Gracia y Justicia para dar cuenta á S. M. (3).

33 Para que se uniformen el curso y trámites de los pleitos de pósitos con la práctica de los de propios, y evitar las muchas dilaciones qne antes habia, se han de traer derechamente al Consejo en Sala de Mil y quinientas los recursos de queja y apelacion que en espedientes meramente contenciosos se interpongan de las providencias de los subdelegados de los partidos, y ejecutoriados en dicha Sala se ha de tomar razon de las determinaciones en la contaduria general, para que conste y pueda tenerlo presente en el exámen de cuentas (4).

34 Como hay muchos pueblos de un mismo nombre, y por esta causa puede haber confusion en la correspondencia ó direccion de sus recursos, siempre que representen ó hagan alguno, deben espresar la provincia y partido en que se hallan (5).

35 Finalmente, todas las condenaciones y multas que se exijan fuera de las reintegraciones por los perjuicios ocasionados á los pósitos, se han de poner á la disposicion del Consejo para darles el destino que le parezca conveniente (6).

(1) Real céd. de 6 de Octub. de 1800, o ley 5, t. 20 lib. 7, N. R. arts. 3, 4, y 5. La Real céd. de 2 de Jul. de 1792 ha de observarse en todo lo que no sea contrario a ésta, segun lo dispone su art. 12. (2) Art. 6 sig. (3) Art. 9. (4) Art. 10 sig. (5) Céd. de 2 de Julio de 1792. (6) Céd. citada art. 46.

CAPITULO III.

De los modos originarios de adquirir el dominio.

1 Habiendo ya hablado de las cosas pertenecientes á los pueblos, corresponde tratar de las que pueden hallarse ó se hallan en el dominio de los particulares, y de los modos de adquirirlo. Estos, bien son originarios segun la distincion adoptada por el célebre Heineccio, bien derivativos: es á saber: bien proporcionan la adquisicion de cosas que no se hallan en el dominio de nadie, bien de las que otros tienen adquiridas. Haremos antes mencion de los primeros y despues de los segundos.

2 Todos los modos originarios de adquirir el dominio se refieren ó á la *ocupacion* con que adquirimos cosas absolutamente de nadie, ó á la *accesion* por la que nos hacemos dueños de los incrementos que acceden, allegan ó unen á nuestras cosas. Por la ocupacion se adquieren las bestias salvages, las aves y pescados del mar y de los rios, hágase la aprehension en la heredad propia ó en la agena; si bien cuando alguna persona entrase ó cazase en ésta, prohibiéndolo el dueño que estuviese presente, pertenecerá á éste todo lo que caze, y solo corresponderá al cazador todo lo que hubiese aprehendido antes de dicha prohibicion. La aprehension es tan necesaria, que si siguiendo los cazadores á algun animal salvage herido le toman otros que llegasen, pertenece á estos, porque aun podrian acontecer muchos accidentes que impidieran á los cazadores el aprehenderlo, y lo mismo se ha de decir del animal que cayese en lazo, cepo ú otro armadijo, lo cual es conforme á derecho, dice la ley, *como quier que en algunos lugares usasen el contrario* (1).

3 Por reputarse animales salvages las abejas, si algun enjambre se asentase en algun arbol, no puede el dueño de este tenerle por suyo hasta que lo encierre en colmena ú otra cosa, lo cual procede tambien en los panales que hiciesen las abejas en algun árbol, y asi el uno como los otros tocarán al aprehensor, sino es que estando presente el dueño le prohibiese llevarlos (2).

4 El señorio de los animales salvages se pierde con salir del poder de su dueño, volviendo á su primer estado, y aun con huir y

(1) Leyes 17 y 21, tit. 28, p. 3. (2) Ley 22, tit. y p. cit.

alejarse tanto que no se pueden ver, ó que aunque se vean, con dificultad podrían recuperarse. Así sucede en el enjambre de abejas, que vuele de las colmenas de alguno. Por lo que hace á los pabones, gavilanes, palomas, ánsares, faisanes, ciervos, gansos, zebras y otras bestias semejantes, que, aunque salvages por su naturaleza, amansan á veces los hombres y crian en sus casas; si pierden la costumbre de ir y volver á éstas, se pierde el dominio de ellas, y puede adquirirle como en los animales antes espresados cualquiera que los aprehenda. Mas por no ser de naturaleza salvage las gallinas, capones y anzares que nacen y se crian en las casas, aun cuando se vayan de ellas por espanto y no vuelvan, se conserva su señorio, y comete hurto quien los aprehenda con ánimo de apropiárselos (1).

5 A la ocupacion debe referirse la invencion ó hallazgo de las cosas muebles que á veces los hombres desamparan ó arrojan con ánimo de que no sean suyas, y las adquiera el primer ocupante, como así sucede; si bien no se pierde el señorio de las cosas que se echan al mar por temor de naufragio. Lo propio milita en los bienes raices, siempre que se abandonen con dicha intencion, pues sino se abandonan, no se pierde el dominio, aunque digan sus dueños que no quieren sean suyos; pero si alguna persona desamparase alguna cosa suya, y no osase volver á ella por miedo de enemigos ó ladrones, nadie puede adquirir su dominio á causa de retenerle su dueño con su voluntad. Sin embargo, en el hallazgo de un tesoro no sucede enteramente lo mismo. Si alguno le encuentra en su casa ó heredad, y no puede saberse quién lo metió allí, ni cuyo es, le corresponde todo; mas nada adquiere de él, si alguno puede probar ó averiguar que es suyo. Y si aconteciere que alguien hallase tesoro en casa ó heredad agena labrando, ó por alguna casualidad sin buscarlo, ha de dividirse por mitad entre el dueño de aquella y el hallador, al cual nada corresponderá del tesoro, si lo buscó, y todo lo hará suyo el dueño de la casa ó heredad, sea el Rey, el comun de algun pueblo, ó alguna persona particular (2) (*).

(1) Leyes 19, 22 al fin, 23 y 24. (2) Leyes 45, 49 y 50, tit. 28 cit.

(*) A la ocupacion suele referirse la de las cosas de aquellos con quienes estamos en guerra. Así que la ley 20 del citado tit. que se halla entre otras leyes ya citadas que hablan de la ocupacion de las bestias salvages, dicen que deben ser dichas cosas de quien las gane, no siendo villa o castillo que corresponden enteramente al Rey. Pero como la ocupacion sólo tiene lugar en las cosas que no son de nadie, y las cosas hostiles tienen dueño, no puede referirse la ocupacion bélica a la ocupacion ni otro modo de adquirir originario.

6 La *accesion, el otro modo originario, y por el que adquirimos los incrementos que suelen tener nuestras cosas, se divide muy bien en natural, industrial y mixta. A la primera corresponden los partos de los animales, el aluvion, las islas que hacen los rios y el alveo abandonado por estos.* El fruto ó parto de las bacas, obejas, yeguas y otras bestias semejantes pertenece á los dueños de las hembras que paran, y nada á los dueños de los machos que las empreñasen, á no haber otra costumbre en la tierra, ó haberse hecho antes del ayuntamiento entre unos y otros dueños algun pacto ó convenio que debe observarse (1).

7 El aluvion es un incremento paulatino que hace el rio, añadiendo imperceptiblemente á unos fundos ó tierras lo que quita á otras sin saberse cuales son, en lo cual consiste la justicia ó equidad de esta adquisicion. Mas cuando sucede que el rio se lleve de una heredad alguna parte ayuntadamente con sus árboles ó sin ellos, y la agrega á la heredad de otro, no adquiere éste su señorío, á no ser que estuviese allí tanto tiempo que se arraigasen los árboles en el terreno á que se ayuntaron, aunque en este caso tendrá que indemnizar al otro del menoscabo recibido segun la valuacion de peritos. Tampoco se pierde el señorío de una heredad por la inundacion ó avenida del rio que la cubra enteramente de agua por muchos dias, pues aunque su dueño pierda por entonces la posesion ó tenencia, luego que se descubra, por volver el agua á su alveo, usará de ella como antes (2).

8 En órden á la pertenencia de las islas que se forman en el mar y en los rios, véase aquí lo dispuesto en nuestras leyes. Si se formase de nuevo isla en el mar, lo cual sucede pocas veces, corresponderá al primer poblador, aunque éste deberá obedecer al Príncipe ó señor en donde apareció la isla. Si la isla se forma en el rio, y se halla enmedio de él, deben partirla por medio los dueños de las heredades de ambas riberas, tomando cada uno de la mitad de la isla que está hacia su heredad una parte proporcionada á la anchura de ella por enfrente del rio; y si por ventura la isla estuviese toda en la mitad del rio, deben partirla del mismo modo los dueños de las heredades á cuya ribera está mas próxima; pero si la isla no estuviese toda en una mitad del rio, ni tampoco bien enmedio de éste, sino que se hallase la mayor parte en una mitad y la menor en otra, debe

(1) Ley 25, tit. y p. cit. (2) Leyes 26 y 32, tit. y p. cit.

medirse la anchura del rio, y señalarse en la isla el sitio de enmedio, para que ambas partes, mayor y menor, se apliquen de la manera espresada á los dueños de las heredades de ambas riberas, sin que en ninguna manera pertenezca nada de la isla al que acaso fuere usufructuario ó feudatario de alguna de dichas heredades, no obstante de que lo contrario sucede en el aluvion, cuyo usufructo pertenece á dichas personas igualmente que en la heredad á que se agregó. Pero si las islas se hacen, porque creciendo á veces mucho los rios con las avenidas de las aguas se introducen y atraviesan las heredades, no hay que hacer ninguna particion de islas, por conservar los dueños de aquellas su señorio (1).

9 Otra cosa sucede, cuando el rio muda de lugar ó alveo dejándole seco y haciendo su curso por otras partes; pues el primero corresponde á los dueños de las heredades á que se agrega, debiendo hacerse la division á proporcion de la frente de cada una contra el rio; y del segundo pierden el señorio aquellos á quienes tocaba por hacerse público, como lo es el rio, y lo era el alveo antiguo (2).

10 De la accesion por especificacion, mistion, mezcla, confusion ó inclusion hablan nuestras leyes; pero sin hacer uso de estas voces contentándose con poner varios egemplos, cuya esposicion dará bastante luz para saber cómo han de decidirse los demas casos semejantes. Si alguna persona hace vino ó aceite de uvas, ó aceitunas agenas, ó saca grano de mies de otro, ó hace vasos, tazas, ú otras cosas de oro, plata, laton, alambre ú otro metal que no le pertenece, creyendo que es suyo, debe distinguirse si las referidas cosas no se pueden volver por su naturaleza á su primer estado, como sucede en las uvas y aceitunas convertidas en vino ó aceite: ó si pueden restituirse á su antiguo estado, como el vaso y las demas cosas que se hagan de oro, plata ú otro metal que pueda fundirse. En el primer caso adquieren el dominio de las cosas hechas los que las hicieron, aunque tienen que abonar á sus dueños el importe de aquellas de que se aprovecharon con buena fe; y en el segundo caso el dueño de las cosas conserva su señorio, aunque el otro tuviese buena fe, ó mezclase metal ageno con otro suyo, perdiendo su trabajo y aun las espensas que hizo el que usó de aquellas sabiendo eran agenas. Pero si las cosas se mezclasen sin beneplácito de sus dueños, y solo por casualidad, no pudiendo separarse, como si se juntan casualmente el

(1) Leyes 27, 28, 29 y 30. (2) Ley 31, tit. cit.

aceite ó trigo de uno con el de otro, será el todo comun á todos á proporcion de lo que cada uno tuviese, y si las cosas mezcladas por acaso se pudiesen separar, cada dueño conserva su señorio (1).

11 Tambien debe distinguirse cuando alguna persona junta algun pie de vaso ageno al suyo, ó brazo ú otro miembro de imágen agena, sea de oro ó de plata; pues si la soldadura se hace con plomo, haya buena ó mala fe, no adquiere el dominio de lo juntado ó añadido que debe darse á su dueño, y si hace la soldadura con metal del que eran ambos vasos unidos, y con buena fe, por creer que todo era suyo, adquiere el dominio de lo que juntó con lo propio, aunque ha de dar el importe á su dueño. Mas si sucede que una persona junte con vaso ageno el pie del suyo, si lo hace con mala fe, sabiendo que aquel no le pertenecia, pierde el dominio del pie de su vaso, hubiese hecho la soldadura con plomo o con metal del mismo del que eran dichas cosas, porque debe creerse lo quiso dar al dueño del vaso, puesto que sabia era de otro, y si lo hace con buena fe, pensando que tambien le pertenecia el vaso, no adquiere el señor de este el dominio del pie, y si desea que quede en el vaso, debe dar su estimacion á su dueño que lo juntó con él, sino es que prefiera dar el pie á su dueño (2).

12 Otra especie de accesion y union es cuando se escribe un libro en pergamino ó papel ageno, ó cuando algo se pinta en tabla ú otra cosa agena: en el primer caso corresponde el libro al dueño del pergamino escrito, aunque si quien le escribió tuvo buena fe, creyendo que era suyo el pergamino, ó que tenia derecho para hacerlo, el dueño de aquel, si quiere el libro, debe pagar al otro lo que peritos inteligentes crean vale la escritura; y si tuvo mala fe ha de perder el valor de ella y dar el libro al dueño del pergamino: en el segundo caso cede la tabla ó cosa agena á la pintura, si el pintor tuvo dicha buena fe, habiendo de dar su importe al dueño de la tabla, quien adquiere la pintura, sin tener que abonar nada por ella si el pintor tuvo male fe. Lo mismo procede en el dibujo ó entabladura en piedra ó madera agena, pues si lo hace por mandato del dueño de ésta, le corresponde lo pintado ó entallado, aunque ha de satisfacer este trabajo (3).

13 Si alguna persona se sirve en su casa ó en otra obra que haga, de ladrillos, pilares, maderas ú otras cosas semejantes agenas, ad-

(1) Leyes 33 y 34, tit. cit. (2) Ley 35, tit. cit. (3) Leyes 36 y 37, tit. cit.

quiere el dominio de ellas, tenga buena ó mala fe, aunque ha de dar á su dueño duplicado el importe. Esta decision se funda no en una razon natural sino en la civil de evitar se derriben las obras hechas con detrimento del adorno y hermosura de las poblaciones (1).

14 Cuando un arbol plantado en una heredad estiende sus raices por la heredad cercana de otra persona, por manera que están en ella las principales raices, adquiere aquella el señorio del arbol, aunque sus ramas esten sobre la heredad de quien lo plantó; mas si en cada una de las dos heredades tuviese el arbol raices principales que lo nutriesen, pertenecerá á los dueños de ellas (2).

15 Réstanos hablar de los poseedores de fincas que están tenidos por dueños sin serlo, para saber qué debe decirse de sus frutos y de las espensas que en ellas se hagan. Respecto á los frutos, si alguna persona cree ser dueño de alguna heredad, por haberla comprado ó adquirido por otro justo título de quien creia serlo ó tener derecho para enagenarla, y fuese despues vencido en juicio por el verdadero señor de ella, debe entregar á éste todos los *frutos naturales, que son los que producen las cosas por sí mismas sin la industria ó trabajo de los hombres,* aun que los hubiese ya consumido con buena fe; y si son *industriales, ó los que dan de sí las cosas por el cuidado y la labor de los hombres*, solo deberá dar los que no hubiese gastado, sacando primeramente las espensas hechas por ellos, y no los que hubiese consumido hasta la contestacion del pleito á causa del trabajo que empleó en ellos. El poseedor de mala fe, si lo es por haber hurtado la casa ó entrado en ella sin derecho, vencido que sea en juicio, ha de restituir la cosa con los frutos percibidos, y aun con los que pudo percibir; pero si lo es por haberla comprado ú otro justo motivo, sabiendo que quien se la enagenó, no tenia derecho para hacerlo, solo debe abonar los primeros y no los segundos fuera de estos cuatro casos: cuando la heredad se vendió por defraudar á los acreedores, no ignorándolo el comprador: cuando se enagenó la heredad por miedo ó fuerza: cuando alguno compra encubiertamente y contra la costumbre que debe observarse en la venta *alguna cosa de aquellas que mandase vender el Oficial de nuestra Córte*, y cuando se adquiere la heredad contraviniendo á las leyes (3).

16 En órden á las espensas hechas de nuevo en las heredades agenas con buena fe, como si se edificase torre ó casa, ó se plantasen

(1) Véase la ley 38, t. y p. cit. (2) Ley 43 al fin, t. cit. (3) Leyes 39 y 40 t. cit.

árboles antes de entregarse la cosa al dueño que hubiese sido vencedor en el pleito, ha de indemnizar al poseedor de buena fe de todas las dichas espensas, aunque si hubiese percibido frutos, rentas ó esquilmos, se ha de descontar su importe, queriendo cobrar las espensas; y si por ventura el dueño de la cosa fuese tan pobre que no puede satisfacerlas, aun cuando vendiese cuanto tenga, estará esento de tal obligacion; si bien el que habia de cobrarlas puede sacar de la finca, y llevarse lo que allí metió ó labró. No obstante, si el dueño de la cosa ó heredad quisiese darle cuanto podria sacar de ello llevándoselo, tendrá que conformarse con su voluntad: lo cual limita tambien en el que adquirió la cosa ó heredad con buena fe, y la tenia mala cuando comenzó á labrar en ella (1).

17 Si el poseedor de mala fe edifica ó siembra en heredad agena, pierde todo lo que invirtió en ello, y cede en beneficio del dueño de la heredad, á escepcion de las espensas que hubiese hecho dicho poseedor por razon de los frutos en el tiempo de la tenencia de la finca, las cuales podrá descontar cuando restituya los frutos ó su valor. Si planta árboles ó pone majuelos en la heredad agena, luego qte se arraiguen los árboles ó cepas pierde su dominio; y lo mismo se ha de decir del que plante ó ponga arboles ó sarmientos agenos, tenga mala ó buena fe; si bien ha de darle su importe al dueño de la heredad (2).

18 Pero si el poseedor no hace nada de nuevo sino otras espensas en beneficio de la cosa ó heredad, debe distinguirse. Si aquellas son necesarias, puede cobrarlas el poseedor de buena ó de mala fe, y aunque el dueño de la casa ó heredad le venciese en juicio, no tendria obligacion de entregársela hasta hecho el pago de las tales espensas, en cuya restitucion deben descontarse los frutos ó rentas que hubiese percibido de la casa ó heredad mientras la tuvo. Si las espensas son útiles á la finca, y se hicieron con buena fe, deben cobrarse; mas si la hubo mala, y el dueño que venció en el pleito no se las quisiese satisfacer, solo podrá llevarse lo que hizo; y si las espensas son voluntarias y hechas para adorno y hermosura de la casa ó heredad, como las pinturas ó caños para agua ú otras semejantes que son agradables y no traen utilidad, el poseedor de buena fe podrá llevarse todo lo que hubiese hecho, á no ser que el dueño de la casa ó heredad quiera darle el importe ó valor que tendria despues de habér-

(1) Ley 41, tit. cit. (2) Leyes 42 y 43, tit. cit.

selo llevado. Mas si las hizo con mala fe, nada puede llevarse ni cobrar (1).

CAPÍTULO IV.

De los modos derivativos de adquirir el dominio de las cosas en vida de sus dueños y por incidencia, de la posesion y de las servidumbres.

§. I.

De dichos modos de ganar el dominio.

1 Los modos de adquirir el dominio de las cosas en que ya se tiene, llamados *derivativos*, son, si aquellos son comunes, la *division* y la *cesion* en favor de quien goza alguna parte de ellas, y si no son comunes, la *tradicion* por sus dueños para que otros adquieran un señorío de que carecen; todos los cuales modos se comprenden bajo el nombre de *enagenacion* Ademas, entre las adquisiciones del dominio por los modos derivativos hay unas que se consiguen en vida de su primer dueño, á las cuales corresponden los modos espresados; y otras, de las cuales se tratará en el capítulo siguiente, que se consiguen por su fallecimiento En la division ó asignacion de partes á cada socio ó compañero del todo comun no hay porque detenernos en este lugar, puesto que se dice de ella cuanto se puede decir con mucha estension en el tratado de la particion de los bienes. Asimismo de la cesion ó aplicacion de toda la cosa comun por todos los socios, apenas hay que decir cosa necesaria, ya por las especies que acerca de cesiones, bien entendidas en dicho sentido, bien entendidas en otro mas general, se encuentran esparcidas oportunamente en esta obra, y ya porque mas adelante se halla un párrafo *de las cesiones* ó traslacion á una persona de las deudas, derechos ó acciones que por título legítimo competen á uno contra otro.

2 La tradicion *es un traspaso que el dueño ó quien tiene derecho de enagenar, hace en favor de otro por justa causa del dominio de alguna cosa con entrega de ella.* Esta entrega puede hacerse de mano en mano por la introduccion en la cosa, por la entrega de llaves, por medio de cierto símbolo ó señal admitida entre las gentes de alguna provincia, señorío ó reino, ó por algun otro modo ficto recibido

(1) Ley 44, tit. cit

que surte los mismos efectos que el verdadero. Cuando se hace el traspaso de alguna cosa incorporal se le da el nombre de *cuasi tradicion*. Por la tradicion de una cosa qne puede hacer su mismo dueño á otra persona de su órden, no puede traspasarse el dominio, si aquel no puede enagenarla por prohibírselo la ley, ó porque se lo impide algun pacto anterior ú otro justo motivo. Por *justa causa* se entiende *la qae es proporcionada ó suficiente para la translacion del dominio*, y por lo tanto no se verificará ésta en los contratos de arrendamiento, comodato, ni otros semejantes. Por otra parte, el dominio que se transfiera puede ser *pleno*, del cual hay varias especies de que se habla en el discurso de esta obra, segun los pactos de los contrayentes, *ó con reserva de alguna parte que hagan los dueños.*

3 Entre los modos de adquirir el dominio de las cosas en vida de sus dueños, lo es uno tambien la prescripcion *ó adquisicion de una cosa agena por la posesion continuada con justo título y buena fe del tiempo prescripto en la ley.* La prescripcion parece en algun modo contraria al derecho natural ó de gentes, segun el cual, el dominio solo se transfiere por la tradicion que hace el propietario de una cosa de que puede disponer; y aun tambien parece contraria á la equidad natural que no permite se despoje á nadie de sus bienes apesar suyo, ó sin su noticia, ni que uno se enriquezca con la pérdida de otro. Pero como sin la prescripcion sucederia muchas veces que un poseedor de buena fe fuese lanzado despues de una dilatada posesion, y que aun aquel que hubiere adquirido del verdadero dueño, ó que se hubiese librado de una obligacion por un medio legítimo, llegando á perder su título podria ser desposeido de nuevo; el bien público y aun la equidad exigian que se fijase un término, pasado el cual no se permitiese inquietar á los poseedores, ni hacer averiguaciones sobre derechos demasiado tiempo abandonados. Asi que, como la prescripcion ha sido siempre necesaria para asegurar el estado y las posesiones de los hombres, y de consiguiente para mantener la paz entre ellos, y apenas hay nacion ó gobierno que no admita la prescripcion, debe referirse su origen al derecho de gentes. El derecho civil no ha hecho respecto á ella mas que suplir á éste, y perfeccionar la prescripcion dándole la forma que hoy tiene. Se ha introducido esta especie de adquisicion para asegurar los bienes de los particulares, haciendo ciertas, mediante la posesion, las propiedades sobre que habria sus dudas, por evitar los innumerables pleitos que podrian dimanar de tal incertidumbre, y por castigar la negligencia que aquellos que

teniendo bienes adquiridos tardan demasiado en darlos á conocer con el uso ó egercicio de ellos. La ley presume que estos han querido perder, ceder ó enagenar lo que han dejado prescribir, y asi se da á la prescripcion la misma eficacia que á la transaccion (1).

4 Por justo título se entiende, segun ya se ha dicho, una causa propia y suficiente para adquirir el dominio y la posesion, como la compra, donacion, permuta ú otra semejante; sin que baste tener el poseedor alguna cosa mueble por suya, creyendo que habia venido á su poder por dicha justa causa, si despues sabe no ser asi, porque entonces no podria prescribirla. No obstante, si hubiese mandado á su mayordomo, administrador, procurador ó alguna otra persona que le proporcionára alguna cosa por compra, v. gr. ó trueque, y el mandatario en vez de hacerlo asi obtuviese la cosa por algun medio injusto ó vituperable, y dice á su señor ó mandante que la habia adquirido por el título espresado en el mandato, podrá ganarla por tiempo no perjudicándole un error en que no incurrió por culpa ni inadvertencia. Asimismo si cuando se haga alguna manda no valedera la satisface el heredero creyendo que lo es, la puede prescribir el legatario, como tambien el que perciba algun legado, por tener el mismo nombre que el del verdadero legatario nombrádo en el testamento. Igualmente se podrá ganar por tiempo lo que uno dió á otro la inteligencia falsa de ser su deudor, y creyendo éste ser su acreedor (2).

5 La buena fe del poseedor consiste *en que creyera que la persona de quien hubo la cosa era el verdadero dueño, ó que tenia facultad para enagenarla.* Asi es, que si tratando el poseedor de vender la cosa á otro, dijese á éste su dueño que quien queria traspasarla no tenia derecho en ella, ni podia hacerlo, le faltará la buena fe, y no podra ganarla, sino obstante dicha intimacion la compra, ó se aposesiona de ella por otra causa semejante. Si no se le hizo tal requerimiento, debe creerse una buena fe en él, mientras no se pruebe lo contrario. Tampoco tendria buena fe el que obtuviese alguna cosa mueble de huérfano, loco ó pródigo con curador de sus bienes, ó del procurador de alguno, á quien corrompiese maliciosamente ó prometiese dar algo por la venta de la cosa y por menos de su valor. Pero si alguna persona encargase á su procurador comprar alguna cosa sin espresar de quién, y el procurador la comprase sabiendo que el vendedor no era su dueño, esta mala fe no podrá perjudicar

(1) Véase la ley 1, tit. 29, part. 3. (2) Leyes 9, 14 y 15, tit. 29, part. cit.

á su señor ó principal, como le perjudicaría ó aprovecharia en tal caso la mala ó buena fe de un simple mensagero ó mandatario. Por el contrario, si alguno encarga á cualquier persona comprar alguna cosa determinada, sabiendo que el vendedor no tenia derecho para venderla, de ningun modo la ganará por tiempo, aunque el mandatario tuviese buena fe al comprarla. La buena fe debe tenerse desde que se celebra el contrato hasta que se toma posesion de la cosa, sin que perjudique al poseedor ni á sus herederos la mala que tenga antes ó despues del contrato y toma de posesion (1).

6 Para prescribir una cosa mueble se necesita poseerla al menos tres años continuos, bien la posea por sí mismo, bien por medio de otra persona que la tenga en su nombre; mas para la prescripcion de las cosas raices ó incorporales son necesarios diez años, si su dueño se halla en la tierra ó provincia donde la cosa está situada, aunque no se halle en el mismo lugar, y veinte si reside fuera de la provincia, lo cual procede teniendo buena fe el que enagena la cosa, y el que la recibe, no demandándose á éste en todo el tiempo señalado para la prescripcion. Si el enagenante sabia que no tenia derecho para enagenar, quien la reciba de él no puede prescribirla en menos de treinta años, á no ser que el dueño de la cosa supiese que se enagenaba, y no la demandase desde el mismo dia hasta diez años estando en la tierra, ó hasta veinte estando fuera de ella, en cuyo caso podrá prescribirse por alguno de estos dos términos. Pero si despues que alguna persona ha comenzado á prescribir alguna cosa agena y mueble estando el dueño en la provincia se ausenta de ésta ella ó el dueño, el tiempo pasado desde el principio de la prescripcion hasta dicha ausencia debe contarse, como si se hubiese de ganar la cosa por diez años, y el tiempo siguiente se ha de contar doblado; por manera que si el poseedor la tuvo cinco años estando él y el dueño presentes, y diez despues de haberse ausentado alguno de ellos á otra provincia, por quince la podrá prescribir (2).

7 Sin embargo, no se exige la buena fe poseyéndose alguna cosa veinte ó mas años continuos, cualquiera que haya sido la causa de la posesion ó tenencia, y aunque fuese la cosa hurtada, como en todo aquel tiempo no se moviese al poseedor pleito sobre ella. Mas si sucede que pierda la tenencia por cualquiera motivo, no podrá pedirla en juicio á quien la tenga, como no se la hubiese hurtado ó forzado á él mismo,

(1) Leyes 9, 10, 11, 12 y 13. (2) Leyes 9, 18, 19 y 20, tit. cit.

ó la hubiese recibido en él en préstamo ó arrendamiento, lo cual procede tambien, si se le hubiese puesto en posesion de ella por rebeldia del que le habia ganado por tiempo, pues podrá recuperarla, si comparece en el término de un año, y quiere, pagando las costas, contestar á la demanda presentada contra él. Ademas el poseedor con buena fe por el dicho tiempo de treinta ó mas años de alguna cosa raiz no puede ser reconvenido por nadie sobre ella, y si llega á perder su tenencia podrá demandarla á cualquiera que la tenga, esceptuando el verdadero dueño de ella, si la hubo sin fuerza ni engaño, y puede probar el dominio. Asimismo las deudas se prescriben por los dichos treinta años continuos no demandándolas judicialmente los acreedores á sus deudores pudiendo hacerlo; mas ni por el dicho tiempo puede prescribir un arrendador ó inquilino, puesto que no es tenedor por sí de la cosa sino en nombre de quien se la arrendó ó alquiló (1).

8 Pero aun mas tiempo que el espresado es menester para prescribir las cosas raices de alguna iglesia ó lugar religioso, pues no puede ser menor de cuarenta años. Tocante á sus cosas muebles, tales que se puedan prescribir, no hay diferencia entre ellas y las demas de la misma especie, y podrán ganarse por tiempo de tres años. Pero las que pertenezcan tan solo á la iglesia de Roma por nadie podrán prescribirse en menos de cien años (2).

9 El mismo tiempo que para prescribir las cosas inmuebles es menester para la prescripcion del derecho pignoraticio hipotecario que se tenga en alguna cosa mueble ó raiz, porque si despues de empeñada ó hipotecada á uno pasa á otro por compra ú otro título legítimo, si éste la posee con buena fe diez años estando en la provincia el acreedor, ó veinte estando fuera de ella, sin que se demande en todo este tiempo al poseedor, perderia el otro el espresado derecho. Si el poseedor tuvo mala fe al recibirla sabiendo que estaba empeñada, y que quien se la enagenaba no tenia derecho para hacerlo, se necesitan treinta años para la prescripcion, y para perder su derecho el acreedor no reconviniendo al poseedor en todo aquel tiempo. Mas si sucede que tuviese la cosa hipotecada el señor, su heredero ú otro alguno á quien él mismo la hubiese obligado otra vez, despues ninguno de ellos podrá adquirirla por menos tiempo de cuarenta años (3).

10 Para la prescripcion es necesario que sea uno solo el po-

(1) Ley 21 y 22, tit. cit. (2) Ley 26, tit. cit. (3) Ley 27, tit. cit.

seedor de la cosa por todo el tiempo señalado en las leyes, y asi cuando el que ha comenzado á ganarla por él, muere y la deja á sus herederos, la manda en su testamento, ó la vende, permuta &c. antes de cumplirse el tiempo porque pudiera ganarla, el nuevo poseedor teniendo buena fe la podrá prescribir en el tiempo que le quedaba para ello á su antecesor, por manera que se aprovecha igualmente de los dos tiempos; pero si el primer poseedor tuviese ya mala fe antes de ganar la cosa por tiempo, y despues la enagena á quien sabia no era suya, no podrá éste prescribirla por su mala fe al tiempo de apoderarse de ella. Y si alguno, habiendo comenzado á ganar la cosa por tiempo, la empeña á otro, no por esto se impide la prescripcion, pues se cuenta tambien el tiempo que la tuvo en su poder el acreedor (1) (*).

11 Interrúmpese la prescripcion que alguno comienza á hacer de alguna cosa por desampararla antes de cumplirse el tiempo necesario para prescribir, de suerte que aunque despues la recobre, no puede unir el tiempo pasado con el futuro para poderla ganar, y desde el dia del recobro debe empezarse á contar de nuevo. Tambien se interrumpe por emplazar al poseedor sobre la cosa á su dueño, y por demandarle en juicio, como tambien por hacerse alguna intimacion delante del juez ó de otras personas al poseedor ó tenedor de la cosa, si es sugeto poderoso, con quien no se atreva el dueño á litigar. Ademas, se interrumpe la prescripcion de la deuda por renovarla con escritura, fianza ó prenda, por indemnizar algun perjuicio, satisfacer alguna parte de la deuda, pedir ésta á presencia de amigos ó árbitros, ó por otra causa semejante (2).

12 Puede prescribir todo hombre que tenga razon, y no el loco ó demente, pues carece de entendimiento para ganar ó perder, aunque se halle apoderado de las cosas; pero si antes de perder su juicio comenzó á ganar alguna por tiempo él ó la persona, cuyos bienes hubiese heredado, podria prescribirla aun no estando en su poder (3).

13 No pierden las cosas por la prescripcion de otros los que se hallen ausentes en campaña, ó por alguna comision del Rey, ó de su Consejo, por hallarse estudiando alguna ciencia, en romería ó por

(1) Leyes 16 y 12 al fin, tit. cit.

(*) Si el dueño de la cosa mueble principiada á prescribir la empeña, no pierde el acreedor por la prescripcion su derecho pignoraticio. Ley 17, tit cit.

(2) Leyes 29 y 30 al fin. (3) Ley 2, tit. cit.

otra causa semejante; y por lo tanto cualquiera de los dichos desde su venida hasta cuatro años puede pedir al juez del lugar que no le perjudique el tiempo, porque otro habia comenzado á prescribir alguna cosa suya, y debe condescender á su peticion. Si deja pasar dicho término ó su heredero, caso que muriese ausente, no pidiese al juez espresado hasta cuatro años desde el dia que supo la muerte, no lo podrá despues pedir, y sería válida la prescripcion. Tampoco pueden perder sus cosas por tiempo los menores de veinte y cinco años, los hijos de familia, por cuanto no pueden poner pleito sobre sus cosas, ni las mugeres aquellas que hubiesen dado en dote á sus maridos, mientras no se haya disuelto el matrimonio, aunque si viendo alguna que su marido es pródigo de sus bienes, no le demanda su dote, por esta culpable omision podrá prescribirse (1).

14 Las cosas que no pueden prescribirse, son las sagradas, santas ó religiosas, el hombre libre, la jurisdiccion ó derecho de administrar justicia, los tributos, pechos, rentas ú otros cualesquiera derechos que pertenezcan al Rey, y se haya acostumbrado darle. Tampoco pueden prescribirse las plazas, calles, caminos, dehesas, egidos ni otros lugares semejantes de que tienen en uso comun los pueblos ó sus moradores; mas sí podrán prescribirse los navíos, ganados ú otras cosas de esta naturaleza, aunque pertenezcan á los Concejos, pues aunque sean de todos en comun, no usan todos en comun de ellas como de las otras cosas mencionadas; si bien no se necesitan menos de cuarenta años. No obstante, si despues de haber pedido el pueblo alguna cosa por tiempo de cuarenta años, pidiese en los cuatro siguientes, y no despues al juez del lugar que no le perjudicase dicha prescripcion, deberá proveerlo así (2).

15 Finalmente, no pueden prescribirse las cosas hurtadas ó robadas, ni sus frutos ó rentas. Sin embargo, si despues de haberse hurtado alguna yegua, vaca ú otra cosa semejante que dé fruto por sí, la vende el ladron á quien cree que era suya, y en su poder concibe y pare, podrá prescribir el parto; mas si antes de la concepcion supiese que el vendedor la habia adquirido por un medio injusto, no tendria lugar tal prescripcion. Si despues de la concepcion sabe que no era de quien la vendió, é ignora que la habia hurtado ó robado, podra prescribir el fruto, y no sabiendo este vicio; y si por ventura despues del parto y no antes supiese el hurto ó robo, solo podrá

(1) Leyes 18 y 28, tit. cit. (2) Leyes 6 y 7, tit cit.

prescribir el fruto, si se lo comunica al dueño, intimándole que si tenia algun derecho, lo demandase, y no lo quisiese hacer, ó si quisiese comunicárselo y no pudiese hacerlo, por estar muy distante del lugar (1).

§. II.

De la posesion.

16 Como en las cosas ademas del dominio podemos adquirir la posesion y las servidumbres, ningun lugar puede haber mas oportuno que éste en toda la obra para tratar de la una y de las otras. Ademas respecto de la primera puede decirse, que acabamos de hablar de la prescripcion, para la cual es indispensable la posesion. Esta quiere decir tanto *como ponimiento* (ó postura) *de pies*, y es una *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento*, de modo que son necesarias la voluntad de adquirirla y la estada ó ocupacion de la cosa por sí ó por medio de otro. Las cosas incorporales como las servidumbres que deben unas heredades á otras, y los derechos ó acciones con que se piden las deudas propiamente no pueden poseerse ni tenerse corporalmente, aunque el uso se haga de ellas, *es como manera de posesion* ó una cuasi posesion. (2). Las señales de posesion son diversas segun las cosas en que se tiene. Se poseen muebles teniendolos bajo de llave, animales encerrándolos ó haciéndolos guardar, campos y prados cultivándolos y percibiendo sus frutos, derechos reales, como la jurisdiccion, haciendo oportunamente uso de ellos, &c.

17 Hay dos clases de posesion: la una es *natural*, y la otra *es por otorgamiento de derecho, á que llaman en latin civil.* La natural consiste *en tener alguno la cosa por sí mismo corporalmente*, como si estuviese dentro de una casa, heredad ú otra cosa semejante. La civil se tiene, *cuando alguna persona sale de la casa ó heredad de que es tenedor, no con ánimo de abandonarla, sino porque no ha de estar en ella siempre*, y esto equivale á estar en ella siempre por sí mismos (3).

18 Pueden ganar la posesion de las cosas todas las personas de sana razon por sí mismas ó por medio de sus hijos y procuradores ó mandatarios, los tutores ó curadores de los huérfanos, dementes ó pródigos á nombre de estos, el oficial de algun concejo en representa-

(1) Leyes 4 y 5 tit. cit. (2) Leyes 1 y 6, t. 30, p. 3. (3) Ley 2, t. y p. cit.

cion de éste, y la adquieren tambien los feudatarios, usufructuarios y censatarios, apoderados que sean de las fincas en que tienen sus derechos, aunque el dominio ó señorio queda salvo á los dueños; pero no ganan la posesion de las cosas agenas los arrendatarios é inquilinos apoderados de ellas, por tener la verdadera posesion aquellos en cuyo nombre las tienen (1).

19 La posesion puede darse y adquirirse de muchas maneras: se adquiere, si estando la cosa á la vista de los contrayentes, dice el enagenante que apodera al otro de ella: si enagenandose trigo, vino ú otras mercaderias que estuviesen en almacen, alhóndiga u otra cualquier casa, se diesen las llaves de ella estando delante: se adquiere por la entrega de las escrituras, porque consiguio la heredad u otra cosa, ó con la de otra escritura otorgada de nuevo: se adquiere, enagenandose alguna cosa con la condicion de retener por toda su vida el usufructo, arrendandola despues de la enagenacion al vendedor del comprador, ó diciéndole el enagenante que en lo sucesivo tendria la posesion en nombre del adquirente: se adquiere, si alguno se ha apoderado de la cosa por el que la tiene ó por su mandado, como tambien si se le apodera por órden de juez para hacérsele algun pago, ó por haber ganado el pleito, probando que era suya; y se adquiere en fin, poniéndose en la tenencia de la cosa vendida ó enagenada al adquirente, si sabiéndolo el señor no lo contradice, en cuyo caso es como si aquel la entregase por sí propio. Despues de haber tomado alguno la posesion de alguna cosa, se presume siempre que continúa en ella, mientras no la abandone, téngala ó no corporalmente, téngala por sí mismo, ó por medio de algun amigo, huesped, labrador ú otra persona (2).

20 Asi como hay ciertas maneras de ganar la posesion de las cosas, hay tambien ciertos casos ó motivos porque se pierden, segun sucede cuando por avenida de rio ó crecimiento de mar se cubre de agua alguna cosa, de suerte que ni el dueño ú poseedor, ni otro por él puede ocuparla; y segun sucede asimismo, si alguna cosa mueble cae en el mar ó rio, si bien en ambos casos queda al que la pierde salvo su dominio para poderla demandar á cualquiera en quien la halle (3).

21 En cuanto á la pérdida de la posesion de las cosas hay diferencia entre las muebles y las inmuebles. El poseedor de alguna cosa

(1) Leyes 34 y 5, t. cit. (2) Leyes 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12. (3) Ley 14, tit. cit.

raiz no pierde su posesion sino en estos tres casos: si se le echa de ella por fuerza, si en su ausencia la ocupa alguno, y volviendo despues no le recibe en ella, y cuando tiene noticia de que alguna persona ha entrado en la cosa, y no quiere ir allá por temor de que no se le dejará entrar en ella, ó que se le echaria de ella violentamente si entrase; bien que en dichos casos conserva el dominio para poderla demandar. Pero si la cosa es mueble, puede el dueño perder su posesion sin saberlo, como si se le hurtase; mas si la pierde, se tendrá por poseedor mientras la ande buscando, y si la ha prestado, depositado, ó alquilado á otro, como éste la pierda, perderá el dueño tambien su posesion (1).

22 No obstante si el arrendador ó alquilador desampara la cosa maliciosamente con el fin de que otro se apodere de ella, lejos de perjudicar este engaño al dueño en su posesion, tendrá que indemnizarle el arrendador ó alquilador; mas si diese á otro la tenencia de la cosa con ánimo de que la perdiese el dueño, ó echase á éste de ella por fuerza, aunque no el señorio perderá la posesion, y no podrá entrar por sí mismo en la cosa, ni echar al otro de ella, debiendo acudir al juez del lugar para que el arrendador, si apoderó al otro de la cosa, se la restituya con todos los daños ocasionados, y para que le indemnice el despojador conforme á las leyes (2).

§. III.

De las servidumbres.

23 No hablamos ahora de la servidumbre llamada por otro nombre *esclavitud*, sino de la que *es un derecho en cosa agena, mediante el cual por la utilidad de quien le tiene, se halla obligado el dueño á no hacer, ó á permitir que se haga algo en ella.* La servidumbre puede llamarse *activa* en la persona que tiene derecho de usarla en la heredad de otro, y *pasiva* respecto de ésta y de éste que la deben, por manera que no hay ninguna servidumbre, en cuya virtud esté obligado el dueño del fundo que sirve, á hacer en él alguna cosa. La facultad que tiene un dueño para hacer en su cosa lo que le parezca, es un efecto de su dominio, y no puede llamarse servidumbre, cuyo objeto es la cosa agena (3).

(1) Ley 17, tit. cit. (2) Ley 13, tit. cit. (3) Ley 13, tit. 31, p. 3.

24 Las servidumbres pueden establecerse por el derecho natural ó civil, ó por pactos ú otros hechos de los particulares: las primeras se llaman *legales* ó *necesarias*, y las segundas *convencionales* á causa de constituirse regularmente en alguna convencion. Tambien se dividen las servidumbres en *afirmativas y negativas*: aquellas son *en cuya virtud el dueño de una finca tiene que sufrir ciertas cosas*, y estas son *las que obligan al propietario á no hacer cierta cosa en ella.* Asimismo se dividen en *continuas*, que es *cuando su efecto obra perpetuamente sobre las heredad que sirve*, y en *discontinuas*, *cuyo efecto obra solo por intervalos.* Igualmente se dividen en *personales*, y *reales* ó *prediales*, esto es, en servidumbres constituidas á favor solamente de alguna persona, y en servidumbres constituidas á favor de una finca, cualquiera que sea su poseedor. Finalmente la principal division de las servidumbres, y que traen nuestras leyes de partida, es en *urbanas* y *rústicas*, las primeras son las que se deben á las casas ó edificios destinados para la habitacion; y las segundas las que se deben á las fincas que sirven á la agricultura (1).

25 El haber de sufrir una casa la carga de otra como pilar ó columna para poner el vecino alguna viga, el horadar la pared, el abrir ventana para que entre la luz, el recibir una casa el agua de los tejados de la otra que vaya por canal ó caño, el no poder levantarla mas para que no quite la vista ó la luz de una casa, ó no la descubra, y el poder entrar por la casa ó corral ageno para pasar á los suyos son, entre otras muchas, servidumbres urbanas. Servidumbres rústicas son la *senda, carrera*, ó *via* en la heredad agena para entrar ó salir de la propia. En virtud de la servidumbre de senda puede quien la tiene pasar por la heredad agena á pie ó á caballo, solo con otros, siempre que vaya uno tras de otro, y no entrar carretas, bestias cargadas á mano, segun puede hacerse por la concepcion de la servidumbre de carrera; y si se concede via á alguno, podrá hacerse todo lo espresado, y aun llevar madera ó piedras arrastrando, y todo lo que hubieren menester en beneficio de su hacienda. Debe ser la via tan ancha como se pactase al tiempo de su otorgamiento, y por el lugar señalado, y si no se hubiese fijado la anchura, ha de ser de ocho pies (2).

26 Cuando se conceda la servidumbre de pasar por una heredad agua para molino ó riego de otra, quien la tenga, debe guardar y mantener el cauce, acéquia ó canal, de manera que no pueda ensan-

(1) Ley 1, tit. y p. cit. (2) Leyes 2 y 3.

charse, alzarse, bajarse, ni hacer daño á la heredad sirviente, para cuyo efecto ha de conservarse el cauce con estacadas, y no metiendo cantos que perjudiquen á dicha heredad. Si fuere el agua en menor cantidad de la necesaria para dichos usos, ha de llevarse por arcaduces de tierra, ó por caños de plomo, de modo que se aproveche el agua sin detrimento de la heredad por donde pase. Si se concede la servidumbre de traer agua de fuente que nazca en heredad agena, para regar la de otro, no puede el dueño de la fuente conceder á otro agua de ella sin el consentimiento del primero á quien se concedió, como no sea tanta que bastase para ambos (1).

27 Las servidumbres espresadas y otras semejantes subsisten, aun cuando las fincas que las deban ó aquellas que las tienen, pasen á otros dueños, sino es que se hubiesen constituido por determinado tiempo ó á favor de alguna persona señaladamente; puesto que cuando se constituyen para siempre, son cosas anejas á las fincas que las deben y que se sirven de ellas. De aqui es que el dueño de una servidumbre no puede enagenarla separadamente sin la cosa á que corresponde, pues aquella es de tal naturaleza, que no puede apartarse de ésta, sino es que lo consienta el dueño del predio sirviente, ó que la servidumbre sea de agua que nazca en una heredad para regar otra, porque quien la tuviese podria otorgarla á otro, para que regase algun campo ó hacienda cercana á la suya (2).

28 Muriendo el dueño de alguna heredad á que se deba servidumbre, y dejando muchos herederos, cada uno de estos puede demandarla toda a causa de ser indivisible la servidumbre, por cuya razon ninguno podria pedir su parte separadamente. Y del mismo modo si el que muere dejando muchos herederos fuese el dueño de la finca sirviente, podrá demandarse toda la servidumbre á cualquiera de ellos, como aquel cuyos bienes heredaron (3).

29 Las servidumbres no pueden constituirse en las cosas sagradas, santas ó religiosas, ni en las destinadas al uso comun de los pueblos, asi como los mercados, plazas, egidos ú otras cosas semejantes (4).

30 Pueden adquirirse las servidumbres por otorgamiento de los dueños de las fincas sin precio ó por él, por disposicion testamentaria, ó por prescripcion usando de ellas el tiempo prescripto. Si de la

(1) Leyes 4 y 5 tit. cit. Las leyes 6 y 7 traen otros egemplos que no es necesario espresar. (2) Leyes 8 y 12, tit. cit. (3) Ley 9, tit. cit. (4) Ley 13 tit. cit.

servidumbre se hiciese un uso cotidiano sin obra del que la tenga, como si consistiese en algun acueducto, de cuya agua se sirva con buena fe para regar su heredad, basta su uso por diez años, estando el dueño de la finca sirviente dentro de la provincia, y no contradiciéndolo, ó por veinte si estaba fuera de ella. Lo mismo procede en la servidumbre de tener viga metida en pared de su vecino, de abrir ventana para dar luz á su casa, de prohibirle que no levante la suya para que no se la quite, y en otras semejantes de que se aprovechan diariamente los hombres sin obra suya. Por si las servidumbres son tales que los hombres no se sirven de ellas todos los dias sino á veces y con su propio hecho, como la de senda, carrera ó via, ó la de agua que solo pasase una vez á la semana, al mes ó al año, es indispensable una prescripcion inmemorial, ó que quien las tenga, ó aquellos de quienes las hubieron, hayan usado de ellas tanto tiempo que se ignore cuando principió tal uso (1).

31 Todo dueño de edificio ó heredad puede poner á su arbitrio servidumbre sobre ellos; mas si son muchos los dueños, todos deben concederla; y si por ventura solo algunos la conceden, despues no pueden oponerse á ella; pero de los que no quisieron otorgarsele, cada uno podrá contradecirla, asi por su parte, como por la de los demas que no la otorgasen (2).

32 Los feudatarios y censatarios aunque no son en un todo dueños de las cosas que poseen como tales, pueden otorgar servidumbre á favor de otras heredades agenas, asi como pueden estipularlas á favor de las fincas que tienen en feudo ó censo (3).

33 Las servidumbres se pierden por el no uso de ellas; pero con esta diferencia en cuanto al tiempo. Las que se deben á los edificios, se pierden por diez años estando en la provincia las posesiones á quienes corresponden, y por veinte estando fuera de ella, siempre que quienes las deban las embarguen con buena fe, creyendo por egemplo que tenian derecho para sacar la viga de su pared, ó cerrar la ventana por donde entraba la luz, pues no basta para perderse la servidumbre que quien la tiene no use de ella en todo el espresado tiempo. Pero las servidumbres que se deben á las heredades, si son de tal clase que sirvan sin obra de quienes las disfrutan, no pueden perderse sino por el no uso de un tiempo inmemorial; y si son de tal naturaleza que se usa de ellas á veces y no diariamente, se pierden por no usarlas

(1) Leyes 14 y 15 tit. cit. (2) Ley 10 tit. cit. (3) Ley 11 tit. cit.

en veinte años, esten ausentes ó presentes los dueños de ellás (1).

34 Si corresponde á dos personas la casa ó heredad á que se debe servidumbre, basta para que no se pierda que use de ella la una sola, porque siendo comun la cosa, solamente hay una servidumbre; mas si los dueños dividen la casa ó heredad, perderá la servidumbre el que no use de ella en el tiempo mencionado, aunque el otro no haya dejado de usarla, porque éste no era su procurador, ni usaba de ella á nombre del que habia sido su compañero, y dividida la cosa son dos las servidumbres (2).

35 Tambien se acaba la servidumbre, si la quita el dueño de la cosa á quien se debe siendo toda suya, pues si pertenece á muchos, es indispensable el beneplácito de todos. Y finalmente, se acaba la servidumbre, cuando el dueño de la cosa sirviente compra la otra á que se sirve, pues como por razon del contrato corresponden las dos á un dueño, se pierde la servidumbre: de suerte, que aunque despues la enagene ó la conserve para sí, nunca debe ser demandada la servidumbre, á no ser que se constituya de nuevo (3).

CAPITULO V.

De la adquisicion del dominio por testamento ó última voluntad.

El testamento ó la última voluntad y la sucesion abintestato son los modos de adquirir el dominio de las cosas por muerte de sus dueños y con su voluntad: si ésta se declara y manifiesta, se adquiere el dominio del primer modo, y si solo se lo presume, se gana del segundo: reservamos para el capítulo próximo el tratar de éste, y en el presente hablaremos con la debida estension de los testamentos ó últimas voluntades.

§. I.

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

1 Uno de los actos que en esta vida humana exigen mas prudencia y circunspeccion, es un testamento. Continuamente vemos, ya que los testadores no disponen de sus bienes ó parte de ellos, como

(1) Ley 16 tit. cit. (2) Ley 18 tit. cit. (3) Ley 17 tit. cit.

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

2 El testamento *es una disposicion en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto á sus bienes y derechos para que se cumpla despues de su muerte.* Hay dos especies de testamento: uno es *solemne* y otro *privilegiado*: el solemne es *el que se otorga con varias solemnidades que prescriben las leyes, segun debe en general hacerse*: y el privilegiado ó no solemne es *el que ningun otro requisito exige sino que conste de la voluntad del otorgante.* El primero se divide en *escrito y nuncupativo*: el escrito que vulgarmente se llama *cerrado*, es *el que se formaliza en escritura cerrada, signada por escribano, y firmada de éste, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos ó al menos estos su contenido*: el nuncupativo llamado comunmente *abierto*, es *el que se hace ante escribano y testigos, ó tan solo ante éstos, cerciorándose uno y otro de la voluntad del testador, porque la declara en su presencia manifiesta y verbalmente.*

3 El testamento privilegiado, llamase así por el privilegio concedido á los que gozan del fuero militar, que son los que únicamente pueden otorgarle, sobre cuyo particular he aquí las disposiciones que ha habido. Segun una ley de Partida (1) los militares estando

(1) La 4, t. 1 p. 6.

en su casa deben ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres; pero estando en campaña pueden hacerle ante dos testigos, y si se hallan en peligro de muerte, por haber sido heridos en alguna batalla, ó ir á entrar en ella, como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, escribiéndole con su sangre en su escudo, armas, arena, ó en donde les parezca, y de cualquiera suerte es válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales y no de otra forma; pues por el riesgo á que se esponen en defensa del Rey y de la pátria se les dispensa la solemnidad regular. En el art. 1, tit. 11, trat. 8, tom. 3 de las reales ordenanzas del egército, impresas en el año de 1768, se declara que todo individuo que gozare de fuero militar, le gozará tambien tocante á testamentos en cualquiera parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña. En los artículos 2 y 3 se espresa, que en el conflicto de un combate, ó cerca de empezarle, que en naufragio ú otro inminente peligro militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad. En el art. 4 se previene que se tenga por válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquiera papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en parage donde haya escribano, lo haga con éste segun costumbre. Mas por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió real cédula declaratoria de él en 24 de Octubre de 1778, cuyas son estas palabras. "He tenido á bien declarar por punto general á consulta de mi supremo Consejo de guerra de 3 de Julio de este año, que todos los individuos del fuero de guerra puedan en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su mano ó de otro cualquiera modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la misma ley militar, la civil ó la municipal." Asi que, hoy no solo los militares, sino tambien todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar en la forma que prescribe esta cédula. Si hacen por sí su testamento, no son necesarios (segun se entiende) los dos testigos que antes se requerian por la ley de Partida, pues no manda que los haya, ni habla de solemnidad alguna; bien que de este silencio infiero no se ha derogado la

establecida por ser precisa una derogacion específica (*); pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que previene la ley, á causa de usar de ella y no del fuero de guerra. En cuanto á sus hijos que por sus propias personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de la cédula, por ser personal el fuero. Todo esto necesita á mi entender nueva y espresa declaracion para desvanecer las dudas que por su omision y silencio se suscitan (**).

4 El testamento abierto puede otorgarse de dos maneras; la una ante escribano público y testigos, y la otra ante estos solamente en cédula ó memoria, ó de palabra, aunque haya escribanos en el pueblo, pues no es precisa su asistencia (*a*). Estos testigos han de ser varones mayores de catorce años, libres, de buena vida y fama, y rogados para serlo por el testador, ó por el escribano, ú otro en su nombre (*b*) (***) y de los que son necesarios hoy en el otorgamiento ó publicacion de testamento, intervenga ó no escribano, trata la

(*) No alcanzo que sea necesario tal derogacion, y me parece que las palabras de la cédula inserta *en el papel simple firmado de su mano ó de otro cualquiera modo en que conste de su voluntad* han derogado la ley de Partida sin necesidad de hacer mencion de ella.

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

(*a*) Leyes 1, t. 4, lib. 5 R. (ó 1, tit. 18, lib. 10 N. R.), y 102, t. 18, P. 3, Matienz. dicha ley 1. glos. 3, n. 2, glos. 6, n. 2, glos. 7, n. 1. (*b*) Leyes 1 y 9, tit. 1, P. 6.

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

ley 1, t. 4, lib. 5, R. que dice: »Si alguno ordenáre su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si lo hiciere sin escribano público, que sean aí, á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento." Quien está por éste debe probar la vecindad como un hecho, si se niega, porque cuando la ley exige alguna cualidad en los testigos, no se presume, sino la prueba el que se vale de ellos (*a*).

5 Pero como la ley inserta no dice si serán ó no suficientes menos de los siete testigos, cuando no son vecinos (*), dúdase si bastarán los tres y el escribano. Yo pienso que si en el lugar del otorgamiento hay copia de gente, deben intervenir cinco, porque la vecindad se requiere precisamente para la validacion del testamento, no concurriendo mas que tres testigos; y que si intervienen los cinco y el escribano, aunque no sean vecinos, serán bastantes, porque el escribano supone por dos, que con los cinco son los siete que pide la ley. Por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos y sin escribano es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el escribano, y así se practica. Ademas, no obstante que la ley 1, tit. 25, lib. 4 de la Recop. prohibe á los escribanos reales autorizar contratos y testamentos donde los hay numerarios, pena de nulidad y otras, escepto en la córte y chancillerías, si hay motivo para no otorgar testamento ante el numerario, como cuando una muger casada oprimida de su marido para que le instituya heredero lo repugna, y por temor de que si hace su testamento ante el numerario del pueblo, lo sepa aquel y la maltrate, lo otorga ante un escribano real de fuera ó de dentro de él, y cinco testigos no vecinos; será válido, por ser otorgado ante siete, puesto que supone por dos el escribano; y si á éste no se tuviere por tal á causa de la

(*a*) Matienz. ley 1, tit. 4, lib. 5, R. glos. 5, n. 13.

(*) Diciendo la ley que vale el testamento hecho sin escribano, ni ser vecinos los testigos, como estos sean siete, claramente dice que en este caso no ha de ser menor su número. De lo que en seguida espone juiciosamente Febrero no habla la ley.

prohibicion legal, se publicarán y practicarán las diligencias que con el hecho en cédula ó de palabra ante testigos sin escribano, de que trato mas adelante. Asimismo para escusar en este y otros casos semejantes todo motivo de disputa, y el que se declare nulo el testamento, hará el escribano real que concurran siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo cual no puede alegarse nulidad, ni que murió intestada la testadora, sin embargo de no ser vecinos; pues si concurriendo siete sin esta cualidad vale el testamento, aunque no intervenga escribano, con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, téngasele ó no por tal. Tendrá esto presente el escribano para evitar á los testadores el desconsuelo de no poder testar á su arbitrio, y el que hereden sus bienes los que no quieren instituir por herederos. Exige la ley la vecindad en los testigos de los testamentos, porque como por razon de ella conocerán al testador mas bien que los no vecinos, se merecen mas fe, y mejor puede probarse con ellos el otorgamiento.

6 Se llama vecino el natural de estos reinos que tiene casa en algun pueblo, propia ó alquilada, y la habita con su familia: que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sean diez años, ni posea hacienda raiz; que sufre las cargas que los demas moradores de él, y es reputado por tal, pues no basta que sea originario. Asi que, todos cuantos se hallen empleados en esta córte con oficio ú otro destino, habitan con su familia, sean casados ó solteros, y tienen intencion de permanecer en ella porque les precisa á esto su ocupacion, se deben tener por vecinos, no obstante el decirse que la córte es pátria comun, y que todos son transeuntes en ésta, porque transeunte es el que va de una parte á otra, v. gr. el soldado, el arriero ó traginante que en ninguna de aquellas por donde pasa fija su domicilio, ni piensa subsistir; y no el que lo piensa y está arraigado con su familia, hogar y casa propia ó agena alquilada en su cabeza, y asimismo con destino, sea arte, oficio ó empleo. Pero si está en posada ó es pretendiente, no se le debe reputar por vecino, sin embargo de que tenga aqui su familia, porque su ánimo no es el de permanecer, sino el de irse luego que logre lo que pretende. Tampoco deben reputarse por vecinos los hijos de familia que viven bajo la potestad de sus padres, ni los criados solteros que estan y comen en casa y á espensas de sus amos (*a*); mas si han de tenerse por tales es-

(*a*) Matienz. ley 1, tit. 4, lib. 5 Recop. glos. 5, nn. 2, &c. y 10.

tando casados y habitando fuera de la casa de estos con la racion que les dan. En esta atencion se advierte al escribano que no autorice en esta córte ni en otros pueblos semejantes testamentos ante tres testigos solos sin constarle su vecindario, pues como aqui apenas suelen conocerse los que viven en una casa, puede viciarse aquel por defecto de esta cualidad, y si da fe de que son vecinos y se ve despues lo contrario, será castigado.

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

8 El testamento cerrado debe otorgarse indispensablemente ante escribano y siete testigos de las calidades referidas en el núm. 4, y sino interviene escribano, por no haberlo en el pueblo, será nulo aun cuando se añada un testigo mas como en el testamento del ciego, porque la ley real quiere que intervenga precisamente (*b*). Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga, por no mandarlo la ley (*c*), sí que se esprese de dónde lo son, para que cuando llegue el caso de su apertura se puedan recibir sus deposiciones.

9 Puede escribir el testador su testamento cerrado en papel sellado ó blanco, y firmarlo si sabe y puede; sino cualquiera persona de su satisfaccion puede estenderle de su mandato, pues por no saber leer ni escribir no le privan las leyes de hacerlo como al ciego; y despues escrito y cerrado con lacre, oblea ú otra cosa que lo ase-

(*a*) Auto 22, t. 4, lib. 6, R. ó leyes 3 y 5, tit. 11, lib. 6, N. R. (*b*) Algunos sin fundamento dicen lo contrario, sobre lo cual véase á Matienzo, ley 2, t. 4, lib. 5, R. glos. 4. (*c*) La 2 cit. ó 2, tit. 18, lib. 10, N. R.

gure, ha de entregarlo al escribano para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y lo signe y firme á su presencia con todos los testigos, y estando todos juntos á de decir á estos: *este es mi testamento: ruegoos que pongais en él vuestros nombres*; cuya solemnidad es conforme á la ley 2, tit. 1. p. 6, escepto que no está en uso el sello de los testigos, y á la 3 de Toro, que es la 2, ti. 4, lib. 5 R. y dice: "Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor Rey D. Alonso de suso contenida, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho *nuncupativo*, ahora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ahora entre herederos estraños; pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren y pudieren firmar, y sino supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano."

10 Esta forma y solemnidad como de derecho mas nuevo que el de las Partidas es la que se observa, de suerte que si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos llevándole ó dirigiéndole alguno la mano trémula (pues en este último caso puede hacerlo á presencia del escribano y testigos (*a*) sin que por esto se vicie, y así se practica) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno ó algunos de estos no saben, firmará por ellos otro, y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben, ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa, primero por el otorgante ó testador, luego por sí como testigo, y despues por los demas expresando el nombre y apellido de cada uno, v. gr. *Testigo á ruego del otorgante, Pedro Rodriguez:= Fui testigo, = Pedro Rodriguez.= Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez=. Testigo á ruego de Diego Rubio, Pedro Rodriguez &c.* Asimismo el escribano debe prevenir en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el testador y por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego lo subscribirá, signará y firmará, como lo manda la ley, de manera que sean ocho firmas fuera de la suya y signo; pues no son suficientes una por el testador, otra por sí y otra por los demas tessigos (*b*); y autorizado que sea el otorgamiento, entregará al testador el testamento para que lo guarde si quiere, porque

(*a*) Matienz. ley 2 cit glos. 2 y 6., n. 4. Greg. Lop. ley 1, p. 6, glos. 11.
(*b*) Gom. ley 3 de Toro, nn. 23 &c. y 31.

debe parar en su poder ó en el de la persona que elija, y no en el del escribano como tal hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público, y para evitar las sospechas que infundadamente cree Colon (*a*) se pueden concebir contra el mismo escribano y testigo que firma. Esto es pues lo que se observa, y así no se priva al testador de hacer testamento escrito, no sabiendo firmar al menos tres testigos, como quiere dicho autor.

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

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

(*a*) Instruc. jurid. lib. 3, cap. 4. (*b*) Gom. ley 3 de Toro, n. 3°. Matienz. en la 2 cit. glos. 2, n. 3, vers. Tertio lege nostra, glos. 6, nn. 3 y 4.

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

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

14 El ciego no puede testar sino nuncupativamente (*d*), y en el otorgamiento de su testamento deben intervenir con precision al menos cinco testigos, como lo dice espresamente la ley 2, tit. 4. lib. 5, Rec. cerca del fin, que corrige en cuanto á su número la 14, tit. 1, P. 6, que manda sean siete y un escribano público; para que como carece

(*) Las leyes de la Recop. que tratan de la solemnidad del testamento nada dicen acerca de la circunstancia de que no se interrumpa el otorgamiento con ningun acto diverso, y asi, por egemplo, si durante aquel se ofrece casualmente hablar de alguna venta, y en breve se celebra ésta, no dejará el testamento de valer. Sin embargo, hay quien quiere que no se interrumpa el acto del testamento por la razon de prescribir este requisito la ley de Partida, y no haberle derogado las leyes recopiladas, á cuya objecion se satisface en nuestra apología. Por otra parte debió el insinuado haber exigido en los testamentos el sello de los testigos, pues le prescriben las leyes de Partida, y no lo han derogado las de la Recopilacion. »Despues que fuere escrito, dice la ley 2, tit. 1, P. 6, debe doblar la carta, é poner en ella siete cuerdas con que se cierre, de manera, que finquen colgadas, para poner en ella siete sellos."

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

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

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

16 De ninguna disposicion testamentaria pueden ser testigos los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por ladrones, homicidas, traidores al Rey ó república, u otro delito semejante; los apóstatas de nuestra santa Religion, aunque despues se conviertan, los menores de catoree años, las mugeres, los locos mientras lo estan, los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes, los mudos y totalmente sordos, el hermafrodita (que es el que participa de la naturaleza de ambos sexos (*), porque esta voz se compone de las griegas *herma*, que en nuestro castellano equivale á masculino, y *aphrodi*, que quiere decir hembra) á no ser que su na-

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

(*) No solo el vulgo demasiado propenso á creer todas las cosas peregrinas sino tambien casi todos los teólogos y jurisconsultos dan por cierta la existencia de los hermafroditas perfectos y verdaderos, quiero decir de personas varones y hembras á un mismo tiempo, como puede verse en sus obras, y principalmente en el Sr. Mateu *de re criminali controv.* 48, que refiere varios casos á que da asenso de sugetos que habian concebido y hecho concebir; pero yo tengo por conveniente y oportuno desimpresionar en este lugar de semejante error á cuan-

turaleza partícipe mas de la de varon que de la de hembra (*a*). Tampoco pueden ser testigos el heredero instituido en el testamento, ni sus padres, descendientes, hermanos ni parientes dentro del cuarto grado por afinidad y consanguinidad, contado segun derecho civil, sobre la contienda que tuviese el mismo heredero con los parientes del testador, ó con otros, en razon del testamento en que fue nombrado (*b*); ni los que no entienden el idioma del testador, aunque el escribano se lo esplique, pues serán testigos de éste y no de aquel; ni finalmente el ciego, porque no puede ver al testador, y es preciso que los testigos lo vean.

17 A los legatarios permite el derecho (*c*) ser testigos en los testamentos y últimas voluntades en que lo son; pero pudiendo asistir otros no los admita el escribano por razon de ser interesados. Los clérigos de órden sacro tambien pueden serlo, porque no les está prohibido. Los regulares profesos, aunque no tienen voluntad, no son vecinos de pueblo alguno, ni tampoco se les contempla vivos por haber renunciado el mundo y hallarse fuera de su sociedad, y por lo propio parece que no deben intervenir en negocios de los que estan en él; si son testigos en alguna última disposicion, no dejará ésta de valer, porque las leyes no les prohiben ser testigos en ella ni en otro acto civil, y lo que no está prohibido se entiende permitido (*d*); mas

tos le crean con la autoridad y las mismas palabras del señor Valmont de Bomaire en su *Diccionario de Historia natural*. »Las personas calificadas, dice, con el nombre de *hermafroditas*, léjos de ser á un tiempo hombres y mugeres no son por lo comun ni lo uno ni lo otro, y no deben su conformacion singular sino a un juego de la naturaleza cuya operacion fue interrumpida" Y mas adelante añade: »Todas esas particularidades y otras muchas observaciones que creemos inutil citar aqui, se encaminan a demostrar en primer lugar, que entre las varias especies de hermafroditas no hay quienes reunan las facultades de ambos sexos con igual ventaja, es decir, que puedan engendrar fuera de sí y en sí mismos, y que puedan ser á su arbitrio ya hombres, ya mugeres: en segundo lugar, que se hallan hermafroditas que tienen un sexo dominante, siendo imperfectos los organos del sexo opuesto; y en tercer lugar, que la última especie de hermafroditas, que es la mas comun, se encuentra en los que tienen alguna cosa de la conformacion perteneciente al uno y al otro sexo, y que son incapaces para la generacion como varones y como hembras." Del mismo dictamen son el conde de Buffon en su *Historia natural*, y el abate Herbas en su *Historia del hombre*, tom. 1, lib. 2, cap. 4, apoyado en muchas autoridades respetables.

(*a*) Leyes 17, tit. 1, p. 3, y 9 y 10. tit. 1, p. 6. Ferraris, biblioth. verb. hermaphroditus (*b*) Ley 11, tit. 1, part. 6. Flores de Mena, lib. 1, Var. q. 1, numero 24. (*c*) Leyes 20 y 21 ff. Cod. Qui testamenta facere poss. Matienz. ley 1, tit. 4, lib. 5 Recop. glos. 8, nn. 9, 10 y 11. (*d*) Reinfestuel, lib. 3, tit. 26, §. 2, n. 13 Ferraris biblioth. verb. Testam. art. 1, nr. 24. y sig.

el escribano haga que se busquen otros para evitar pleitos necios, y si no pudieren ser habidos, no deje por eso de autorizar el testamento espresando no haberse hallado. Tambien son testigos idóneos para el testamento el fideicomisario y el testamentario particular, con tal que se haga escritura pública; ó no haciéndose é intentándose probar el testamento por testigos, si nada se trata de la herencia entre ellos y el heredero, y son rogados para presenciarle, no de otra suerte. Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el testamento en que lo sean, por la razon de que el heredero está privado de serlo.

18 Puede testar cualquiera persona de ambos sexos que no tenga prohibicion de hacerlo (*). El infante ó menor de siete años está privado de ello por naturaleza, pues no tiene uso de razon; y por derecho positivo lo está el pupilo, que es el varon menor de catorce años y la hembra de doce (*a*) (**), siendo indispensable para testar que los tengan cumplidos (*b*) (***), con cuyo requisito lo pueden hacer sin licencia de sus ascendientes de la tercera parte de sus bie-

(*) Esta facultad no es de derecho natural segun el célebre Heineccio (*Element. jur. nat. et gent. lib.* 1, §. 287.) y otros muchos autores; pues parece implica contradiccion que un hombre quiera algo para aquel tiempo en que no puede querer, y quiera pase á otro el dominio de sus cosas, cuando ya no es señor de ellas; lo cual, prosigue el citado autor, es tan ageno de la recta razon, que los mismos jurisconsultos romanos, ingeniosísimos para fingir, confesaron que solo con meras ficciones podia salvarse tanta contradiccion. Así que, se engañan los que sin exámen y solo por haberlo leido creen que del derecho de propiedad trae su origen la facultad de testar.

(*a*) Ley 13, tit. 1, part. 6.

(**) No es fácil comprender por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento y de otros actos civiles antes que los hombres. La anticipacion de la pubertad en aquellas es solo respectiva á su aptitud para la generacion, lo cual se observa constantemente en la especie humana, y no por los mayores progresos de su razon. Y si en efecto ésta se anticipa en las mugeres, deberian reputarse pupilas, no á los siete años como los varones, sino á los cinco, y mayores de edad á los veinte y tres, y no á los veinte y cinco. Si en los hombres se perfecciona á los veinte y cinco años su juicio para poderse gobernar por sí, en las mugeres habrá de perfeccionarse á los veinte y tres el que hayan de tener. Por tanto, yo advierto aquí una inconsecuencia del derecho romano, que como otras muchas han adoptado sin el correspondiente exámen nuestros comentadores, y que no dejarian de reformarse en una buena legislacion. Esta nota y la siguiente se fundan con estension en la apología.

(*b*) Ley 5, ff. qui testam. fac. poss.

(***) ¡Escelentes testamentos se harán en la edad de doce y catorce años!

nes adventicios, castrenses y cuasi castrenses (*a*), aunque estén bajo de la pátria potestad, como lo dice espresamente una ley recopilada *b*). que en esta parte corrige otra de Partida (*c*), pues es para dejar todos sus bienes á otros para lo que necesitan su licencia, la cual pueden concederles en escritura separada ó en el mismo testamento, y si no tienen bienes, piden á sus padres les señalen peculios para testar, de los cuales disponen, si se los señalan, haciendo de lo contrario declaracion de pobre en que espresan ser hijos de familia y no tener de qué disponer.

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

20 Asimismo no pueden testar los dados en rehenes (*), los siervos cuyo testamento no valdrá aun hecho en el concepto de ser libres, si despues se sabe que no lo son; los condenados por libelos infamatorios, ni los que han sido declarados en juicio traidores ó hereges (*f*), aunque en general los condenados por delito á muerte civil ó natural pueden testar ó dar poder á alguien para que teste en nombre suyo de sus bienes, esceptuando lo que pertenezca al fisco (*g*).

(*a*) Ley 6 de Toro, que es la 1, t. 8, lib. 5 R. ó 1, t. 20, lib. 10 N. R. (*b*) La 4, tit. 4, lib. 5, que es la 5 de Toro, y 4, t. 18, lib. 10 N. R. (*c*) La 13, tit. 1, part. 6, (*d*) Ley 13, tit. 1, p. 6. En el §. 18, n. 241, se dice lo que debe hacerse en este caso. (*e*) Dicha ley 13.

(*) En el dia los rehenes asi como los prisioneros conservan todos los derechos de ciudadanos, y consiguientemente la facultad de testar, por haberse suavizado mucho las costumbres desde la formacion de las Partidas hasta el presente. Lo mismo debe decirse de los españoles que los mahometanos y demas infieles tengan cautivos, mayormente cuando la ley 8, t. 21, p. 2, prohibe que ningun judio, moro, herege, ni persona de otra secta pueda tener siervo cristiano. Por tanto, tal cautiverio es una servidumbre de hecho y no de derecho, pudiéndose decir que aunque el cautivo español se halla en servidumbre no es siervo.

(*f*) Ley 16, tit. 1, p. 6. (*g*) Leyes 15, t. 1, p. 6, y 4 de Toro, que es la 3, t. 4, lib. 5 Recop., ó 2, t. 18, lib. 10 N. R.

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

22 Los canónigos reglares y demas religiosos profesos no pueden testar, porque para este efecto y el de contraer se les tiene por muertos, ni tampoco pueden hacerlo los ermitaños que viven bajo de regla aprobada (*b*). Los religiosos del órden militar de san Juan de Jerusalen, llamados caballeros de Malta, ya sean baylios, comendadores, priores ó capellanes de encomiendas, ya esten en el claustro, ya con empleo fuera de su convento, ya en sus casas, no pueden testar estando profesos, sin licencia de su gran maestre, pues son verdaderos religiosos, hacen voto de pobreza, no tienen voluntad, y se lo prohiben los estatutos de su órden (*c*), sin que los habilite para ello el hallarse fuera de clausura, asi como no habilita al monge el episcopado. Ademas estan revocadas por la Santa Sede las licencias para testar que tenian los militares profesos, cuya revocacion han aceptado los de San Juan (*d*); y llega a tanto dicha incapacidad, que ni aun pueden reservar bienes algunos antes de profesar para testar de ellos, despues, como lo tiene decidido la sagrada congregacion del Concilio (*e*); por lo cual todos los bienes que posean cuando mueren, sean ó no patrimoniales, que llaman *espolio*, son propios de su religion, y pertenecen absoluta é indistintamente al tesoro de ésta. Pero si los espolios de los capellanes de las encomiendas corresponden á los baylios, priores ó comendadores, y no al gran maestre, pueden estos conceder á aquellos licencia para testar, donar, enagenar y disponer de ellos en vida y muerte á su arbitrio, segun la constitucion 60 de Gregorio XIII, espedida en 23 de Marzo de 1580, la cual tendrá presente el escribano para prevenirlo á estos caballeros, y no autorizar sus testamentos sin la licencia referida; pues sin embargo de que ninguna ley se lo prohibe, debe evitar nulidades, y que le califiquen de ignorante; y aun cuando la

(*a*) Leyes 9, t. 13, p. 1, 4, t. 6, p. 7, y 5, t. 6, lib. 8 R. o 4, t. 22, lib. 12 N. R. cap. 2 de Usuris in 6, Gom. ley 3 de Toro, n. 14. (*b*) Leyes 8, t. 13 y final. t. 21, p. 1, y 17, t. 1, p. 6, cap. 2 de Testam. (*c*) Tit. 18, n. 1. (*d*) Pius V. In motu propio ann. 1568 qui incipit: Sacrosanct. Greg. 15 decis. 85 y 100, (*e*) Barbos. in Summ. decis. apostolic. collect. 72, n. 18.

tengan, no deben escederse de las facultades que en ellas se les conceden, que son para testar del quinto (*a*) (*).

23 Sobre si es ó no válido el testamento del que despues de haberle hecho entra en religion capaz de adquirir, ó el que hace estando en ella, pero antes de la profesion; y sobre si se revoca ó no por ésta, hay varias opiniones, diga ó no el testador que tiene ánimo de ser religioso profeso, si le ha otorgado pocos meses antes, y no instituyó por heredero á su convento á falta de legítimos, pues se presume hecho en fraude de éste, que quieren sea tenido en lugar de hijo y que le herede, como lo prueba la ley 17, tit. 1, part. 6, que dice: »Mas todos los bienes que oviesse, deven ser de aquel monesterio, ó de aquel lugar do entrasse, si non oviesse fijo, ó otros que descendiessen por la liña derecha que hereden lo suyo." Mas para evitar pleitos le aconsejará el escribano que dentro de los dos meses próximos á la profesion renuncie sus bienes y herencias futuras, segun lo dispone el santo Concilio de Trento (*b*).

24 Como el disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte es de derecho público (**), y la ley no hace mencion de los escomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas sobre si

(*a*) En cuanto á si la licencia debe ó no preceder al testamento para que no se anule, véase á Scafio Propugnacul. Sacre religionis militaris sancti Joannis discept. 9, cap. 5 desde el n. 13 hasta el fin, donde defiende con otros que no es necesario.

(*) Con motivo de hablarse en este número de los caballeros de Malta y de su gran maestre, no queremos pasar en silencio que por real cédula de 17 de Abril de 1802 se han incorporado á la corona, así como por la utilidad pública se unieron á ella en otro tiempo los maestrazgos de las órdenes militares nacionales, las lenguas y asambleas de España de la órden militar de San Juan de Jerusalen, declarándose nuestro Soberano Gran Maestre de ella en sus dominios para velar *sobre su buen gobierno y direccion en la parte esterna, dejando lo concerniente al régimen espiritual y religioso á la autoridad de la Iglesia y del sumo Pontífice romano, que no ha desaprobado esta providencia.*

(*b*) El que quisiere instruirse radicalmente vea á Gutierr. *Canon. quæst. lib. 2, cap. 1*, á Com. *ley 3 de Toro n. 12*, y lo que esplicaré en el cap. 7, §, 1, pues ha habido sobre esto mucho alucinamiento en los AA. nimiamente adictos á los frailes y sus conventos.

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

podrán ó no testar; pero en mi dictámen se debe distinguir entre los tolerados y los no tolerados. Los tolerados pueden del mismo modo que los que no estan escomulgados, porque el Concilio Constanciense y la estravagante de Martino V, que empieza *Ad vitanda scandala*, les permiten tratar con los no escomulgados, y egercer actos de jurisdiccion, de donde se infiere que tambien podrán testar y hacer todo lo que el católico que no lo está. Los no tolerados ó vitandos (*) no podrán, especialmente si permanecen mas de un año en la escomunion, pues en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual, sino tambien de la temporal, y así nadie puede darles de comer ni beber, saludarlos, resaludarlos, rogar como ministro público por ellos, ni sepultarlos en sagrado, segun lo dicen santo Tomás (*a*) y estos dos versos:

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

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

Utile, lex, humile, res ignorata, necesse;

y son: el primero, cuando el escomulgado tiene necesidad de alguna cosa ó de valerse de algun medio para salir de la escomunion; el segundo es respectivo á la muger que se halla obligada á tratar en lo temporal con su marido; el tercero el de los hijos y criados que tienen igual obligacion respecto á sus padres y amos; el cuarto, cuando se ignora la escomunion; y el quinto cuando se necesita al escomulgado por razon de su facultad ú oficio, como si fuese abogado ó menestral; fuera de lo cual estan absolutamente incapaces, y nada que hagan les sirve, mientras no se arrepientan y pidan la absolucion. Ademas se les tiene por sospechosos en la fe, y se puede proceder contra ellos; pues dan á entender que miran con desprecio la escomunion: que la Iglesia carece de potestad para segregarles de su grey, y de consiguiente para castigarles por contumaces; de donde parece se infiere que al modo que el herege de-

(*) Estos son el público precursor del clérigo, y los que han sido puestos en tablillas despues de haberse observado cuanto para este caso previene el derecho canónico.

(*a*) Suplemento de la 3 part. q. 23. art. 1. (*b*) Por derecho real y canónico se imponen al escomulgado otras penas fuera de las espresadas. Leyes 8, t. 13, p. 1, y 1, t. 5, lib. 8 R. ó 5, t. 3, lib. 12, N. R. cap. 20 de sepulturis. Ferraris Bibliot. verb. Testamentum, art. 3 n. 21.

clarado no puede testar, tampoco podrá el escomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido ni declarado, manifiesta por su contumacia mas señales de tal que de católico (*a*).

25 Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales (*b*); pero no de los propios de la iglesia, ni de los que por razon de ésta adquieren segun derecho canónico (*c*); bien que en estos reinos de Castilla testan de los últimos como de los patrimoniales por costumbre que manda observar una ley recopilada (*d*); y en virtud de ella se sucede por testamento y abintestato en todos sin diferencia, aunque los clérigos hayan sido religiosos profesos, por lo que una vez secularizados pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en religion. Asi se declaró en la Sala primera de gobierno del Consejo en 19 de Mayo de 1786 con audiencia fiscal, y se libró provision en 13 de Junio siguiente con insercion de la ley citada á instancia de D. Juan Marin, religioso secularizado del Orden de mercenarios calzados, y vecino del lugar de Juanejo, en la jurisdiccion de la ciudad de Granada, quien pretendió que el Consejo declarase qué facultades tenia para disponer de sus bienes, ó se la concediese para acudir á este fin á la Silla apostólica. En esta atencion sus conventos deben devolverles los que posean por representacion suya, aunque hayan hecho renuncia á su favor, porque esta lleva embebida la condicion tácita de perseverar y morir en la religion, en cuyo concepto se debe entender formalizada y no absoluta ni simplemente, y porque como dejan de ser súbditos é individuos de la religion, y no los mantienen sus conventos, cesa la causa y título que tenian para poseerlos, se estingue el derecho con que se los habian apropiado, se tiene por no hecha la renuncia, y de consiguiente hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, el cual para este caso se estima como si nunca hubiera sido religioso; pues no es creible ni aun presumible, que cuando hizo la renuncia hubiese sido su ánimo otorgarle en otro concepto ni quedarse pobre, porque se lucrase el convento que no le habia de mantener: á mas

(*a*) Acerca de este punto véase á Gom. ley 3 de Toro, n. 14 y á otros AA. que cita, los cuales sostienen lo contrario, apoyándose en que el escomulgado aun vitando no es de los escluidos espresamente por derecho como el usurero manifiesto. (*b*) Cap. 9 de testam. cap. episcopi 19, causa 12, quæst. 1, capit. placuit 1 y Quicumque 2 eadem causa quæst. 3. (*c*) Cap. 7, 8, 9 y 12 de Testam. (*d*) Lo 13, t. 8, lib. 5, ó 12, t. 20, lib. 10 N. R.

de que sería una donacion inmensa que está justamente reprobada. Por tanto, ninguna razon hallo para que el convento retenga sus bienes en su perjuicio, ni para que sobre esto se le oiga en juicio, ni dé lugar á pleitos y espensas indebidas.

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

27 Los peregrinos y romeros tienen facultad para testar libremente como quisieren, y el que se lo impide incurre en varias penas (*c*); y muriendo intestados debe la justicia del lugar en que acaece su muerte inventariar y depositar sus bienes, gastar lo preciso en su entierro, y hecho dar cuenta al Rey ó á quien le represente, para que disponga del residuo entre sus consanguineos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan, no recaen en el fisco (*d*). Ademas, las justicias por donde transitaren, deben ampararlos, y no permitir que en sus personas ni bienes se les haga la menor estorsion ni daño, y asi á ellos como á sus herederos los han de oir y despachar con la brevedad posible, de suerte que no esperimenten dilacion ni perjuicio (*e*) (**).

28 Si el que tiene prohibicion de testar, impetra licencia del

(*a*) Leyes 2 y 3, tit. 21, part. 1.

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

(*b*) Ley fin. t. 21, part. 1. (*c*) Leyes 30, t. 1, part. 6, y 2, t. 12, lib. 1. R. o 2, t. 30, lib. 1 N. R. (*d*) Ley 31, t. 1, p. 6, y Greg. Lop. en ella, y ley 5, t. 12, lib. 1 R. o 5, t. 30, lib. 1 N. R. Gom. ley 8 de Toro, nn. 25 y 26. Vease el cap. 2, n. 9 al fin (*e*) Leyes 32, t. 1, p. 6, y 3, t. 12, lib. 1 R. o 3, t. 30, lib. 1, N. R.

(**) Ciertamente, que las leyes nuestras citadas son muy humanas y loables, mayormente considerándose el tiempo en que se dictaron. y que en va-

Rey para hacer testamento, y en su virtud le ordena conforme á derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capaz; y si le pide la merced de que se halle presente á su otorgamiento, y se la

rios estados se ha atribuido el fisco los bienes que un estrangero dejaba en ellos por su muerte, fundándose en el derecho llamado *d' aubaine*, por el que el estrangero era escluido de toda sucesion en el estado, ya á los bienes de un ciudadano, ya á los de otro estrangero; de manera que no podia ser instituido heredero ni percibir ningun legado: derecho dimanado segun Grocio *de los siglos en que se miraban los estrangeros casi como enemigos*: derecho que con el tiempo se ha ido templando ó aboliendo en la mayor parte de los estados cultos; y derecho que el Emperador Federico II derogó el primero, *permitiendo á cuantos estrangeros muriesen en sus dominios disponer de sus bienes por testamento, ó que en caso de morir sin testar los heredasen sus próximos parientes.* Mas conforme á la justicia y á los deberes reciprocos de las naciones es el derecho de *Traite-Foraine o-jus-de tractus*; en cuya virtud el Soberano retiene una pequeña porcion de los bienes del ciudadano ó estrangero, que salen de sus territorios para pasar á manos estrangeras; pues siendo su salida una pérdida para el estado, bien puede recibir por esto una indemnizacion equitativa.

Como el estrangero permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en un pais estraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que estan situados. El estrangero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescriptas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley del estado, de que es miembro, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescribe, si quiere disponer validamente de los bienes que poseen en su pátria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viagero le hace y envia válido á su pais, viene á ser lo mismo que si le hubiese escrito en éste, y ha de conformarse con sus leyes. Tocante á las disposicioees testamentarias, debe decirse que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse las leyes del pais en que se hallan, puesto que á su Soberano corresponde conceder su posesion, y deben poseerse segun dichas leyes. Tampoco puede el testador estrangero disponer de los bienes muebles ó inmuebles que posee en su pátria, sino conformándose con las leyes de ella; pero respecto á los bienes muebles, como dinero y otros efectos que tenga consigo, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el estrangero ciudadano de su pátria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres, y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside, y de que no es ciudadano.

Por lo tanto, un hombre que teste y muera en pais estrangero no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalen las leyes de su

concede será válido, aunque nadie mas concurra (*a*). No es necesario que la licencia para testar preceda al testamento, y bastará que la obtenga despues, en atencion á que con ella se corrobora; pues como no tiene fuerza, ni se perfecciona hasta que el testador fallece, es suficiente que en este tiempo se halle hábil el que le hace (*b*); y la licencia que se obtiene antes de la perfeccion del testamento le confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó (*c*).

29 En el testamento se han de espresar la naturaleza y filiacion del testador, no porque sea indispensable para su validacion, sino para que en vista de ellas puedan sus descendientes y consanguíneos

nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales. Estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se estienden á mas, por lo que el testador no se halla sometido á ellas estando fuera del territorio, y no afectan ó comprenden aquellos bienes suyos que estan igualmente fuera de él. El estrangero tiene obligacion de observar estas leyes en el pais donde testa, respecto á los bienes que aqui posee. Asi, un hijo de familia, á quien en su pátria se prohibe testar de los bienes que tenga en ella, testará libremente de los bienes que tenga consigo, y que no estan bajo la jurisdiccion de su gobierno, si muere en pais, en que es permitido testar al hijo de familia; y por el contrario, un hijo de familia que puede testar en su pátria, y reside en donde no se permite testar á las personas de su estado, no podrá hacerlo ni aun de los bienes muebles que allí posea, á no ser que pueda decirse que por el espíritu de la ley se hallan esceptuados sus bienes muebles.

Esta doctrina de sábios publicistas nos parece la mas conforme á razon y al derecho de gentes; pero como apesar de ella pueden ofrecerse frecuentemente dudas y litigios, turbándose acaso por pequeñas diferencias entre particulares el reposo de las naciones, como tantas veces ha sucedido, es muy conveniente que las potencias en sus tratados estipulen con toda especificacion y claridad lo que haya de observarse recíprocamente tocante á sus súbditos que residan ó mueran fuera de su pátria, ya cerca de dicha facultad de testar en cuanto á las formulas y lo dispositivo, ya acerca de la sucesion abintestato, previniendo entre otras cosas la entrega de los bienes de los que mueran en pais estraño sin disposicion última á sus embajadores ó cónsules para ponerlos en manos de quienes deban heredarlos; y acerca de los contratos y demas actos civiles ó pleitos que puedan ofrecerse. Asi es, que esto mismo lo vemos observado en muchos tratados recientes que nuestro gobierno ha hecho con varias naciones en que al mismo tiempo se halla convenido que los estrangeros protestantes ó de otra religion diversa de la nuestra no sean molestados en manera alguna por sus opiniones religiosas, como es muy debido, siempre que respeten la que profesamos, mayormente si se hallan en España por razon de comercio, ú otros justos y útiles motivos.

(*a*) Ley 5, t. 1, P. 6. (*b*) Ley 6, §. 6, vers. Qua ratione, ff. de Injusto, rup. testam. (*c*) Arg. leg. 30 in fin. ff. de Legat. 1, verb. Legati. Scaño in propugn. sacre religionis sancti Joannis, discept. 9, capit. 5 desde el núm. 13 hasta el fin.

hacer las pruebas que les convengan. Tambien ha de contener invocacion divina, protestacion de la fe, señalamiento de sepultura, encargo de misas, mandas forzosas, nombramiento de testamentarios y revocacion de otras disposiciones anteriores; pero aunque carezca de esto no dejará de ser testamento. La protestacion de la fe, aunque es un acto de religion y muy santo, como sirve solo para acreditar que el testador es cristiano, y debe dársele sepultura eclesiástica, se puede subsanar en caso de duda con informacion de ello ó certificacion de su párroco, asi como cuando muere intestado. Si omite decir dónde ha de enterrarse, se hará en su parroquia, si no tiene sepultura fuera de ella, ó aun cuando la tenga; siendo de advertir que cada uno puede elegir la que quiera, aunque esté bajo de la pátria potestad, como no sea pupilo (*a*), y aunque sea muger casada y se oponga á ello su marido; pues para testar y disponer lo concerniente á su última voluntad no necesita su licencia (*b*). Si nada dice de misas ni pompa fúnebre, mandará el heredero celebrarlas, y hacer la correspondiente á la calidad y haberes del testador y costumbre del pais. En caso de omitirse las mandas forzosas se pagará lo que se acostumbra. Si no nombra testamentarios cumplirá el heredero como verdadero testamentario lo que estos harian, si hubieran sido nombrados, y en su defecto le apremiará á ello el obispo como egecutor por derecho de últimas voluntades pias (*c*) (*). Por lo que hace á la revocacion, en ningun modo es necesaria no habiendo formalizado el testador otro testamento, y si ha hecho dos, como no tenga herederos forzosos, y ambos contengan nombramiento de heredero, se dividirá la herencia entre todos los instituidos, ó disputará quién lo ha de ser (*d*). Pero sin em-

(*a*) Cap. 1 de sepult. cap. 2, cap. 4, y cap. fin. eod. t. in 6. (*b*) Cap. 7, de sepult. Farlad. diff. 66, §. 1 y 3. (*c*) Cap. 3, y cap. 6. de testam. ley 28, Codig. de Episcop. & cleric. Ferrar. bibliot. verb. testam. nn. 47, 48 y 49. Concil. Trid. sess. 22, cap. 8 de reform.

(*) Es cierto que los obispos por medio de sus visitadores se informan del cumplimiento de las disposiciones pias de los testamentos que los interesados tienen que acreditar en las visitas con los documentos correspondientes; pero sobre aprenuar al heredero para que lleve á egecucion lo dispuesto en el testamento, véase la ley 16, t. 4, lib. 5 R., ó 14, t. 20, lib. 10 N. R. inserta en el cap. 2, n. 10, á que debio haberse referido Febrero, y póngase principalmente la atencion en las palabras: *y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos se les compela á ello por sus propios jueces.*

(*d*) Véase el n. 190 de este cap. y su nota.

bargo de que nada de esto es rigorosamente preciso para la validacion del testamento, y de que puede enmendarse en los términos propuestos, prevéngalo el escribano al testador para que no lo omita; bien que por no prevenírselo no incurrirá en pena, pues no la hay establecida.

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

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

32 Para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen y tierra santa, redencion de cristianos cautivos y demas mandas forzosas, en las que se comprende el casar huérfanas (*d*), legará trein-

(*a*) Leyes 9, t. 15, y 3, 6, 7 y 8, t. 16, Part. 9. (*b*) Ley 5, t. 13, p. 1.

(*c*) La cuarta parte toca á su parroquia, en donde hay costumbre de llevarla como en esta córte, y así la exigirá aquella de todas las que deje en disposicion testamentaria, aunque el testador mande lo contrario, y ademas ocho maravedís de cada una por la cera, oblata y derechos de colecturia, segun la constitucion 2 de este Arzobispado, t. 6 de testamentis, lib. 3, escepto de las misas votivas (*d*). Ley 5, t. 2, lib. 5 R. ó 7, t. 3, lib. 10 N. R.

y seis maravedis, ó lo mas que quisiere; y si ordena su testamento en esta córte ó en algun lugar de los comprendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los hospitales reales de ella, legándoles á lo menos cuarenta y ocho maravedís para la curacion de los pobres enfermos, sin cuyo requisito no autorizará el escribano el testamento de los seculares, pues de lo contrario se le hará cargo en la visita, aunque si el testador es eclesiástico, cumple con recordarle que escite esta caridad, y dar fe de ello (*a*), lo que tendrá presente para no incurrir en pena.

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

34 El órden que se ha de observar en la estension del testamento es el siguiente. Primero, se pondrá la invocacion divina y protestacion de la fe; despues encomendará el testador su alma á Dios, y espresará con qué hábito ha de ser amortajado su cadáver, y la disposicion de su funeral y entierro; luego dirá qué número de misas se han de celebrar por su alma, en dónde y su limosna: en otras cláusulas se harán las mandas forzosas y pias, las graciosas y profanas, las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones y nombramiento de tutores y testamentarios; en otra la institucion de herederos y substitutos; y en la última se pondrá la revocacion de otras disposiciones precedentes; pero se previene que éste órden no es preciso para la validacion del testamento.

(*a*) Real órden de 11 de Dic. de 1750, mandada observar por el Consejo en el mismo año, y posteriormente en 17 de Oct. de 1757.

§. II.

De los herederos.

35 Entre las cosas que como basa y piedra angular debia contener por derecho antiquísimo el testamento, era una la institucion de heredero que como su cabeza ó raiz debia preceder á los legados y á todo lo demas de su contenido, porque de lo contrario se irritaba ó anulaba (*a*). Despues se estableció que constase precisamente de ella para su validacion, mas no que se pusiese por cabeza, de manera que conteniéndola, fuese al principio, al medio, ó al fin, no se invalidaba (*b*). Mas al presente segun una ley de la Rec. (*c*) que está en observancia, aunque el testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demas que contenga, siendo conformes á derecho, y se estimará como codicilo ó última voluntad (*). Asi que, el escribano no incurrirá en pena por autorizarle sin institucion ó nombramiento de heredero, como algunos ignorantes piensan; pues á mas de que ninguna ley se la impone, ni se lo prohibe, si el testador no quiere nombrarle, porque le hereden sus parientes abintestato, ó por otros motivos, ¿cómo podrá el escribano precisarle á ello? No sé en qué se afianzan los que lo afirman. El escribano cumple en el fuero interno con prevenírselo para evitar á sus herederos el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, á fin de que se les declare por tales; y si no quisiere, no deje por eso de autorizar el testamento sin el nombramiento, pues valdrá; y se observará en todo lo que contenga y sea arreglado, mayormente cuando de su inspeccion no es mas que hacer lo que el testador ordena, no prohibiéndoselo el derecho.

36 Se llama y es heredero el que despues de la muerte de alguno

(*a*) Leyes 1 ff. de Hæredib. instituend. y 9 ff. de Testament. tutel. y §. 34. Instituend. de legat. (*b*) Leyes 24 y 25. Cod. de Testament. y Prœmio del tit. 3, P. 6. (*c*) La 1, t. 4, lib. 5, ó 1, t. 18, lib. 10 N. R. Matienz. en ella glos. 4, nn. 17 y sig.

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

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

37 Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo (*e*), pues si la hace en éste, valdrá no directamente sino como fideicomiso, quiero decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando si es forzoso, el quinto ó tercio, segun sea el testador, que es de lo que se permite á este disponer en perjuicio de aquel (*). Ademas si se nombra al heredero simplemente en el testamento no debe imponérsele despues condicion, ni darle substituto en el codicilo, ni en otra cosa (*f*); y aunque se haga no valdrá, escepto en la forma que espresaré en el n. 39, pero el escribano no incurrirá en pena por autorizarle, porque no la hay establecida, ni le está prohibido hacerlo.

38 Debe asimismo el testador nombrar al heredero por su nombre ó apellido, ó con señales verbales tan claras que no se dude quién es, y no con palabras por las cuales se descubra algun delito suyo, ó sea infamado (*g*), ni con las que llamamos *señas*, hechas con la cabeza ó de otro modo sin hablar. Tampoco debe dejar la institucion á la eleccion ó arbitrio de otro, ni darle poder para que la

(*a*) Leyes 1, t. 3, P. 6, 27 ff. de Adquirend. hæred. y 59 ff. de Reg. jur. (*b*) §. fin. inst. de Hæred. qualit. Ferr. Biblioth. verb. Hæres, n. 1. (*c*) Rubiños in Diccionar. verb. Hæres. (*d*) Ley 2, t. 3, P. 6. (*e*) Ley 7, t. 3, P. 6.

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

(*f*) Ley 8, t. 3, P. 6. (*g*) Leyes 6, 10 y 11, t. 3, P. 6.

haga (*a*); bien que aunque no profiera su nombre, si el escribano ú otra persona nada sospechosa le pregunta, *si instituye por su heredero* v. gr. *á Juan de tal*; y responde con la boca y no por señas *que sí*; valdrá con tal que esté en su juicio, y asista á la pregunta y respuesta el competente número de testigos que lo entiendan, pues es lo mismo que si lo hubiera nombrado sin ser preguntado.

39 Pero no es preciso que le instituya por su nombre ó apellido en el testamento, pues basta que diga en él que quiere sea su heredero el que nombrará en el codicilo (*c*); en cuyo caso siendo ambos perfectos en todo lo demas, haciéndose en el codicilo la nominacion y estando el testador en su juicio, valdrá y no podrá decirse que murió intestado. Lo propio milita siendo nombrado en memoria testamentaria en la forma que espresaré en el n. 235, porque la memoria citándose en el testamento ó en poder para testar, y no dudándose ser del testador, se estima y es parte de ellos, mas no, sino se cita ó no consta ser suya; por lo cual si en el testamento dice *que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravámen, y en los bienes y forma que espresará en el codicilo ó en memoria testamentaria que quiere se estime por parte de su testamento*; valdrán el señalamiento de bienes, y el gravámen y condicion que contenga el codicilo ó memoria constando ser esta suya, porque en ellos no le grava sino en el testamento, y solo declara lo que en este omitió, y dijo declararia, que es muy diverso (*d*).

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

(*a*) Ley 11, t. 3, p. 6, Matienz. ley 1, t. 4, lib. 5 R. glos. 16, n, 2. (*b*) Ley 6, t. 3, p. 6 Cast. lib. 4 Controv. cap. 20, n. 14. Gom. ley 3 de Toro n. 109. Sobre si será ó no válido el testamento cuando el testador es ó no preguntado, y está ó no muy agravado, y solo responde *sí* ó *no*; y cuando no puede hablar claramente, véase á Flores de Mena, *lib.* 1, *Var. quæst.* 1, *nn.* 45 *&c.* y 51, (*c*) Leyes 7 y 8, t. 3, p. 6. (*d*) Matienz. dicha ley 1, glos. 16, n. 13. (*e*) Ley 12, t. 3, p. 6. (*f*) Ley 13, t. 3, p. 6. Véase á Greg. Lop. en ella. (*g*) Dicha ley 12. (*h*) Gom. Ley 24 de Toro, n. 1, vers. décimo, y Matienz. en la 8, t. 6, lib. 5 R. gl. 1, n. 3.

41 Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero á Pedro desde tal dia, mes y año en adelante, ó hasta tal dia*, es válida, mas no la adicion ó señalamiento de tiempo, por lo cual el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el testador (*); pero si este es caballero ó soldado que esta en el Real servicio, vale el señalamiento, y no podrá el heredero percibir la herencia (*a*). Mas si la hace á tiempo que aunque incierto, ha de llegar, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero para el dia que se muera*, vale y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente, sea ó no caballero el testador (*b*) (**).

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

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

(*) Esta disposicion se funda en el principio, ***nadie puede morir en parte testado y en parte intestado***, que ha abolido la ley 1, t. 4, lib. 5 R. con disponer que valga el testamento en cuanto á las mandas y demas que contenga, aunque no se haya nombrado heredero, y que herede quien á falta de testamento heredaria. Por tanto no obstante la citada ley 15, que debe creerse derogada, pertenecerá á la herencia antes del tiempo y despues del tiempo señalado á los herederos abintestato.

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

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

(*c*) Ley 3, t. 13, lib. 4, R. ó 3, t. 34, lib. 11, N. R.

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

44 Hay dos especies de herederos, herederos testamentarios, y herederos abintestato: los primeros son los que el testador nombra por tales, sean ó no consanguíneos, para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos; y los segundos son los mas propincuos parientes del difunto que no hizo testamento, y si lo hizo, no fue arreglado á derecho, ó aunque lo fuese, se rompió ó irritó despues por el nacimiento de algun hijo, de quien no hizo mencion en él (*), ó por otro motivo, los cuales herederos solo por disposicion legal le

(*a*) Liv. lib. 1, cap. 34, Dionis. Halicarnas. lib. 2, pág. 69, Vinn. inst. lib. 1, tit. 9, §. 2 de exher. lib.

(**) Si el testador tiene un hijo despues de otorgada su última disposicion en la que no fue instituido de modo alguno, percibirá este su legítima, valiendo aquella en todo lo demas. Asi pues, decir que se rompe ó irrita el testamento por el nacimiento de algun hijo, es hablar con mucha impropiedad, en la cual no incurrió el Emperador Justiniano cuando dice (rubr. Inst. de exhered. liber.)

suceden en todos sus bienes y derechos, por cuya razon se llaman *legítimos* como los forzosos.

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

46 Entre los hijos y herederos legítimos se comprehenden los póstumos, que son los nacidos despues del fallecimiento de sus padres, por cuya razon se dice, que quien deja á su muger en cinta, no muere sin hijos. La institucion de estos lleva embebida la condicion, *si por ventura nacen*: en cuyo caso se les conceden todos los remedios posesorios y la restitucion *por entero* (*in integrum*) (*e*). Mas para que se tengan por legítimos, es preciso que nazcan á lo mas á

que preteridos la hija y los nietos de hijo no era nulo el testamento, sino que *se les daba el derecho de acrecer á cierta porcion*, como si (segun añade Vinnio) fuesen nombrados y aumentasen el numero de los herederos.

(*a*) Ley 21, tit. 3, p. 6. (*b*) Prœm. y leyes 1 y 2 t. 13, p. 4, y 21, t. 3, p. 6. (*c*) Leyes 1, t. 13, p. 42, y 4, t. 6, lib. 3 del Fuero Real, cap. 1, 2, 6, 10, 11 y 12 Qui filii sint legitimi. (*d*) Cap. 15 Qui filii sint. legitimi. (*e*) Véase á Lara *de vita hominis*, cap. 2, y á los que cita.

los diez meses despues de la muerte del marido, y que al tiempo de ésta viva su muger en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el mes onceno, no se tendrán por tales, aunque si naciendo en el séptimo (*a*); si bien alguna que otra vez se ha visto parto verdadero de once meses (*b*) (*).

47 Para poder heredar los descendientes legítimos á sus descendientes, y conceptuarse nacidos naturalmente y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, vivir despues veinte y cuatro horas naturales, ó á lo menos, ser bautizado antes de morir, aunque sea por la comadre que les eche agua de socorro, y tener figura de racionales, aun cuando los miembros sean disformes por la pequeñez ó magnitud; porque si nacen sin figura racional, v. gr. con cabeza ó miembro de bestia, ó aunque la tengan y nazcan vivos, si mueren dentro de las

(*a*) Ley 4, t. 32, p. 4, Rojas de Incomp. p. 2, cap. 4. (*b*) Acerca de este y de los que nacen á los tres, cuatro, cinco ó seis meses, y aun á los catorce, y de otros puntos concernientes á esta materia, véase tambien á Lara, cap. 10.

(*) Nadie puede saber hasta donde llegan las fuerzas de la naturaleza, ni por otra parte las de los obstáculos que pueden retardar sus operaciones. Asi no podemos negar que habrá partos naturales y vitales de cinco y seis meses, y partos asimismo de once, doce, trece y catorce; pero en lo que debe ponerse la consideracion, es en si las criaturas nacidas en estos tiempos deberán reputarse por legítimas para suceder y otros efectos civiles. Nace una criatura por egemplo á los cinco meses de celebrado y consumado un matrimonio. Puede aquella ser fruto de éste; mas tambien puede serlo de una flaqueza anterior al casamiento y no tenida con el marido. Da á luz una madre un hijo á los trece meses despues de la muerte de su esposo. Por ventura será de él; pero acaso será de otro, y habrá nacido á los nueve meses de su concepcion. En estos casos y otros semejantes parece estar la presuncion contra las madres, generalmente hablando, porque mucho mas que las flaquezas de las mugeres son raros tales partos; y quizá se tuvo presente este fundamento al dictar la citada ley 4 que no tiene por legítimos los hijos nacidos antes de los siete meses, ni despues de los diez. Es verdad que para formar juicio de la legitimidad ó ilegitimidad del parto deben tenerse en consideracion el testimonio de los médicos y otros facultativos, y las informaciones que se hagan acerca de la honestidad de la madre y otras circunstancias, segun ocurra el caso; pero por mas favorable que sea todo esto al parto, no podemos ir contra lo dispuesto en dicha ley, mientras no lo derogue el Soberano. Tocante á la criatura que nace en el octavo mes, nada dice, al menos espresamente, la ley de Partida; mas si tiene á los sietemesinos por vitales y legítimos, con mayor razon han de serlo los ochomesinos que á causa del mas tiempo que permanecen en el vientre de su madre, han de estar regularmente mas formados y robustos. La opinion contraria no deja de ser un error clásico, por mas comun que sea, y por mas autorizada que se halle. Sobre la duracion del preñado y las causas ocasionales del parto puede verse, cuando se ofrezca el caso, al célebre Buffon en su historia natural, tom. 3, pág. 428 y siguientes, donde dá noticia de un parto de trece meses.

veinte y cuatro horas, ó no son bautizados antes de morir en caso que las vivan, ó mas, se tendrán por abortivos, y á ningun ascendiente heredarán, sin embargo de que sean instituidos herederos; de modo que para poder heredar, y para que el parto sea habido por legítimo y natural, se han de verificar las tres cosas copulativamente. Y si por la ausencia del marido, ó tiempo del casamiento se prueba claramente que han nacido dentro de él en que no podian vivir naturalmente, no será tenido el parto por natural ni legítimo, ni los hijos por herederos, no obstante de que concurran en ellos las cualidades referidas (*a*); escepto que su madre sea concubina de su padre antes de casarse, porque entonces se legitiman por el subsecuente matrimonio (*b*).

48 A todos sus hijos legítimos deben los padres instituir herederos aunque no estén en su poder al tiempo de la institucion, y les han de suceder no solo por testamento y abintestato, sino tambien contra testamento, no habiendo causa legal para ser exheredados. Ademas con ellos ni con los demas descendientes legítimos ningun estraño ha de ser instituido heredero, y si lo fuere, será invadida é ineficaz en cuanto á él la institucion (*c*, porque todos los dichos deben haber su legítima íntegra sin condicion ni gravámen (*d*) (*).

49 En estos reinos de Castilla tienen derecho los descendientes legítimos á todos los bienes de sus ascendientes; pero sin embargo se permite á éstos que dispongan del quinto de ellos en vida ó por su muerte, con tal que no sea mas que uno en ámbos tiempos. (*e*). De él y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, teniendo descendientes legítimos, aunque el testador lo prohiba espresamente (*f*); pero

(*a*) Leyes 5, t. 23, p. 4, y 2, t. 8, lib. 5 R. ó 2, t. 5, lib. 10, N. R. Mat. en ella, glos. 1 y 2. (*b*) Gom. ley 13 de Toro, n. 4 vers. Quod iterum limita.

(*c*) Leyes 7 y 17, t. 1, p. 6 y 1, t. 6, lib. 3 del Fuero Real. (*d*) Leyes 17 al fin, t. 1, 4 y 7, t. 11 y 12, t. 4. p. 6.

(*) No parece hay razon para que deje de valer la institucion de un estraño hecha juntamente con la de los descendientes legítimos, siempre que no sea en perjuicio de las legítimas de estos. Está manifiesto en las leyes de Partida y Fuero Real citadas por Febrero que solo para evitar este perjuicio vedan dicha institucion.

(*e*) Ley 28 de Toro que corrige las 9, t. 5 y 7, t. 12, lib. 3 del Fuero Real, pues permitian dar un quinto en vida y otro en muerte. (*f*) Ley 30 de Toro que dice: »La cera, misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.»

si testa entre estraños, se sacarán del cuerpo del caudal, como lo espone Antonio Gomez en la ley inserta y se practica, á menos que el testador mande lo contrario. Si lega el quinto á un hijo natural ó espurio siendo estraños los herederos, le pagarán éstos, y el legatario del quinto le llevará íntegro, deduciéndose primero de todo el caudal las deudas que el testador tenia cuando murió, y los legados particulares que hizo, si no dispuso otra cosa (*a*); mas para evitar dudas y controversias prevendrá el escribano al testador declare su voluntad que servirá de regla al contador. Lo propio deben hacer los herederos legítimos, si deja el usufructo del quinto á su muger ó á otro estraño, y á ellos la propiedad; pues como usufructo no equivale á ésta, si grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y éste vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado será perjudicado.

5o Pero si el testador tiene cinco ó mas descendientes legítimos, y deja el quinto por su alma, ó á favor de algun hijo ilegítimo ó de otra persona, parece quedan damnificados; pues percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, aunque por ser de mejor condicion deberian ser mas favorecidos, como v. gr. en este caso. Un padre tiene cinco hijos y cinco mil pesos que dejarles. Si manda distribuir los mil pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que cuatro mil para sus hijos, tocarán únicamente á cada uno doce mil reales, y serán gravados en tres mil que importa mas el quinto, percibiendo aun menos, si son mas los hijos, lo cual no manda la ley 28 de Toro, y aun lejos de inferirse de ella se deduce lo contrario de limitar las dos del fuero, y permitir un solo quinto. No obstante yo estaré siempre á favor de la libertad del padre por las razones que espongo en la segunda parte (*b*); pues el que usa de su derecho, á nadie injuria; mas porque sobre esto hay variedad de opiniones (*c*), y suelen suscitarse dudas y litigios, para evitarlos enterará el escribano al testador de ellas, y con su órden estenderá la cláusula en esta forma: »Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las cuales una se tendrá por quinto íntegro para hacer en ella las deducciones que previene la ley 30 de Toro, hasta en donde alcance y no mas, y las cinco restantes se aplicarán á mis cinco hijos con igualdad.» Si tuviese mas hijos, mandará que se di-

(*a*) Ayora de partit. p. 2, quæst. 6. (*b*) Cap. 1, n. 16, lib. 2. (*c*) Gutier. lib. 2, Pract. q. 107. Gom. leyes 9 y 10 de Toro. Escobar comput. 3.

vidan en mas partes, y que la una se tenga por quinto.

51 Ayora (*a*) dice que el padre, dejando á su muger en cinta y no teniendo hijos vivos, puede disponer de la cuarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo, y se funda en que éste al tiempo de la disposicion y muerte de su padre no tiene adquirido derecho á ellos; pero esta doctrina no debe seguirse como diametralmente opuesta á la ley 28 de Toro no corregida por otra, mayormente cuando no hay razon convincente en que afianzarla, y cuando si fuera verdadera, no solo podria disponer de la cuarta sino tambien de todos, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro. Solo en Ciudad Rodrigo y su obispado se permite al marido y á la muger que se leguen la cuarta parte de sus bienes, aunque tengan hijos legítimos, y vale, segun afirma Gutierrez, porque es costumbre inconcusa y generalmente observada.

52 Cuando algun descendiente viene á heredar á sus ascendientes, está obligado, ó lo están sus herederos, á traer á colacion y particion la dote, arras y demas donaciones que le hicieron de sus propios bienes; y si quiere apartarse de la herencia, puede hacerlo, á menos que la dote ó donacion sea inoficiosa, (llámase asi, cuando escede de la legítima y mejora de tercio y quinto) que en este caso se ha de dividir el esceso entre los coherederos (*b*); pero si alguno da á otro dote ó arras para que case á su hija, y éste se las entrega, no se las debe contar en parte de legítima, por no ser de su patrimonio, ni ella está obligada á traerlas á colacion y particion con sus hermanos (*c*). Lo propio milita siendo donacion del Rey á un hijo ó hija por los méritos de su padre.

53 Los nietos que nada heredaron de sus padres muertos, no deben traer á colacion con sus tios carnales lo que sus abuelos dieron á sus padres en cuenta de sus legítimas y estos consumieron; pues la obligacion de colacionar es gravámen personal que únicamente debe sufrir el que recibe, por haber tenido la utilidad. No obsta que representen á sus padres, porque la representacion es una ficcion del derecho positivo que se dirige solamente á que en cuanto á la parte ó cuota que han de percibir, ocupen el lugar de su padre, á que se tengan todos por una persona sola, y á que sucedan por estirpes y no por personas, sin que sea necesaria para heredar los nietos, puesto

(*a*) De partit. part. 2, quæst. 1. (*b*) Ley 29 de Toro, que es la 3, t. 8, lib. 5 R. ó 5, t. 3, lib. 10, N. R. (*c*) Ley 6, t. 15, p. 6.

que suceden por su propio derecho á causa de ser herederos forzosos de sus abuelos segun la ley 6 de Toro como estos de ellos. Pero de esto trataré mas bien en las particiones (*a*),

54 En la clase de herederos legítimos y forzosos se comprenden igualmente los ascendientes legítimos, á los cuales sus descendientes, no teniéndolos legítimos, ni otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por sus herederos, y lo son por testamento y abintestato segun la ley 6 de Toro que dice (*b*): »Los ascendientes legítimos por su órden y línea derecha sucedan extestamento et abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes, de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar." En fuerza de la espresion genérica de cualquier calidad que sean, no solo deben sucederles en sus bienes adventicios sino tambien en los profecticios, castrenses y cuasi castrenses, y en los que el hijo clérigo de órden sacro adquiere por razon de la iglesia. Los que han derecho de heredar á los descendientes legítimos no teniéndolos éstos, son el hijo natural legitimado por el subsecuente matrimonio (*), y el espurio legitimado por el rescripto del Príncipe, los cuales escluyen á los descendientes legítimos de la sucesion de los

(*a*) Salg. Labyr. cred. part. 2, cap. 25, toca algo de esta especie, y controvirtiendo la de si habiendo hecho sus padres concurso de acreedores estaran obligados á traer despues de su muerte al mismo concurso los bienes que estos, si vivieran, habian de heredar de los suyos, y traer á él como hipotecados por la obligacion general á la responsabilidad de sus créditos; lo resuelve negativamente, como lo he visto practicar algunas veces. (*b*) Es la 1, t. 8, lib. 5 R. ó 1, t. 20, lib. 10, N. R.

(*) Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio se llaman *legítimos* en la ley 1, t. 13, parte 4, cuyas son estas palabras: »Otrosi son legítimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales no son legítimos cuando nacen, tan grande fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre é la madre son casados, se facen por ende los hijos legítimos." En este supuesto no debe haber ninguna diferencia entre los hijos legitimados por el siguiente matrimonio y los verdaderamente legítimos, á cuya consecuencia sucederán aquellos con estos en los bienes de sus padres y abuelos. Se corrobora esto mismo con la ley 12 de Toro, que es la 10, t. 8, lib. 5, R. ó 7, tit. 20, lib. 10 N. R. pues dispone que los legitimados por rescripto del Soberano no puedan suceder á sus ascendientes con los descendientes legítimos ni legitimados por el siguiente matrimonio.

bienes de sus descendientes (*a*). La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender respecto á su propia persona sino á las de los descendientes á quienes han de heredar (*b*); y asi nada importa que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legítimo, que es lo que se requiere para que le herede.

55 Los herederos voluntarios ó estraños son todos los que no son descendientes ni ascendientes, y se les da este nombre, porque aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion civil de dejarles sus bienes, ni por la preterícion pueden ellos oponerse á su testamento como inoficioso; y solo á sus hermanos compete esta accion, cuando ha instituido herederos ó personas de *mala vida*, ó *infames* de hecho ó de derecho (*c*), como son, mugeres mundanas, ladrones, falsarios, espurios (*), clérigos continuamente amancebados, borrachos, jugadores, usureros manifiestos y otros que refieren los AA. (*d*) y cuya designacion se deja al arbitrio del juez, por no encontrarse en nuestras leyes la correspondiente decision; pero aunque instituya dichas personas, si sus hermanos maquinaron contra su vida, ó le acusaron de delito por el que debia perderla, ó perder la mayor parte de sus bienes, no pueden intentar la querella, y antes bien perderán la herencia si murió abintestato (*e*).

(*a*) Góm. ley 6 de Toro, n. 10, y Tello Pern. n. 66, Matienz. en la 1, t. 8, glos. 6 y 11, t. 6, glos. 5, lib. 5 R. (*b*) Tello, ley 6 de Toro n, 6. (*c*) Ley 12, t. 7, p 6.

(*) Es de creer que al presente no se tendrian por personas torpes los espurios, no tanto porque no han cometido ningun delito que les infame, ni puede imputárseles el crímen paterno, cuanto por la distincion que deben á la Real cédula de 2 de Setiembre 1784, (ley 9, t. 23, lib. 8 N. R.) citada en el núm. pen. de este §., que les habilita para egercer cualesquiera artes y oficios sin embargo de los estatutos ó constituciones de hermandades y otros cuerpos erigidos con autoridad pública. Favorece este modo de pensar el Real decreto de 5 de Enero de 1794, (ley 4, t. 37, lib. 7 N. R.) decreto ciertamente loable y lleno de humanidad, en que se dispone que todos los espósitos (cuyo mayor número es sin duda de espurios) se tengan por legitimados por la Real autoridad y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion; de suerte que mientras no consten sus verdaderos padres, han de estar en la clase de hombres buenos del estado llano, gozando de los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demas vasallos honrados de la misma clase. Estas dos Reales disposiciones muestran bastantemente que las luces van disipando la oscuridad en que yacian tantas personas inocentes, dignas de la mayor compasion, poniendo á la vista que solo el malvado debe ser deshonrado, envilecido y perseguido.

(*d*) Gom. ley 9 de Toro, n. 24. Castillo, lib. 2, cap. 19, nn. 18 y sig. (*e*) Dicha ley 12 al fin.

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

57 Aunque los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus descendientes legítimos, pueden estos aun estando bajo de la patria potestad, como ya he dicho, disponer en contrato ó en última voluntad sin licencia ds aquellos del tercio de todos los bienes que les pertenecen y poseen, sino tienen hijos ú otros descendientes legítimos, segun lo dispone la ley 6 de Toro que dice: »Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer cualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren; lo cual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz." Asimismo pueden gravarle, é imponer en él las condiciones honestas y posibles que les parezca, legándole ó no á alguno de sus ascendientes, al modo que estos tienen facultad de gravar el quinto y á su legatario por la propia razon. Dicha ley corrige la 1, t. 6, lib. 3 del Fuero Real en cuanto manda: »Que si el hijo no tuviere descendientes legítimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el Rey no pierda lo suyo, y no se lo pueda embargar padre ni madre, ni otro pariente." Y aunque algunos AA. fundados en ella y en la 9 del mismo tit. y lib. que dice: »Que si marido y muger hicieren hermandad de bienes despues del año de casados, valga la herman-

(*a*) Ley 22, t. 3 P. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella, verb. Temporales.

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

dad no teniendo hijos;» afirman que si hicieren los cónyuges pacto de sucederse en caso de morir sin descendientes legítimos, valdrá el pacto, y no podrán anularle ni reclamar el padre ni madre del difunto; no me adhiero á su opinion, ya porque se estimaria como una donacion entre marido y muger, ó un pacto de sucederse recíprocamente que por derecho están reprobados (*a*), y ya porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la ley 1 de Toro.

58 De esta disposicion legal nacen dos dudas: una, si los gastos del funeral y entierro del testador se han de sacar del tercio, ó del cuerpo de bienes; y otra, si el hijo que está bajo la pátria potestad, puede disponer del usufructo del tercio de sus bienes adventicios del mismo modo que de la propiedad, ó ha de quedar reservado para su padre durante su vida. En cuanto á la primera duda afirman unos que deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto habiendo descendientes, y entregarse las otras dos partes á los ascendientes como legítima suya sin descuento ni gravamen, de cuya opinion son Castillo, Gutierrez y otros (*b*). Otros defienden que se han de bajar del cuerpo del caudal, porque el entierro y lo anejo á él son deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer, á cuya solucion están sujetos y son responsables todos sus bienes sin distincion; y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente y el legatario del tercio; de cuyo dictamen es García (*c*), y añade que Castillo se retrata del suyo.

59 Para saber cuál de las dos opiniones debe seguirse, es preciso esplicar qué se entiende por funeral, ó qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él. Así pues, digo que por funeral se entienden el hábito con que se amortaja el cadaver, la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la iglesia durante la vigilia y misa: la limosna de éstas y su responso, los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadáver á la iglesia, el velarle y amortajarle, y algunas otras cosas necesarias sin las cuales no puede hacerse el entierro. Los gastos que en todas ocurren son mas privilegiados que

(*a*) Véase el cap. de las donaciones nn. 15, 30 y 31, donde se espresan dos casos en que vale la hermandad y comunicacion de bienes. (*b*) Cast. ley 6 de Toro, verb Por su alma. Gut. lib. 2, Práct quæst. 71. (*c*) De expensis cap. 8, nn. 49 y 50.

cualesquiera deudas del testador, aunque siendo escesivos los ha de modificar el juez de su domicilio atendidos sus deberes y calidad (*a*); pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia, porque cede en su propia utilidad y no en la del legatario del quinto ni tercio (*b*). Tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, médico, cirujano, alimento, &c. porque cuando el enfermo murió, ya los tenia hechos, y no se contrajeron con motivo de su muerte, en cuya atencion se deducirán del cuerpo de bienes como otros cualesquiera débitos contraidos por el testador durante su vida; bien que aunque no son funerarios, se graduarán despues de los que lo sean, y los acreedores se preferirán á todos los demas sin embargo de su anterioridad y privilegio (*c*).

6o Esto supuesto diré que los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes: lo primero, porque la ley 30 de Toro es correctoria, y toda correccion se ha de entender segun las palabras literales con que está concebida, y respecto hablar solo del quinto, á él debe limitarse: lo segundo, porque la legítima de los descendientes es *deuda por derecho natural*, y la de los ascendientes *deuda por causa de equidad ó piedad, y por derecho positivo*; y asi es mayor la de aquellos que la de éstos, en cuya atencion no son herederos de igual prerogativa, cualidad y privilegio que los descendientes, ni suceden atendiendo al derecho divino y natural, como advierten Gomez (*d*) y otros (*), ni entre ellos hay derecho de

(*a*) Leyes 12, tit. 13, p, 1 y 30 al fin, t. 13 p. 5. (*b*) Ayora de Partit. p. 2, quæst. 12. (*c*) Ayora de Part. part. 2, q. 12. De esto trataré mas latamente en el lib. 3, cap. 3 de la segunda parte. (*d*) Tom. 1, Var. cap. 2, n. 2, y ley 6 de Toro, núm. 10.

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

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

61 Ademas se puede decir en apoyo de mi opinion, que si los demas créditos se deducen y pagan del cuerpo de bienes, con mayor motivo deben deducirse de él los gastos de entierro; pues mayor derecho tiene la iglesia á percibir estos que los otros acreedores lo que se les debe: por manera que tiene lugar la regla; *si venzo al que te vence, mucho mas bien te venceré á tí.* Por tanto vemos que la iglesia y gastos funerarios se pagan primero que los acreedores del difunto en observancia de lo dispuesto por derecho (*b*), sin que por

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

(*a*) Epistola ad Corinthios, cap. 12. Matienz. ley 1, t. 8, lib. 5 R. glos. 3, nn. 11, &c. y 15.

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

(*b*) Leyes 12, tit. 13, Partid. 1 y 30 al fin tit. 13, Part. 5.

esto pueda decirse que se agrava la legítima de los ascendientes, porque á la verdad no hay tal gravámen, puesto que siempre les quedan íntegras las dos partes de los bienes propios del testador que únicamente les pertenecen, y son aquellas dos terceras que deben deducirse del caudal sobrante, pagando solo á proporcion y prorata con el legatario lo que les corresponde; pero las misas, legados y todos los demas gastos que se hagan por disposicion del testador, han de deducirse del tercio. cuya razon de disparidad consiste: lo primero en que estos son voluntarios, y los del entierro forzosos, de suerte que aunque el testador prohiba que se le entierre ó se paguen, no será obedecido; y lo segundo en que la ley 6 de Toro le permite disponer del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, mediante á que usa de ella, debe observarse su disposicion aun en el caso de mandar lo contrario; pues de no hacerlo asi se violaria la ley, se daria al testador mas facultad que la que ésta le concede, y se equiparian los gastos del entierro de que la ley no trata, como los de las misas y legados en que le da facultad para emplear el tercio espresamente.

62 En cuanto á la segunda duda están discordes tambien los AA. Unos fundados en las palabras de la referida ley 6 de Toro, *que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes:* afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufructo de sus bienes adventicios, porque el testamento no tiene fuerza hasta la muerte del testador, en cuyo tiempo se consolida el usufructo con la propiedad; sale el hijo de la pátria potestad, por la que tiene su padre el usufructo de sus bienes con obligacion de alimentarle y educarle, y cesando aquella debe cesar el usufructo; pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho (*a*), no necesita de la licencia paterna, por conferirle la ley suficiente facultad para ello, y no poder disponer el padre del usufructo, si fallece antes que su hijo, á causa de no tener dominio en él. De esta opinion que he visto seguir en la práctica son Gomez y Colon (*b*).

63 Los AA. de la opinion contraria dicen que el padre ha de gozar del usufructo durante su vida: que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y que para que pueda, es menester que se la conceda ámplia para todos y cualesquiera testamentos, porque de otra manera

(*a*) Ley 4, t. 4, lib. 5 R. ó 4, t. 18, lib. 10, N. R. (*b*) Com. ley 6 de Toro n. 12. Colon instruc. jurid. lib. 2, c. 8, n. 3.

no podrá revocar el primero ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo y subsistirá el primero. Sus razones son, que dicha facultad se entienda únicamente para el primer acto: que no es visto haberse establecido la ley 6 de Toro tan en favor de los hijos, mayormente no habiéndose espresado, como no se espresó en ella; y que en lo omiso debemos ceñirnos á la disposicion del derecho comun que dice: *que el padre goce el usufructo por los dias de su vida.* De este dictamen es Sigüenza (*a*) quien cita en su apoyo diferentes AA. de mucha nota.

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

65 Mas no obstante soy de sentir que puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bienes, ya por las razones de la opinion afirmativa, ya porque la ley 5 de Toro (*c*) da facultad al hijo para testar teniendo la edad respectiva de doce á catorce años, aunque esté bajo de la pátria potestad, del mismo modo que si estuviese fuera de ella (*d*): ya porque la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se eximian del poder de sus padres, aun estando casados y velados, segun el derecho comun que ha derogado la 47 de Toro; y ya porque entonces no podian testar, como pueden hacerlo ahora por dicha ley 5.

66 Sobre si el hijo puede disponer libremente en propiedad y usufructo sin permiso paterno de sus bienes castrenses, que son los que adquiere en la guerra ó en la corte sirviendo al Rey, y de los cuasi castrenses que son los que los maestros de cualquiera ciencia, y los jueces, abogados, escribanos del Rey y otros semejantes adquieren por

(*a*) De cláusulas l. 2, cap. 1, nn. 17, 18 y 19. (*b*) La 5, tit. 17, P. 4. (*c*) Es la 4, tit. 4, lib. 5 R, ó 4, t. 18, lib. 10 N. R. (*d*) »El hijo ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, puede hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder.

sus oficios, como tambien toda donacion de heredad, ú otra cosa que el Rey ú otro gran Señor les hace, parece que ninguna duda dejan las leyes 6 y 7 tit. 17 part. 4. La primera dice al fin: »E aun, porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo, é con grand peligro, é porque las fazen en tan nobles lugares, por ende son quitamente (*enteramente*) de los que las ganaron, é son mas franqueadas (*privilegiadas*) que las otras ganancias: Cá los dueños dellas pueden fazer destos bienes atales lo que quisieren, é non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, nin otro pariente que ayan." La segunda que habla de los quasi castrenses, concluye con estas palabras: »Cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos." Pero todo está derogado por la absoluta amplitud que contienen las palabras de la ley de Toro, *en todos sus bienes de cualquiera calidad que sean* (*a*), cuya disposicion se corrobora en las Ordenanzas Militares impresas año 1768, donde se dice (*b*): »Todo militar podrá testar sin licencia de su padre de todos los bienes castrenses, no solo estando en campaña sino fuera de ella y aun en la casa de su padre al tiempo de otorgar el testamento, con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dejando á otros los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere en perjuicio de sus padres y demas ascendientes." Sin embargo parece que esto lo ha derogado la Real cédula inserta en el núm. 5 de este capítulo.

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

68 Estan persuadidos algunos Escribanos de que el legatario del tercio, aunque sea estraño, es heredero del descendiente igualmente

(*a*) Véase á Lopez ley 6 tit. 17 p. 4 glos. 8. versic. Hodie. (*b*) Tom. 3 art. 17 trat. 8 tit. 11. (*c*) Ley 19 de Toro n. 4.

que su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institucion nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber bajo de un mismo concepto y espresion en esta forma : Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, &c.» Pero deben saber que es error clásico no solo hacer la institucion en estos términos sino tambien llamarle heredero, porque con los ascendientes legítimos ningun estraño puede ser instituido heredero, debiendo estenderse á ellos lo que sobre este punto dispone la ley 7 t. 1 p. 6 acerca de los descendientes (*), en vista de que la 6 de Toro manda que sean herederos legítimos, y les sucedan igualmente por testamento y abintestato; y lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, lo que no sucede, pues pasa precisamente á los herederos abintestato del descendiente. Por estas razones es tan impropio el nombre de heredero como propio y adecuado el de legatario, y asi el tercio que en este caso es legado y entre herederos forzosos instituidos mejora, debe legarse en cláusula separada, y si se pone en la de institucion, no se ha de llamar heredero al legatario.

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

(*) Véase la nota del n. 48.

(*a*) Proem. y leyes 1 y 3 t. 15 P. 4. (*b*) Gregorio Lop. ley 1 t. 15 P. 4 glos. 2 Covar de Spons. P. 2 cap. 8 §. 5 n. 18. (*c*) Ley 11 de Toro que es la 9 tit. 8 lib. 5 R. ó 1 t. 5 lib. 10 N. R. y dice »Ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las cualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.»

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

70 Careciendo los ascendientes de descendientes legítimos pueden instituir herederos y dejar todo lo que quieran de sus bienes, aunque tengan ascendientes legítimos, á sus hijos naturales, como espresamente lo ordena la ley 10 de Toro (*c*), y no haciendo mencion de ellos su padre en el testamento deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos, regulado por alvedrío de hombres buenos (*d*) (**). Lo propio se observará, cuando muera intestado, y asi no dejando descendientes legítimos le sucederán no en la sesta parte de la herencia segun el derecho de las Partidas, sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dejar por muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso que esten obligados á dárselos, segun lo dispone dicha ley 10. »Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á algunos de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo, de la cual parte despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte facer lo que quisiere.» Pero aunque no deje su padre descendientes legítimos, si los tiene legitimados por el Príncipe, ó adoptivos, le sucederán estos muriendo intestado, y no los naturales (*e*).

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

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

(*c*) Es la 8 tit. 8 lib. 5 R. ó 6 tit. 20 lib. 10 N. R. (*d*) Ley 8 tit. 13 P. 6.

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

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

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

71 Por ser mútua é igual entre padres é hijos la obligacion de alimentarse, heredarán aquellos de estos, muriendo intestados sin descendientes legítimos, lo mismo que estos pueden heredar de ellos sin diferencia, porque tienen idéntico derecho en los bienes de sus hijos ilegítimos, segun lo dispone la ley 8 t. 12 P. 6 que no se halla derogada en esta parte. »Otrosi decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é deve heredar á su padre en los bienes de él, é aprovecharse dellos, asi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse dellos.»

73 Los espurios, nombre que generalmente se dá á todos los demas hijos ilegítimos, porque son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, y contra razon natural, se dividen en varias clases: unos se llaman *adulterinos*, *ó notos*, y son los que nacen de hombre casado, y muger viuda ó soltera, llamada por otro nombre *barragana*, ó de ambos casados con otros; pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento que tenian, no se legitiman: otros se llaman *sacrílegos*, y son los de fraile y monja profesos, ya sea por coito entre ambos, ya por el de cada uno con otra persona, y los de

(*a*) Es la 7 tit. 8 lib. 5 R. ó 5 t. 20 lib. 10 N R.

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

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

clérigos de órden sacro: todos los cuales están tenidos por hijos de damnado ayuntamiento, y aun los de muger casada por de damnado y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte (*): otros se llaman incestuosos y son los de parientes dentro del cuarto grado canónico sabiendo ambos el impedimento; y otros se llaman *manceres* ó *mancillados*, los cuales son de peor condicion que todos los espresados, porque nacen de rameras nobles ó plebeyas, y á causa de darse á todo hombre se ignora quienes son sus padres: y á todos está obligada su madre como conocida á dar alimentos pudiendo y no necesitándolos (*a*).

74 Sin embargo de que por derecho romano no estaban obligados los padres á dar alimentos á sus hijos espurios nacidos de damnado ayuntamiento, por el canónico y por el nuestro, conformes con el natural, tienen la precisa obligacion de alimentarlos, aunque sean incestuosos y nefarios: lo primero, porque su educacion es de derecho natural: lo segundo, porque el vínculo natural es igual entre ellos y los legítimos: lo tercero, porqae es natural que su padre los ame; y lo cuarto, porque por derecho natural y antes del escrito ninguna diferencia habia entre los legítimos y naturales (*b*). La misma obligacion tienen por equidad canónica los abuelos y demas ascendientes paternos en defecto de padres, ó estando indigentes estos y ricos aquellos (*c*); y aunque el derecho Real los exime de ella, no á los de la madre, si pueden, porque es conocida y el padre no (*d*).

75 Procede en tanto grado la obligacion espresada que no se puede privar á los hijos espurios el derecho de percibir los alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni espresa prohibicion del testador; bien que si el pacto es jurado y los renuncian, se les deberán en el solo caso de que no puedan vivir de otra suerte y perezcan

(*) Ningun delito de incontinencia fuera del pecado nefando se castiga en el dia con pena capital, y asi ni aun el de muger casada podrá llamarse ahora *de damnado y punible ayuntamiento*, nombre estraño y que pudo aplicarse á otros delitos de la misma clase castigados tambien con sumo rigor. Ya sea porque la mayor cultura y suavidad de costumbres ha mitigado el rigor de las penas, ya sea por haber llegado á ser muy frecuente, ya sea porque quienes han de catigarle se consideran asimismo muy frágiles y espuestos á cometerle, lo cierto es que el adulterio se castiga á lo mas con una reclusion en la muger y con un presidio en el hombre. Puede verse el cap. 9 tomo 3 de nuestra Práctica criminal de España, con especialidad el núm. 34.

(*a*) Leyes 1 tit. 15 y 5 t. 19 P. 4. (*b*) Cap. Cum habere, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulter. y leyes 2 t. 1 P. 1 y 1 y 2 t. 19 P. 4. Matienz. ley 8 t. 8 lib. 5 R. glos. 1 nn. 1, 2, 3 y 4. (*c*) Matienz. lug. cit. n. 23. (*d*) Ley 5 t. 19 P. 4.

de necesidad, sino se les contribuye con ellos (*a*). Pero en dos casos falta dicha obligacion: el primero es, cuando concurren de parte de los hijos las causas que para exheredar á los legítimos prescriben las leyes; y el segundo, cuando los hijos tienen de que vivir, ó se pueden mantener con su arte, oficio ó industria sin desdoro de sus personas (*b*).

76 No se circunscribe al padre la obligacion de alimentar á sus hijos espurios, y antes bien se estiende á los herederos de él (*c*). Lo mismo procede, cuando los alimentos se deben por disposicion de alguno, sea en contrato ó en última voluntad; pues la carga de alimentar pasa á los del que está obligado á ello (*d*), aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado ni al que obtuvo los bienes de aquel por otro cualquiera contrato (*e*).

77 A los hijos espurios que no lo son de clerigos de órden sacro, ni de fraile, freile ó monja profesos, compete solamente por testamento y abintestato el derecho al quinto de los bienes de su padre ó madre que los tienen legítimos; y por virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta, no pueden mandarles mas en dicho caso: de cuyo quinto una vez que le perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio (*f*), escepto en tres casos: el primero, cuando de la voluntad tácita ó espresa del testador se colige que no quiso que el quinto pasase á los herederos de su hijo espurio; el segundo, cuando le hace algun legado anual que con su vida espira (*g*); y el tercero, cuando le grava á que despues de su muerte restituya á otro los bienes que le deja por via de alimentos, pues entonces debe restituirle el esceso á estos y no mas (*h*). Si el espurio no dispone del quinto que se le deja por razon de alimentos, pasará á sus herederos y no volverá á los de su padre (*i*).

78 Pero si son hijos de clérigo de órden sacro, ó de fraile, freile ó monja profesos, nada pueden haber de ellos segun las leyes 6 y 7 tit. 8 lib. 5 cit. (ó 4 y 5 tit. 20 lib. 10 N. R.), cuyo contenido es el siguiente. Ley 6 »Otrosi, por no dar ocasion que las

(*a*) Matienz. lug. cit. nn. 24, 25, 26 y 27. (*b*) Ley 6 t. 19 P. 4 Matienz. lug. cit. nn. 28 y 29. (*c*) Gom. ley 9 de Toro n. 39 (*d*) Gom. lug. cit. al fin. (*e*) Mat. nn. 19, 20, 21 y 22. (*f*) Ley 10 de Toro, que es la 8 t. 3 lib. 5 R. inserta n. 70. (*g*) Véase la 2 part. lib. 1 cap. 4 n. 24 nota y cap 7 n. 5 nota. (*h*) Mat. dich. ley 8 glos. 2 nn. 4 y 5. (*i*) Mat. lug. cit. n. 6.

mugeres, &c. ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, ó donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aqui adelante, y cualesquier privilegios, ó cartas que tengan ganados, ó ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que nos asi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan dellas aprovechar, ni ayudar, cá nos las revocamos, y damos por ningunas." Ley 7 que es la 9 de Toro, »Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres extestamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijos, ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su alma, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere, naturales, ó espurios, por su órden i grado le sean herederos legítimos extestamento, y abintestato; salvo si los tales hijos fueren de damnado, i punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres, extestamento, ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, i no mas, de la qual podian disponer por su alma: y de la tal parte despues que la ovieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren: i queremos, i mandamos que entonces se entienda, i diga damnado, i punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó freiles, ó de monjas profesos, que en tal caso, aunque por el 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 sucesion de los hijos de los clérigos supra próxima." Conforme á estas leyes los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres el quinto de sus bienes, á no ser clérigos, ó frailes, ó freiles profesos, de quienes les está prohibido obtener nada; mas de sus madres son herederos forzosos en todos casos á escepcion de tres: el primero, quando tienen hijos legítimos: el segundo, quando la madre por su incontinencia incurrió en pena

de muerte (*), y el tercero, quando es monja profesa; de cuyos casos en los dos primeros les puede dejar su madre el quinto y el tercero nada. Pero se duda, si los hijos legítimos ó naturales de dichos hijos espurios podrán ser instituídos herederos por sus abuelos ilegítimos, en atencion á que la ley solo habla de sus padres y no de ellos: sobre cuyo punto hay varias opiniones, y puede verse á Gutierrez (*a*) y á otros que cita. Mas no pasaré en silencio, en primer lugar, que aunque el padre diga en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, á menos que lo prueben por otro medio, porque se presume que lo hace por beneficiarlos y perjudicar á los herederos legítimos (*b*); y en segundo lugar, que la real cedula de 2 de Septiembre de 1784 declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes no sirve de impedimento á los hijos ilegítimos para egercer cualesquiera artes ú oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes á privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias y otras, que á inhabitarlos y hacerlos inútiles para todo egercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes, sentencias, estatutos, usos, costumbres y cuanto sea contrario á esta declaracion; escepto para egercer los empleos de juez y escribano, pues respecto á estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes.

79 De los herederos testamentarios hay tambien unos que se llaman fideicomisarios, otros usufructuarios, otros propietarios y otros substitutos. Los fideicomisarios son los que el testador deja por sus herederos para que incontinente, ó al tiempo que se les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les nombra. Tambien suele nombrarlos por herederos con el título de fideicomiso: dejará su alma por heredera, sin que suene en el testamento, y encargar al fideicomisario bajo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia y distribuir sus bienes, prohibiéndole su revelacion, y á cualesquiera jueces y personas que le pidan cuenta de su inversion; y mandando que en caso de que alguno se entremeta, ó quiera entremeterse, no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Los usufructuarios son los que instituye el testador para que gozen del producto de sus bienes, ó hagan uso de estos por el tiempo de su vida ú otro que señale, despues del cual ha de consoli-

(*) Véase la nota n. 73.
(*a*) Lib. 2 Práct. q. 110. (*b*) Ley 31, 14, P. 3.

darse el usufructo con la propiedad, y pasar á otros nombrados que se llaman herederos propietarios (*a*). Los substitutos son aquellos á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian, ó no la perciben por muerte ú otro motivo; y asi es indispensable hablar.

§. III.

De las substituciones de herederos.

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

81 La substitucion vulgar *es cierta substitucion directa que cualquiera testador hace al heredero que instituye, ó una substitucion directa que puede hacerse á todos y por todos* (*c*). Se llama *vulgar*, porque el padre, madre, abuelos y cualquiera persona pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero. Se hace *manifiesta y tácitamente*: manifiestamente, v. gr. instituyo *á Pedro por mi heredero, y si no lo fuere, séalo Antonio*; pues si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere admitirla, la percibirá el segundo; y lo mismo sucederá, si á unos substitutos se substituyen otros, en cuya atencion no aceptándola los primeros, ó falleciendo antes de entrar en ella ha de percibirla el que quede: de suerte que para poder obtenerla el último instituido han de morir antes de su aceptacion, ó repudiarla

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

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

(*b*) Ley 1 t. 5 P. 6.

(**) Podria hacerse otra division mas propia y exacta; pero como la cit. ley de P. hace la misma que el autor, ha parecido seguirla, mayormente cuando poca ó ninguna utilidad resultaria de adoptar otra.

(*c*) Leyes 1 y 2 t. 5 P. 6

los que primero lo fueron (*a*): se hace tácitamente, v. gr. *nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva, sea mi heredero.* Si á la sazon viven todos, percibirán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, será único heredero (*b*) (*).

82 Si el testador instituye por sus herederos, v. gr. á tres: á uno en la quinta, á otro en la sexta y á otro en la octava parte de sus bienes, y algunos de ellos muere ó no quiere la suya, le heredarán los otros no igualmente sino á prorata con arreglo á la institucion (*c*); porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho y regla que la institucion; y mediante á ser hecha esta en partes desiguales, debe entenderse lo mismo de aquella, pues lo accesorio sigue á lo principal (**). Pero esto se limita en dos casos: el primero, cuando el testador manda lo contrario, el segundo, cuando del gravamen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa (*d*) (***) Espira la substitucion vulgar luego que el primer instituido entra en la herencia ó la acepta (*e*).

83 La substitucion pupilar *es una substitucion directa y simple hecha por el testador á sus hijos legítimos pupilos que están en su poder; y no han de recaer por su muerte en el de otro.* Nadie puede hacerla sino el padre á los hijos de legítimo matrimonio que tiene bajo de su potestad, sean varones ó hembras; y es indispensable que aquellos sean menores de catorce años y estas de doce, porque en teniéndolos cumplidos pueden testar por sí. Pero aunque no tiene potestad en el póstumo hasta que nace, ni hasta entonces se llama su heredero, ni se le debe la legítima, puede no obstante substituirle pupilarmente, porque existe en la naturaleza, y en todo lo propicio se le contempla na-

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

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

(*c*) Ley 3 t. 5 P. 6. Góm. lib. 1 Var. dicho cap. 3 y aqui Ayllon.

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

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

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

(*e*) Ley 4 t. 5 P. 6.

cido. Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir como precisas cinco circunstancias: la primera, que el pupilo sea descendiente legítimo del substituidor: la segunda, que esté en su poder, excepto que sea póstumo: la tercera que sea pupilo: la cuarta, que despues de la muerte del testador no recaiga en la potestad de otro; y la quinta, que entre verdadera y efectivamente en la herencia parterna (*a*); pues si muere antes que su padre, caduca ó se acaba la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes y no el substituto.

84 Se puede hacer tambien como la vulgar *manifiesta y tácitamente*. Es substitucion manifiesta la siguiente: »Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero.» Tácita lo es esta: "Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere heredero mio, lo sea de mi hijo.» Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo que está en la edad pupilar, y sino fuere mi heredero, nombro á Francisco en su lugar.» En estos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar heredará el substituto no solo los bienes del testador, sino tambien los que por otra cualquiera razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita ó manifiesta (*b*).

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

(*a*) Gom. lib. 1 Var. cap. 4 nn. 2, 3 y 4. (*b*) Ley 5 t. 5 P. 6. (*c*) Dich. ley 5.

86 Aunque por una ley de Partida (*a*) tenia el abuelo facultad para substituir pupilarmente á su nieto legítimo, actualmente carece de ella, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder (*b*), nunca entra en éste el nieto, y antes bien con la muerte de su padre queda independiente (*c*); mas si el hijo no está velado, permanece bajo la potestad paterna, y de consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto en la ley de Partida, entrará el nieto en poder de su abuelo, no en el de su padre, y aunque se vele despues de nacido su hijo, no tendrá potestad sobre éste hasta la muerte de aquel (*d*): todo lo cual tendrá presente el escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

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

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

89 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que sucede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de 25 años, y no teniendo herederos legítimos le instituyera por su heredero en testamento perfecto (*h*); pero el

(*a*) La 5 cit. (*b*) Ley 47 de Toro, ú 8 t. 1 lib. 5 R. y 3 t. 5 lib. 10 N. R (*c*) Ley 1 t. 18 P. 4 (*d*) Gut. lib. 2 Pract. q. 10 n. 3. Gom. lib. 1 Var. cap. 4 n. 2. (*e*) Leyes 6 t. 5 y 3 al fin t. 9 P. 6. (*f*) Ley 6 t. 5 P. 6. Gom. cap. 4 n. 3. (*g*) Ley 9 t. 5 P. 6. (*h*) Ley 7 t. 5 P. 6.

substituo ha de aceptar no solo los bienes que tocan al pupilo por parte paterna y materna sino tambien por otro pariente ó estraño, por cualquier título ó causa, sea instituido heredero juntamente con él, ó tan solo nombrado por su substituto, y de no aceptarlos nada percibirá, porque como le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (*a*)(*): lo cual prevendrá el escribano en la cláusula de heredero estendiéndola de esta suerte: "Instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y por si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien substituyo para que le suceda no solo en los mios sino asimismo en los demas que durante su edad pupilar adquiriere y recayeren en él, asi por parte materna como por sus consanguíneos y otra cualquiera persona, asi por título universal como particular, aceptándolos todos y no en otros términos."

90 Puede el padre del pupilo segun el derecho comun y el de las Partidas escluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar, aunque ha de ser espresa y no tácita (*b*); lo cual parece repugna á la ley 6 de Toro que dice: *los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos extestamento y abintestato*: mayormente cuando el hijo, si llega á la pubertad y hace testamento, no tiene facultad para disponer mas que de la tercera parte de los suyos segun la misma ley; pero como el padre testa en nombre propio de los del hijo, del mismo modo que si fueran suyos y éste no existiese: como no está obligado á ceñirse á la ley que habla privativamente con el hijo, limitándole sus facultades, ni á dejar á su muger por su heredera: como á ésta no se le debe la legítima por derecho natural (**)como al hijo, sino por el positivo que

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

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

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

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

se la pueda dar y quitar: por estas y otras razones que traen los AA. está en su mano escluirla, y así la ley de Toro debe entenderse, cuando el hijo muere dentro de la pubertad, ó no es substituido pupilarmente, mas no en este caso que la misma ley esceptua con decir: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar*; pues uno de los que tienen este derecho, es el substituto pupilar, en cuya atencion no corrige la de Partida que lo permite (*a*). Estos fundamentos y otros que se esponen en la segunda parte (*b*), parece no dejan duda sobre que la madre puede ser escluida por el padre en virtud de la substitucion pupilar, y que de consiguiente lo pueden ser los abuelos maternos, pero como si muere el hijo antes, le heredan sus padres igualmente, haciendo el padre testamento por él, no ha de poder privar á la madre mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer segun la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos AA. se entienda morir intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. En vista de estas razones, de estar hoy tan limitados los derechos de la patria potestad, de negar aquellos que el padre testa en su nombre, y afirmar que lo hace en el de su hijo de quien son los bienes, pues por ser pupilo, no esta privado de heredarle; hay decisiones contrarias acerca de esta substitucion, y para evitar dudas y pleitos convendria que el Soberano declarase lo que se habia de seguir (*); pero mientras llega

(*a*) Gom. lib. 1 Var. cap. 4 n. 7. (*b*) Lib. 2 cap. 4 n. 8.

(*) En mi dictamen no hay necesidad de ninguna declaracion del Soberano sobre el presente punto, siempre que se reflexione algun poco y se quiera ver la verdad. La ley 6 de Toro dejos de substituir al sustituto pupilar con exclusion de la madre y demas ascendientes del pupilo le escluye absolutamente. Despues de mandar que los ascendientes sucedan por testamento y abintestato á sus descendientes añade, *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, o que hayan derecho de les heredar*: por manera que unicamente esceptua este caso y no el de que haya substituto pupilar. Si se dice, como lo dicen en efecto Gomez y otros muchos AA. que en la espresion: *ó que hayan derecho de les heredar*, esta comprendido dicho substituto, se comete un error gramatical; pues aquella se refiere á las palabras *hijos descendientes*, para distinguir de los hijos descendientes legítimos los hijos descendientes que hayan derecho de heredar, que son los legitimados por el siguiente matrimonio ó rescripto del Principe, de modo que la ley en su escepcion no habla mas que de hijos. Aun puede evidenciarse mas lo fundado de esta esplicacion. La oracion, *o que hayan derecho de les heredar*, han de tener forzosamente su nominativo que la rija, y este no puede ser otro que las palabras *hijos descendientes* con el relativo *que*: de suerte que es lo mismo que si digera la

este caso, si el padre quiere que el substituto no quede privado de todo, puede añadir á la cláusula de substitucion lo siguiente: *Y en caso que esta substitucion no tenga lugar en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la cual lego al citado F. en propiedad y usufructo para desde el dia siguiente al de su*

ley: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos*, ó hijos descendientes *que hayan derecho de les heredar*. Si dijera la ley por egemplo: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos*, ú otras personas *que hayan derecho de les heredar*; podria caber duda sobre si se hallaba comprendido el substituto pupilar y debia suceder aun habiendo ascendientes. Las razones que se alegan á favor del substituto, no merecen confutacion, aun cuando se consideren en sí mismas, y se prescinda de la disposicion de una ley que las desvanece. El decir v. gr. que el padre testa en nombre propio, nombrando un heredero á su hijo, es grande necedad; pues una vez que la substitucion pupilar se tiene por una primera institucion del hijo, y por un testamento suyo en que se dispone de sus propios bienes, es evidente que el padre testa en nombre de aquel; bien que para el caso nada importa teste de un modo o de otro. Y por otra parte ¿es mas justa la ley que prefiere el substituto pupilar á la madre y ascendientes legítimos que la que prefiere estos al primero, para que á fuerza de varias sutilezas tomadas del derecho civil y de las Partidas que muchas veces le adoptaron ciegamente por el bárbaro siglo en que se dictaron, hayamos de apoyarla y sostenerla? ¿hemos de añadir al desconsuelo de una madre y de unos abuelos por la perdida de un hijo y nieto de tierna edad el dolor de ver los bienes de éste en poder de otro acaso estraño? Los derechos de la patria potestad deben circunscribirse á los límites que dicta la sana razon.

Sin embargo, no falta quien opine con Febrero que seria conveniente una declaracion del Soberano, la cual tenemos nosotros por superflua. Dice que no haciendo la ley 6 de Toro mencion de los substitutos llamados por la ley de Partida con preferencia de la madre, puede formarse una presuncion á favor de aquellos, no creyéndose derogada la ley de Partida por la de Toro, que *realmente está obscura y diminuta en su contesto*. Si hubiera entendido la esplicacion que hacemos de ley 6 de Toro para demostrar que la madre no puede ser escluida por el substituto pupilar; la esplicacion que llama *interpretaciones gramaticales*, diciendo neciamente *que para este caso son unas puras sutilezas*, cuando desvanece todas las dudas, habria sido seguramente de nuestro parecer. Y en efecto, lo ha sido incurriendo en una evidente contradiccion; pues en otra parte dice espresamente que »la ley 6 de Toro quita toda ocasion de dudas sobre la cuestion de las facultades del padre para nombrar substituto pupilar en perjuicio, ó con esclusion de la madre, porque ordenando esta ley que los ascendientes legítimos sucedan *extestamento y abintestato* como los descendientes á ellos; siendo tambien sucesion *extestamento* la sucesion pupilar ordenada por el padre en el que hace por el pupilo, está obligado por esta ley á instituir á la madre por heredera forzosa *extestamento*, declarada tal en ella. Si la escluyere ú omitiere instituyendo á otro, tendrá ocasion para romper el testamento: entonces heredara abintestato á su hijo...«

fallecimiento. Así no se le privará de la tercera parte, como he visto privarle de ella, por faltar la voluntad espresa del padre.

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

92 La substitucion egemplar *es un testamento que los padres hacen por sus hijos incapaces de testar por locura, fatuidad ú otra enfermedad semejante: ó una substitucion directa que los ascendientes hacen á sus hijos y descendientes fatuos ó locos, aunque sean mayores de 25 años.* Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ya se hallen casados ó emancipados; y tambien la madre á los naturales, cuando se les debe su legítima, aunque no á los espurios; pero el padre no puede substi-

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

(**) Como segun la ley 1 t. 4 lib. 5 R. valen las mandas y otras cosas que se contengan en el testamento, aunque no haya heredero instituido, ó el nombrado no quiera aceptar la herencia; y como ademas por la ley 24 de Toro que es la 8 t. 6 lib. 5 R. ó 3 t. 6 lib. 10 N. R. no se invalida la mejora de tercio y quinto, aun cuando se rompa el testamento por causa de preterícion ó exheredacion; tampoco se anulará la substitucion pupilar por el nacimiento de algun hijo preterido, si sabia el testador al tiempo del testamento ó de su muerte que tenia tal hijo: pero si lo ignoraba y hay motivos para creer que en caso de saberlo no lo hubiera hecho, se invalidará.

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

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

tuir egemplarmente á sus hijos espurios ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *egemplar*, porque se hace á imitacion y egemplo de la pupilar; y se ordena en estos términos: »Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y por si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, nombro por su heredero á Juan su hermano» en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad herederá el substituto todos sus bienes (*a*).

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

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

95 Espira y acaba la substitucion egemplar por una de tres causas: la primera, cuando el loco ó fatuo recobra su juicio y no

(*a*) Leyes 1 y 11 t. 5 P. 6. Gom. lug. cit. n. 6. (*b*) Gom n. 7.

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

vuelve á su locura; pues de lo contrario convalece la substitucion, porque es visto no haberse acabado sino cesado por algun tiempo: la segunda, cuando tiene despues hijo ó hija; y la tercera, cuando el que la hizo, la revoca por testamento posterior (*a*).

96 Los descendientes no pueden substituir egemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus curadores, porque ninguna derecho les concede esta facultad, como afirman Gomez y otros (*b*).

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

98 Substitucion breviloqua ó recíproca (**) *es la que se hace mútuamente á algunos herederos instituidos ó exheredados.* Llámase *breviloqua*, porque se hace brevemente ó con pocas palabras. Unicamente el padre tiene facultad para hacerla á sus hijos pupilos (***), y la cláusula se ordena de esta suerte: »Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan mis dos hijos legítimos menores de 14 años, y los hago mutuamente substitutos al uno del otro.» Tambien se ordena de este modo. »Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan mis dos hijos legítimos que estan en la edad pupilar, y los substituyo para que el uno sea heredero del otro.» En esta substitucion se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido. (*d*).

99 Substitucion fideicomisaria *es aquella en cuya virtud queda alguno gravado á entregar la herencia ó parte.* Llámase *fideicomisaria*, porque en Roma antes de Augusto no tenia obligacion de dar la heren-

(*a*) Ley 11 al fin, t. 5 P. 6 Gom. lug. cit. n. 11 vers. Dubium tamen (*b*) Lug. cit. n. 10. (*c*) Covar. de Testament. cap. Raynut. §. 9 n. 2.

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

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

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

(*d*) Ley 13 t. 5 P. 6. Gom. lib. 1 Var. cap. 8.

cia el heredero á quien se rogaba ó encargaba que lo hiciese, y el hacerlo pendia tan solo de su fe y probidad (*a*). Tambien se llama *obliqua*, porque el heredero fideicomisario no percibe directa é inmediatamente del testador sus bienes sino mediata é indirectamente por mano de otro instituido y gravado á su entrega que la recibe directamente del testador. La cláusula se ordena así: »Instituyo por mi heredero á Diego Rodriguez, y le ruego, quiero ó mando que entregue incontinente mis bienes á Pedro Garcia, ó que los tenga en su poder tanto tiempo, y pasado los entregue á Pedro Garcia.

100 Por derecho romano y el de las Partidas (*b*) puede el heredero gravado retener de la herencia la cuarta parte líquida, llamada *Trebeliánica* de Trebelio Cónsul su autor. Dispúsose así, porque los herederos gravados se escusaban á adir la herencia, por no seguírsele de esto ningun lucro, aunque sí cuidado, trabajo y responsabilidad, y la falta de adicion invalidaba los fideicomisos con todo lo demas contenido en el testamento. En el dia como segun la ley 1 t. 4 lib. 5 R. valen los fideicomisos y cualquiera otra disposicion testamentaria sin adicion de heredero, controvierten nuestros intérpretes, si aun habrá lugar la deduccion de dicha cuarta, y la opinion afirmativa es la mas seguida (*c*) (*).

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

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

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

104 Gravándose al heredero en la entrega de la herencia, *cuan-*

(*a*) §. 1 Inst. de fideicom. hæredit. (*b*) §. 5 de dicho título, leyes 14 t. 5 y fin. t. 11 P. 6 (*c*) Aillon en Gom. tom. 1. cap. 5 n. 4 al fin.

(*) Véase en la nota última del §. 10 lo que digo acerca de la cuarta falcidia, pues debe aplicarse tambien á la trebeliánica.

(*d*) Ley 3 t. 5 P. 6. Véase el n. 82 nota 1. (*e*) Gom. lug. cit. n. 9. (*f*) Gom. n. 10.

do él quiera, vale la substitucion, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por creerse que antes no quiere, y faltarle la voluntad faltándole la vida (*a*). Tambien se ha de entregar la herencia en dicho tiempo en el caso de dudarse, cuándo debe hacerse (*b*).

105 Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varon ó hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte á un estraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita, *sino tuviese hijos ó descendientes* (*c*); pero si el heredero es estraño ó ascendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador (*d*) (*).

§. IV.

De las mejoras

106 Mejorar segun mi propósito es: *dejar el testador á alguno de sus herederos descendientes mas bienes ó herencia, en los términos permitidos por las leyes, que á los demas instituidos.* El padre, madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez y no mas en vida y por muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos ó descendientes legítimos con perjuicio de los otros, aunque vivan los hijos, padres de los nietos y descendientes, en el tercio de sus bienes libres en testamento ú otra última disposicion, ó en contrato, y vincularle, imponer sobre él para siempre ó por el tiempo de su voluntad el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso que les parezca, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion (**), anteponiendo ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no escluyan á ninguna habil y capaz de suceder en dicho tercio, sea varon ó hembra, ni por con-

(*a*) Gom. n. 27. (*b*) Parlad. dif. 17 n. 6. (*c*) Ley 10 t. 4 P. 6. (*d*) Gom. lug. cit. nn. 32, 35 y 36. Sobre el caso de que se mande al heredero entregar de la herencia lo que quede al tiempo de su muerte, vease a Gom. lug. cit. n. 16 y Aillon n. 18.

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

(**) Vease el cap. 7 n. 18.

siguiente constituya agnaticia la vinculacion; y con tal asimismo que el gravamen y condicion que impongan, sean entre sus decendientes legítimos: á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de heredarlos: no habiéndolos, entre sus ascendientes: en su defecto entre sus parientes; y despues de estos entre estraños; pues de otra suerte no valdrá el gravamen ni condicion impuesta (*a*), y se reducirá al órden espuesto. La mejora del tercio entre descendientes legítimos se entiende no solo en cuanto á la propiedad de los bienes que le componen, sino tambien en cuanto á su usufruto: lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y cuando no distinguen, no debemos distinguir: lo segundo, porque con su silencio manifiestan bastantemente que quieren se trasfieran en el mejorado la propiedad y usufructo, y no una cosa semejante; y lo tercero, porque el tercio entre ellos es legítima, la cual en su perjuicio no puede gravarse á favor del que no sea tambien descendiente; en cuya atencion si el ascendiente mejora á uno ó mas descendientes suyos en el tercio y quinto de sus bienes, dejando á otro ascendiente ó á algun estraño el usufructo de ambos por su vida ó por cierto tiempo, será nulo en un todo el legado del usufructo del tercio, y valdrá el del quinto únicamente, porque en lo divisible no se vicia lo util por lo inútil.

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

108 Tambien pueden consignar ó señalar por sí mismos en una ó mas fincas, ó en dinero ú otras especies la mejora del tercio y quinto ó de cualquiera de ellos; mas no cometer á otro su consignacion ó señalamiento (*b*); y la razon es, porque esta facultad y declaracion del ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente mejorante, y asi no se puede ceder ni come-

(*a*) Leyes 18 y 27 de Toro, que son la 2 y 11 t. 6 lib. 6 R. ó 2 y 11 t. 6 lib. 10 N. R. Rox Alm. de Incomp. disp. 2 q. 3. nu. 8, &c. y 23 (*b*) Ley 16 de Toro, que es la 3 t. 6 lib. 5 R. ó 3 t. 6 cit. N. R.

ter á un tercero (*). Pero semejante prohibicion se entiende cuando la comision fue general para testar, mas no si fue especial para mejorar á cierto descendiente ó descendientes en quota ó cantidad determinada, y consignar la mejora, segun dicen los AA. (*a*) bien que la ley 19 de Toro habla indistinta y absolutamente (**).

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

(*) Sutil y vana razon. Si fuera buena, ni aun el Comisario con poder especial para mejorar y consignar la mejora podria consignarla, contra lo que en seguida se dice. Pienso se habria advertido que se seguian perjuicios de conceder semejante facultad, por abusarse de ella, ó por otros motivos; y en efecto nadie, generalmente hablando, puede saber como los padres en que cosas conviene hacer la consignacion de la mejora, ó hacerla con mas arreglo. Pueden verse los fundamentos de esta nota en la apología.

(*a*) Castillo y Gom. ley 19 de T. Mat. en la 3 tit. 6 lib. 5 R. glos. fin.

(**) Por lo mismo que la ley habla indistinta y absolutamente, debe entenderse asi

(***) El lenguage de las razones que en ambos casos da el autor, es como el que usan frecuentemente todos ó casi todos nuestros intérpretes: un lenguage escolástico y demasiado obscuro para escribanos y aun letrados, por lo cual me ha parecido conveniente suprimirlas, mayormente cuando no es necesario dar otra razon en los dos casos, sino que las espresadas palabras manifiestan muy bien la voluntad del testador.

to, el cual, siendo uno de los herederos el mejorado, se le aplicará en cuenta y parte de su legítima, y escediendo á esta restituirá á los coherederos el sobrante, sea en dinero, caso que las cosas señaladas no tengan cómoda division, ó en parte de ellas, si la tienen (*a*); al modo que cuando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto y legítima; y sino fuere heredero, v. gr. el nieto viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante á los que lo sean, porque la legítima de estos no debe gravarse. En estos términos ha de entenderse lo que se ha espuesto en la II P. (*b*).

110 Si los ascendientes solo tienen un descendiente legítimo, no pueden imponerle vínculo ni gravamen en el tercio, á menos que intervenga para ello facultad real, ó que si es el descendiente mayor de 25 años, lo consientan jurando no reclamarlo; y la razon es, ademas de lo espuesto, porque las leyes que dan facultad para mejorar y gravar el tercio, no hablan de un hijo ó descendiente solo, sino de muchos.

111 Como muchos padres tienen tan viciosa y desarreglada conducta que malgastan y disipan los bienes de sus hijos, es indudable que los abuelos maternos de estos pueden privar á sus yernos, constando ser disipadores, del manejo de los de la mejora que les hagan, aunque los padres sean administradores legítimos de todos los bienes de sus hijos; pues en aquel caso estan privados por derecho de su administracion, á causa de importar al estado que sus individuos no sean prodigos, y mayormente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad, lo cual se entiende aun cuando ofrezcan caucion de administrarlos bien; pero su usufructo les toca y deben percibirle, como lo practiqué en el testamento de una abuela, y se declaró en juicio, no obstante la opinion de su yerno que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho á un nieto hijo de éste, privándole de su percibo y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiesen en algun fondo público, y que el yerno percibiera sus intereses, mientras su hijo estuviese en su poder, y encargando al señor juez la conciencia sobre el cumplimento de esta voluntad suya.

112 Las leyes 17, 19 y 27 de Toro permiten á los ascendientes legítimos que mejoren á sus legítimos descendientes en contrato ó

(*a*) Ley 10 tit. 6 lib. 5 R. ó 10 n. 6 lib. 10 N. R. Angul. ley 3 t. 6 lib. 5 R. glos. 4 n. 5 y glos. 6. (*b*) Lib. y cap. 2 n. 70.

última voluntad, segun lo cual parece que la madre y abuela estando casadas, pueden por sí sola mejorarlos en contrato, y hacer todo lo que en este caso el padre y abuelo. Pero no obstante se duda, si es necesaria en él la licencia marital, y estan discordes los AA., porque (*a*) la ley 55 de Toro (*b*) que corrobora otras del fuero real (*c*) y es posterior á las citadas, prohibe absoluta é indistintamente á la muger casada hacer contratos y casi contratos con tercero sin licencia de su marido. »La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, assimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningun contrato, que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda facer casi contrato, ni estar en juicio, faciendo, ni defendiendo, sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.» Estas son las palabras de dicha ley, cuyo motivo al menos principal no es la imbecilidad ó fragilidad de la muger, porque si esta lo fuera, hablaria tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legítimo administrador de los bienes de la suya constante del matrimonio, está obligado á su responsabilidad, tienen en ellos dominio aunque revocable y temporal, le pertenecen sus frutos para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y de permitirle que celebre contratos sin su licencia, puede seguírsele perjuicio.

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

114 Si los padres hacen donacion á alguno de sus descendientes legítimos en contrato, ó última voluntad, aunque no digan que le mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio y remanente del

(*a*) Matienz. ley 2 t. 3 lib. 5 R. glos. 1 nn. 2, &c. y 12 Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 1 n. 41 al fin, y cap. 13 n. 9. Gom lib. 2 Var. cap. 4 num. 16. (*b*) La 2 tit. 3 lib. 5 y 11 tit. 1 lib. 10 N. R. (*c*) La 8 al fin tit. 11 lib. 1 y la 18 tit. 10 lib. 3.

quinto, y se ha de contar lo que quepa en éstos, para que á ningun otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende á mas, se tendrá por legítima, y escediendo á ésta y á la mejora debe el donatario restituir el esceso á los coherederos (*a*), como queda espuesto. Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion en cuenta de su legítima, no se entenderá mejorado, y antes bien deberá restituir el sobrante del importe de ésta á los demas interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle (*b*).

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

116 Cuando hay mejora de tercio y quinto entre varios descendientes, debe deducirse primero éste que aquel por favor del alma del ascendiente: ya porque lo manda la ley 214 del Estilo que está en uso y no ha sido abolida: ya porque el quinto es la única hacienda que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; y ya porque si se saca antes el tercio, se grava al ascendiente y al mejorado ó legatario del quinto, no dispone de él de todos sus bienes, como se lo permite la ley; é importa la tercera parte menos que sacándose primero que el tercio. Pero cuando es un descendiente solo el mejorado en ambos, y bajando de cualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo propio es de traerle antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á éste, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica: todo lo cual se observa comunmente en la práctica, y se ha egecutoriado repetidísimas veces.

(*a*) Ley 26 de Toro, que es la 10, t. 6, lib. 5. R. ó 10, t. 6, lib. 10, N. R

(*b*) Acerca de la materia de *colacion* y modo de deducir la mejora, cuando hay un mejorado ó mas en vida y por muerte, vease la P. II, lib. 2, cap. 3.

(*c*) Ley 21 de Toro que es la 5, t. 6, lib. 5, R. ó 5, t. 6, lib. 10 N. R.

(*d*) Leyes 19 y 23 de Toro, que son las 3 y 7, t. 6, lib. 5, R. ó 3 y 7, t. 6 cit. (*e*) Ley 25 de Toro que es la 9, t. 6, lib. 5 R. ó 9, t. 6 cit. Gomez en ella.

Mas no obstante dudan algunos cómo ha de deducirse el tercio, cuando el testador mejora en él de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un estraño el quinto: porque si se saca primero éste con arreglo á la ley del Estilo y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos sino en el del residuo, ni cumplirse la voluntad del testador que es arreglada á la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro y aplicarle á los otros, y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso; porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejora á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto; pues si dispone, ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo de caudal que ya no hay existente, y con una ficcion aerea perjudicar á los no mejorados, lo cual ni se manda, ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto, para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador: *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto*, como se practica, ó sino, *que se saque antes que éste.*

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

118 Las hijas no pueden ser mejoradas en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente, y asi aunque sus padres las mejoren por dicho motivo, no vale la mejo-

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

119 Los descendientes no mejorados deben pagar á los que lo son el valor del tercio y quinto, ó al estraño el de éste en los mismos bienes que el testador señaló, y no habiéndolos señalado, en los que dejó, á menos que éstos no puedan dividirse cómodamente, que entonces pueden satisfacérselo en dinero (*f*).

(*a*) Ley 1, t. 2, lib. 5, (ó 6, t. 3, lib. 10, N. R.) y auto 4, núm. 24, t. 12, lib. 7 R. (*b*) Acev. ley 6, t. 6, lib. 5 R. num. 24. Gutierrez de juram. confirmat. part. 1, cap. 50, núm. 14.

(*) Esto es estender indebidamente la disposicion legal á mas de lo que comprende; pero no es la estension tan infundada como otras infinitas de los intérpretes, puesto que observándose el pacto de no mejorar tocará á la hija mayor porcion de herencia que si se mejorase á un hermano, no siendo entonces *la privacion de mejorar*, *mejora*, sino resultando ésta en algun sentido de aquella.

(*c*) Cap. 3, núm. 17. (*d*) Lib. y c. 2, nn. 71 y 72. (*e*) Ley 3, t. 8, l. 5 R. ó 5, t. 3, l. 10 N. R. (*f*) Ley 20 de Toro que es la 4, t. 6, l. 5 R. ó 4, t. 6, lib. 10 N. R.

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

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

122 Pero se duda de cual de los dos quintos han de deducirse los gastos funerarios y legados. Ayora opina (*d*) que se ha de hacer la deduccion del quinto legado en el testamento. Las razones en que se funda son: que en la donacion pura é irrevocable no puede el donante imponer despues condicion ni gravámen sin consentimiento del donatario: que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando espresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien como donó á su descendiente el quinto, pudo haberle donado el tercio, cuarto ó sesto á su arbitrio; y que si esto no se entendiera asi, se gravaba demasiado á causa de privarse de la facultad de testar y legar, la cual es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, unico patrimonio suyo libre que teniendo descendientes le concede la ley 28 de Toro.

123 Mas sin embargo de la opinion de Ayora y de sus funda-

(*a*) Ley 22 de Toro, que es la 6, t. 6, lib. 5, R. o 6, t. 6 cit. N. R. (*b*) Góm. ley 17 de Toro, núm. 22. (*c*) Matienzo, ley 12, tit. 6, lib. 5 R. glos. 3 y 4. Ayora de Partit. part. 2, quæst. 8. (*d*) Quæst. 9.

mentos, soy de parecer que los gastos del funeral del testador deben deducirse del primer quinto, porque como la ley prohibe al donante ó testador disponer de mas que de uno en vida y muerte, limitando las dos del Fuero que le permitian donar dos en estos dos tiempos, y usa en vida de toda la facultad que tiene, ninguna le queda para donar nuevo quinto como tal, pues con su muerte se hace irrevocable, y por lo mismo el segundo debe estimarse por parte del tercio: el cual no puede gravarse sino en los términos espuestos en el número 106; y mediante á ser irrevocable la donacion y estar obligado el legatario del quinto á enterrar y hacer al testador las exequias correspondientes á su calidad, caudal y estilo del pais, y no mas, serán en este caso de ningun valor los legados; puesto que de lo contrario se burlaria y violaria la ley, se daria al testador mas facultad que la que ésta le concede, y se interpretaria siniestramente su voluntad que es visto conformarse en todo, como debe, con la disposicion legal. No obsta lo que espone Ayora, que de otra suerte se gravaria demasiado, pues por el mismo hecho de usar en vida de toda la facultad que tiene, manifiesta que quiere renunciar, como puede, á favor del donatario del quinto todo su derecho. Tampoco obsta que de este modo no se cumpliria su voluntad, porque siendo contra ley no debe observarse. Pero lo dicho no tiene lugar siempre que en la donacion pura esprese que el quinto es parte de tercio, pues en tal caso se estimará así, y podrá disponer por ultima voluntad de otro, del cual se deducirán no solo los gastos funerarios sino tambien los legados hasta en donde alcance, haciéndose el correspondiente prorateo entre todos los legatarios genéricos y el del quinto, si no hubiese lo suficiente para todos; y al primero como parte de tercio no se tocará. Si se deja el segundo quinto á estraño, se observará lo propio sin diferencia. Y para evitar dudas hará el escribano que en la donacion pura esprese el testador, si aquel quinto es parte de tercio ó no, y en caso de que quiera que lo sea, que se reserve la facultad de disponer de otro, del cual se deduzcan los gastos y legados referidos (*a*).

124 Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que de él se paguen los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, y no dispone al mismo tiempo del quinto, cabiendo todos en éste, deben pagarlos los me-

(*b*) De esta opinion me retracto en la P. II. lib. 2, cap. 1, nn. 27 y 28.

jorados, y no teniendo cabimiento, satisfacer solamente hasta en lo que alcance y no mas: porque el esceso es parte del tercio, y éste legítima de los descendientes, á la cual no se ha de tocar en sus detrimento. Y si mejora en el tercio de todos sus bienes á uno de sus descendientes ó mas sin disponer del quinto, y despues de deducidas las espensas funerarias, misas y legados sobra algo de éste, se ha de agregar el sobrante á las cuatro partes de la herencia, sacar de ellas el tercio, y luego partir el resto con igualdad entre todos los herederos, porque de lo contrario no se cumple la voluntad del testador que quiso mejorar al descendiente en el tercio íntegro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos y espensas referidas, por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia hacerlo. Lo propio debe practicarse, cuando el legatario muere antes que el testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de éste y no pasa á los del legatario, mientras no conste otra cosa de la disposicion en que se hizo.

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

126 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora del tercio hecha á sus descendientes en contrato ó última voluntad, á menos que siéndolo en contrato hayan entregado al mejorado ó á quien le represente, la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de

(*a*) Ley 9, tit. 5, lib. 3 del Fuero Real.

escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion, ú otra semejante; pues en estos casos es irrevocable la mejora, á no ser que el mejorante se haya reservado en el mismo contrato el poder de revocarla, ó concurra alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas (*a*) (*). Y al modo que siendo hecha simplemente se amplia y estiende no solo á los bienes presentes sino tambien á los futuros del mejorante, si éste no lo limitó y concurrieron las circunstancias referidas; asi tambien su irrevocabilidad. Por lo que hace al quinto, éste es siempre revocable hasta la muerte (*b*), aunque sobre ello discuerdan los interpretes.

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

§. V.

De la exheredacion.

128 La exheredacion *es un acto que priva á alguno del derecho que tiene á heredar los bienes de sus ascendientes, descendientes y consanguineos* (*c*). El que es capaz de testar puede exheredar al que tiene derecho á sus bienes, (*d*) pues respecto al que no le tiene, no ha lugar propiamente á la exheredacion, en cuyo supuesto no es necesario instituir ni exheredar al nieto, sino es que el padre fallezca viviendo el abuelo. Debe hacerse la exheredacion nombrando al exheredado por

(*a*) Ley 1, t. 6, lib. 5 R. ó 1, tit. 6, lib. 10 N. R. Matienz. en ella, glos. 9, 10 y 11.

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

(*b*) Gom. ley 17 de Toro, nn. 10, 11, 12 y 13. (*c*) Ley 1, tit. 7, P. 6.

(*d*) Ley 2, t. 7, P. 6.

su nombre y apellido, ó por otra señal cierta y verbal que no deje duda de su persona, ya sea varon ó hembra, ya esté ó no en su poder. Tambien debe hacerse la exheredacion sin condicion alguna, en el todo de sus bienes, ó en nada, y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero y en parte exheredado (*a*) (*). Pero el póstumo no puede ser exheredado, porque hoy se requiere causa, y no es capaz de darla su exheredacion.

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

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

131 La cuarta causa es lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares ó representantes de profesion no siéndolo éste. La quinta es hacerse ramera la hija des-

(*a*) Ley 3, tit. 7 P. 6.

(*) Como esta disposicion se funda en vanas sutilezas tomadas del derecho romano que, segun hemos dicho, desaprueban nuestras leyes recopiladas, me parece que podrá hacerse la exheredacion condicionalmente y de parte de la herencia. La ley 24 de Toro que se ha citado en contrario, mas bien favorece que impugna nuestro parecer.

(*b*) Ley 4, tit. 7, P. 6. (*c*) Dicha ley 4.

(*) Segun esto cuando se formaron las Partidas, habria muchos magos y hechiceros. En el dia ninguna ley nueva haria mencion de ellos, pues por fortuna han desaparecido de manera que apenas se ven.

(*d*) Ley 4 cit.

pues de no haber querido complacer á su padre casándose; pero si quiere casarse y su padre lo difiere hasta los 25 años, pasados que sean, aunque se prostituya, ó se case contra su voluntad, no puede exheredarla (*a*).

132 La sesta causa es, cuando no cuidando los descendientes de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, un estraño movido de piedad le recoge y les avisa para que le cuiden, y sin embargo no quieren hacerlo; pues si el ascendiente muere intestado, debe percibir el estraño todos sus bienes, y sus descendientes nada, pudiendo aquel exheredarlos, si recobra su juicio; y sin embargo de que antes del frenesí ó demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco muere en casa del estraño, no vale la institucion, aunque sí las mandas que tenga (*b*).

133 La séptima causa es no redimir pudiendo á sus ascendientes cautivos, ó ser negligentes en ello; pues si salen del cautiverio y hacen testamento, pueden exheredarlos, y si mueren en él, lejos de poder percibir sus bienes, el Obispo de su diócesi ha de apoderarse de ellos, inventariarlos y distribuir su producto en la redencion de cautivos: todo lo cual milita en los otros parientes á falta de hijos (*). Asimismo si antes de ser cautivos hicieron testamento con institucion de heredero, y éste no quiere redimirlos, muriendo en el cautiverio es nu-

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

(*) En la actualidad que han llegado á conocerse muy bien los límites que separan las dos jurisdicciones, la espiritual y temporal, y que los prelados ó jueces eclesiásticos no egercen respecto á esta tantas facultades como las que egercieron en otros tiempos; creemos no permitirian los magistrados reales á los obispos mezclarse en un negocio meramente profano á pesar de lo dispuesto en la ley de Partida que se cita. Si los descendientes no percibieran los bienes de sus mayores en castigo de su impía omision ó negligencia, sucederian en ellos los parientes mas proximos, ó en su defecto se les daria destino prevenido en las reales órdenes modernas. (*Pueden verse en el cap. 2 los nn. 9 y 10 con sus notas*) Por otra parte las leyes sobre judios, moros, renegados, cautivos, &c. útiles ó necesarias por cierto al tiempo de la formacion de aquellas, en que los judios eran muy numerosos en España, y los cristianos tenian guerra continua con los moros, señoreados de parte de nuestra península: tales leyes, digo, son inútiles ó casi inutiles en el dia que los primeros no se permiten entre nosotros, y que nos separa de los segundos una grande barrera y que nuestro gobierno nos ha proporcionado sabiamente la paz con las regencias berberiscas. Debe tenerse esto presente siempre que se lean en esta obra especies relativas á las mencionadas personas, puesto que Febrero no se hizo cargo al escribirlas de la suma variedad de circunstancias.

la la institucion, aunque sea válido lo demas; mas para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de 18 años, y siéndolo, no le sirve de disculpa alegar que el cautivo no le dió órden para enagenar ú obligar sus bienes á fin de redimirle, puesto que el derecho (*a*) le concede esta facultad, sin que sea necesario su mandato.

134 La octava causa es volverse judíos, moros ó hereges los descendientes cristianos siendo católicos sus ascendientes; pues si estos profesan alguna secta y aquellos la religion católica, deben instituirlos herederos. Si tienen muchos hijos, unos católicos y otros no, heredarán aquellos y no estos á sus padres, y convirtiéndose despues se les debe entregar su legítima entera, aunque los católicos pueden quedarse con los frutos que esta haya producido. Si el padre y sus hijos son hereges, y sus próximos parientes católicos estos solos llevarán la herencia; y si alguno es herege y clérigo, y tambien son hereges todos sus parientes por línea recta y transversal hasta el décimo grado (*), heredará la iglesia sus bienes, demandándolos dentro del año siguiente al dia en que se declare por herege al clérigo; y no pidiendolos dentro de él ó siendo lego, serán confiscados (*b*).

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

(*a*) Ley 6 sig.

(*) En el dia hasta el cuarto grado. Véase el cap. 2 n. 9.

(*b*) Ley 7 t. 7 P. 6 (*c*) Sess. 24 cap. 1 de reformat. matrimon. (*d*) Ley 1 tit. 1 lib 5 R. ó 5 tit. 2. lib. 10 N. R. Matienz. en ella glos. 7 nn. 4 y 5.

(**) No es necesario ver á Matienzo que casi nada dice, ni á ninguno de nuestros AA. para lo que es bien claro, y cualquiera puede decir sin valerse de ellos. Antes del concilio de Trento el matrimonio clandestino era un verdadero matrimonio, y podian seguirse de él los perjuicios que con graves penas quiso evitar la ley 48 de Toro. Despues de dicho concilio el matrimonio clandestino, como que no es válido, no es matrimonio, ó por mejor decir, ya no hay matrimonio clandestino. Asi que, no pueden esperimentarse en la actualidad por razon de éste los perjuicios que en otro tiempo motivaba, y de consiguiente no hay necesidad de leyes penales para evitarlos..

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

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

138 Por ocho causas siendo justificadas pueden los descendientes

(*a*) Pragmática de 23 de Marzo de 1776 c. 3 ó ley 9 t. 2 lib. 10 N. R.

(*) La última pragmática sobre matrimonios, que es de 20 de Abril de 1803, ó ley 18 t. 2 lib. 10 N. R. y a la cual debemos arreglarnos *sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior*, solo impone las penas de espatriacion y confiscacion de bienes a los que contraigan matrimonio sin los requisitos prevenidos en ella; si bien es muy difícil llegue á ofrecerse el caso de haber de egecutar tales penas, ó la de exheredacion, si se hubiera añadido, puesto que al mismo tiempo se manda que incurran en dicha pena de espatriacion y ocupacion de todas las temporalidades los vicarios eclesiásticos que autorizen matrimonio no estando habilitados para él los esposos con dichos requisitos: lo cual se estendió por circular de 6 de Agosto de 1804, ó ley 20 t. 2 cit. N. R. á los párrocos de las diocesis en que haya la costumbre de permitir ellos la celebracion de los casamientos sin dar cuenta á los vicarios eclesiásticos. ¡Qué bien leyo la citada pragmática, quien atribuyéndole un grande defecto, dice que *no señala pena alguna á los contraventores, y de este silencio debe inferirse que ha dejado subsistentes las de la pragmática del año de 76*! Creyose muy conveniente derogar éste y las demas reales ordenes espedidas á su consecuencia, por haber demostrado la esperiencia que produjeron mas males que bienes los juicios prescriptos en la pragmática sobre la racionalidad del disenso de los padres, puesto que no se respetaba el pudor de las jóvenes, y se desacreditaban en gran manera las personas y familias por el furor de injuriarse recíprocamente, y el grande empeño de averiguar los defectos de las unas y las otras.

(*b*) Leyes 1 t. 9 lib. 3 del Fuero Real, 10 t. 7 y 7 t. 8 P. 6. (*c*) Ley 6 t. 8 P. 6. (*d*) Ley 2 t. 7 P. 6.

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

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

140 Por seis causas debe el heredero perder la herencia del que le instituyó y la adquirirá el fisco : la primera, cuando el testador fue muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse del agresor al juez para que le castigue ; pero si otros le mataron, puede entrar en ella y despues querellarse de ellos dentro de cinco años, lo cual no haciendo debe perderla : la segunda es, si abre el testamento antes de acusar á los delincuentes estando cerciorado de los que lo son ; mas si no lo está, ó es aldeano necio, no la perderá por esta causa : la tercera, si el testador ha sido muerto por obra, culpa, ó consejo de su heredero : la cuarta, por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel : la quinta, si el hijo impugna como falso el testamento ó escritura en que fue instituido, siguiendo la instancia hasta su decision ; pues si se declara por verdadero pierde la herencia ; y lo mismo será, si fuere personero y abogado en ella, á menos que lo

(*a*) Ley 11 t. 7 P. 6. (*b*) Ley 8 t. 7 P. 6.

haga por órden del Rey ó utilidad de algun huérfano; y la sesta, si á ruego ó por mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole su incapacidad. Por estas mismas causas pierden tambien los legatarios sus mandas (*a*).

§. VI.

De los herederos estraños.

141 Los que carecen de ascendientes y descendientes legítimos, que son los herederos forzosos, pueden repartir sus bienes entre personas estrañas, dejar de ellos á cada una la parte que quisieren (*b*), é imponerles los gravámenes ó condiciones posibles y honestas que les parezca, las cuales deben cumplir para entrar en la herencia, ó dar seguridad de que las cumplirán, ó harán para ello las diligencias conducentes (*c*): sin que sus hermanos ni otros parientes puedan impedírselo; pues tienen facultad para escluirlos de sus bienes con razon ó sin ella (*d*), y por consiguiente pueden, siendo hijo, ó padre estraño el instituido, eximirle como tal de la sujecion á las leyes, y concederle facultad para disponer libremente de los bienes que le dejan, entre otros estraños, ó a favor de quien quisiere, en cuyo caso no está obligado á dejarlos á sus ascendientes ni descendientes como los demas que por otra razon le toquen; y á escepcion de los ascendientes y descendientes legítimos, todos los demas se reputan estraños para este efecto, aunque sean hermanos del testador. Pero á la verdad los parientes pobres, si lo merecen, deben ser preferidos á los estraños en iguales circunstancias, aunque estos tengan igual ó mayor indigencia; y así el escribano aconsejará al testador que no les deje sus bienes haciéndole presente que de lo contrario carga su conciencia, como se infiere de una respuesta de San Agustin: *si alguno tiene un pariente pobre é instituye heredero á un estraño, consulte á otro y no á Agustino.* He dicho, *si lo merecen*, porque no mereciéndolo solo les serviria la herencia ó legado para fomento de sus maldades y vicios, cuya distincion deben tener presente algunos insensatos que no la hacen; y por tanto puede el testador prohibir al padre del menor, pa-

(*a*) Leyes 13 t. 7 P. 6 y 11 t. 8 lib. 5 R. ó 11 t. 20 lib. 10 N. R. (*b*) Leyes 1 t. 6 lib. 3 del Fuero Real, y 1 y 12 t. 7 P. 6. (*c*) Leyes 7 y 14, t. 4 y 22 t. 9 P. 6. (*d*) Leyes 1 y 12 t. 7 P. 6.

riente ó estraño, que instituye heredero, el manejo, intervencion y usufructo de los bienes que le deja, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero menor, loco ó fatuo, si sospecha ó sabe con certidumbre que el padre es de mala conducta.

142 Instituyendo el testador algun heredero en cosa particular, v. gr. tierra ó viña, aunque haga despues otro testamento, si en éste no nombra heredero, debe llevar enteramente el nombrado sus bienes, cumpliendo los legados y lo demas que el testamento contenga, y representándole en el todo, sin embargo de ser instituido en una cosa sola, *porque la institucion en cosas ciertas no habiendo coheredero se entiende universal*, á causa de que no heredandose todos los bienes sucederia que el testador muriese en parte testado y en parte intestado, lo cual repugna (*); mas si despues nombra á otro heredero, solo llevará el primero aquella cosa en que fue instituido, y éste el resto de la herencia (*a*).

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

144 Si nombra por sus herederos á tres ó cuatro juntos no espresando cuanto ha de llevar cada uno, todos heredarán con igualdad sus bienes; y si instituye á personas determinadas en cosas ciertas, y á otra tambien, pero sin decir lo que ésta ha de heredar, per-

(*) Habiéndose derogado, como ya se ha dicho, al principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*, el heredero instituido en cosa cierta solo percibirá esta, y los herederos abintestato sucederán en todo lo demas de la herencia con arreglo á la voluntad del testador, bastantemente manifestada en el hecho mismo de instituir á uno en cosa determinada y no disponer de los demas bienes. Lo mismo debe decirse en el caso de nombrarse un solo substituto en cosa determinada. Véase la nota n. 89

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

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

cibirán aquellas las que les señaló, y la otra á quien nada dejó, lo restante de la herencia, habiendo de suceder lo mismo, aunque sean dos ó mas los instituidos sin espresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto (*a*).

145 Pero si nombra por herederos á tres: á uno de la mitad, á otro de la tercera y á otro de la cuarta parte de sus bienes, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; pues de otro modo saldrá alguno perjudicado: v. gr. importa la herencia doce cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro y la cuarta tres que unidos suman trece, y sobra uno. Para que la division sea justa, debe formarse la cuenta de esta suerte. Si trece me dan seis, doce ¿qué me darán? Y así para los demas coherederos, y lo que saliere al cuociente, se aplicará á cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia: lo cual tendrá presente el escribano, por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan esta especie, y egecutándose en los términos espuestos se cumple la voluntad del testador y á ningun heredero se causa perjuicio (*b*).

§. VII.

De los prohibidos de heredar.

146 No pueden ser herederos los desterrados para siempre que llaman deportados (*), los condenados á servir pepétuamente en las minas ó labores del Rey (aunque estos pueden ser legatarios) (**); el herege declarado por tal en juicio, el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces, los cristianos que apostatan de nuestra santa Religion, la cofradía ó ayuntamiento erigido contra derecho ó contra la voluntad del Soberano, ni el nacido de damnado ayuntamiento, que es de parienta dentro del cuarto grado sabiendo sus padres el impedimento, ó de clérigo de órden sacro, fraile ó monja profesos, ó de muger casada con otro (*c*).

(*a*) Ley 17 t. 3 P. 6. (*b*) De estos herederos se tratará con mas estension lib. 2 cap. 8 P. II.

(*) Entre nosotros el castigo que á nuestro entender tiene mas conformidad ó analogía con la deportacion de los romanos, es la condenacion a las islas Filipinas, ó á la de Puerto Rico.

(**) Parece puede inferirse de la ley 4 de Toro que los condenados á muerte natural ó civil son capaces de heredar por testamento y abintestato.

(*c*) Leyes 4 t. 3 P. 6, y 6 y 7 t. 8 lib. 5 R. o 4 y 5 t. 20 Lb. 10 N. R.

LIBRERIA

DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,

QUE COMPUSO

DON JOSÉ FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CÓRTE,

Y HA REFORMADO DE NUEVO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO É INUMERABLES DOCTRINAS, ILUSTRÁNDOLA Y ENRIQUECIÉNDOLA SEGUNDA VEZ CON MUCHAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MAS MODERNAS,

EL LICENCIADO DON JOSÉ MARCOS GUTIERREZ:

Obra, no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios, y á toda clase de personas.

PARTE SEGUNDA.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, de los juicios ordinario, egecutivo, y de concurso de acreedores, de las materias de competencias, avocaciones, &c. y de las instancias de apelacion, suplicacion, segunda suplicacion é injusticia notoria, con sus correspondientes formularios: á todo lo cual ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, en que nunca se ha tratado de materia tan necesaria é importante.

TOMO QUINTO.

SESTA EDICION.

A costa de la heredera del Reformador
Doña Josefa Gutierrez.

MADRID: AÑO DE 1825.

IMPRENTA DE D. FERMIN VILLALPANDO, IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.

FACULTAD DE DERECHO SANTIAGO

Se hallará esta obra con la Práctica Criminal de España del mismo Autor en la librería de Fuente, *calle de la Almudena.*

Legado del Prof Dr
Paulino Pedret Casado

Ca tenemos que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes (*Ley* 31, *tit.* 14, P. 5.) I debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1. *tit.* 1, *lib.* 2 *Recop. ó* 1, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Recop*).

CAPITULO II.

Del juicio ejecutivo hasta la sentencia de remate y su ejecucion.

§. V.

De la sentencia, fianzas y remate de los bienes ejecutados.

268 Vistos los autos por el juez puede absolver al reo ejecutado, ó condenarle, ó recibir el pleito á prueba, segun lo que resulte de ellos, aunque se hubiese despachado bien la ejecucion. Si hay méritos para absolverle, porque probó plena y concluyentemente sus legítimas escepciones en el término de la ley, y advierte que la ejecucion despachada por accion personal se pidió maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla, absolver en este caso solo de la paga y demanda al ejecutado, mandar se le desembarguen y entreguen libremente los bienes que se secuestraron, y asimismo condenar en todas las costas procesales y décima al actor como litigante temerario, pidiéndolo el reo y no de otra suerte. Pero si la ejecucion se despachó mal, porque el instrumento no la traia aparejada, por cualquiera motivo legal que fuese, no solo debe revocar la ejecucion y declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, sino tambien restituir por su impericia ó descuido los derechos que llevó con el cuatro tanto, y las costas causadas á las partes, en lo que le condena justamente la ley 35 tit. 4 lib. 3 R. que no está derogada, porque antes de espedir el mandamiento ejecutivo debe mirar el instrumento en virtud de que se pide la ejecucion, y no fiarse de escribanos ignorantes como se espuso en el núm. 113.

269 Si el juez conoce que por falta de término competente no probó plenamente sus escepciones el ejecutado, ó le faltó algun adminículo para que pudiesen surtir efecto, ó resulta duda en ellas, aunque á la verdad debe condenarle segun la ley á la paga del débito bajo la fianza legal, y hecho el pago procediendo ésta, recibir el pleito á prueba; se practica en estos casos por

indulgencia declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y sin absolver de la demanda ni accion, ni deferir al desembargo de los bienes del reo, porque esto seria decidir á su favor sin plena ni verdadera justificacion ni conocimiento de causa, y sin haberse desvanecido el motivo que impelió á pedir y despachar la ejecucion; recibir el pleito á prueba *por via de justificacion* con el término que se contempla suficiente, el cual si no tiene la cualidad de perentorio, (que el ponerla ó no está en arbitrio del juez, se puede prorogar como comun á instancia de cualquiera de las partes hasta los 79 dias, pidiéndose prorogacion en la propia forma que en la via ordinaria; y luego que espira, se pide y da traslado recíproco de las justificaciones hechas á las partes, quienes alegan y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza pasando de ejecutivo á ordinario; si bien algunos dicen que se debe sentenciar la causa de remate, si hay méritos para ello reservando al reo su derecho para que en via ordinaria use de él proponiendo como acciones las escepciones, hecho previamente el pago bajo de fianza; y esto es á lo que me inclino. Si la sentencia es favorable en parte al actor y en parte al reo, ambos apelan de ella en lo que les grava, y si contiene capítulos separados, se deben ejecutar los que favorecen al actor, si lo pretende; mas no, siendo conjuntos, pues entonces se ha de deferir á la apelacion de entrambos; lo cual procede tambien en las causas ordinarias, y cuando el reo no apela de la sentencia. Pero es de advertir, que cuando se recibe el pleito á prueba, por no haber lugar á sentenciar la causa de remate, ó se absuelve al reo de la instancia, reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe éste reproducir los autos ejecutivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun cuando en la demanda los haya reproducido, para que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se le alegue maliciosamente que no lo es, porque aunque á consecuencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria ó demanda nueva de la ejecutiva, conviene la reproduccion en dicho término para cortar todo motivo de cabilacion al ejecutado y mal pagador.

270 Si depositando el reo dentro de las 72 horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opone al mismo tiempo la escepcion de tener satisfecho el resto, y la prueba en el término encargado, no

hay para que sentenciar la causa de remate, porque éste ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en dinero, no del mismo dinero que no se vende; en cuya atencion se declarará no haber lugar á pronunciar la sentencia, mandando entregar el depósito al acreedor; y en cuanto á lo demas se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protestó (como se acostumbra poner en los pedimentos de ejecucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia; pues si pidió ejecucion por mas de lo que se le debia, y no hizo la protesta, debe pagar al alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado segun la ley 8 tit. 21 lib. 4 R. y tambien la demasia con otro tanto, como lo manda la 9 siguiente.

271 Y si depositó despues de las 72 horas la cantidad porque se le ejecutó, se le condenará en la décima respectiva, habiendo costumbre de exigirla, y en las costas causadas hasta entonces y no mas; declarando no haber lugar al remate y mandando entregar el depósito al acreedor: porque la décima es pena, é incontinenti que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el ejecutado, y adquirió derecho á percibirla el alguacil, al cual no se debe quitar por concedérsela la ley; pues las leyes 32 tit. 4 lib. 3 y 18 tit. 21 lib. 4 R. (ó 8 y 13 tit. 30 lib. 11 N. R.) le condenan en los derechos del mandamiento ejecutivo y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiere con él, y el juez carece de facultad para remitírselos, quitándoselos á sus legítimos dueños: lo cual he visto practicar á juez literato de esta corte, y confirmarse como justo.

272 Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria escepciones que impidan el curso de la via ejecutiva, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate y recibir el pleito á prueba por via de justificacion: porque aunque las escepciones enervaron la ejecucion, y por haberlas probado debió ser condenado el ejecutante en las costas, como cuando la pide maliciosamente por accion personal, (si se despachó bien, pues si no debe serlo el juez) al modo que el reo cuando no prueba: no obstante, como en este juicio, por ser sumario, no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero ó cesionario del acreedor, pudo ignorar las escepciones, no tuvo tiempo en los diez dias para probar con-

BIBLIOTE

tra ellas, y puede tal vez desvanecerlas, dándole mas término; por eso se recibe á prueba para no dejarle indefenso ni perjudicarle, y entonces muda el juicio su naturaleza pasando de ejecutivo á ordinario, lo cual se entiende, cesante toda malicia en pedir la ejecucion.

273 Si el ejecutado por accion personal no se opone á la ejecucion, ó aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga ó escepcion que alegó, debe el juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su décima y costas procesales causadas y que se causen hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le toque, librando para ello, precedida citacion de aquellas, y por parte del ejecutante, la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero antes que se ejecutorie, el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que éstas importen (a).

274 Pero sin embargo de que se oponga á la ejecucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la escepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse, se hallan fuera del arzobispado ú obispado, se debe sentenciar la causa de remate y hacer pago al acreedor dando previamente ambos litigantes en este caso la correspondiente fianza, aunque el reo apele, y la sentencia se ejecutorie antes de efectuarse el pago: porque queda pendiente el juicio; y como en el término que se le señale, puede probar su escepcion, es justo que asegure el recobro de lo satisfecho indebidamente, que tenga persona contra quien repetir si el ejecutante no se lo devuelve incontinenti, y que no sea perjudicado, ni ilusorio el juicio. Y dada dicha fianza y hecho el pago se ha de recibir el pleito á prueba, concediéndole el juez un mes para ello: si dice que está de puertos allá dentro del reino, dos meses; y si que en Roma, Paris, Jerusalen ó en otro lugar de igual distancia, seis: debiéndose espresar en cualquiera de estos casos no solo donde viven los testigos, sino tambien sus nombres y apellidos, y jurar que no se procede de malicia, segun lo manda la referida ley 2 tit. 21 lib. 4 R. (ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R.) Lo mismo procede, aunque ofrezca probar sus escepciones por otro medio, si no puede hacerlo en los diez dias, pues se debe prac-

(a) Dicha ley 19 tit. 21.

ticar lo propio en todo, porque milita igual razon, y en ambos casos, concluso el juicio ejecutivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

275 Estan muchos persuadidos de que en cualquier ejecucion 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 cual no estraño, porque los AA. no lo esplicaron como debieron; y á fin de que depongan este error, debo sentar como incontrovertible que para ejecutar la sentencia de remate dada en primera instancia, ha de darse prévia é indispensablemente una de dos fianzas, á saber; la de la ley de Toledo que es la 2 citada, ó la de las de Madrid: la de la de Toledo en dos casos: en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro éste y el deudor justamente. Si la ejecucion se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento, ú otra que no sea de transaccion, ó en virtud de confesion de la parte, ó de ejecutoria, ó de sentencia que no sea arbitraria ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ó aunque se haya opuesto, no probó dentro de los diez dias escepcion legítima que impida el curso de la via ejecutiva, ha de darla el actor solo, y su fiador ha de obligarse: »A que si la sentencia se revocare ó modificare por tribunal superior, volverá el acreedor al deudor la cantidad que perciba en su virtud con el duplo por pena y como interes conforme á la ley de Toledo; y no lo cumpliendo y hecha la ejecucion en sus bienes lo cumplirá él como su fiador, &c." (*) pues aunque la espresada ley no habla del caso de renovacion, como no hay otro á que contraerla, ni en que tenga lugar, cuando el reo no se opuso, ó habiéndose opuesto, no aprobo ni alegó lo que se dirá en el numero siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder ejecutar la sentencia que no está ejecutoriada ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse; todos los AA. la aplican á dicho caso, y asi esta recibido en la práctica.

(*) Segun Acevedo es tan substancial esta fianza que aunque el acreedor sea pobre no bastará que en su lugar de caucion, porque con ella no se cumple lo dispuesto en la ley de Toledo. Y Salgado y Surdo son de parecer que no dándose la fianza se deposite el dinero, ó embargue alguna cosa, que es equivalente, ya que no se puede dar aquella: cuya opinion es la mas favorable, asi para el acreedor como para el deudor, y la mas seguida por los AA.

147 Tampoco pueden serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar a sus padres sino tambien á otro cualquiera pariente ó estraño; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (*a*). En la misma pena incurren los que dan consejo ó prestan ausilio en la traicion. Los bienes de todos recaen en el fisco, escepto que toquen á tercero, v. gr. á muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre (*b*) (*). Asimismo estan imposibilitados de heredar el alevoso y el que vió herir, matar ó cautivar á su señor, y no lo socorrió pudiendo hacerlo (*c*).

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

149 Sin embargo de lo espuesto, como no se les prohibe admi-

(*a*) Leyes 2 t. 2 P. 7 y 1, 2 y 4 t. 13 lib. 8 R. ó 3 t. 7 lib. 12 N. R. (*b*) Dichas leyes últimamente citadas.

(*) Es un axioma en la jurisprudencia criminal que *nunca debe castigarse sino á la persona que ha cometido el crímen.* Véanse los nn. 6 y 7 cap. 2 tom. 3 de la Practica criminal de España.

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

276 Si se opone y quiere probar por testigos, diciendo que estos se hallan en los parages mencionados en el n. 274, como quiera que debe ser condenado á pagar incontinenti, y reservársele su derecho, para que use de él, segun le convenga, han de dar fianza simple asi el acreedor como el deudor, obligándose el fiador del primero, »á que si el deudor probare la paga ó escepcion que alega, con los testigos que propone, le volverá el mismo acreedor lo que satisfaciere, con el doblo por pena y por razon de interés, ó en su defecto lo hará él como su fiador, &c." y el del deudor, á que si éste no la probare en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó; y en la sentencia se debe mandar á entrambos que la den, pues porque el actor y reo son correlativos, deben sufrir el gravámen con igualdad (*a*); bien que la pena del duplo en ningun caso se exige.

277 Si la ejecucion 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 creen; sino la que prescribe la de Madrid, que es la 4, tit. 21, lib. 4 R. (ó 4, tit. 17, libro 11 N. R.) y dice al medio, »Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, paresciendo, y presentándose el compromiso y sentencia signada de escribano público, y paresciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fue comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez, ó jueces ante quien se pidiere, ó oviere de ejecutar la sentencia, de tornar, y restituir lo que hubiere recibido en virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada." Lo mismo procede, cuando la ejecucion se despácha en virtud de transaccion, como lo ordena esta misma ley al fin. »Y eso mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público." Por tanto, el fiador se ha de obligar; »á que si la sentencia de remate se revocare por el tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad porque se despachó la eje-

(*a*) Ley 15, tit. 17 P. 3.

cucion sino tambien los frutos y rentas que hubiere percibido, ó en su defecto lo cumplirá él como su fiador, &c." Asi lo he visto declarado por el Consejo, revocando la sentencia de un juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la fianza de la ley de Toledo, y no quiso reponer esta providencia; y se corrobora por la ley 19 del propio tit. y lib. (ó 12, tit. 28, lib. 11 N. R.) creada posteriormente por el Sr. D. Felipe II, que teniendo presentes las anteriores citadas y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: »Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte dando las fianzas la parte que pide la ejecucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, y haga remate ó pago sin embargo de cualquiera apelacion." La misma fianza debe dar el acreedor; cuando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la justicia en rebeldía de la una, pues asi lo manda la ley 24 del citado tit. y lib. y el auto primero de él. Dichas fianzas se esplicaron y estendieron en la I. P. capítulo 29, §§. 1 y fin. 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 ejecucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo, y ni aun discernen los casos de ella.

278 Son tan precisas las espresadas fianzas para poner en ejecucion la sentencia de remate dada en primera instancia, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el ejecutado no las pida, ni se oponga, ni apele, no se puede llevar á debido efecto, porque segun las leyes se requieren por forma substancial, cuando el ejecutante quiere tomar su dinero antes que se ejecutorie la sentencia, por lo que el juez debe mandarlas dar de oficio, siendo de lo contrario de su cuenta el riesgo que resulte. Y dándolas el ejecutante se ha de ejecutar sin embargo de cualquiera apelacion que interponga de ella el ejecutado (a), porque ésta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del juez que la pronunció, sino devolutivo á su superior, escepto en esta corte, en la cual como reside la superioridad, si el deudor requiere

(a) Ley 3, tit. 21, lib. 4 R. ó 2, tit. 28, lib. 11 N. R.

con el decreto de mejora á los ministros ejecutores y escribano originario, se suspende la ejecucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion de la Real persona, para ejecutar dos sentencias conformes, y la tal fianza debe ser á satisfaccion de los jueces de quienes se suplicare, como lo manda la ley 15, título 20, libro 4 R. ó 18, tit. 22, lib. 11 N. R.

279 Pero en dos casos creo no debe afianzar el ejecutante, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno es, cuando hace que se notifique la sentencia de remate al ejecutado, y por no haber apelado éste de ella pide aquel, pasado el término de introducir la apelacion, que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara antes que perciba su crédito. El otro es, cuando no propuso ni alegó el ejecutado lo dicho en el núm. 275, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista y revista, ó si se confirmó en vita, y suplicó de ella, no se le admitió la súplica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En estos dos casos no tiene lugar ninguna fianza ni obligacion, porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente, sin que haya de haber otro que le revoque, y aunque por haber hallado el ejecutado nuevos instrumentos demande el ejecutante, ha de ser en via ordinaria, la cual no se debe principiar por embargo, fianza ni intervencion sino en los seis casos de la ley espresados en el capitulo 1 de este libro n. 101.; y lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria u otro estraordinario, aun cuando obtenga en ellos, pues no se debe entender la ley fuera de los ordinarios de que habla. Y es de advertir que si el fiador se obliga limitadamente á volver el dinero solo en el caso de que la sentencia se revoque por tal juez ó en tal instancia nombrándola, no quedará obligado revocándose en otra instancia ó por juez diverso del que señaló. Tambien es de advertir, que si habiéndose en concurso de acreedores mandado hacer y hecho pago bajo de dicha fianza al que pidió primero la ejecucion, se apelase de la sentencia de remate, y en la segunda instancia se revocase y confirmase con la calidad de que fuese pagado en primer lugar, no

el que ya lo estaba, sino otro, alterándose la sentencia en la graduacion y pagas; no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer ejecutante á satisfacer cosa alguna, aunque éste haya consumido el dinero que percibió, porque segun la ley, su obligacion se circunscribió al caso en que el ejecutado probase la paga ó escepcion alegada, y por esta probanza se revocará la sentencia de remate, y no se amplió al presente que es muy distinta de el de la ley, y de aquel en que quiso quedar obligado.

280 Lo dicho en el número 278 se limita en dos casos: el primero, cuando un tercero apela legítimamente de la sentencia, pues no se debe ejecutar en cuanto á él, hasta que se confirme; y el segundo, cuando aquella es evidentemente injusta, y consta asi de los mismos autos (*), porque no constando de ellos no debe ser oido el apelante, aunque quiera probarlas antes de pagar si no hacer el pago y usar luego de su derecho.

281 Se debe ejecutar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fian-

(*) Yo opino que esto, y lo que se dice en el n. sig. acerca de la nulidad notoria que resulta de los mismos autos es contra lo dispuesto en la ley 3 abajo citada, (ó 2, tit. 28, lib. 11 N. R.) y que por lo tanto no se debe seguir á pesar de la autoridad de muchos graves jurisconsultos. »I pasados los dichos diez dias (son palabras de la ley) sino probaren en ellos la dicha escepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquiera apelacion, que de ellos se interpusiere, dando el acreedor las fianzas como la dicha ley manda, y sin embargo que la tal apelacion se interponga para ante Nos, ó para ante los oidores de las nuestras audiencias, ó para ante otros cualesquier jueces, ó de cualquier nulidad, que contra la dicha ejecucion y remate se alegue." La ley dice *sin embargo de cualquiera apelacion, ó de cualquiera nulidad*, y asi no puede embarazar la ejecucion de la sentencia de remate ninguna apelacion aunque sea notoriamente injusta, ni ninguna nulidad aun notoria; mayormente cuando por otra parte el juez (sino procede con malicia) no creerá que su sentencia padece ninguno de dichos vicios, y pasará á ejecutarla. Ademas debe tenerse en consideracion que la ley 3. »por escusar malicias de los deudores, que alegan contra los acreedores escepciones y razones no verdaderas, por alongar las pagas, por no pagar lo que verdaderamente deben" segun principia la ley 2 anterior á que se remite, quiso sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cabilosidades de los deudores, quienes por retardar, ó no hacer los pagos, no dejarian de pretestar la injusticia ó nulidad notoria, si estas impidiesen dicha ejecucion. Si los AA. hubiesen reflexionado sobre los motivos de las leyes, no habrian seguido innumerables veces sus caprichos en vez de seguir las leyes mismas.

zas (a); á menos que provenga de falta de jurisdiccion, citacion ú otra notoria que resulte de los mismos autos, porque estas nulidades como substanciales, claras y visibles no se comprenden en la esclusion general.

282 No produce escepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios, y asi aunque el ejecutado no apele de ella, le queda siempre salvo é ileso su derecho para usar de él en la via ordinaria, segun le convenga, lo cual es incontrovertible en la práctica, por lo que los jueces le reservan muchas veces á las partes en la sentencia de remate, ó declaran no haber lugar á ésta, y reciben el pleito á prueba.

283 Dada alguna de las fianzas referidas y tasadas las costas procesales con arreglo al real arancel, se requiere al deudor con el mandamiento de pago, para que lo haga al acreedor, asi de estas como de la cantidad porque se le ejecutó, y no entregando su total importe se requiere y apremia al depositario á que manifieste los bienes depositados en él, á cuya venta se debe proceder á instancia del acreedor, precedida su valuacion por peritos que éste y el mismo deudor, ó el juez de oficio en rebeldía del contumaz eligen; y hecha la tasacion con citacion de ambos, bajo de juramento se debe dar cuarto pregon mencionando en él los bienes y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor ó comprador. Ademas, no habiendo pregonero, y aunque le haya, se han de fijar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia y hora en que se han de rematar, y estendiendo en los autos la cédula ó cedulas originales, de que deben ser copias las que se fijen, y á su continuacion en diligencia separada, la fe de fijacion con espresion del dia y parage. Si el deudor se ausenta, se nombra defensor, con quien precedida su obligacion, fianza y discernimiento, se substancia la venta y remate de los bienes ejecutados. De esto se instruirá mejor el principiante por las diligencias estendidas en el §. final de este capitulo.

284 Se debe celebrar el remate y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada en él; como tambien si es posible, en el parage en que se hallan los bienes, para que

(a) Dicha ley 3, tit. 21, lib. 4.

viéndolos los concurrentes se inclinen á comprarlos, y de lo contrario es nulo (*a*). Se han de admitir todas las pujas ó mejoras que se hagan, y poner por escrito quiénes son los compradores, y cuales las cosas compradas, con el dia, mes y año de su venta (*b*), espresando que fueron los que mas dieron por ellas; y siendo la venta ó almoneda de bienes muebles y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el juez, estendiéndose cada dia la diligencia de los que se vendan, y haciendo que la firme el depositario. Y es de notar que el juez no puede ofrecer *prometido*, para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad como se permite á otros que espresa Parladorio y son: los contadores mayores de la Real Hacienda, el que vende sus bienes, los herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas, los rectores de las ciudades, los que tienen la libre y general administracion de algunos bienes y los venden, los tutores y curadores, si proceden de buena fe, y los testamentarios y cumplidores de la voluntad del difunto; pero bien puede el juez reiterar la subasta, conceder nuevo término, prorogar, mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate por dolo, fraude ú otra causa justa que haya para ello.

285 En las posturas y pujas ó mejoras se debe proceder con una absoluta libertad; pues si se comete fraude, ó impide hacer las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo; y para evitar que se alegue lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio: no se ha de admitir la primera postura si no escede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en esta corte en la venta judicial de bienes raices y aun de algunos muebles. Dicha postura se debe comunicar al deudor y acreedores, y las pujas á éstos, á aquel y á los anteriores postores, para que les conste, y espongan lo que les convenga, ó usen de la accion que les competa; siendo de advertir en primer lugar que si el postor y pujador no son abonados, no se les debe admitir, escepto que otro los abone, para que si se remata en ellos la cosa, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura: y en segundo lugar, que esta y las pujas se han de hacer á pagar en dinero

(*a*) Ley 32, tit. 26, P. 2. (*b*) Leyes 33 y fin. tit. 26.

efectivo, y no en otra cosa ni condicionalmente; porque es para reintegrar á los acreedores de sus créditos; y no haciéndose así son nulas y no admisibles, sino es que éstos las consientan, ó que haya costumbre de practicarse de esta suerte, ó que el ejecutante compre como estraño la cosa ó finca con pacto de compensar su débito con el precio ó parte de éste y depositar el residuo, pues en estos casos valdrá (*a*).

286 Segun derecho (*b*), se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor; pero si otro hace postura aunque en menor precio con mejor condicion ó mayor utilidad, se ha de efectuar en éste. 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, escepto en rentas reales, en que admitase ó no, subsisten todos gradual y subsidiariamente obligados por su postura, y por falta de pago de los unos se puede repetir contra los otros (*c*).

287 Si despues de rematados en un estraño los bienes patrimoniales ejecutados, intentare retraerlos ó tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, debe ser preferido en iguales términos, con tal que practique precisamente lo espresado en el §. 3, cap. 18, P. I; pero el acreedor lo será al pariente haciendo lo que éste, segun una ley del derecho romano (*d*), mayormente si hubo pacto y consentimiento espreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censualista; bien que Parladorio dice que aquella ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales; porque en los que lo son, es preferido el pariente al acreedor segun la 70 de Toro; mas ni ésta ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto, hablan de este caso, por cuyo silencio es visto haber dejado correr lo dispuesto en la legislacion romana, pues el acreedor tiene derecho á la cosa por su desembolso, y el pariente por la mera concesion legal, y así el primero debe preferirse al segundo (*). Y se previene que

(*a*) Hermos. ley 52 cit. glos. 7, nn. 58, &c. y 9. (*b*) Ley 52, tit. 5, P. 5. (*c*) Leyes 7, &c. y 16, tit. 11 y leyes 8, 9, 10 y 11, tit. 1, 2, lib. 9 R.

(*d*) La, cum bona veneunt 16 ff. de privileg. credit. ó rebus author. judic. possidendis.

(*) Como la ley 70 de Toro permite al pariente mas propinquo retraer por el tanto la cosa patrimonial vendida en pública subhasta aunque sin hacer mencion del acreedor, y no tenemos ninguna ley Real que prefiera es-

en el arrendamiento de rentas reales son preferidos los naturales de estos reinos á los estrangeros (*a*).

288 Celebrado el remate de los bienes ejecutados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun debe practicarse, no se puede abrir, ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme é indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada le efectua en contrato, porque el juez hace sus veces, y la ley le autoriza para ello y para otorgar en su nombre la venta (*b*): en cuya atencion puede ser compelido el postor por prision, via ejecutiva y todo rigor de derecho á cumplir la postura que hizo, y la obligacion que contrajo (*c*), y aprontar el precio líquido en dinero, y no en censo, réditos, ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (*b*).

289 En rentas reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo y no menos, haciéndose precisamente dentro de los 15 dias siguientes al del remate, y la del cuarto de todo el valor en que está puesta la renta sin descontar prometidos, dentro de los tres meses próximos al segundo remate (*e*): de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25 años, ó le competa el beneficio de menor edad; bien que las rentas de los señores (que son los grandes) si se arriendan con la condicion de las reales, se puede abrir y no de otra suerte.

290 Sin embargo de no concederse el privilegio de abrir el remate á los que gozan del de menor edad, les compete el de restitucion por derecho especial, de modo que pidiéndola los menores dentro de los cuatro años siguientes á los 25 de su edad, y habiendo causa grave, y no de otra suerte, como si les es tan útil la mejora que llegue á la sesta parte del valor en que se remató la cosa, ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate ó se hizo intempestivamente, se ha de admitir una vez y no mas

te al pariente, carecemos de fundamento para admitir tal preferencia. Nada puede obstar que le hubiese admitido una ley del derecho civil que no es ley entre nosotros. Tampoco puede obstar la otra razon que da Febrero y que no merece confutacion. (*a*) Ley 11, tit. 10, lib. 9, R. (*b*) Ley 52, tit. 5, P. 5. (*c*) Ley 2, tit. 16, lib. 5 R. ó 1, tit. 16 N R. (*d*) A favor del postor debe tenerse presente la pragmática de 27 de mayo de 1786 que previene, solo puedan ser presos por deudas del fisco, ó dimanada de delito ó cuasi delito *los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y los que profesen las artes y oficios, cualesquiera que sean.* (*e*) El tit. 13, lib. 9 R.

á arbitrio del juez, como tambien en favor del fisco, comunidades y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros cuatro, contados desde el dia en que el remate se celebró, escepto que la lesion sea enorme ó enormisima, pues entonces tienen estos treinta de término (*a*). Y la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solemnidad en el remate ha de ser con frutos, porque fue nulo y no dió título para adquirirlos.

291 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menos de 25 años y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey ó de la republica, ó en estudios, aunque sean mayores, y al cautivo con tal que la pidan durante la ausencia ó impedimento, ó dentro de los cuatro años siguientes al dia en que éste cesó, y justifiquen la lesion, dolo ó malicia, y no de otra suerte (*b*).

292 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado, por si quiere los bienes rematados, pues es preferido por el tanto al pujador; y sino los quisiere, se han de volver á la almoneda y rematarse en el mayor postor (*c*); pero ya los tome, ya se haga segundo remate en el pujador, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque 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, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la cosa ni su precio, ni tampoco causarse perjuicio al postor.

293 Esté presente ó no el postor cuando se celebra el remate, pues de ambos modos se puede celebrar, debe aceptarle y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado se ha de conferir traslado de él al deudor y acreedores, y si nada dicen dentro de tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, pidiendo se apruebe y manden liquidar las cargas de la cosa ven-

(*a*) Leyes 5, 8, 9 y 10, tit. 19, P. 6. (*b*) Leyes 47, tit. 13, P. 5, 8 y 9, tit. 19. P. 6 (*c*) Ley 40, tit. 5, P. 5.

dida para depositar en su vista lo líquido; y que á este fin se notifique y apremie al deudor á que incontinenti ponga en el oficio originario los títulos de ellos, á todo lo cual debe deferir el juez Pero en esta córte se estila mandar que antes de proceder á la liquidacion de cargas se dé cuenta del remate á los señores del Consejo, quienes, ó lo aprueban ó mandan que la cosa rematada se vuelva á pregonar por 8 ó 15 dias mas, que se admitan las mejoras que se hagan, y habiéndolas se vuelva á señalar dia para el último remate, del que se les vuelva á dar cuenta para su confirmacion; y por si no las hay, suelen confirmar el primero en éste caso. Hecha la liquidacion y aprobada con audiencia del deudor, acreedores y postor, 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 á otorgar á su favor en nombre del deudor ventaja judicial, y se le entregan sus títulos con copia de la venta: de cuyas diligencias se instruirá el escribano en el §. final de este capítulo.

294 Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito y de las costas de la ejecucion, pregones, remate, venta y demas, escepto que el comprador en su postura se hubiese obligado á la satisfaccion de los derechos; y no alcanzando el precio para todo esto ha de dirigirse el mandamiento de pago no solo contra los demas bienes que tenga, sino tambien contra los del fiador de saneamiento y su persona, pues puede ser encarcelado, y en defecto de ellos compelido á cumplir lo que prometió (*a*); bien que no se debe molestar á éste hasta que se haya hecho la escusion en los de aquel, al cual se embargan y venden con igual solemnidad los necesarios al complemento de todo.

295 El comprador de la cosa subastada está tan libre de que le pueda molestar el deudor, como si éste otorgara voluntariamente la venta á su favor, si no es que haya en ella lesion enorme ó enormísima, pues si hace ver que la hay, puede impetrar del juez que la recinda, volviéndose á pregonar la cosa, entregándola al que mas dé, si el comprador no la quiere por el tanto, y restituyendo á éste el precio que desembolsó por ella, aun cuando la primera subasta esté confirmada por el supe-

(*a*) Ley 5, tit. 27 P. 3.

tir para su uso y sustento las limosnas que la piedad de los fieles quiera hacerles; para que por no estender como corresponde segun su regla las cláusulas de herencias y legados que les dejen, no queden privados de ellos, debo advertir al escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ú otros bienes muebles de los que pueden usar lícitamente para su sustento, ó para otra cualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa: sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermeria: libros para estudiar, sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan á los conventos, ya á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, como una vacada, yeguada, manada de obejas, colmenas, barras de plata, oro, armas y otras semejantes: tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se les dejan *para que las posean y usen de ellas, ó las vendan por si mismos y remedien con su producto sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirle; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni deje de cumplirse la voluntad del testador, se ha de estender la cláusula en esta forma: »Mando que tal cosa se dé al síndico de tal convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla apostólica ó en el mio la trueque, venda, ó enagene, y remedie con su valor las necesidades de sus religiosos: cuya manda y limosna le hago en los términos y forma que mas haya lugar en derecho, á efecto de que sea válida, y logren sus individuos el alivio que les deseo." Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el síndico dándoles poder para ello. De otra manera no podrán percibir herencias ni legados, segun lo han declarado asimismo varios Sumos Pontífices (*a*). Del mismo modo se ha de poner la cláusula del legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiere dar de limosna á los religiosos ó á sus conventos; y si quisiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se espresará en la cláusula la que sea; pero lo que se les deja para la sacristia, ó culto divino, sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Tendrá presente todo esto el escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permi-

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

rior. Lo mismo puede pretender cualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintegra de su crédito, ó el postor no quiere pagar el precio ofrecido; y aun lo puede hacer tambien el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior en caso de haber lesion.

296 Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores que comparecieron en el concurso, y á cuya instancia se vendió en pública subasta la cosa, aun cuando su precio no alcance á la satisfaccion de sus créditos, porque con su consentimiento en que se enagenase, perdieron todo el derecho que tenian, transfiriéndole en el comprador. Asimismo no pueden molestarle los que fueron citados en sus personas, y no comparecieron, pues por su contumacia es visto renunciar el derecho de prelacion é hipoteca que les compete, y se les reputa presentes.

297 Pero á los citados por edictos si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores privar del derecho de prelacion é hipoteca que tienen; bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus créditos, bajo la fianza depositaria ó de acreedor de mejor derecho, y contra sus fiadores.

298 Nadie puede ser compelido á comprar los bienes que se subastan, escepto que sea por deudas fiscales, por las cuales 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, debiendo pagar por ellos el justo valor que les den los peritos que la misma justicia del pueblo nombre; pero no se le permite variar la eleccion y nominacion de compradores que una vez haga, si son acaudalados para su pago, ni puede deshacerse la venta que se celebre en estos términos, aunque haya engaño en la mitad del justo precio (*a*).

299 Aunque la obligacion de pagar el débito sea jurada, puede ser compelido su acreedor á tomar en pago de él bienes jus-

(*) Tampoco puede ser nadie compelido á comprar los bienes que se venden á los reos para satisfacer al fisco lo que se le aplica en pena de sus delitos, aunque algunos jueces ignorantes lo hacen, porque las leyes no le conceden esta facultad, y se circunscriben al caso de venta para la exaccion de sus rentas contra sus arrendadores y fiadores.

(*a*) Leyes 18 y 20 tit. 7 lib. 9 R. y 3 tit. 5 P. 5.

tamente apreciados, con tal que concurran cuatro requisitos: el primero, que el deudor no tenga dinero ni otros bienes, y pruebe que le buscó y no le halló: el segundo, que se obligue al saneamiento de los que le venden, y entregue al acreedor sus títulos: el tercero, que el deudor ponga sus bienes á la disposicion del juez y no del acreedor, y que éste elija los que le acomoden; y si son muchos acreedores, podrá cada uno en su tiempo, segun estén graduados, hacer la eleccion; y el cuarto, que no haya comprador, ó si le hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberle. En el caso de ser compelido el acreedor á tomarlos, ó en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar á que se subasten, por evitar gastos judiciales, ó de que no haya postor, ó no sea idóneo, ó no ofrezca lo justo; si son raices, ha de otorgar á su favor el juez en nombre del deudor, obligándole á su eviccion y saneamiento, escritura de adjudicacion, que es lo mismo en sus cláusulas y firmezas que la de venta, diferenciándose solo en la introduccion que dice, *adjudico en pago*, en vez de decir, *vendo ó vende*, con que empieza la de venta; y si no sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgara el deudor; y si son muebles ó semovientes, basta el despacho ó testimonio de adjudicacion con insercion del auto en que ésta se hace y demas preciso, y nominacion especifica de los bienes y sus precios, pues por ser de poca duracion, no es menester formar protocolo, ni conservar títulos de propiedad y pertenencia: porque de ellos no los hay como de los raices; y en estos casos no se celebra remate, por no haber sobre qué recaiga. La misma obligacion tienen los acreedores que demandan á los herederos del deudor que aceptaron su herencia con beneficio de inventario, y lo hicieron con pureza, aunque él hubiese ofrecido satisfacerles en dinero, sin embargo de que contra la voluntad del acreedor no se le debe pagar una cosa por otra, pues cumplen con entregar los bienes de la herencia.

300 De la adjudicacion en pago, necesaria cual es ésta, no se debe alcabala, porque realmente no hay venta, aunque suene serlo (*a*); pero de la que se celebra en pública subasta á favor de un estraño ó del mismo acreedor que puja los bienes y hace veces de postor estraño, se debe, porque es venta verda-

(*a*) Ley fin. tit. 27, p. 1, verb. Entonces debe el juzgador.

dera; si bien no se ha de entregar incontinentí que se celebra, porque puede arrepentirse el deudor, pagar su débito al acreedor, y recuperar los bienes vendidos en el término que se dirá, por manera que es preciso esperar á que pase éste; y el comprador esté aposesionado de ellos para exigirla. Ademas, si pasado obtuviese el deudor por gracia del tribunal superior que se le restituya, deberá pagarla, porque aquella no puede eximirle de su solucion, y el alcabalero adquirió derecho á ella. Tampoco se debe alcabala de los oficios de regidor, escribano, receptor, contador, fiel almotacen, fiel medidor, corredor, y otros enagenados de la corona; ya porque ninguna ley manda que se pague; ya porque aunque por via de empeño (en cuyo concepto se entienden enagenados, por lo que el Rey puede recuperarlos cuando quiera) los tenga otro, se entiende tenerlos en nombre y por permiso de S. M. viniendo á ser lo mismo que si el Rey los tuviera, á cuya consecuencia la venta ó enagenacion que el tenedor hace, se entiende hacerla el Rey, quien no la paga de lo suyo; y ya porque en prueba de lo dicho el comprador cesionario ó heredero, para poder llamarse dueño y usarlos, necesita acudir, á que como nueva gracia ó continuacion de la primera concesion se espida título en su cabeza, en virtud del que se subroga en el lugar de S. M. y por esta gracia satisface la media annata (como la pagó el vendedor cedente ó el testador) que es el dos y medio por ciento de su valor, y la tercera parte de utilidades, si las tiene; á menos que esté esento de esta contribucion, como se dijo en el n. 2, cap. 25, P. I. por cuyas razones, y porque lo contrario seria ampliar las leyes á aquello de que no hablan, en detrimento de tercero, equiparar estos oficios con los bienes raices, muebles y semovientes que no provienen de la corona, de los cuales y no de todos, se debe; y gravar dos veces al vendedor ó cesionario, la una con la media annata ya pagada, y la otra con la alcabala, lo cual es injusto: ningun alcabalero tiene derecho á pedirla, como algunos poco instruidos creen (a).

301 Está prohibido al testamentario comprar privadamente los bienes de su albaceazgo y curaduría bajo la pena de volverlos

(a) Sobre si el acreedor censualista citado al concurso podrá ser compelido á tomar los bienes del censuario tasados justamente para estincion del capital y réditos de su censo, y cuándo, vease al Señor Salgado Labyr. part. 1, cap. 22, desde el n. 6.

con el cuatro tanto y de nulidad de su venta (*a*), aunque lo haga por medio de otro, porque se presume fraude; 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 (*b*).

302 Al juez, á sus ministros y al fiador está prohibido asimismo comprar los bienes de la almoneda, y si lo hacen, á mas de ser nula la venta, deben restituirlos con frutos por el dolo (*c*). Lo mismo procede en el comprador, cuando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo; pues devolviéndosele el deudor debe restituirle los bienes con sus frutos por su male fe, y no cumple con dar su verdadera estimacion, á menos que el deudor se contente (*d*).

303 Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí ó por interpósita persona los bienes obligados é hipotecados á su crédito, sin que el dueño dé su consentimiento, y si los compra, ha de restituirlos con frutos en cualquier tiempo que esté ó sus sucesores le devuelvan el precio que dió, porque como carece de titulo justo y buena fe para poseerlos, es nula la venta, y ningun derecho adquiere por consiguiente á lo comprado de esta suerte ni á sus frutos, segun se prueba de la ley 44, tit. 13, P. 5 que dice: »El que tiene á peños alguna cosa de otri, non la puede él comprar, si la quisiere él vender, fueras ende, si la comprasse él con otorgamiento, é con placer de su señor della: é si de otra guisa la comprasse, non valdria la vendida. Ca quando quier que el señor de la cosa diesse su debda, tenudo seria de gela desamparar.»

304 Pero no obstante esta prohibicion si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importan el débito, decima y costas, puede el acreedor, si le acomoda, buscar un postor que le ofrezca, con la espresa calidad de ceder el remate á quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala; y celebrando el remate en él, transferirle antes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio sin quedar obligado á eviccion; con lo cual se halla reintegrado el acreedor de su crédito y costas, y asi suele

(*a*) Ley 23, tit. 11, lib. 5 R. ó 4, tit. 12, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 4, tit. 5, P. 5. (*c*) Leyes 22, tit. 8, lib. 2 y 33, tit. 4, lib. 3 R. ó 4, tit. 14, lib. 5 y 4, tit. 29, lib. 11 N. R. (*d*) Ley 49, tit. 13 P. 5.

practicarse en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no habiendo dolo ni lesion.

305 Si no halla postor que haga lo dicho, ó aunque le halle, si no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio, puede pretender se le entreguen en pago por su justa tasa, y debe adjudicárselos el juez, si lo consiente el deudor, ó no contradice dentro de tercero dia la pretension que se le debe comunicar, formalizando á su favor la escritura en los términos esplicados en el núm. 299. Recibiéndolos en esta forma, si su valor escede al crédito, debe restituir el esceso, y si no alcanza, puede repetir contra los demas del deudor por el residuo y costas (*a*). Si los toma sin aprecio, se entiende que se contentan con ellos por toda la deuda, en cuyo caso valiendo menos no puede pretender el resto, y valiendo mas debe volver su mayor valor, escepto que al tiempo de solicitar su adjudicacion proteste pedir el menor ó dar el mayor que tuviesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho; y si al tiempo de pretender la adjudicacion no dice que los derechos de ésta y demas que ocurran, han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pedirla y callar, es visto que quiere sean de la suya.

306 Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos á éste, entregandoles su importe con lo que pagó por él; como asimismo á cualquier acreedor hipotecario, aun cuando el débito de éste se haya contraido no solo despues del primero sino tambien despues de la fianza y antes de la adjudicacion; pero esta restitucion ha de ser sin frutos por el titulo que tuvo el fiador para percibirlos (*b*) aunque por el contrario no habiéndolos cumplido en almoneda debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia y falta de buena fe, como se ha señalado en el número 302.

307 Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes que se vendieron como suyos para pagar sus deudas, y no su acreedor, escepto que éste se obligue espresamente á ello, ó que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los elija para hacerse pago, ó

(*a*) Leyes fin. tit. 27, P. 3 y 44, tit. 13 P. 5 verb. Mas si por aventura.
(*b*) Leyes 13 y 45, tit. 13 P. 5.

que al de la ejecucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos (*a*); por lo que resultando ser agenos y recobrándolos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion para reintegrarse de todo, y no de la ejecutiva, porque ésta espiró y se estinguió con el pago.

308 Sobre si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta para el pago de su acreedor, ó los que se adjudicaron á éste en pago, satisfaciendo la deuda, costas é intereses, se proponen cinco casos. El primero es, cuando la ejecucion, subasta, venta y adjudicacion se hicieron con la pureza y formalidad que se requieren para su validacion, de modo que no hubo lesion, fraude ni colusion alguna; y entonces atendiendo el rigor de derecho no debe ser oido, pida la recuperacion ante el juez inferior ó ante el superior; ni tampoco se retracta la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca á su acreedor el dinero que le debe. Mas por costumbre y equidad de los tribunales de estos reinos se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias despues de la venta ó adjudicacion, y de los raices dentro de nueve sin restitucion de frutos por la buena fe del comprador.

309 El segundo caso es, cuando se adjudican al acreedor faltando las solemnidades legales asi en la adjudicacion como en la ejecucion, ó hay lesion en el valor que se les dió, ó por parte del acreedor se interpuso alguno que los comprase en bajo precio para cederle luego el remate y todo el derecho que habia adquirido á éste; y en tal caso se ha de distinguir. Si el deudor apela de la venta ó adjudicacion como fraudulenta, puede pendiente la apelacion pedir ante el superior la restitucion de sus bienes vendidos ó adjudicados con el vicio ó vicios espuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta ó adjudicacion con las costas é intereses, á lo cual ha de deferir el superior revocándolas, y aun muchas veces defiere sin que lo pida; soliendo hacer lo mismo, aunque confirme la sentencia de remate, prefiniéndole término para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas é intereses. Y si no apela ni introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio á imitacion del superior, por ser muy honesto y seguro seguir el buen egem-

(*a*) Ley fin. tit 13 P. 5.

plo de éste. Pero se duda cuánto término tiene apelando para introducir la pretension ante el superior, y si ha de ser ó no con frutos la restitucion. En órden á lo primero, unos opinan que dentro de dos años, otros que dentro de cuatro, y otros dicen que en cualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Tocante á lo segundo discordan tambien; pero Carleval, con cuyo dictámen me conformo, lleva que esto se debe dejar al arbitrio del juez, quien atendidas las circunstancias del caso proveerá lo conveniente.

310 El tercer caso es, cuando el fiador del deudor principal compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude ni lesion, ni falte solemnidad legal, y entonces si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como se ha espuesto en los nn. 302 y 306, el que compra los bienes del que fió, comete dolo y debe restituirlos con frutos.

311 El cuarto es, cuando se vendieron á un estraño con todos los requisitos legales, y habiendo apelado el deudor de la sentencia de remate se revocó. En este caso dicen varios autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero Acevedo afirma que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste á restituirle doblado: debiéndose mirar principalmente y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria. Tambien dice que si los bienes vendidos son de menor, y le conviene mas poseerlos que tener su precio, por serle esto muy perjudicial, se le deben entregar restituyéndole, aunque los haya comprado un tercero con buena fe.

312 Y el quinto caso es, cuando un tercero los compró con mala fe, y hubo en la subasta lesion enorme ó enormísima, ó no se observaron en la ejecucion 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. Lo esplicado hasta aquí es concerniente á la venta de bienes raices: por lo tocante á la de muebles véase la I. P. cap. 10, n. 41.

§. VI.

Del tercer opositor á la via ejecutiva.

313 Se llama tercero opositor el que se opone á la ejecucion, sea solicitando ser preferido al ejecutante en la solucion de su crédito, sea alegando ser suyos los bienes ejecutados, ó que tiene derecho en ellos (*a*). Los AA. distinguen tres clases de terceros opositores, una de los que salen coadyuvando el derecho del ejecutante, otra de los que auxilian el del ejecutado, y la otra de los que se oponen por el suyo privativo é intentan escluir no solo el del actor sino tambien el del reo.

314 El tercero ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva, el cual la debe admitir, hágase en el curso de ésta ó despues de sentenciada, háyase despachado la ejecucion en virtud de sentencia ó de instrumento, con tal que no esté hecho el pago ó dada al comprador la posesion de los bienes ejecutados y vendidos; y aun cuando esté prescrito el derecho de ejecutar, si no lo está el que prefine la ley para pedir en via ordinaria (*b*). Tambien puede hacer la oposicion á la ejecucion ante el ejecutor misto, quien si el tercero alega que los bienes ejecutados son suyos, no solo puede conocer de la escepcion sino tambien determinarla sin necesidad de remitirla al juez originario ó requirente, porque con esta escepcion no impugna la sentencia y solo la modifica; pero si la que alega, es relativa á la sentencia ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella ó del instrumento, ó que debe ser preferido al ejecutante, debe admitirla, instruirla y remitirla al juez requirente para que la decida, pues aunque no impugna directamente la sentencia, lo hace por medio indirecto, y la decision de ésto toca al juez que la pronunció.

315 Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que le compete, y no se debe mandar al opositor que dé informacion sumaria de él, ni compelerle á que traiga los testigos á presencia del juez, pena de inhabilitacion de oficio al que

(*a*) Ley 3 tit. 27 P. 3. (*b*) Ley 6 tit. 15 lib. 4 R. ó 5 tit. 8 lib. 11 N. R.

lo mandare; pues antes bien se ha de recibir el pleito á prueba con término ordinario por via ordinaria, (*a*) escepto que el juez conozca que la oposicion es maliciosa y dirigida solamente á diferir ó impedir la ejecucion, en cuyo caso no debe admitirla sino proseguir la via ejecutiva, dando el acreedor la correspondiente caucion y seguridad.

316 Cuando el tercero opositor coadyuva el derecho del ejecutante ó ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que le halle, sin ser necesario promoverle de nuevo, porque seria eternizarle (*b*); pero si se opone por su propio derecho, no está obligado á ello si no quiere, y se ha de principiar del mismo modo que si no se hubiera empezado.

317 La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva simple y absolutamente sino tan solo en dos casos: el primero, cuando espone y acredita legal y sumariamente que los bienes ejecutados son suyos, en cuyo caso se le han de entregar, y luego ha de procederse contra los del ejecutado; y el segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada ejecucion, y no en otros términos; por lo que no manifestándole debe usar de su accion en via ordinaria, y seguirse la ejecutiva, haciendo pago al ejecutante, y dando precisamente ante todas cosas fianza de volver y restituir lo que se juzgare y sentenciare en aquella, porque la variacion del juicio fue para proceder y no para decidir (*c*).

318 No milita lo espuesto en el segundo caso, cuando la muger se opone por su dote legítima y entregada, porque como por ella le compete el privilegio de prelacion, no solo se ha de suspender el juicio ejecutivo, sino tambien la entrega de los bienes al que ejecuta á su marido por deuda, á que no está obligada, y darsele estos en prenda, ó volvérselos si se trabó la ejecucion en ellos, y se depositaron en tercero, hasta que su tercería se decida, bajo la obligacion y fianza de retenerlos íntegros é ilesos á disposicion del juez que conoce de ambas causas, y restituirlos siempre que se lo mande, y los acreedores prueben la preferencia de sus créditos á la dote (*d*) en los términos esplica-

(*a*) Ley 41 tit. 4 lib. 3 R. ó 16 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 15 tit. 10 lib. 2 R. ó 17 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 6 tit. 10 P. 3 verb. Empero. (*d*) Ley 41 tit. 4 lib. 3 R. ó 16 tit. 28 lib. 11 N. R.

dos en el n. 125 de este cap. y no en otros; pues asi se practica en esta corte (*).

319 Si instituyendo el deudor heredero á un acreedor suyo, acepta éste la herencia con beneficio de inventario, le hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, es necesario tener presente, si se opone á la ejecucion como reo ó como actor. Si lo hace como reo escepcionando que los bienes son suyos y no de la herencia, porque todos se han consumido en satisfacer á los acreedores anteriores y entre ellos á sí propio como uno de ellos; y acredita en los diez dias de la ley el pago con documentos legítimos, manifestando tambien el inventario solemne; (pues no basta ofrecer probarlo por testigos, porque se presume falsedad, cuando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto y no molestado; pero si en dicho término no justifica la escepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la ejecucion en los bienes, como que son de la herencia. Si se opone como actor, al modo que si viviendo el difunto le ejecutase otro acreedor, se opondria como tercero, se ha de nombrar defensor á los bienes, han de entenderse con él todas las diligencias ejecutivas, y se ha de suspender la ejecucion; porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion del tal y la del acreedor, de suerte que no se confunden las acciones que por los dos respetos le competen. Por tanto, le es mas útil oponerse como actor que como reo, porque como reo, á mas de no hacer que cese la via ejecutiva, será condenado, sino prueba sus escepciones en los diez dias de la ley, y como actor, no solo la suspende, sino que tiene mucho mayor término para justificar su accion, del mismo modo que si no fuera heredero.

320 Si cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario, ocurre antes de la sentencia y su ejecucion otro tambien hipotecario en los bienes ejecutados, ó personal privilegiado, acreditando que debe ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le haga pago primero que á éste; segun algunos AA., lejos de sus-

(*) Si teniendo la muger hipoteca especial en alguna cosa del marido y general en los demas bienes, se opusiere á la ejecucion de un acreedor posterior, no puede impedirla, si no se hizo en dicha hipoteca especial, escepto que conste no ser esta suficiente para el pago de la dote; pues el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes del deudor comun, primero debe cobrar de los bienes especialmente obligados, y no siendo bastantes para ello ha de recurrir á la hipoteca general.

tiere, con individuos de la órden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados los religiosos de las limosnas que les hagan los fieles. Asimismo puede ver el manual de escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, é incorporado á la esposicion de la regla de S. Francisco, que compuso el P. Fray Diego Navarro; pues en él hay estendidas muchas cláusulas, y se esplica latamente lo que debe observarse para el fin espresado y otros (*).

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

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

§. VIII.

De aceptaciones y repudiaciones de herencias.

152 El que es naturalmente libre, capaz, mayor de 25 años, y no está sujeto á otro, puede aceptar ó repudiar llanamente por sí y no

(*) Los religiosos profesos de ambos sexos no pueden suceder abintestato a sus parientes en atencion á su absoluta incapacidad personal, y á la renuncia que en su solemne profesion hicieron del mundo y de todos las derechos temporales: á cuya consecuencia los conventos no tienen accion para pedir las herencias de los parientes de sus individuos, las cuales recaerán en los demas parientes capaces de adquirirlas, ó en quienes corresponda segun derecho. Así lo dispone la pragmática de 6 de Julio de 1792, ó ley 17, t. 20, lib. 10 N. R. prohibiendo á los tribunales y justicias que admitan ni permitan admitir sobre este asunto demanda ni contestacion alguna.

(*a*) Auto 3, tit. 10, lib. 5 R. ó ley 15, t. 20, lib. 10, N. R. y Reales cédulas de 18 de Agosto de 1771, ó ley 15, t. 20 cit. N. R. y 13 de Febrero de 1783, o nota 1, t. 20 cit. N. R. (*b*) Auto 2, tit. 10, lib. 5 R.

penderse la ejecucion y venta de los bienes, se han de subastar para satisfacer al tercero su crédito como privilegiado; y si algo sobrare, ha de entregarse al ejecutante que obtuvo antes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de ésta sino al del contrato y obligacion, por ser primero en derecho el que lo es en tiempo: á cuya consecuencia el acreedor anterior, aunque el plazo de su crédito no esté cumplido, puede oponerse á la ejecucion hecha por el posterior y pedirle, si para ello tiene causa legítima, como ser sospechoso de fuga el deudor, carecer de bienes suficientes para reintegrar á entrambos, ó temer con bastante fundamento que todos se consuman con el ejecutante.

321 Pero otros AA. á cuya opinion me inclino, afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, escepto en tres casos: el primero es, cuando el deudor es idóneo y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer á ambos acreedores; pues justificándose ésto no se impide la ejecucion primera por la oposicion del tercero: el segundo, cuando ésta es calumniosa, ó hecha únicamente con el fin de retardar la ejecucion, y entoces no se debe admitir; y el tercero es, cuando el primer acreedor no pretende que se le pague, sino que se vendan los bienes embargados, para que se satisfaga al que tenga mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dejar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser util á entrambos. Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta y pagado el primer ejecutante, tendrá que seguir la via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, ó la ejecutiva contra éste, si algunos le quedaron.

322 Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, y disputan ambos sobre cual de los dos debe ser preferido; lo será el primero en la obligacion no obstante ser el último en el tiempo destinado para la solucion, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio, porque como tiene causa legítima para pedir su débito antes del plazo, y la obligacion es anterior á la del otro, se entiende haber espirado éste y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo.

323 Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al ejecutante y ejecutado; recibirse la causa á prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria, porque en este caso se consideran dos juicios, uno ejecutivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores que no puede ser ejecutivo, por no estar obligado el uno al otro y carecer de accion para proceder ejecutivamente entre sí; por lo que mientras se controvierte su preferencia, se ha de suspender la via ejecutiva, y aunque acudan al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, de manera que se podrá continuar y decidir la causa, y ejecutar la sentencia, dando primero el opositor, si se declarase su preferencia al ejecutante, la fianza de acreedor de mejor derecho (*a*), y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, mas breve y menos costoso, es seguirla con todos y graduarlos en una sentencia, y así se debe hacer.

324 Se ha de ejecutar bajo de una de las fianzas de Toledo ó Madrid sin embargo de apelacion y nulidad la sentencia dada en el juicio ejecutivo, en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, cuando éstos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ó ejecutado, porque la suspension de la via ejecutiva respecto de ellos fue solo en el modo y órden de proceder, no en lo tocante á la decision (*b*); pero no sucederá asi habiendo salido por su propio derecho, pues la causa, como de prelacion, se convirtió de ejecutiva en ordinaria, y por tanto no habrá lugar á la ejecucion de la sentencia hasta que se ejecutorie ó consienta. Y si el tercero ó terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que el juez les prefina, y se hubiese prefinido al ejecutante, se volverá luego á seguir la via ejecutiva y á sentenciar la causa de remate de los bienes ejecutados.

325 Aunque la hipoteca y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad real y con las cláusulas mas eficaces, siempre es y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en cuanto á ellas, cuando los libres del poseedor que la contrajo no son suficientes para el pago total del acreedor; y así

(*a*) Se ha estendido en la I. P. cap. 29 n. 63. (*b*) Leyes 2, 3 y 19 tit 21 lib. 4 y 41 tit. 4 lib. 3 R ó 2, 3, 12 y 16 tit. 28 lib. 11 N. R.

es indispensable una exacta escusion en éstos, especialmente si se hipotecaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se estima en dicho caso como fiador de indemnidad, el cual solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal y despues de hecha escusion en sus bienes.

§. VII.

Cuando deberá ó no el ejecutado ser condenado en costas y pagar décima de la ejecucion.

326 Como se deben al vencedor las costas ó espensas hechas en los pleitos, unas por su victoria, otras por la temeridad de su contrario, y otras por su contumacia y retardacion del proceso; se sigue de aqui que en todos los ejecutivos y ordinarios debe ser condenado en ellas, regularmente hablando, el vencido (*a*), no solo por la sentencia difinitiva sino tambien por la interlocutoria sin esperar á aquella. Lo propio se debe hacer, cuando difiere maliciosamente presentar el instrumento que tiene, con cuya vista puede finalizarse el pleito, pues por su dolo debe ser condenado en las que éste causó á su contrario. He dicho las espensas hechas en el pleito, porque el juez no puede condenar al vencido á la satisfaccion de los daños ocasionados fuera de él, aunque si se pacta espresamente el pago de las costas personales originadas por el pleito fuera de su casa, deberá hacerlo. Mas para la condenacion de dichas costas es necesario que las pida el vencedor, pues aunque el juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, no está obligado precisamente á hacerlo sino cuando aquel lo pide; por cuya razon en las demandas, contestaciones y en otros pedimentos se pone á su final la cláusula, *pido justicia con costas*; y á veces suele pedirse juntamente con lo principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir en primer lugar, que el abogado que defiende su propio pleito y obtiene con costas, no debe exigir las de su honorario, como si fuera litigante estraño; y en segundo lugar que si el abogado, notario ó procurador defiende gra-

(*a*) Leyes 8 tit. 3 y 8 tit. 22 p. 3, 14 tit. 8 lib. 2 y 7 tit. 17 y 1 tit. 22 lib. 4 R. o 2, 3 y 4 tit. 19 lib. 11 N. R.

ciosamente á alguno por ser pobre, no podrá exigir éste de su contrario el importe de los derechos que correspondian á los mencionados, aunque éstos podrán llevarlos, una vez que sea el contrario y no su parte el condenado; pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exigir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado á compensarles, ó les tiene compensado su trabajo en la defensa.

327 No tiene lugar la condenacion de costas, cuando el vencido tuvo causa justa para litigar, como incertidumbre del hecho, ignorancia de la verdad, posesion con buena fe, y título hereditario de la cosa litigiosa, estar ambiguo ú oscuro el punto, haber hecho el juramento de calumnia y no sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ó cuando probó su intencion con testigos, y sin embargo fue condenado á causa de habérseles repelido con razon de sus personas, y en otros casos semejantes, que por no poderse dar regla fija, se dejan al arbitrio del juez (*a*); pero en el de no tenerla ha de ser condenado en ellas (*b*), tasándose con arreglo el arancel Real.

328 El procurador debe pagar al juez, abogado, escribano y demas subalternos del tribunal los derechos que éstos devengaron en defender su principal, y tambien las costas causadas á su contrario, caso que por litigante temerario sea condenado en ellas, si los referidos le defienden por encargo particular del mismo procurador; pues por el hecho de buscarlos para su defensa y encargársela, y no tratar con el principal es visto tomar en sí la obligacion de su pago, lo cual procede, aun cuando el poderdante le releve de su pagamento en el poder, porque esta relevacion es para otro efecto, y asi le podrán apremiar á él, dejándole salvo su derecho contra el principal, de quien si no tiene satisfaccion, no debe admitir el peder; mas si los dichos lo hacen por encargo de éste, no tendrán accion contra el procurador, porque éste no los buscó, ni por consiguiente se obligó á cosa alguna. Tocante á las costas causadas á su contendor, en ningun evento tendrá accion contra el procurador: lo primero, porque éste no litigó con él, ni hizo su negocio sino el de su principal como su mandatario, ni se constitu-

(*a*) Ley 8 tit. 22 P. 3. (*b*) Leyes 1 tit. 14 lib. 3 del Fuero Real y 5 tit. 3 y 3 tit. 22 lib. 4 R. ó 6 tit. 4 y 1 tit. 19 lib. 11 N. R.

yó fiador suyo, ni se obligó á las resultas del juicio ni á otra cosa: lo segundo, porque las costas son accesorias á lo principal, y contra quien se da la accion por éste, se dá por aquellas: lo tercero porque si no tiene satisfaccion en su contrario, por ser insolvente, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender antes de la contestacion que dé fianza de estar á derecho y pagar lo juzgado, como se espuso en la Prim. Part. cap. 23 n. 16; y no dándola que se le deniegue la audiencia, formando artículo sobre ello, cuya escepcion dilatoria se le admitirá; y si el poder no es bastante, pretenda que le presente como corresponde, segun lo mandan las leyes 2, tit. 24, lib. 2 y 3, tit. 2, lib. 4 R. y hasta que lo haga no responda; y lo cuarto, porque de permitirse ésto no habria quien admitiese poderes con semejante gravámen, y se perjudicaría con especialidad á los ausentes que estan imposibilitados de seguir por sí sus litigios en los tribunales competentes. Pero si alguno sigue pleito sin poder del interesado, se debe cumplir y ejecutar la sentencia contra aquel y sus fiadores, como lo dice la ley fin. tit. 5, P. 3.

329 En los pleitos ejecutivos, puesto que el ejecutado no tiene causa justa para litigar, háyase despachado la ejecucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ejecutoria, instrumento público ó de otro documento que la traiga aparejada; sentenciándose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales sino tambien en pena de su morosidad en la décima parte y no mas de la deuda, porque se espidió el mandamiento ejecutivo, debiendo satisfacerse en la misma especie porque se pidió, y despachó la ejecucion, v. gr. si por dinero, en dinero, si por trigo, en trigo, &c. y no en otra, al alguacil que le ejecutó, solo en el caso de haber costumbre de exigirla (*a*) en el lugar en que estuviesen los bienes ejecutados, ó en el del domicilio del ejecutado, pues aunque la haya de llevarla en el lugar del juicio, sino la hay en los otros, no se debe cobrar (*b*). Dicha costumbre se prescribe en el fuero secular por 10 años entre presentes, y por 20 entre ausentes, y en el eclesiástico por 40 indistintamente entre

(*a*) Leyes 7, tit. 21, ó 1, tit. 30, lib. 11 N. R. y única tit. 31, lib. 4 R.
(*b*) Ley 31, tit. 4, lib, 3 R. ó 7 tit. y lib. cit. N. R.

estos y aquellos (*a*). La décima para el alguacil es por todos sus derechos, pues llevándola no debe percibir mas, aunque salga fuera de la córte y dentro de las diez leguas de su rastro á hacer la ejecucion, y si lleva salario asignado, no le corresponde ni debe exigirla (*b*).

330 Mientras el acreedor no esté pagado de su crédito, ó se dé por contento de su importe, ó conceda espera al deudor, ó se convenga con él, ó no quiera continuar la ejecucion siendo requerido á este efecto por el alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero habiendo alguna de estas cinco cosas la puede exigir, ó si los bienes del deudor vendidos no alcanzan á cubrir la deuda, se ha de cobrar á prorata del precio de lo que se pagare y no del residuo, hasta que se pague ó concierte (*c*). Si el mandamiento ejecutivo se dirige contra varios por diversas deudas ó contra un deudor por distintas cantidades, se devenga y puede llevar la décima respectiva, ó el salario entero de cada una, porque se contemplan y son muchas ejecuciones. Y se previene, que es nulo é ineficaz el concierto que el ejecutor haga con el acreedor sobre la décima ú otros derechos de ejecucion (*d*), de que se deduce que por el contrario haciéndolo con el deudor valdrá.

331 No debe pagar décima el ejecutado en diez casos, el primero, cuando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su crédito, porque falta el órden del juicio para devengarla: el segundo, cuando algunos de sus acreedores se oponen á la ejecucion principiada por otro, pretendiendo ser preferidos á éste ó entre sí pues entonces solo la debe de la cantidad porque fue realmente ejecutado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros: el tercero, cuando forma concurso ó hace cesion de todos sus bienes en manos del juez, para que satisfaga con ellos á sus acreedores segun su prelacion, porque en este caso no solo falta el órden del juicio para devengarla, sino que á devengarse mediante no tener bienes para todos, sucederia no satisfacerla él sino ellos, como si fueran los deudores: el cuarto, cuando la eje-

(*a*) Ley 5, tit. 2 P. 1. (*b*) Leyes 7, tit. 21, 1 cap. 8, tit 29 ó 1, tit. 30 y 7, tit. 28, lib. 11 N. R. y únic. tit. 31, lib. 4 R. (*c*) Leyes 31, tit. 4, y 10 tit. 6, lib. 3, ó 7 y 5, tit. 30, lib. 11 N. R. y 7, tit. 21, o 1, tit. y lib cit. N. R. y únic. tit. 31, lib. 4 R. (d) Ley 40, tit. 4, lib. 3 R. ó 12, tit. y lib. cit. N. R.

cucion se declaró nula; por no traerla aparejada el instrumento, ó por faltar las solemnidades prescriptas para el órden de seguirla, en cuyo caso no deben llevarse ningunos derechos, y el que los llevare, debe restituirlos con el cuarto tanto y las costas (*a*), pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas de lo que se le debia, ya por no haber pedido la ejecucion segun debia, debe satisfacerla y no el deudor (*b*): el quinto, cuando se hace ejecucion por pena ó condenacion pecuniaria debida al fisco, pues ni décima ni otro derecho alguno se debe llevar (*c*): el sesto, cuando se ejecuta á los ecónomos, mayordomos y tesoreros de la iglesia, por lo que le deben, escepto que haya costumbre de exigirla: el séptimo, cuando el deudor paga á su acreedor dentro de las 72 horas siguientes á aquella en que se le notificó en persona el estado de la ejecucion, ó por su ausencia ú ocultacion en su casa, en cuyo caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento y las dietas del camino, yendo fuera; ó cuando muestra contenta de él dentro de 24 horas (*d*): el octavo, cuando depositó llanamente la deuda ó parte de ella dentro de las dichas 24 horas en persona segura ante el juez, y por su ausencia ante un regidor y no ante otra persona, con tal que á su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda á su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de ejecucion (*e*); pero no basta la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni le exime de la décima el que éste compulso y apremiado los tome apreciados, aunque lo contrario se ha de decir tomándolos espontáneamente: el noveno, cuando el juez delegado ó diputado por ciertos dias para hacer la ejecucion, llevó salario consignado (*f*); y el décimo, cuando el ejecutado es criado del Rey ó goza del fuero de tal, pues éstos por privilegio están exentos de su solucion, y no deben ser demandados sino ante el juez de la casa Real, como se practica en esta córte.

332 Si se despacha ejecucion por deudas pertenecientes al fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe sa-

(*a*) Ley 35, tit. 4, lib. 3 R. ó 11, tit. 30, lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 8 al fin. y 9, tit. 21, lib. 4 R. ó 6, tit. 28, lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 12, tit. 23, lib. 2 y 7, tit. 21, lib. 4 R. (*d*) Leyes 18, 21 y 22, tit. 21, lib. 4 R. (*e*) Ley 23, tit. 21, lib. 4 R. (*f*) Ley 11, tit. 21, lib. 4 R. ó 3, tit. 30, lib. 11 N. R.

tisfacer décima, y si únicamente un treinta por cada millar, llegue la deuda á 50 mmaravedís, ó esceda mucho ó poco de ellos, debiéndose llevar menos si hubiere tal costumbre (*a*). Si la deuda es de hermandad, se ha de exigir un 40 por cada millar, y no mas, llegue ó esceda de los 50 maravedís (*b*): lo cual no milita en las pertenecientes á los Consejos y Señores, pues para dicho efecto son lo mismo que las personas privadas.

333 Por una misma deuda no se debe mas que una décima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas ejecuciones, ó el acreedor conceda espera al deudor, ó suspenda la ejecucion, y luego la continúe ó vuelva á hacer de nuevo, pena del cuatro tanto; y aun cúando un juez despache la ejecucion, y otro la concluya, ó el fiador ejecutado que pagó por el principal ejecute despues á éste, porque sin embargo de ser dos las obligaciones no es mas que una la deuda (*c*). Pero si el deudor no permanece obligado, y da otro en su lugar que recibe en sí la obligacion principal, como que entonces hay delegacion, y nueva deuda y obligacion, se deberá nueva décima (*d*). Lo mismo procede cuando el deudor ejecutado se obliga á pagar la deuda en especie distinta, y despues se le ejecuta por ella, pues en este caso como por la novacion es diferente la deuda, se causa otra décima; y exigiéndola el ejecutor no lia de llevar derechos por las diligencias que practique en la ejecucion con título de costas, salarios, viages para la venta y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro ejecutor ó ejecutores diversos del que la percibió hagan la segunda ó mas ejecuciones por la propia deuda, pues con la espresada décima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de agravar por parte de ellos.

334 Si habiéndose obligado de mancomun por todo el insólidum dos ó mas deudores como principales ó fiadores á la solucion de una cantidad, ejecuta el acreedor á cualquiera de ellos, paga el ejecutado y repite despues con su lasto contra los otros, se duda si se debe ó no exigir mas que una décima. Unos, fundados en que son muchas las obligaciones y ejecuciones, opinan que se debe, y otros, en mayor número, afirman lo contrario,

(*a*) Leyes 10 tit. 6 lib. 3 (ó 5 tit. 30 lib. 11 N. R.) 8 tit. 21 lib. 4, y 13 tit. 7 lib. 9 R. (*b*) Ley 13 tit. 12 lib. 8 R. (*c*) Dicha ley 10, tit. 6, y leyes 64 tit. 4 lib. 3, 7 tit. 21 (ó 1 y 9, tit. 30 lib. 11 N. R.) y única §. 12 tit. 29 lib. 4 R. (*d*) Ley 15 tit. 14, P. 5.

porque aunque lo sean, no es mas que una deuda. Olea dice no es justo que los unos paguen las dilaciones y dolos de los otros, y que el co-reo ó confiador que pagó por otro podrá exigir de los demas la décima y costas, solo en el caso de que todos hayan sido reconvenidos en un juicio insólidum por el principal y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que una décima. Y Rodriguez resuelve, que no se debe llevar mas que una décima, aunque por el trabajo de la segunda ejecucion se pueden exigir algunos derechos; y que en dos casos se deberan dos décimas; el primero, cuando el deudor del deudor se halla obligado á dar alguna cosa, éste da en pago á su acreedor el débito de su deudor, y despues se sigue via ejecutiva contra el deudor delegado, porque en este caso se contrae otro débito: y el segundo, cuando el ejecutado da al acreedor persona en quien se transfiera su obligacion, pues haciéndose nueva ejecucion contra ésta, se debe otra décima, porque no solo es nueva obligacion, sino tambien nuevo débito segun derecho, como se ha sentado en el número anterior. El jurisperito seguirá sobre esta dificultad que no deciden las leyes lo que estime mas oportuno y conforme á justicia.

335 Pidiendo ejecucion el acreedor por mas de lo que se le debe ha de pagar décima del esceso con otro tanto (a), aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de *admitir en cuenta legítimas y justas pagas*, de que se hizo mencion en el numero 113, pues ésta no le eximirá de su satisfaccion, escepto que tenga justa ignorancia de lo líquido que se le está debiendo, como si es heredero y su causante no lo dejó sentado, ó si su factor ó apoderado no le participó lo que habia cobrado á cuenta &c. en cuyos casos y otros semejantes queda libre de su solucion.

336 Principiándose la ejecucion en un juzgado por un ministro ejecutor, y concluyéndose por otro ó haciéndola en virtud de requisitoria de otro juez, deben partir la décima los ministros, y el juez requirente y requerido, no obstante tocar al primero, á menos que en los dos juzgados ó en el de los ministros haya costumbre contraria. Y en el caso de dudarse si la debe ó no pagar el ejecutado, no ha de conocer de ello el juez á quien corresponde ó se debe, sino su superior.

(a) Ley 9 tit. 21 lib. 4. R. ó 6 tit. 28 lib. 11 N. R.

§. FINAL.

Del modo de estender las diligencias de la via ejecutiva hallándose presente el deudor.

Pedimento pidiendo ejecucion.

337 F. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, = digo: que N. me está debiendo tantos mil reales que le presté para sus urgencias sin premio ni interés alguno, como lo juro en forma solemne de derecho, obligándose á satisfacérmelos para tal dia, segun acredita la escritura de obligacion que otorgó en tantos de tal mes del año próximo pasado ante F. escribano de S. M. y presento original con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagármelos y mucho mas; y que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas y atentas diligencias, no he podido conseguir su cobro, que me es muy urgente; para que tenga efecto = A V. suplico se sirva haber por presentada dicha escritura de obligacion, y por lo que resulta de ella despachar ejecucion contra la persona y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por su décima y costas causadas y que se causen hasta su efectivo reintegro; pues protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas, y asi procede de justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

338 Hase por presentada la escritura que se refiere, y por lo que resulta de ella, despáchese la ejecucion que se pide por la cantidad que se espresa, á cuyo fin se espida el correspondiente mandamiento. El señor don Fulano, &c. lo mandó &c.

Mandamiento de ejecucion.

339 Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos haced ejecucion conforme á derecho en la persona y bienes de N. por tantos mil reales que en virtud de escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes y año ante F. escribano, y presentada ante mi, resulta estar debiendo á F. por quien (*ó por cuya parte*, si pidiere por procurador) se pidió y juró; como tambien por su décima (*si se acostumbrare exigirla, y si no, se omitirá*) y costas, notificándosele despues de hecha su estado por el escribano que entienda en ella; pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecha en tal villa, á tantos, &c. = D. F. = Por su mandado. = F.

Traba de ejecucion en bienes muebles.

340 En tal parte, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano F. alguacil de este juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el mandamiento precedente, requirió á F. mencionado en él, satisfaciese los tantos mil reales, porque está despachado, ó manifestase bienes propios en que

por Procurador (*), (escepto que sea el Rey ó concejo) ni con condicion (**) la herencia que alguno le dejó, ó le pertenece abintestato por proximidad de parentesco; y si es menor ó loco, lo ha de hacer en su nombre su curador. Si el menor de 14 años no está bajo la pátria potestad, debe de aceptarla con licencia del juez ordinario, no de otro modo; y si es mayor de ellos y menor de 25, y no tiene padre ni curador, puede aceptarla por sí mismo y aposesionarse de ella (*a*); bien que siéndole gravosa y perjudicial tiene facultad para repudiarla despues por via de restitucion con licencia del juez, y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole aquel al estado que tenia antes de su adicion ó aceptacion (*b*). Pero es de tener presente que si el dueño de los bienes murió intestado, debe su heredero ante todas cosas pretender se le declare por tal, y luego ha de aceptarla ó dimitirla, y sin que preceda esta declaracion judicial ó la institucion, no se ha de admitir en el juicio correspondiente. Tendrálo presente el escribano para especificarlo asi, cuando le ocurra hacer poder á este efecto.

2 Un año puede conceder el Rey al heredero por testamento ó abintestato para la admision ó dimision de la herencia, y el juez ordinario del lugar del difunto, ó de aquel en que está la mayor parte de su hacienda, nueve meses y no mas, ó el que menos le parezca que necesita, con tal que no baje de cien dias. Si son muchos los herederos, tiene cada uno igual plazo, y si antes que se cumpla, muere alguno, compete á los suyos lo que reste y no mas. Si el heredero es estraño, y fallece despues de cumplido y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legítimo puede percibirla quien lo sea de él (*c*).

3 Para que el heredero, sea legítimo ó estraño, no se perjudique, caso que el difunto haya dejado contra sí mas deudas que bienes, ni tenga necesidad de pedir el término prefinido, se ha establecido en utilidad que haga inventario formal de ellos, que haciéndole con la correspondiente legalidad dentro del termino prescripto por

(*) Creemos que en el dia se admitirá la repudiacion ó aceptacion de la herencia por Procurador con poder bastante, mayormente con beneficio de inventario.

(**) Bajo la de ser heredero, si le es útil la herencia, de serlo hasta cierto tiempo ó de otra semejante. Ley 15 cit.

(*a*) Leyes 1, 2, 13 y 15, tit. 6, P. 6. (*b*) Ley 7, tit. 19, P. 6. (*c*) Leyes 1 y 2, tit. 6. P. 6.

trabar la ejecucion, y enterado, dijo: no se halla por ahora con la espresada cantidad; por lo que señaló tales bienes (*se individualizarán por menor*) espresando ser suyos; y en ellos el referido alguacil por todos los demas que parecieren pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la ejecucion por la cantidad porque se despachó, y por su décima y costas causadas y que se causaren hasta su efectivo pago; protestando mejorarla en otros en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor; á cuya consecuencia dicho alguacil depositó los referidos bienes en F. vecino de esta villa, quien se constituyó depositario de ellos, obligándose con su persona y los suyos presentes y futuros á tenerlos en su poder á la ley de depósito; y á no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, bajo la pena de pagarlos y de las demas en que incurren los depositarios que no dan cuenta de los depósitos que la justicia pone á su cuidado. En esta atencion se somete á la jurisdiccion de dicho señor juez, renuncia las leyes y fueros que le favorecen, otorga depósito en forma, y le firma con el citado alguacil, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa; de todo lo cual, que pidió por testimonio para su resguardo, doy fe.

341 Cuando la obligacion es personal ó hipotecaria general, acostumbran algunos de esta corte trabar la ejecucion en una cosa del deudor por todos los demas bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla ó ampliarla. Yo no reprueho este módo de sustanciar, con tal que hagan inmediatamente la mejora á continuacion de la traba ó embargo; pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes para cubrir la deuda, décimas y costas, como la diligencia anterior lo demuestra; pero si hacen la traba en una cosa y á pretesto de hacerse por los demas bienes no aseguran el débito con la ampliacion, y proceden á continuar las diligencias restantes, no puedo aprobarlo, porque el deudor puede ocultar los demas bienes, y no cumplen con el precepto de la ley ni del juez, pretesto que la traba es para asegurar el débito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan á cubrirlo, y la décima y costas: lo cual prevengo al escribano para que no se esponga, y aconseje al alguacil lo que debe hacer.

Requerimiento al deudor para que afiance la de saneamiento y prision por no afianzar.

342 Incontinenti el espresado alguacil requirió al citado N. diese fianza de saneamiento de los bienes ejecutados, porque en su defecto se le pondria preso; y habiendo respondido que no tenia persona que le fiase, el citado alguacil le aseguró y condujo á la cárcel pública de esta villa, y le entregó á F. alcaide ó portero de ella, quien le sentó por preso en el libro de lo civil á tal folio, obligándose á tenerle custodiado y seguro, hasta que por el señor juez de estos autos se mande otra cosa; y para que conste lo pongo por diligencia que firmo con dicho alguacil: doy fe.

343 Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay sobre qué recaiga, y así el re-

querimiento ha de ser para que los manifieste, y respondiendo que no los tiene, le ha de poner preso el alguacil. De lo que debe contener esta fianza se habla en el núm. 136 de este cap. y en el 19, n. 41, P. I, se halla estendida, por lo que se omite aqui. Y si despues de preso la da á satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el juez, espresándolo y pretendiendo se le ponga en libertad, y el juez ha de mandarle soltar. Lo mismo debe hacer, aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el escribano originario por su cuenta y riesgo, contra quien repetirá, en caso de que no sea segura, como se dijo en el citado cap. 19, número 15; pero cuando ofrece la fianza es preciso dar traslado al acreedor para ver si se conforma ó no con ella, y hasta que se conforme no ha de ser suelto, escepto que el escribano quiera admitirla por su cuenta. El auto y mandamiento se estienden de esta forma.

Auto para soltura

344 En atencion á haber otorgado esta parte la fianza de saneamiento ante el presente escribano, suéltesele de la prision en que se halla, no estándolo por otra causa, á cuyo efecto se libre el mandamiento correspondiente. El señor don F. &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

Mandamiento de soltura.

345 Alcaide ó porteros de la real cárcel de esta villa, poned en libertad á F. que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de ejecucion que despaché tal dia á instancia de F. por tantos mil reales que le debe, siempre que no lo esté por otra causa, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte, tal dia, mes y año. Don F. = Por su mandado = F.

346 Este mandamienso se entrega al alcaide ó porteros de la cárcel, ó para que les sirva de resguardo, é inmediatamente deben cumplir con lo que se les manda en él; y á continuacion del auto se pone nota de haberse despachado en el mismo dia el mandamiento.

Notificacion de estado.

346 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, siendo tal hora de su mañana, notifiqué el estado de esta ejecucion á N. en su persona, apercibiéndole que si dentro de 72 horas contadas desde la presente, que son tres dias naturales, no pagare á F. los tantos mil reales, porque se despachó, satisfará á mas de ellos las costas y la décima parte de lo que importa la deuda principal; y asimismo le pregunté si daba por dados los pregones de la ley, ó queria que se diesen a los bienes ejecutados, y respondió qte los daba por dados, protestando gozar de su término: doy fe.

Pedimento del acreedor para que se cite de remate al deudor presente.

348 F. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar = digo: que á mi instancia se despachó ejecucion tal dia contra N. por tantos mil rea-

les que le presté, y me está debiendo, á cuya consecuencia se hizo la traba, y notificó su estado en tal dia al deudor, quien respondió que daba por dados los pregones de la ley, protestando gozar de su término; y mediante haber pasado éste y mucho mas = A V. suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona, y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dejándoles la correspondiente memoria por escrito para los efectos que convengan en justicia que pido; y para ello, &c.

Auto,

349 Mediante haber pasado el término de los pregones, cítese de remate á N. apercibiéndole conforme á derecho, y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, déjese memoria por escrito con espresion de los efectos de la citacion á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, con la cual se declara por hecha, como si fuese en su persona, para que le pare el perjuicio á que haya lugar. El señor don F. &c. lo mandó, &c.

Citacion de remate en persona.

350 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en su persona á N. reo ejecutado, para el remate de los bienes embargados, apercibiéndole que si dentro de los tres dias siguientes al de esta fecha no comparecia á mostrar paga, quita ó razon legítima que le impidiese, se procederia sin mas citacion á la subasta y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, décima y costas: doy fe.

351 Aunque en algunos oficios de esta córte se acostumbra á citar de remate sin que el acreedor lo pida, ni el juez lo mande, tengo por preciso que precedan el pedimento y auto: lo primero, porque dicha citacion no es diligencia comprendida tácita ni espresamente en el mandamiento ejecutivo, como la traba, fianza y notificacion de estado, que son consiguientes á él, y sin otra providencia se hacen: lo segundo, porque el escribano no tiene facultad para citar á nadie sin mandato del juez, como se espuso en el número 158; y lo tercero, porque puede el deudor haber pagado al acreedor ó compuéstose con él. Ademas, el escribano no debe ser agente del acreedor, quien como que le urge el reintegro de su dinero buen cuidado tendrá en solicitarlo; y una vez que no ocurre al juez para el seguimiento de la causa, no se debe gravar al ejecutado con costas indebidas. Por estas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida y el juez lo mande.

Pedimento del deudor oponiéndose á la ejecucion.

352 F. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar = digo: que á pedimento de F. se despachó contra mí mandamiento de ejecucion, por tantos mil reales que dice le estoy debiendo, á cuya consecuencia se me embargaron bienes, notificó el estado y cito de remate; y mediante tener que alegar y escepcionar contra dicha ejecucion me opongo á ella. En esta atencion = A V. suplico se sirva haberme por opuesto, y mandar se me entre-

guen los autos y encargen á ambas partes los diez dias de la ley: pido justicia y con costas, y para ello, &c.

Auto.

353 Háse á esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere; y se encargan á entrambos los diez dias de la ley: hágaseles saber. El señor don F. &c.

354 Este auto se notifica al ejecutante y ejecutado, quien toma primero los autos, y ambos hacen sus probanzas dentro del término como en el juicio ordinario segun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar é instruir al juez, debe entregárselas por breve término, y si ninguno los pide, pretende el actor que respecto ser pasados los diez dias se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos citando á entrambos mediante haber habido oposicion, y pasados tres dias desde el de la última citacion da su sentencia, segun los méritos del proceso, de cuyas diligencias, por ser muy obvias y fáciles, omito la estension, escepto la de la sentencia.

Sentencia de remate.

355 En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor don F. &c. habiendo visto los autos ejecutivos que sigue F. contra N. sobre la paga de tantos mil reales, &c. dijo: que sin embargo de lo espuesto y escepcionado por parte del dicho N. (*ó mediante no haber comparecido á oponerse y mostrar paga, quita ó escepcion legítima*) debia mandar y mandaba continuar la ejecucion, y hacer trance y remate de los bienes ejecutados y demas que parecieren pertenecer al referido N. y de su valor, entero y cumplido pago de la espresada cantidad, su décima y costas causadas y que se causaren hasta que se efectue al espresado F. á cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo (*ó de Madrid, segun sea la deuda*) y precedida tasacion de las costas que hasta aqui se le han originado, se espida el correspondiente mandamiento de pago. Y por esta su sentencia asi lo proveyó y firmó. Don. F.=Ante mí.=F.

Mandamiento de pago.

356 Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos requerid, y siendo necesario apremiad segun derecho á N. vecino de ella, á que incontinenti dé y satisfaga á F. tantos mil reales, por los que se le ha ejecutado: tantos de costas procesales causadas hasta aqui, y asimismo la décima correspondiente á F. alguacil que hizo y trabó la ejecucion, en todo lo cual se le ha condenado por mi sentencia de remate de este dia; y no lo haciendo asi sacadle, vended y rematad sus bienes en el mayor postor y conforme á la ley. y con su valor haced el pago de todo: á cuyo efecto requerid igualmente, y si es menester, apremiad á P. á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia ante F. entregue los bienes embargados. Fecho en tal parte, á tantos de tal mes y año. Don F.=Por su mandado.=F.

Auto absolviendo al ejecutado.

357 En tal villa, á tantos de tal mes y año, el sr. don F. habiendo visto los autos ejecutivos seguidos por F. contra N. sobre paga de tantos mil reales que constan de un vale hecho á su favor en tal dia, dijo: que sin embargo de lo espuesto y alegado por el referido F. debia revocar y revoca la ejecucion despachada contra el citado N. á quien absuelve y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales, y en su consecuencia manda se le desembarguen y entreguen libremente sus bienes, para lo cual se ha de espedir el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al espresado acreedor en todas las costas procesales de este pleito, cuya tasacion reserva en sí, como asimismo en la décima para el alguacil que trabó la ejecucion. Por esta su sentencia asi lo declaró y firmó, &c.

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la ejecucion.

358 Yo el licenciado don F. &c. por el presente alzo y doy por ningunos los embargos que á instancia de F. y en virtud de mandamiento ejecutivo que despaché en tal dia, refrendado del presente escribano, hizo el alguacil F. ante tal escribano, en varios bienes de N. por tantos mil reales; á cuya consecuencia mando se requiera con apercibimiento á P. depositario de ellos, se les entregue, y hecho, dándosele para su resguardo el competente testimonio, le doy por libre del depósito que constituyó; pues por mi sentencia de de este dia he absuelto al espresado N. de la satisfaccion de los dichos tantos mil reales porque se despachó la ejecucion contra él. Fecho en tal parte &c. Don F. = Por su mandado = F.

359 Si la ejecucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres ó arrendamientos, requiriendo á las inquilinos y colonos los retuviesen en su poder á la ley de depósito, se ha de de decir en el mandamientto de desembargo: "Que se les requiera, acudan y contribuyan al deudor con los vencidos y que se vencieren, dándoles por libres igualmente del depósito constituido y embargo hecho." Despues proseguirá como el mandamiento anterior, en cuya virtud se hace el requerimiento, estendiéndose á su continuacion las diligencias, y firmando el ejecutado el recibo de los bienes con el alguacil y escribano; y si no sabe firmar lo hace á su ruego un testigo.

Auto difinitivo declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate y recibiendo á prueba el pleito ejecutivo.

360 No ha lugar á sentenciar la causa de remate: recíbese este pleito á prueba por via de justificacion con término de nueve dias comunes á las partes: hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el señor don &c.

Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago.

361 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano requeri en su persona con el mandamiento de pago anterior á N. deudor, para que

satisfaga la cantidad de principal, décima y costas porque se despachó, y enterado dijo: no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la ejecucion, la cual consiente desde luego se venda en pública subhasta para hacer el pago. Esto respondió, y lo firmó con dicho alguacil: doy fe.

Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa ejecutada.

362 F. vecino de esta villa, en los autos ejecutivos que sigo contra N. sobre paga de tantos mil reales, su décima y costas, = digo: que en estos autos se dió sentencia de remate y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiéndose requerido con él al dicho N. para que satisfaciese la espresada cantidad, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la casa ejecutada que consentia se vendiese en pública subhasta; y mediante á que para venderla es preciso la valúen personas inteligentes, nombro por mi parte á este efecto á F. alarife de esta villa; en cuya atencion = Á V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que el deudor nombre por la suya otro, ó se conforme con el propuesto, y no haciendo uno ú otro, nombrarle de oficio en su rebeldía para que los dos juntos aprecien la referida casa, y hecha su valuacion se saque al pregon por los términos legales, pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.

363 Háse por nombrado á F. alarife, para la tasacion de la casa espresada en el pedimento: notifiquese á N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que se nombrará de oficio; y hecho que sea, precedida citacion de ambas partes, tásese dicha casa ante cualquier escribano de S. M. á quien se da comision, lo cual evacuado sáquese al pregon por el término de la ley, admítanse las posturas y mejoras que se hicieren conforme á derecho, y fíjense cédulas en los parages públicos. El señor don F. &c. lo mandó &c.

Notificacion al deudor.

364 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en su persona el auto precedente á N. mencionado en él, y enterado, dijo: que se conforma con el nombramiento que ha hecho F. su acreedor, por evitar mayores gastos; y lo firma, de que doy fe.

365 Si el deudor no se conforma y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento: si nada hace, le acusará la rebeldia el acreedor, y habiéndola el juez por acusada nombrará otro de oficio á costa de los bienes del deudor, para que junto con el electo por el acreedor haga la tasacion y se proceda á la subhasta y venta decretada.

Notificacion y aceptacion de los peritos.

366 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en sus personas el auto precedente (ó los autos de tal y tal dia á F. y F.)

ó á uno solo si no hubiere mas) maestros de obras en esta villa, y enterados, dijeron: que aceptan el nombramiento hecho en ellos; obligándose á evacuar bien y fielmente segun su inteligencia y sin agraviar á las partes la tasacion para que estan nombrados; y lo firman, de que doy fe.

Citacion á las partes para la tasacion.

367 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en sus personas con el auto ó autos de tal dia para hacer la tasacion que se manda en ellos á F. y N. mencionados en él: doy fe.

Tasacion de la casa.

368 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, á consecuencia de la comision que se me ha conferido 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 á derecho, y bajo de él dijeron haber visto, medido y reconocido una casa que está en tal parte, y tiene tales linderos, &c. (*se espresará lo que digan en su declaracion los maestros, y luego concluirá*) cuya tasacion declararon haber hecho bien y fielmente segun su inteligencia y sin hacer agravio á las partes, bajo del juramento espresado, en que se afirmaron y ratificaron, espresando ser F. de tantos años, y F. de tantos poco mas ó menos, y firmándolo, de que yo el escribano doy fe.

369 Algunas veces discuerdan los peritos, y cada uno hace su declaracion separada, en cuyo caso las partes pueden pedir al juez nombre tercero en discordia, con el que se practican las diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos evacua la suya: luego se dan los pregones de la ley por 30 dias útiles ó mas, segun parece al juez, y se fijan edictos ó cédulas en la forma siguiente.

Pregones para la venta.

370 En tal parte, tal dia, mes y año, F. pregonero de esta villa, estando á las puertas del oficio del infrascripto escribano (ó de la audiencia del juzgado de ella) dió un pregon en altas é inteligibles voces, diciendo: quien quisiere comprar una casa, sita en tal calle y propia de N. que se vende de órden de la justicia para hacer pago á sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al oficio de F. escribano del número de esta villa, donde se le admitirán las posturas y mejoras que hiciere; y no hubo postor: doy fe. = F.

Otro pregon.

371 En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano el citado F. pregonero, estando en tal parte, dió otro pregon como el anterior y no hubo postor: doy fe. = F.

372 Todos los pregones que se den se han de ir estendiendo por dias con arreglo á los antecedentes, hasta que haya postor á la cosa que se subasta, el cual debe hacer la postura por pedimento; y no ha de admitírsele faltando las circunstancias espresadas en el n. 329. Las cédulas han

de contener lo mismo que en los pregones, poniendo á su continucion la fe de su fijacion, y se han de estender en esta forma.

Cédula.

373 Quien quisiere hacer postura á una casa sita en tal calle, propia de N. que está tasada en tantos mil reales, y se vende judicialmente para pagar á sus acreedores, acuda al oficio de F. escribano del número de esta villa, donde se le admitirán las posturas que hiciere.

Fe de fijacion.

374 Doy fe que en este dia fijé tantas cédulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal, y otra en tal, &c. y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año = F.

Pedimento haciendo postura.

375 Antonio, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar= digo: ha llegado á mi noticia que por el oficio del presente escribano y en virtud de providencias de V. se está pregonando una casa propia de N. sita en tal calle, á la cual hago postura ofreciendo por ella tantos mil reales con las condiciones siguientes: que dentro de tantos dias se ha de rematar en mí la espresada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre, de suerte que pasado dicho término ha de quedar á mi arbitrio el cumplimiento de la postura: que he de poder cederle á cualquier persona no prohibida, y á su favor ó al mio, si no le cediere, se ha de otorgar venta judicial y entregárseme su copia original con todos los títulos de pertenencia de la citada casa, sin que falte ninguno; y aunque la escritura se celebre á mi favor, he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes á su otorgamiento á qué persona pertenece dicha casa, y con qué orden y caudal hice la postura, sin que por la cesion ni declaracion se cause alcabala; y que de los tantos mil reales en que hago esta postura se han de deducir todas las cargas reales perpetuas, y al quitar á que esté afecta é hipotecada dicha casa: los réditos que se esten debiendo de sus capitales, y la alcabala que se deba por esta venta, con mas todos los derechos de autos y diligencias, pregones y remate, y su aprobacion, los de la escritura de venta y su copia, papel sellado y blanco, como tambien lo que cueste sacar los títulos que falten, y demas, sin que yo esté obligado ni pueda ser compelido á depositar ni entregar mas que el precio líquido que quede, hechas todas las deducciones espresadas, ni los acreedores del citado N. tengan la menor repeticion contra la citada casa ni contra mí ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate no alcance ni con mucho á reintegrarles de sus créditos, ó queden enteramente sin su importe. Con estas condiciones y no en otros términos hago la referida postura, obligándome á cumplirla; en cuya atencion = Á V. suplico se sirva admitirla, y á su tiempo celebrar el remate de la mencionada casa, pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.

376 Admítese esta postura cuanto ha lugar en derecho: hágase saber al deudor é interesados, y continúense los pregones por quince dias mas: el señor don F. &c. lo mandó, &c.

377 Este auto se debe hacer saber al deudor y acreedores, y si el postor no es abonado, ha de decirse en él: "Que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma á cumplirla, se le admite, &c." Los pregones se han de continuar diciendo: "Quien quisiere hacer puja ó mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que se ha mandado vender por la justicia para hacer pago á sus acreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y por la cual dan tantos mil, acuda &c. Lo mismo han de contener las cédulas que nuevamente se fijen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán espresando en los pregones las pujas, y cumpliendo el término de ellos pedirá el último postor ó pujador se señale dia para el remate presentando un pedimento como el siguiente.

Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate.

378 Antonio, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar = digo: que en tal dia hice y se me admitió una postura con varias condiciones á una casa propia de N. que se ha estado subhastando para hacer pago á sus acreedores, y una de aquellas 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 hiciere mejora = A V. suplico se sirva señalar el dia y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues haciéndose en mí estoy pronto al cumplimiento de lo que tengo ofrecido en mi postura: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

379 Se señala para el remate de la casa espresada en el pedimento el dia tantos de este mes á tal hora en la audiencia del juzgado de esta villa, al que está pronto á asistir su merced, hágase saber á los interesados, y en el interin continúense los pregones, vuélvanse á fijar cédulas con espresion de este señalamiento, y admítanse las pujas y mejoras que se hagan. El señor don F. &c. lo mandó, &c.

380 Este auto se notifica al deudor, acreedores y postor ó postores que haya; se fijan inmediatamente las cédulas con espresion de la cosa, su valor, precio que dan por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue á noticia de todos, y se pone la 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 pujadores necesiten dar pedimento pues basta hacerlas verbalmente. El remate se estiende en esta forma.

Remate de cosa raiz perteneciente al deudor.

381 En tal villa, á tantos de tal mes y año, siendo tal hora, y estando en la audiencia de su juzgado el señor don F. su corregidor, com-

pareció F. pregonero público de ella, y en altas é inteligibles voces dió un pregon, diciendo: "Quien quisiere hacer puja y mejora en una casa, sita en tal calle, propia de N. que se vende judicialmente para hacer pago á sus acreedores, por la cual dan tantos mil reales con diferentes calidades y condiciones, y se han de rematar ahora en el mayor postor, venga á esta audiencia, donde se le admitirán las que haga." Y así prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo: "Vengan á este remate, que se va á encender la primera candela de cera:" la que con efecto fijó el citado pregonero á la puerta de la audiencia, y continuó los pregones, diciendo: "Vengan á este remate, que está puesta la primera candela:" á cuyo tiempo compareció Juan de tal, vecino de esta villa, y de tal egercicio, que vive en la calle de tal, y dijo: que hacía mejora de tantos reales, poniendo la casa en tantos mil con las condiciones de la primera postura, cuya puja le admitió dicho señor juez, y el pregonero continuó los pregones refiriéndola, y añadiendo que estaba puesta la segunda candela. (*Si hubiere mas mejoras se relacionarán con la anterior, y sobre cada una se darán los correspondientes pregones, hasta que se apague la tercera candela, ó mas, segun el juez mande y haya pujas, y luego proseguirá el pregonero.*) Que apercibió el remate á la una, á las dos, á la tercera; y puesto que no hay quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció Juan, buen provecho y buena pro le haga. Con esto quedó rematada en el espresado Juan en los tantos mil reales en que la puso, y estando presente, dijo: que acepta este remate ofreciendo cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por Antonio, primer postor, y depositar en dinero efectivo luego que se le mande la cantidad líquida que deba: á todo lo cual se obliga con su persona y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros (dando amplia la facultad al señor juez que es ó fuere de esta villa para que le compela á cumplirlo como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, y renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Así lo otorga y firma el espresado Juan, á quien doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F., vecinos de esta villa, y otras muchas personas que se hallaron presentes á este remate. Tambien lo firma el espresado señor corregidor, y de todo lo referido doy fe.

382 Este remate se hace saber á todos los interesados, y pasados tres dias despues de la última notificacion, si nada dicen, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, haga liquidacion de cargas y se le despache la venta. Si en el pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales, y no con candelas, se observará, porque éstas no son precisas para su validacion, y solo por estilarse en la córte estendí el anterior mencionándolas. Y si el juez no pudiese asistir, se espresará en el auto de señalamiento, dando comision al escribano originario para que le celebre y admita las pujas que se hagan; pues por faltar su presencia no le anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse para hacerle y aprobarle, si es lego, se anulará, estando hecho con la pureza y solemnidades legales.

Pedimento para la aprobacion del remate.

383 Juan de tal, vecino de tal villa, ante V. como mas haya lu-

derecho, y aceptando la herencia con este beneficio, esté obligado solamente á la satisfaccion de sus deudas en cuanto alcancen los bienes (*a*). Mas si la acepta llanamente, ó entra en ella, y no hace inventario en el término legal ni con la competente justificacion, debe pagar en un todo asi las deudas como legados que el difunto dejó, para lo cual están obligados tácitamente sus propios bienes (*b*).

154 Si un heredero estraño hace el inventario maliciosamente ocultando ó hurtando algo, debe restituir el duplo de lo que ocultó ó hurtó (*c*); pero siendo legítimo es visto por este hecho haber aceptado la herencia y quedado obligado á todo, de suerte que luego no puede desecharla. Lo propio milita, cuando sabiendo que está muy cargada de deudas, compra para sí dolosamente en cabeza de tercero los bienes de su ascendiente (*d*), lo cual se tratará mas latamente en el citado lib. 1 de la segunda parte.

155 Dentro de los nueve dias siguientes al de la muerte del testador, y durante la formacion del inventario de sus bienes no pueden sus acreedores prendar de propia autoridad, ni emplazar á sus herederos por las deudas que dejó, pena de volver lo que han tomado por fuerza y perder su derecho, á no ser que sospechen que estos disiparán, ocultarán, ó se irán con los bienes que dejó, en cuyo caso deben dar fianzas de no hacerlo á satisfaccion del juez (*e*) (*). Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion á satisfacerlos hasta que estén pagadas sus deudas (*f*).

156 El heredero puede admitir la herencia paladina ó tácitamente: paladinamente es por pedimento, escritura, ó de palabra; y tacitamente, es entrar en los bienes, venderlos, arrendarlos y disponer de ellos como dueño propietario, á no ser que manifieste por escrito al juez ó ante testigos que no lo hace con intencion de ser heredero, sino porque no se menoscaben ni deterioren. Omitiendo esta manifestacion estará obligado á mas de lo que alcance la herencia (*g*); y si es

(*a*) Leyes 5 y 7, tit. 6, P. 6. Acerca del inventario véase lib. y cap. 1. (*b*) Leyes 10 y 11, tit. 6. P. 6. (*c*) Ley 9, tit. 6, P. 6. (*d*) Ley 12, tit. 6, P. 6. (*e*) Ley fin. tit. 13, P. 1 y 7, tit. 6, P. 6.

(*) Segun la ley fin. cit. t. 13, P. 1, pasados nueve dias desde el entierro del testador pueden los acreedores reconvenir á sus herederos para el pago de las deudas.

(*f*) Ley citada. (*g*) Ley 11, tit. 6, P. 6.

gar. = 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 condiciones, una de las cuales fue que celebrado el remate se habia de aprobar; y mediante á que habiéndose hecho saber éste á todos los interesados, ninguno se ha opuesto ni dicho cosa alguna contra él, sin embargo de haber pasado el término en que debieron hacerlo, les acuso la rebeldía, y = A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia aprobar el citado remate, mandando que el presente escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí dicha casa, para lo que se notifique y apremie al deudor presente sus títulos en su oficio; y que aprobada que sea, se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto á depositar lo que resultare líquido en la parte ó persona que V. señale: pido justicia, y para ello &c.

Auto de aprobacion del remate.

884 Hase por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho á favor de esta parte de la casa que refiere. El presente escribano haga liquidacion de sus cargas, y traigase, evacuada que sea; como tambien para hacerla segun corresponde, notifíquese á N. presente en su oficio los títulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo, apremiesele á su entrega. El señor D. F. &c. lo mandó &c.

385 Este auto se notifica á todos los interesados para que les conste la aprobacion del remate; y al deudor ó persona que le represente para que entregue los títulos de pertenencia, á fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subhastada, de las que de los autos seguidos y de la sucesion que resulte de los mismos títulos, se puede y convendrá hacer relacion por suposiciones para mayor claridad en la forma siguiente.

Liquidacion de las cargas de la finca vendida.

386 Cumpliendo con lo mandado en el auto de tal dia, proveido por el señor don F. corregidor de esta villa, yo F. escribano de su número con vista de estos, y de los títulos de propiedad y pertenencia de una casa propia de N. sita en tal calle, procedo á formar liquidacion y deduccion de sus cargas y demas que se deben hacer del precio en que se remató; y para su mayor claridad supongo:

En primer lugar, que la referida casa perteneció en lo antiguo siendo sitio erial, á P. quien la edificó, y por su muerte acaecida en tal dia bajo del testamento que en tal habia otorgado ante tal escribano, en el que instituyo por su único heredero á D. su hijo, recayó en este, el cual la vendió á M. por escritura otorgada en tal dia, mes y año ante F. escribano en precio de tantos mil reales, &c. (*Proseguirá la relacion de los títulos hasta el del ejecutado.*)

En segundo lugar supongo, que el citado N. impuso sobre dicha casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal á favor de P. por escritura de tantos de tal mes y año, de cuyos réditos á tres por ciento se le estan debiendo hasta el dia segun el último recibo tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente escritura censual á favor de tal capellanía en tal dia, mes y año, ante tal escribano, y de sus réditos hasta este mismo dia se le deben tantos reales.

Y últimamente supongo que con motivo de estar debiendo el espresado N. tantos mil reales á F. en virtud de escritura de obligacion que otorgó en tal dia á su favor, pidió ejecucion contra él en tal dia por ellos, la cual se despachó, y seguida por sus trámites regulares se sentenció la causa de remate, y espidió el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiéndosele requerido respondió que ni tenia dinero ni otros bienes que la citada casa, la que consentia se vendiese para hacerlo al acreedor: en cuya atencion, y precedida tasacion en tantos mil reales por peritos que éste y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el término de la ley. Pasado éste se señaló el dia tantos para su remate que se celebró con la solemnidad y pureza legal en tantos mil reales á favor de Juan de tal, vecino de esta villa, con varias condiciones, entre las cuales fue una: que se habian de bajar las cargas perpetuas, y al quitar á que estuviese afecta, y los réditos que estuviese debiendo de ellas, como tambien la alcabala que se causase por su venta, y todos los derechos judiciales, sin estar obligado á entregar ni depositar mas que lo líquido que quedase, despues de hechas todas las referidas deducciones, y posteriormente por no haber espuesto cosa alguna contra él los acreedores ni el deudor, sin embargo de habérselas comunicado, se aprobó en tal dia por el mencionado señor corregidor, mandando hacer liquidacion de ellas, la que con estas suposiciones ejecutó en la forma siguiente.

Valor de la casa subastada.

La espresada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales, como se ha espuesto, de los cuales se hacen las siguientes deducciones. . . . . 0000.

Bajas de este precio.

Se bajan del precio de dicha casa tantos mil reales, capital de un censo al quitar que el referido N. impuso sobre ella, como se ha espresado en la segunda suposicion. . . . . 0000.

Mas, tantos mil reales, importe de los réditos del espresado censo, vencidos desde tal dia hasta el presente. . . . . 0000.

Mas, tantos mil reales, capital de otro censo mencionado en dicha suposicion. . . . . 0000.

Mas, tantos por los réditos del citado censo corridos desde tal dia hasta hoy. . . . . 0000.

Mas, tantos reales á que ascienden los derechos de la alcabala que se causa por esta venta, bajados los capitales de ambos casos.. . . . . 0000.

Total de carga. . . . . 000000.
Precio de la casa. . . . 000000.

Quedan líquidos. . . . . 00000.

Importan en una suma las partidas anteriores tantos mil reales, y deducidos de los tantos mil reales en que se remató la dicha casa, quedan líquidos tantos mil, los que deberán depositar el comprador para hacer pago al ejecutante y demas interesados; en cuya conformidad concluyo esta liquidacion que he hecho segun mi inteligencia sin causar agravio alguno á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos &c.

Auto.

387 Comuníquese traslado á los interesados de la liquidacion precedente para que dentro de tercero dia espongan lo que les convenga: el señor don F. corregidor de esta villa de tal lo mando á tantos, &c.

388 Si en el acto de notificar este auto al comprador y demas interesados en la finca vendida respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda á su aprobacion, se les debe admitir la respuesta que firmarán, si saben, y sino la consentirán por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por un escrito se conformarán ú opondrán los reparos que les ocurran. Si no los tomasen ni se conformaren, les acusará la rebeldía el comprador, pasados los tres dias contados desde la última notificacion, pretendiendo se apruebe y nombre la persona en quien ha de depositar lo líquido del precio de la finca, como tambien que interin se le despacha la venta de ella, se le dé su posesion, espidiendo á este efecto el correspondiente mandamiento: á cuyo pedimento debe decir el juez: *por acusada la rebeldía: autos, citadas las partes*; y pasados otros tres dias despues de la última citacion con este auto proveerá el siguiente.

Auto en que se aprueba la liquidacion y manda dar posesion de la finca al comprador.

389 En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor don F. corregidor de ella, habiendo visto estos autos y la liquidacion de cargas de la casa que se espresa en ellos, ejecutada por el presente escribano, dijo: que mediante no haber espuesto cosa alguna contra ella los interesados la debia aprobar, y aprueba en todo y por todo condenándolos á que pasen por su contenido, y mandando que Juan de tal, en quien se remató dicha casa, deposite en poder de Francisco los tantos mil reales que resulta debe desembolsar, para completar el precio de su remate, con cuyo depósito declara haber hecho todo el pago, dándole por libre de su responsabilidad; y hecho, interin se formaliza la escritura de venta competente se le aposesione de la casa, espidiéndose á este fin el correspondiente mandamiento; y por este su auto asi lo proveyo y firmo.

390 Este auto tiene fuerza de difinitivo sobre el punto de que habla, por lo que es apelable, y antes de proceder á hacer el deposito conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada en los términos esplicados en el cap. 1. de este libro, nn. 553 y sig. lo cual no será necesario si se conforman con la liquidacion, porque entonces recae la aprobacion sobre su conformidad, y se debe espresar en el mismo auto. Omito estender el deposito, por haberle estendido en la I. P. cap. 17. núm. 14, como tambien la posesion, por estarlo en dicha I. P. cap. 9 n. 558, adonde remito al principiante, y solo prevengo que este depósito se estien-

de en los mismos autos sin necesidad de hacer protocolo de él, y debe insertarse en la escritura de venta para que conste en ella el pago.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida.

391 Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos, dad á Juan de tal, vecino de ella, ó á quien tuviere poder suyo, la posesion real, actual, corporal, ó cuasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, que para hacer pago á sus acreedores se vendió en virtud de providencias mias en pública subasta, y remató en el espresado Juan, á quien en consecuencia de haber depositado su valor líquido, deducidas cargas, corresponde su goce y aprovechamiento desde tal dia en que hizo el depósito, en cuya atencion amparadle y defendedle en ella sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision y de cincuenta mil maravedís para la real cámara á quien se la perturbe; y asimismo requerid á los inquilinos declaren lo que pagan por sus viviendas, exhibiendo cada uno su último recibo, y que lo que desde el citado dia tantos se ha devengado y devengare lo entreguen al referido Juan, ó á quien le represente, y no á otra persona alguna, pena de volverlo á pagar. Fecho en tal parte, á tantos. D. F. = Por su mandado.=F.

392 Con este mandamiento pasan el alguacil y escribano acompañados del comprador á darle posesion y requerir á los inquilinos, como se ordena en él, poniendo á su continuacion todas las diligencias y entregándoselas originales para que le sirvan de título de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen; y si los inquilinos piden testimonio de su requerimiento, se lo deba dar el escribano con la relacion competente, que por ser cosa muy fácil y evitar prolixidad omito estender. Muchas veces antes ó despues de tomar la posesion el comprador suele ceder el remate á favor de otro con arreglo á lo estipulado en su postura, y otras veces despachada ya á su favor la venta judicial declara que hizo la compra con dinero ageno, espresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si asi se pactó. La cesion del remate y declaracion se estiende de esta suerte.

Cesion del remate de la casa comprada.

393 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Juan de tal, vecino de ella, dijo: que con motivo de estarse subastando judicialmente por mi oficio una casa sita en tal calle, propia de N. para hacer pago á sus acreedores, hizo postura en ella, que se le admitió en tantos mil reales con varias condiciones, entre las cuales fue una que habia de poder ceder el remate á la persona que quisiese, y despacharse en cabeza de ésta la venta judicial; y señalado dia para él se celebró en el otorgante como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales, que efectivamente depositó; y en su consecuencia se le dió la posesion de la citada casa, como resulta mas difusamente de los autos obrados, á que se remite; y mediante haber hecho la postura y practicado todo lo demas por encargo y con dinero de P. desde luego, para que siempre conste, otorga, confiesa y declara que la postura que hizo en tantos mil reales á la casa referida,

y el depósito de tantos mil líquidos, y todo lo demas que ha hecho en estos autos fue con órden espresa y caudal propio de P. y que por consiguiente ningun derecho le corresponde á ella; pero que si por haber prestado su nombre y practicado todo lo dicho adquirio alguno, desde ahora para siempre se desapodera y aparta de él, cediéndole y traspasándole enteramente en el referido P.; quiere que la posesion que se le ha dado se estime haberla tomado en su nombre y como su mandatario; y suplica al señor juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion y con insercion de ella se sirva otorgar y despachar en cabeza y á favor del espresado P. y de sus herederos y sucesores la correspondiente venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio le pertenece en posesion y propiedad. Ademas, promete tener por firme, y no revocar ni reclamar con pretesto alguno esta declaracion ni cesion; y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial ni estrajudicialmente, consiente se le condene en costas, como á quien pretende lo que por ningun título le corresponde. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obliga sus bienes muebles y raices, &c. (*Aqui las cláusulas generales.*)

394 Con copia de esta escritura ha de acudir el cesionario al juez presentándola, y pretendiendo por pedimento que á consecuencia de lo que resulta de ella, despache á su favor la venta, y mande entregarle todos los títulos de pertenencia de la finca comprada, á lo cual debe deferir. En la venta no solo deben relacionar por mayor los autos seguidos, sino tambien sacar copia testimoniada de ellos, y unirla á su protocolo para documentarla, pues no conviene se protocolicen los originales, porque puede suceder que con el tiempo los pida algun acreedor, y si estan protocolados no se le podrán entregar. La venta es lo mismo que otra cualquiera en sus cláusulas y firmezas, fuera de su introduccion y conclusion que por haberse puesto en el §. fin. capítulo 9, P. I. y evitar repeticion, se omite estender aqui. Las propias cláusulas en cuanto á lo dispositivo debe contener cualquiera escritura de cesion de venta estrajudicial de cosa comprada con dinero de otro y para éste, escepto que no se ha de hablar de remate ni autos, porque no los hay. Despues de otorgada la venta ó antes pueden ocurrir el ejecutante y demas interesados á pedir libramiento para el cobro de sus créditos; el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se estiende en la forma siguiente.

Libramiento para hacer pago a un acreedor.

395 Don F. corregidor de esta villa de tal, &c. Francisco de tal, en cuyo poder se halla depositado el precio liquido de una casa propia de N. sita en tal calle, que se vendió en virtud de providencias mias para hacer pago á sus acreedores luego que sea requerido con este libramiento, dará y pagará á F. tantos reales que por tal escritura (*ó lo que sea*) parece se le estan debiendo, con el cual, y con recibo* ó 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; pues por auto da este dia asi lo tengo mandado. Fecho en esta villa, á tantos, &c. Don F. = Por su mandado. = F.

396 Con arreglo á este libramiento se pueden estender todos los que

ocurran, mudando solamente la cantidad y persona, y se entregarán originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. El libramiento que se despache en concurso ú ocurrencia de acreedores ha de contener la circunstancia que el que estenderé para modelo en el cap. 3 de este libro.

Pedimento para que se adjudiquen en pago al acreedor los bienes ejecutados.

397 F. vecino de esta villa, en los autos ejecutivos contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de tal cosa, ante V. como mas haya lugar = digo: que por la referida cantidad, su décima y costas se despachó mandamiento de ejecucion que se trabó en una casa suya, sita en tal calle, y seguida la causa por los trámites regulares se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago, despues de la cual por no haberla satisfecho se mandó tasar y vender dicha casa, que se ha estado pregonando por el término legal y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura á ella. Y mediante que la tasacion de la casa es de tantos mil reales, y mi crédito, inclusas las costas que se me causaron hasta aqui, asciende á tantos, me allano desde luego á recibirla en parte de pago por la cantidad que deducidas cargas perpetuas y al quitar con sus réditos y los demas gastos judiciales que hayan hecho y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho, para que pueda repetir por el residuo contra cualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N. hasta el total reintegro de mi crédito: en cuya atencion = Á V. suplico se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente escribano haga liquidacion de las cargas que tenga la casa, y por lo que resultare líquido adjudicármela en parte de pago de mi crédito, despachando á mi favor la escritura de adjudicacion correspondiente con entrega de su copia y de todos los títulos de su pertenencia, y reservándome mi derecho para usar de él por el resto de mi crédito contra el referido N. y sus bienes: pido justicia, y para ello, &c.

398 Este pedimento se da asi cuando la finca ejecutada tiene cargas, pues no teniéndolas es superfluo pedir se haga liquidacion; y caso que las tenga se manda que el escribano originario la evacue, despues se comunica al deudor y acreedor ó acreedores, y aprobada como la anterior se provee el siguiente

Auto de adjudicacion en pago de cosa raiz.

399 En tal villa, á tantos, &c. el señor don F. corregidor de ella, en vista de lo pretendido por F. dijo: que mediante haberse pregonado por los términos del derecho y mucho mas la casa propia de N. sita en tal calle, sin que nadie compareciese á hacer postura á ella, y por esta razon allanarse el citado F. á recibirla por lo líquido que quede de su valor, bajadas cargas, se le adjudicaba y adjudicó en posesion y propiedad para siempre por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente escribano resulta quedar del valor que se le dió en la tasa: cuya adjudicacion le hace en parte de pago de tantos mil reales que importa la deuda, porque se espidió contra el referido N. la ejecucion, su décima y

costas, mandando que se despache á su favor la correspondiente escritura de adjudicacion, insertándose en ella lo necesario: que se le dé la posesion de la casa y se la entreguen los títulos de su pertenencia, requiriendo á sus inquilinos pongan en su poder los alquileres vencidos hasta tal dia, (*que será el de la fecha de la liquidacion*) y que se vencieren en lo sucesivo como á dueño y poseedor legítimo. Y por lo respectivo á los tantos mil reales en que N. queda en descubierto, se le reserva á F. su derecho para que use de él como y contra quien le convenga. Por este su auto asi lo mandó y firmo. Don F. &c.

400 En la liquidacion que se haga de cargas se deben incluir por aumento de caudal del deudor los alquileres ó arrendamientos de la finca ejecutada que se adjudica en pago, hasta el dia en que se concluye la liquidacion; y si se vende, hasta el en que el comprador en quien se remitó deposita el precio, pues desde entonces deben corresponderle, porque cumplió con cuanto estaba de su parte, y no es justo que se halle privado de dinero, de la finca y de los frutos. Y en caso que la finca ó bienes raices adjudicados esten en otra jurisdiccion, se ha de espedir requisitoria á sus justicias para que le den la posesion de ellos, previniéndose asi en el auto de adjudicacion.

Auto de adjudicacion en pago de bienes muebles.

401 Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes embargados á N y depositados en tantos de este mes, á consecuencia del mandamiento de ejecucion despachado contra él por tanta cantidad, su décima y costas, á instancia de P. su acreedor, sin que haya habido quien diese por ellos su justo precio; y allanarse asimismo dicho P. á tomarlos por su tasa, que importa tantos reales, se le adjudican por estos en cuenta y parte de pago de su crédito Requiérase á B. depositario de ellos, se los entregue, por lo cual se le declara por libre del depósito que constituyo en tal dia ante tal escribano; y para título legítimo dése al espresado P. testimonio de este auto, con espresion individual de los bienes, sus precios y demas concurrente, reservándole su derecho para que por el residuo de su crédito use de él como y contra quien le convenga. El señor don F. coregidor de esta villa de tal lo mandó &c.

402 Como sucede algunas veces que la cantidad porque se despacha la ejecucion no es muy cuantiosa, y sea menor inconveniente que el acreedor espere algun tiempo para reintegrarse de su crédito, que el que se haga al deudor la estorsion y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda u otros bienes raices, pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos, que viene á ser posesion del derecho de percibir sus frutos y rentas hasta hacerse pago, sin exigir décima ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerle nadie debe apremiarle; en cuyo caso defiere el juez á su solicitud, con calidad de que lleve cuenta, asi de lo que perciba, como de lo que pague, y gaste en obras y reparos para la utilidad y conservacion de los bienes, á fin de darla siempre que se la pida su deudor; y que á este efecto se requiera á los inquilinos y colonos le entreguen los alquileres y arrendamientos que esten debiendo y debieren, librándose el correspondiente mandamiento, el cual, y el auto que debe precederle, se estienden en la forma siguiente.

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor.

403 En atencion á lo que esta parte espone, désele la posesion prendaria de los bienes que espresa para que con su producto se reintegre de tantos reales, importe del principal y costas, porque se sentenció esta causa de remate; con condicion de llevar cuenta de lo que perciba y gaste en utilidad y conservacion de dichos bienes, siempre que se le pida y mande, á cuyo efecto líbrese el correspondiente mandamiento, con el que se requiera á sus inquilinos y colonos le entreguen lo que deban y debieren en adelante. El señor don F. corregidor, &c.

Mandamiento de posesion prendaria.

404 Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos, dad á F. la posesion real, corporal ó cuasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, para que la goce por derecho de prenda, percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal y costas procesales, porque di sentencia de remate, y espedí mandamiento de pago en tal dia contra el citado N.: amparadle y defendedle en ella imponiendo pena de prision y de tantos mil maravedís para la real cámara, al que se le perturbe, y requiriendo á los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que esten debiendo y se devengaren en adelante; pues por mi auto de este dia, asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte, á tantos de tal mes y año. D. F.= Por su mandado =F.

Requisitoria para ejecutar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la ejecucion, y citarle de remate.

405 Don F. corregidor de esta villa de tal: hago saber, que ante mí y por el oficio del presente escribano del número se dió pedimento en tal dia por parte de Juan de tal, vecino de esta villa, acompañado de una escritura de obligacion (*ó de lo que sea*) otorgada á su favor por N en ella á tantos de tal mes y año ante tal escribano, esponiendo que el citado N. le debia tantos mil reales por tal causa, los cuales se habia obligado á satisfacer y poner en su casa en tal dia, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza; y que sin embargo de haberse pasado el término estipulado en ella y mucho mas, no solo no se los habia pagado, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que á este fin le habia escrito en tal dia: en cuya atencion, en la de que le hacía suma falta la referida cantidad, y en la de estar sometido especialmente á mi juzgado el deudor por la espresada escritura, concluyo con la pretension de que por lo que resultaba de ella despachase ejecucion contra su persona y bienes por medio de requisitoria, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas; á cuya solicitud defería, y el tenor de la escritura, pedimento y auto que proveí á él es el siguiente. (*Aquí se ha de insertar lo relacionado en párrafo á parte, y luego proseguirá la requisitoria.*)

Concuerdan la escritura, pedimento y autos insertos con sus originales que se hallan en el oficio del infrascripto escribano, á que me

remito; y para que tenga efecto mi proveido, espido la presente, por la cual de parte de S. M. y en virtud de la jurisdiccion que en su real nombre ejerzo, exorto y requiero á los referidos señores jueces, y de la mia pido y encargo que presentándosela cualquiera persona en nombre del citado Juan de tal, sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante escribano y en forma se haga ejecucion en la persona y bienes del dicho N. por los tantos mil reales espresados en la citada escritura, y por su décima, costas y salarios: que la ejecucion se trabe y amplie en bienes muebles, y no siendo suficientes, ó por su defecto en raices que se depositen por cuenta y riesgo de esa justicia en persona lega, llana y abonada con sumision á mi juzgado: que no los teniendo, ó aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure y ponga preso en la cárcel de esa villa, en la que subsista hasta que yo provea otra cosa: que asimismo se le notifique en su persona, pudiendo ser habido, el estado de esta ejecucion, apercibiéndole que si dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se haga la notificacion, la cual se espresará en la diligencia, no pagáre los tantos mil reales, satisfará ademas la décima parte de ellos: que igualmente se le requiera, si da por dados los pregones que manda la ley, ó los renuncia y quiere gozar de su término, y que renunciándolos se den en esa villa en dias útiles, y fijen cédulas en los parages públicos de ella: que pasado el término se le cite de remate, ó por su ausencia ú ocultacion á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dejándole memoria por escrito y apercibiéndole tambien en ella que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion, no compareciere por sí ó por su procurador con poder bastante á mostrar paga, quita ú otra escepcion legítima que impida el remate de los bienes ejecutados, sin mas citacion ni interpretacion, procederé á sentenciar la causa y á lo demas á que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio como si se substanciáran los autos con su persona; y finalmente, que evacuado todo lo manden entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la devuelva á mi juzgado, y en su vista provea justicia; pues en hacerlo asi la administrarán dichos señores jueces, y yo corresponderé, como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año. D. F. = Por su mandado = F.

Requisitoria de pago para vender bienes que se hallan en otra jurisdiccion.

406 Don F. corregidor, &c. Hago ssber, &c. que en mi juzgado y por el oficio del infrascripto escribano del número penden autos ejecutivos á instancia de Juan de tal contra Francisco de tal, vecinos de esta villa, sobre la satisfaccion de tantos mil reales de principal, su décima y costas, debidos por tal causa, habiendo tenido principio dichos autos en tal dia de tal mes de este año, por pedimento que dió el primero con presentacion de una escritura otorgada á favor de éste en tal dia ante tal escribano por el citado Francisco, espresando que le estaba debiendo los referidos tantos mil reales: que sin embargo de haberse pasado el plazo pactado en la escritura, y de habérselos pedido repetidas

veces, no habia podido conseguir su cobro; y que para conseguirle se veia precisado por la misma falta que le hacian á usar de los medios judiciales; en cuya atencion concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la escritura despachase ejecucion contra la persona y bienes de dicho Francisco por los mencionados tantos mil reales, su décima y costas causadas y que se causasen hasta su efectivo reintegro, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimos y justos pagos. Yo deferí á esta solicitud, y en virtud de mandamiento de ejecucion que despaché, se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, se le citó de remate á su tiempo, y habiéndose opuesto á ella, encargué á ambas partes los diez dias de la ley, en los cuales aunque el ejecutado tomó los autos, no hizo ninguna prueba, por lo que á instancia del ejecutante, y vistos por mí los sentencié de remate, mandando continuar la ejecucion, vender los bienes ejecutados, y hacer con ellos y su valor entero pago de los tantos mil reales, su décima y costas causadas y que se causáran hasta que se efectuase, con tal que diese la fianza de la ley de Toledo, como la dió en efecto; y en su consecuencia, precedida su tasa, que ascendió á tantos reales, espedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirió; y por no haber satisfecho incontinenti el débito se le vendieron los bienes muebles ejecutados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este estado ocurrió el autor en tal dia refiriendo lo que se ha espuesto, y pretendiendo se procediese contra la persona del ejecutado para que le reintegrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, y habiéndolo mandado yo asi, al requerimiento que se le hizo, dijo que poseia en esa villa tales bienes raices, los cuales consentia se vendiesen en pública subasta, y que sus títulos se hallaban en poder de Fulano su administrador. En vista de esta respuesta pidió el acreedor librase el competente despacho para su venta, á lo cual condescendí, mandando se notificase á él y al ejecutado, nombrasen peritos para su valuacion, con apercibimiento de que se nombrarian de oficio; á cuya notificacion respondió éste que se entendiesen todas las diligencias con su administrador, y aquel que se conformaba con lo que esa justicia practicase, segun resulta todo mas por estenso de la escritura, pedimentos, autos, sentencia y demas diligencias espresadas, cuyo tenor por su orden es el siguiente. (*Aqui se insertará lo relacionado en párrafo á parte.*)

Y para que lo mandado en mi sentencia y proveidos posteriores tenga debido efecto, espido la presente, por la cual, de parte de S. M. y en virtud de la jurisdiccion que en su Real nombre ejerzo, les exhorto y requiero, y de la mia les pido y encargo, que presentándosela cualquiera persona en nombre del espresado Juan de tal, sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su consecuencia, que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del ejecutado y demas que declare su administrador F. por perito que éste nombre, y por el que se elija de oficio, se saquen á pública subasta, pregonándose y fijándose cédulas en los parages públicos de esa villa por los términos del derecho, admitiendo con arreglo á éste para evitar lesion y nulidad de las posturas y mejoras que se hagan en todos los bienes ó en cada finca, celebrando á su tiempo el remate en el mayor postor ó postores, aposesionando y entregando los títulos de ellos á los compradores, despachando la ven-

instituido bajo de condicion, no puede aceptarla hasta que esta se verifique (*a*).

7 Tambien puede repudiarla verbalmente ó por escrito antes de entrar en ella; pero no demandarla ni percibirla despues de renunciada, escepto que sea menor, ni desecharla despues de aceptada; y si hay dos herederos estraños, y uno acepta su parte y otro no, debe aquel aceptarla, ó renunciarla enteramente, y no se le ha de admitir la aceptacion de su parte sola (*b*). Si el heredero es descendiente del difunto, puede recuperar la herencia, aunque la haya admitido, dentro de los tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enagenados, pues si lo están, solo podrá en caso de ser menor (*c*).

§. IX.

De las mandas.

159 La manda ó legado *es una especie de donacion que se hace en testamento ó en otra disposicion última*; y legatario *es el nombrado para su percibo* (*d*). Puede legar el que puede testar, y ser legatario el que puede ser heredero, bastando que sea capaz al tiempo de la muerte del testador, aunque no lo sea al tiempo de hacerse el legado (*e*). Por tanto no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el Rey ó el estado, pero se esceptuan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras de Rey, a quienes aunque incapaces de ser herederos les permite obtener legados (*f*). Ademas si el testador deja alguna manda al que nombra por tutor de sus hijos, la perderá sino acepta este encargo (g).

160 Las mandas se dividen en *forzosas y voluntarias*. De las forzosas traté en el n. 32. Las voluntarias son las que dependen de la liberalidad del testador; y de estas unas son *genéricas* y otras *especificas*; las genéricas son las que se designan con nombres comunes ó apelativos, v. gr. un caballo, una mula sin mas espresion; ó las de aquellas cosas que se cuentan, miden ó pesan (*): las especificas son las que se designan con los nombres propios de las cosas legadas, ó con-

(*a*) Ley 14, tit. 6. P. 6. (*b*) Ley 18, tit 6, P. 6. (*c*) Ley fin. tit. 6, P. 6. (*d*) Ley 9 tit. 9 y 1 P. 6. (*e*) Ley 1, t. 9, P. 6. (*f*) Leyes 4, tit. 3, P. 6, y 1. 2 P. 6. (*g*) Ley 17, tit. 7. P. 6.

(*) Sobre estas mandas especificas ó legados en género me parece conveniente insertar la ley 23, t. 9 cit. »Generalmente mandando al facedor del testamento un

ta ó ventas correspondientes, del mismo modo que yo lo practicaria, y depositando el producto líquido, bajadas cargas y costas que ahi se originen en persona lega, llana y abonada, con sumision á mi juzgado; y evacuado todo é insertado en la escritura ó escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria y diligencias que se practiquen en su virtud, la devolvéran con ellas al portador para unirlo todo á estos autos, donde deben parar, y proveer en su vista lo conveniente, pues en hacerlo asi administrarán justicia dichos señores jueces, y yo corresponderé, como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal, &c.

Requisitoria de pago contra un deudor vecino de pueblo diverso de el del juicio.

407 Don F. corregidor, &c. Hago saber á los señores jueces y justicias de tal villa, que ya les consta que en tal dia por parte de Juan de tal, vecino de ésta, con presentacion de una escritura de obligacion otorgada en ella en tal dia, mes y año, ante F. escribano, por N. que lo es de esa, con sumision especial á mi juzgado, se dió pedimento esponiendo que el mencionado N. estaba debiéndole tantos mil reales por tal causa, los cuales se habia obligado á satisfacerle, y poner en su casa y poder tal dia: que sin embargo de haber pasado el término estipulado en ella y mucho mas, no solo se los habia satisfecho, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que en tal dia le habia escrito á este fin; que en atencion á esto, y á hacerle suma falta la referida cantidad solicitaba que despachase requisitoria de ejecucion contra la persona y bienes del espresado N. por dicha cantidad, su décima y costas; y que con efecto la espedí, y cumplimentada por vmdes. se trabó y amplió la ejecucion en varios muebles y raices del citado N. que se secuestraron y depositaron en P. vecino de esa villa, con sumision á mi juzgado: se notificó el estado de la ejecucion al ejecutado, quien renunció los pregones con protesta de gozar de su término; y pasado éste se le citó de remate, apercibiéndole que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion no comparecia por sí ó por su procurador con poder suficiente á mostrar paga, quita ó razon legítima que impidiese el remate, procederia á sentenciar la causa, y á lo demas á que hubiese lugar en derecho, como todo lo acreditan la requisitoria de ejecucion y diligencias practicadas en su virtud ante F. escribano del número de esta villa que se hallan en el oficio del presente. Despues con motivo de haber espirado el término prefinido al ejecutado para comparecer y no haberlo hecho, solicitó el ejecutante sentenciára la causa de remate, y que precedida tasacion de costas librase la correspondiente requisitoria de pago, á cuya consecuencia llamados y vistos los autos, por sentencia que pronuncé en tal dia, mandé continuar la ejecucion, y hacer trance y remate de los bienes ejecutados, y que con ellos ó su valor se le reintegrase del principal, décima y costas, dando la fianza prevenida por la ley de Toledo, como todo se acredita con los pedimentos, auto, sentencia y diligencias practicadas que por su órden dicen asi: (*Aqui se inserta en párrafo aparte todo lo relacionado.*)

Y para que la sentencia de remate inserta se ejecute, de parte de S. M. en cuyo real nombre administro justicia, exorto y requiero á los referi-

dos señores jueces, y de la mia les pido y encargo que presentándoles esta requisitoria cualquier persona en nombre del mencionado Juan de tal, sin pedirle poder ni otro recado la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante escribano y en forma se requiera al citado N. le dé y pague incontinenti, ó á quien le represente y tenga su accion, los tantos mil reales porque pidio y se despachó la ejecucion, con mas tantos de costas procesales causadas hasta aqui, y las que se causaren, como asimismo la décima correspondiente: que no cumpliéndolo asi, le saquen y vendan todos los bienes ejecutados, requiriendo y apremiando á F. á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia y va inserto, los manifieste y entregue: que entregados se tasen y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematándolos en el mayor postor, y haciendo con su valor el referido pago: que no alcanzando se le saquen y vendan asimismo todos los demas precisos, hasta que se haga enteramente: que se aposesione de ellos á los compradores, otorgando á su favor la correspondiente escritura ó escrituras de venta en que se inserte lo conducente para documentarlas, entregándoles los títulos de pertenencia de los raices, y procediendo en todo conforme á derecho; y finalmente, que evacuado todo lo manden entregar original con esta requisitoria á la persona que la presentare, para que lo traiga ante mi; pues con hacerlo asi administrán justicia, y yo corresponderé, como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha, &c.

Suplicatoria á tribunal superior para hacer un embargo.

M. P. S.

408 Don F. corregidor de esta villa de tal, digo: que ante mí y el infrascripto escribano del número se siguen autos ejecutivos á instancia de P. contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales que le prestó, segun consta de escritura que formalizó á su favor en tal dia ante tal escribano, cuya presentacion pretendió P. se despachára, como despaché, ejecucion contra los bienes del citado N. por los tantos mil reales de principal, su décima y costas, la cual se trabó en efecto, y despues se notificó su estado al deudor, y con noticia que tuvo el acreedor de pertenecer á éste un juro de tanta cantidad de principal y tanta de renta anual, situado en tales rentas al número tantos en cabeza de F. solicitó se ampliase la ejecucion. y embargase el citado juro, despachándose para ello la competente suplicatoria á V. A. á cuya solicitud deferí, como resulta de la escritura, pedimento y auto de ejecucion, traba, pedimento y auto de ampliacion, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aquí se inserta lo relacionado en párrafo á parte.*)

Y para que el pretendido embargo tenga efecto, suplico á V. A. le mande hacer en el espresado juro de tantos maravedís de renta anual situado en tales rentas y cabeza de F., y que no se entreguen las vencidas y que se vencieren de él al citado N. ni á otra persona, hasta que yo provea otra cosa, poniéndose en los libros de la contaduría de juros y demas partes donde convenga, las notas competentes, y dándose al acreedor la certificacion correspondiente, pues con mandarlo asi V. A. administrará justicia, y yo recibiré merced. Dada en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año. D. F.= Ante mi = Fulano.

400 Con arreglo á esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrez-

can, asi para embargo, como para otra cualquiera cosa, ya se dirija á tribunal supremo, ya á persona de alta dignidad, como un capitan general, dándoles el tratamiento que tengan. Pero es de advertir que el juez por política debe echar su firma bastante separada de la última línea, y el escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí*, y no *por su mandado* como en las requisitorias ó exhortos. Tambien es de advertir que la certificacion de embargo que se dé al acreedor la ha de presentar en los autos ejecutivos para que conste, porque la suplicatoria se queda en la contaduría (*).

(*) Como casi nada nos dice Febrero de las suplicatorias, y nada absolutamente habla de las provisiones ausiliatorias, para que los lectores puedan tener la instruccion necesaria acerca de unas y otras, se estractará en este lugar lo que el señor Elizondo nos dice sobre ellas (a), y le enseñó su grande esperiencia en los negocios forenses, asi desempeñando su profesion de abogado en esta córte, como ejerciendo las fiscalías civil y criminal en la chancillería de Granada.

Entre tribunales superiores separados y distintos no puede uno introducirse á querer juzgar, mandar ó establecer algo en el distrito del otro, ó hablar con él por provisiones ó por palabras preceptivas de imperio ó inhibicion, contentándose cada chancillería ó audiencia con el territorio que les esté demarcado por las leyes y cédulas de su ereccion; de modo que uno de los escritores mas recomendables de la Práctica de Francia enseña no pueda un tribunal superior mandar á otro, ni rescindir lo que en él se obrare ó juzgare; pues ocurriendo caso en que mutuamente necesite de ausilio, se ha de pedir por cartas suplicatorias, sino es que por algun título ó respeto particular la una audiencia se halle superior á la otra."

"La observacion que hemos hecho en los casos que han ocurrido en el nuestro (tribunal) nos ha enseñado uno de los medios para hacerse espeditas las espresiones de él en diverso territorio sujeto á diferente chancillería ó audiencia, y son: uno, dirigirse por la mano fiscal á los señores ministros, sus compañeros, la provision ó despacho en aquella, aunque sean de América, de que tenemos un reciente ejemplar por lo que hace á la de Méjico, para que los fiscales respectivos soliciten su ausiliatoria, como lo notamos en varios casos de chancillería á chancillería, y de las audiencias de Sevilla y Zaragoza á nuestro tribunal; y el otro medio es comunicarse certificacion o testimonio de lo que se solicita y decreta por oficio del que preside la Sala al señor Presidente ó Regente de la chancillería ó audiencia correspondientes, el cual lo devuelve todo cumplido y ejecutado con otro oficio, uniéndose á la causa ó autos de que dimanen, donde queda copia de que se paso anteriormente, segun lo hemos visto inconcusamente practicar en las Salas civiles y del crímen de esta chancillería."

"Cuando por alguna de ellas se necesitan ó autos ó testimonios de los que penden en otras de nuestro tribunal, se piden igualmente por oficio del ministro que preside la que los necesita, á aquel de la Sala donde se hallan radicados, en la cual se manda pasar al fiscal de S. M. y con audiencia instructiva de éste y de las partes, ó se concede ó deniega, contestándose siempre la resolucion por medio de otro oficio, bien para accederse á la denegacion ó para formar la competencia, cuando por defecto hubiese lugar á ella."

(a) Práct. univ. for. tom. 6, part. 1, cap. 11.

"Hasta nuestro tiempo cuando se necesitaban documentos en esta chancillería que obraban en el Consejo, pasaba receptor con provision que se entendia con el escribano de Cámara de aquel Supremo tribunal donde pendian; pero hoy por resolucion del Consejo comunicada por punto general se halla mandado cese la salida de receptor á aquel fin; y si las partes estimasen necesarios algunos documentos ó testimonios ocurran á aquella superioridad en solicitud."

"Tratadas ya hasta aqui las ocurrencias de necesitar un tribunal superior cualesquiera papeles que obren en otro, pasamos á significar que si la necesidad fuese del inferior ordinario ó delegado con sujecion ó sin ella á las chancillerías ó audiencias, debe siempre solicitarlos por suplicatoria, bien sea secular ó eclesiástico aquel, la cual se presenta en la Sala donde toca; y oyéndose al fiscal de S. M. se manda cumplir viniendo conforme á estilo, que es en forma de peticion, principiando por el nombre del juez que ha de firmarla, bien separado de la última línea, poniendo el escribano al final de la llana el *Ante mí*: en cuyos términos siempre recae el decreto ordinario: *cúmplase viniendo en forma*: ejecutándose lo mismo en las consultas que se hacen por las justicias inferiores sobre cualesquiera negocios á las Salas civiles ó del crimen, de que tenemos infinitos egemplares, habiendo reconocido igual práctica durante nuestra profesion de abogado en Madrid con los señores alcaldes de córte en sus provincias y tenientes de villa respecto de cualesquiera Consejos, juntas y tribunales, y de la Comisaría general de Cruzada."

"Descendemos con estas noticias á tratar de las provisiones ausiliatorias que libran el Consejo y tribunales superiores del reino á las justicias inferiores para la ejecucion de sus autos, providencias y exhortos requistorios que entre otras iguales, significando ante todas cosas, despacha la Sala de justicia del Consejo aquellas, esceptuándose únicamente las que se libran por los juzgados de provincia y teniente de corregidor de Madrid que corresponden á la Sala de Provincia."

"En nuestra chancillería son repetidas las requisitorias de juez á juez inferior é igual, de eclesiastico á secular, y de ordinario á delegado que se presentan, pidiendo la ausiliatoria correspondiente para su ejecucion y cumplimiento en los pueblos del territorio con asignacion de alguna multa en caso de cualesquiera infundada resistencia, cuyos decretos siempre se espiden con audiencia é intervencion fiscal."

"Cuando las justicias inferiores, ó las curias eclesiásticas, ó las partes aspiran á hacer efectivas las requisitorias, y evitar el temor de que ó se retengan estas ó deniegue su cumplimiento por los jueces exhortados, y que ejercen la jurisdiccion real y ordinaria, ocurren las primeras por medio de suplicatoria y los interesados por pedimento á las Salas civiles ó del crimen, segun la naturaleza de la controversia, solicitando se les despache provision ausiliatoria, para que los jueces á quienes se dirigen las requisitorias den llano cumplimiento á ellas bajo cierta multa arbitraria en el tribunal por quien se acostumbran siempre pasar estos espedientes al oficio fiscal, mediante cuya audiencia ó se concede ó deniega la ausiliatoria sin embargo de suplicacion."

"Por los principios y motivos en que se afianza el ausilio, se reconoce, lo primero, debe impetrarse y no imperativamente pedirse: lo segundo, que ha de ser con justa y legítima causa: lo tercero, que ha de ce-

BIBLIOTECA DE SANTIAGO

ñirse al territorio donde se exija, ya por el juez ordinario, ó ya por el delegado para hacer espedita su jurisdiccion, pues el acto de prestarse es uno de los propios y característicos de la jurisdiccion contenciosa; y lo cuarto que para comunicarse el auxilio ha de fundar y acreditar el que le implora los estremos de jurisdiccion y justicia de aquello que prescribió y pretende ejecutar por medio de la auxiliatoria, ya sea en el principio del pleito, en su progreso ó resolucion, existiendo á este fin copia en bastante forma de los autos.»

»Sobre estas reglas tan necesarias que ninguna de ellas admite dispensa, deben prolijamente fijarse las consideraciones asi de los fiscales de S. M. como de cualesquiera magistrados reales para consentir ó denegar las auxiliatorias, no siendo faciles en acceder á éstas, que si una vez libradas deben surtir todos sus efectos, exigen por lo mismo la mas escrupulosa meditacion para despacharlas, sin dar lugar á contiendas multiplicadas entre los vasallos ni á excitar competencias que ceden por lo comun en desaire de las jurisdicciones.»

»A toda instancia de esta clase debe acompañar una justificacion bastante de la jurisdiccion del juez que la promueve, y si fuese delegado aunque superior, un testimonio literal de su comision para medir por esta su facultad en el caso contra la persona ó bienes á que se dirige el auxilio, segun lo espusimos en nuestra chancillería y se acordó por ésta en un caso muy grave traido á ella con aquel motivo.

»Fundada ya la jurisdiccion del juez que pide la auxiliatoria, ha de examinarse, si el tribunal donde la solicita, se halla con inhibicion especial de prestarla: v. gr. las Salas del crimen á los nombramientos de los cuadrilleros y comisarios de las santas hermandades, segun recientemente las está prevenido, con la particularidad de que en el caso de tener por necesario ó conveniente tomar providencias para evitar delitos y prender á los agresores pueden dar comision secreta á personas de su satisfaccion; pero sin permitirles las exenciones y privilegios que suelen llevar aquellos ministros, habiendo el Consejo en nueve de mayo de mil setecientos treinta y cinco mandado por punto general á los escribanos de Cámara (*a*) no admitiesen instancia alguna á los cuadrilleros y comisarios pidiendo auxiliatorias de sus nombramientos, y que recogieran los que estuviesen pendientes y se pusiesen en la escribanía de gobierno.»

»Acreditadas la jurisdiccion en el que pide el auxilio, y la facultad de prestarle aquel tribunal de quien se solicita, ha de examinar éste el proceso que ha de exhibirse, y si en él se guardó el órden de derecho ó inordinariamente prescribió el juez inferior el estremo que trata ejecutar, pues en cualesquiera de estas circunstancias debe denegarse el auxilio.»

»Conducido nuestro oficio fiscal de estos principios que sólida y constantemente abrazamos, espusimos sirviendo la fiscalía del crimen acerca de una auxiliatoria que pidió la Curia eclesiástica de Málaga para hacer espedita su jurisdiccion contra un lego sobre delito, en que creyó tener fundada su jurisdiccion, que aquel juez exhibiera el proceso por no venir bastantemente instruida su suplicatoria, en cuya vista espondriamos lo conveniente acerca de deferir al auxilio ó denegarle: no debiendo univocarse este medio con el de la fuerza, por ser ambos absolutamente distintos y

(*a*) Real cédula de 27 de enero de 1784.

procedentes de diverso origen que no pueden impedirse el uno al otro obrando cada cual sus respectivos efectos: esto es, la exhibicion del proceso, que el juez se cualifique y pueda ausiliársele, y el de la fuerza que de modo alguno proceda en su conocimiento con ofensa y agravio de la jurisdiccion real á quien corresponde."

"Al tiempo de escribir esta obra hemos tenido á la mano un espediente en que el visitador nombrado por el cabildo, sede vacante, de Malaga para aquel colegio eclesiástico, ocurrió á nuestra chancillería pidiendo se ausiliase su comision, sobre cuya instancia fuimos de dictámen, al que accedió la Sala en todo, usase el visitador de su derecho en el tribunal de justicia del provisor general del mismo Obispado, y en caso de negarle su ausilio le preparase los recursos de fuerza á que hubiese lugar segun la calidad y naturaleza del negocio; lo que advertimos en este capitulo por la frecuencia de iguales espedientes y el pulso con que los fiscales de S. M. deben coadyuvarlas."

El escrito que se presenta en el Consejo en Sala de provincia solicitando ausiliatorias para el cumplimiento de las requisitorias que libran los alcaldes que tienen provincia y los tenientes de corregidores de Madrid, es del tenor siguiente, segun le trae Escolano.

M. P. S.

F. en nombre de N. vecino de &c. ante V. A. parezco y = digo: que por el alcalde D. M. ó teniente D. E. se ha librado la requisitoria que exhibo, para que la justicia de &c. ó don P. haga tal cosa; y á fin de que en su cumplimiento no se ponga ningun embarazo = A V. A. suplico que habiendo por exhibida dicha requisitoria se sirva mandar espedir la provision ausiliatoria correspondiente en la forma ordinaria, como es justicia, &c.

Decreto.

Madrid &c. Despáchese (*si se concede*) la provision ausiliatoria en la forma ordinaria.

Dicha provision.

Don Cárlos. = Á vos el corregidor ó justicia de &c. salud y gracia: Sabed que N. nos ha representado.... Y visto por los de nuestro Consejo en decreto que proveyeron en &c. se acordó espedir esta nuestra carta, por la cual os mandamos que siendo requeridos con ella veais dicha requisitoria que ha librado D. M. alcalde de nuestra Casa y Corte, ó teniente corregidor de esta villa por ante &c. escribano de provincia ó de número de ella á instancia del espresado N. y la cumplais, y hagais cumplir en todo y por todo, sin contravenir á ella ni permitir que se contravenga en manera alguna, que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid, &c.

Nota sobre el papel sellado.

Los pedimentos y autos que ocurren en la via ejecutiva, se han de estender en papel del sello cuarto mayor. Los mandamientos de ejecucion y de pago que no pasen de cien ducados, en el del mismo sello, como tam-

bien los pregones, posturas y remates de los bienes ejecutados, sus tasas y demas diligencias, y si esceden de ellos, en el sello segundo, en el cual se estenderán tambien las sentencias de remate por la misma regla, ó en el del cuarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el del sello tercero, y las requisitorias de ejecucion y de pago en papel del sello segundo ó tercero, segun sea la cantidad, pero no en el del cuarto.

Pedimento de reconocimiento de vale.

F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, cuyo poder presento, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun resulta del vale que tambien presento, M. recibió prestada de mi parte tanta cantidad, obligándose al pago de ella en tal tiempo; y á fin de conseguir su cobro = A V. suplico que teniendo por presentados el poder y vale referidos, se sirva mandar que el mencionado M. bajo de juramento en forma, al que no le defiero y protesto estar solo en lo favorable, reconozca el último con las palabras de niego ó confieso conforme á la ley y bajo de su pena. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Por presentados, y como se pide.

Pedimento solicitando una declaracion para pretender con ella el pago de cierta renta anual.

F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que sin embargo de estar hoy mi parte y de haberlo estado anteriormente sus causantes en la pacífica posesion de cobrar de D. del mismo vecindario, tanta cantidad anual por tal lugar que pagaron éste y sus mayores á aquellos, habiendo solicitado mi parte le hiciese el pago de tanta cantidad por estos ó aquellos años, no ha querido satisfacerla: en cuya atencion para conseguir el debido cobro = A V. suplico que habiendo por presentado el poder se sirva mandar que el mencionado D. bajo de juramento en forma, en que no le defiero y al que protesto estar solo en lo favorable, declare al tenor de este pedimento con las palabras de niego ó confieso conforme á la ley y bajo su pena; y constando cuanto se ha espuesto, se sirva asimismo mandar despachar su mandamiento de ejecucion por la espresada cantidad, su décima y costas causadas y que se causen hasta su reintegro y efectivo pago, recibiendo á mi parte en este caso de estar negativo la correspondiente informacion que sobre todo ofrezco en la forma ordinaria. Pido justicia, costas, juro lo necesario, &c. = *Auto.* = Jure y declare como se pide.

Pedimento de ejecucion por los réditos de un censo correspondientes á los nueve años y medio últimos.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi parte, del que protesto usar en caso necesario = digo: que D. de este mismo vecindario, impuso á favor de mi parte en tantos de tal mes y año tanta cantidad de censo redimible sobre una casa suya, sita en tal calle, bajo varias condiciones, y entre ellas la de satisfacer anualmente por razon de réditos tanta cantidad correspondiente á dicho capital conforme á la última

pragmática de S. M. hipotecando especialmente para la seguridad de todo la mencionada finca, y en general todos sus bienes, de lo cual se tomó razon en los libros de hipotecas, segun acreditan la escritura de imposicion y nota puesta en ella, que asimismo presento; en cuya atencion, y en la de que compete á mi parte via ejecutiva en fuerza de aquel instrumento por tanta cantidad correspondiente á los nueve años y medio últimos = Á V. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos se sirva mandar despachar mandamiento de ejecucion contra la espresada casa como hipotecada especialmente á la cobranza del mencionado capital, y contra sus réditos por la dicha cantidad, su décima y costas causadas y que se causasen hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda y protesto recibir en cuenta los que sean legítimos. = *Auto.* = Autos.

Pedimento de ejecucion contra un tercero poseedor antes de repetir contra el deudor.

F. en nombre de N. vecino de &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun resulta del instrumento que exhibo, M. se obligó á satisfacer á mi parte en tal tiempo tanta cantidad, hipotecando tal finca con prohibicion espresa de venderla; y habiéndola no obstante vendido á P. en tanta cantidad = Á V. suplico que teniendo por presentado el poder y por exhibida dicha escritura se sirva mandar despachar mandamiento de ejecucion contra el referido P. trabándola en la mencionada finca como hipotecada especialmente por la dicha cantidad, y las costas causadas y que se causaren hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda, y protesto recibir en cuenta los que sean legítimos. = *Auto.* = Autos.

Pedimento solicitando se mejore la ejecucion.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, en los autos ejecutivos que mi parte sigue contra D. del mismo vecindario, sobre el cobro de tanta cantidad = digo: que á consecuencia del mandamiento de ejecucion que V. despachó en tantos contra el referido D. por la cantidad espresada, se hizo la traba en estos y aquellos bienes propios del mismo; y no siendo estos suficientes para el pago de aquella, su décima y costas = Á V. suplico se sirva mandar mejorar dicha ejecucion en los demas bienes y derechos del mencionado D. Pido justicia. = *Auto.* = Autos.

Pedimento de oposicion solicitando compensacion, ó intentando juntamente con ésta la reconvencion.

F. en nombre de F. en los autos ejecutivos que A. sigue contra mi parte sobre cobranza de tanta cantidad, me opongo en forma á la ejecucion despachada en ellos en tantos, y = digo: que V. en justicia (*si pide compensacion*) se ha de servir, declarando por compensada la referida cantidad con otra igual de que le es deudor á mi parte el mencionado A. segun resulta del instrumento que presento, mandarle soltar libremente de la prision en que se halla, desembargando sus bienes, pues asi es de hacer &c. (*Y si intenta reconvencion.*) Y reconviniéndole por mu-

tua peticion, ó como mas haya lugar en derecho = digo: que V. en justicia se ha de servir, declarando por cubierta la espresada cantidad, con tanta de que á mi parte le es deudor, como acredita el instrumento que presento, mandar despachar mandamiento de ejecucion contra los bienes del referido A. por la cantidad que queda de resto á favor de la mia; pues de hacer es asi por lo que resulta de autos, y ahora se espondrá; (*Se alega*). Por tanto = Á V. suplico que teniéndome por opuesto, y habiendo por presentado dicho instrumento se sirva proveer como se ha espresado en este escrito. Pido justicia y costas, juro, &c. = *Auto.* = Por opuesto, y traslado.

Pedimento de respuesta al del reo.

F. en nombre de N. en los autos ejecutivos seguidos á instancia de mi parte contra A. sobre cobranza de tanta cantidad, respondiendo al escrito de oposicion que ha presentado en tantos, de que se me ha conferido traslado, = digo: que sin embargo de lo que se espone y alega en él; V. en justicia se ha de servir mandar traer los autos, atento á ser pasados los diez dias de la ley, y en su vista sentenciarlos de remate por la cantidad porque se despachó la ejecucion, y por las costas, pues es de hacer asi por lo que acreditan los autos, y se va á esponer (*se alega*) Por tanto = Á V. suplico se sirva proveer á favor de mi parte como se espresa en la cabeza de este escrito. Pido justicia. = *Auto.* = Autos.

Pedimento de tercería de dominio.

F. en nombre de N. como tercero interesado, de cuyo perjuicio se trata, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, salgo á los autos ejecutivos seguidos á instancia de A. contra N. sobre cobranza de tanta cantidad, y = digo: que una de las fincas en que se hizo el embargo fue tal, propia de mi parte, que el referido N. tenia en arrendamiento, segun acredita el instrumento que presento; y V. en justicia se ha de servir mandar alzarle mejorando la ejecucion despachada en otros propios del mencionado N., pues asi es de hacer por lo que se espondrá. (*Se alega.*) Por tanto = Á V. suplico me admita esta tercería, y que teniendo á su consecuencia por presentado el referido instrumento, se sirva determinar, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas, y sobre la tercería formo artículo de previo y especial pronunciamiento. = *Auto.* = Autos.

Pedimento de tercería de dote.

F. en nombre de N. muger de A. como tercera interesada de cuyo perjuicio se trata, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, salgo á los autos ejecutivos seguidos á instancia de B. contra el espresado marido de mi parte sobre cobranza de tanta cantidad, y = digo: que de los bienes y efectos embargados que fueren del espresado A., V. en juiticia se ha de servir mandar hacer pago á mi parte de tanta cantidad, dote que llevó al matrimonio, segun resulta de la escritura dotal que presento, con preferencia á cuantos acreedores hayan salido y salgan á

estos autos; pues asi es de hacer, &c. (*como en el anterior*) = *Auto.* = Por admitida, y traslado.

Pedimento en que se pide restitucion contra un remate.

F. en nombre de N. en los autos ejecutivos seguidos á instancia de A. contra mi parte sobre cobranza de tanta cantidad = digo: que habiendo andado al pregon por el término legal los bienes embargados en ellos se remataron en F. como mayor postor en tanto; y mediante á que ahora nuevamente ha salido D. tratando de pujarlos en tanta cantidad, y á que compete á mi parte como hospital el amplio beneficio de la restitucion = Á V. suplico se sirva mandar se le haga saber á F. á cuyo favor se celebró el remate, que si quiere los bienes rematados en él por el tanto de esta última puja, la formalice dentro de un breve término, con apercibimiento que de no hacerlo en él se admitirá la hecha por D. Pido justicia. = *Auto.* = Como se pide.

Pedimento de nulidad de un remate.

F. en nombre de N. de esta vecindad, de quien presento poder especial, ante V. como mejor proceda de derecho = digo: que á instancia de R. se han seguido autos ejecutivos en este juzgado y por el oficio del presente escribano contra mi parte sobre el pago de tanta cantidad, para el cual, y el de su décima y costas, se le vendió en pública almoneda una casa, sita en &c. y remató en P. por diez mil reales, siendo su justo valor mas de sesenta mil; y en atencion á que éste contrato, aunque celebrado judicialmente es sobremanera perjudicial, y por lo tanto no puede prestar título á P. para el disfrute y posesion en que se halla de dicha casa, consignando en forma los espresados diez mil reales en el oficio del presente escribano = Á V. suplico que teniendo por presentado el poder, y por consignada aquella cantidad, se sirva declarar por nulos el remate y venta judicial, condenando á P. á que reciba los dichos diez mil reales, y deje libre á mi parte la casa, entregándole las rentas que ha dado y podido dar desde que está disfrutándola. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Pedimento solicitando el postor en quien se hizo el remate la venta judicial.

F. vecino de esta ciudad, ante V. como mas haya lugar = digo: que á consecuencia de habérseme hecho saber en el dia de ayer un auto proveido por V. en el mismo mandándoseme depositar en M. tanta cantidad, en que se remató á mi favor tal finca de B. despues de haber andado al pregon en el término legal, hice el depósito en dicho dia, segun resulta de los autos; y para poder yo gozar de aquella libremente, como es debido = Á V. suplico se sirva mandar se le haga saber al referido B. otorgue á favor mio dentro de tercero dia la correspondiente escritura de venta, con apercibimiento de que pasado sin haberlo hecho se mandará otorgar de oficio, y se me dará á su continuacion la posesion real de ella. Pido justicia. = *Auto.* = Como se pide.

señales tan circunstanciadas y claras que no puede dudarse de cuales sean, v. gr. tal casa, ó tal heredad en tal parte con tales linderos, ó tal alhaja con tales y tales señas. En estas mandas siendo propias del testador y hechas puramente adquiere dominio su legatario inmediatamente que fallece, y puede pedirlas á su heredero (*), quien debe entregárselas con las cosas que les pertenecen y se les acrecieron despues que se le legaron, y con los frutos que hayan producido desde el dia que tomó posesion de la herencia ó la aceptó (**); en uno de tres lugares, que son, el en que habita, ó están las cosas legadas, ó la mayor parte de los bienes del testador, á menos que éste diga donde se las ha de dar; pues entonces se observará su voluntad (a) De lo dicho se infiere, que si en las cosas legadas hay frutos pendientes y manifiestos al tiempo de la muerte del testador, y no dispuso de ellos, tocan al legatario, porque son parte del fondo, y se consideran una misma cosa con él, lo cual no puede decirse de los frutos

siervo á otro, no señalando, si el facedor de la manda non lo avia mas de uno, el heredero devele dar aquel siervo, ó otro, tan bueno como él, aquel á quien es mandado. Mas si el testador non viesse muchos siervos, estonce es en escogencia de aquel á quien fue hecha la manda, de tomar uno de ellos cual quisiere. Fueras ende que non puede escoger el mejor, nin el que fuere despensero ó mayordomo del testador, porque es sabidor del fecho de la herencia. Mas si el testador non oviesse siervo ninguno, estonce en escogencia es del heredero de le comprar un siervo, que sea comunalmente bueno, é dar gelo: é lo que dijimos del siervo, deve ser guardado en las bestias é en las otras cosas semejantes que fuessen assi mandadas. Pero si el facedor del testamento mandasse á otro unas casas, é non las señalase, deve al heredero darle unas casas de las del testador, cual quisiere, é si non oviesse mas de unas casas: aquellas mismas debe entregar á aquel á quien fuessen assi mandadas. E si por aventura el facedor del testamento non oviesse cassas ningunas, estonce el heredero non es tenudo de comprar otras: ante decimos, que non vale tal manda, ca semeja que lo fizo por escarnios, mas que por otra cosa: é lo que dijimos de las casas, ha lugar en todos los otros edificios que fuessen asi generalmente mandados á otri.»

(*) El legatario no debe ocupar por su propia autoridad la cosa legada despues que el heredero ha adido la herencia y aposesionándose de aquella, sino es que le hubiese dado el testador facultad para ello, ó sea ejecutor de su testamento. La pena de perder el legatario la manda no está en uso.

(**) Asi lo dice la ley 37 de Partida que se cita; pero como al punto que muere el testador adquiere el legatario el dominio de la cosa legada, parece que debian corresponderle como á dueño los frutos que aquella produgese en el intervalo que mediase entre el fallecimiento del testador y la aceptacion de la herencia por su heredero.

(a) Leyes 34, 37 y 48, t. 9, P. 6.

Pedimento para que se declare un remate por pasado en autoridad de cosa juzgada.

F. en nombre de N. de esta vecindad, ante V. como mas haya lugar= digo: se han rematado en mi parte tal y tal cosa, y aunque ha pasado el término, ninguno de los interesados lo ha reclamado; por lo que les acuso la rebeldía, y= A V. suplico se sirva declarar el remate por pasado en autoridad de cosa juzgada, mandando en su consecuencia se tasen las costas, se haga la liquidacion correspondiente, se despachen á los interesados sus libramientos, y se otorgue á favor de mi parte la escritura de venta judicial. Pido justicia.=*Auto.*=Como lo pide.

Pedimento solicitando se citen para los pregones los deudores del reo ejecutado.

F. en nombre de N. vecino de esta corte, en los autos ejecutivos con P. del mismo vecindario, sobre el cobro de tanta cantidad= digo: que entre los bienes embargados á aquel se hallan estos ó los otros créditos que tiene contra S. M. y D. y compitiéndoles á estos el beneficio de los pregones= A V. suplico se sirva mandar se les haga saber corre su término por ellos como por el ejecutado principal; y que pasado se hará cargo á mi parte de la espresada cantidad y las costas. Pido justicia. =*Auto.*=Como se pide.

Pedimento solicitando el acreedor mandamiento de apremio contra el deudor.

F. en nombre de N. vecino de esta villa, en los autos ejecutivos con T. de la misma vecindad, sobre el cobro de tanta cantidad, = digo: que á consecuencia de la sentencia de remate pronunciada por V. en tantos, se ha dado el cuarto pregon á los bienes ejecutados, y por mi parte la correspondiente fianza de la ley de Toledo; en cuya atencion, y en la de no haber ocurrido postor alguno á ellos= A V. suplicó se sirva mandar se tasen las costas de estos autos, y por ellas y la deuda principal despachar mandamiento de apremio contra el referido T. y D. su fiador de saneamiento, y los bienes de ambos, vendiéndose en pública subasta para hacer pago con su valor á mi parte de la cantidad que aquel resulta deberle. Pido justicia.= *Auto.*=Hágase la tasacion que pide esta parte, y evacuada, autos.

Pedimento solicitando el acreedor que el postor de los bienes rematados deposite su valor y se tasen las costas.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, en los autos ejecutivos con D. del mismo vecindario sobre el cobro de tanta cantidad= digo: que en tal dia se remataron en pública subasta á favor de C. tales y tales haciendas propias de aquel por tanto precio, como mayor postor que salió á ellas; y para que se satisfagan á mi parte, como es debido, la espresada cantidad y las costas causadas en estos autos= A V. suplico se sirva mandar se le haga saber al mencionado C. deposite dentro de tercero dia con apercibimiento de apremio en la persoua que fuere del agrado de V. la espresada cantidad

en que se hizo el remate á favor suyo; y que evacuado se tasen las costas despachando á su consecuencia por ellas y la deuda contra el depositario que se nombre el correspondiente libramiento para que entregue lo que resulte debérsele dejando recibo. Pido justicia. = *Auto.* = Hágasele saber á C. deposite en M. dentro de tercero dia con apercibimiento la cantidad espresada en este escrito, y hecho que sea, autos.

Pedimento en que solicita el reo se apremie á su acreedor á la compra de los bienes subastados por no haber habido postor.

F. en nombre de N. en los autos ejecutivos que F. sigue contra mi parte sobre el cobro de tanta cantidad = digo: que los bienes embargados han andado al pregon el término del derecho, y mediante á que en éste no ha salido ningun postor á ellos = A V. suplico se sirva condenar al referido F. á que precediendo su correspondiente valuacion, para cuyo efecto nombre apreciador ó se conforme con G. que nombro por mi parte, con apercibimiento de nombrarse en su defecto de oficio, elija aquellos con que quiera cubrir la espresada deuda, por los cuales otorgará mi parte á favor suyo la competente escritura, obligándose á su eviccion y saneamiento. Pido justicia. = *Auto.* = Traslado y autos.

Pedimento de ejecucion por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

F. en nombre de N. de esta vecindad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que en este juzgado y por el oficio del presente escribano ha seguido mi parte autos con R. sobre el pago de &c. y habiendo V. pronunciado su sentencia definitiva en tantos mandando, &c. por no haber apelado de ella R. en tiempo y forma, se sirvió V. declarar en su auto de tantos por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, como mas por menor lo acredita el mismo pleito que reproduzco; y para que cause los efectos ejecutivos que le son propios = A V. suplico que habiendo por reproducidos los autos se sirva mandar despachar su mandamiento de ejecucion contra la persona y bienes de R. por la espresada cantidad, su décima y costas causadas y que se causaren hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda, protesto recibir en cuenta los que sean legítimos, &c. = *Auto.* = Hanse por reproducidos, y trãganse para dar providencia.

Pedimento de apelacion para el Consejo de la sentencia de remate de un alcalde en provincia, ó de un teniente.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, en los autos ejecutivos seguidos á instancia de G. contra mi parte sobre la cobranza de tanta cantidad = digo: que habiéndolos V. S. visto en tantos se sirvió sentenciarlos de remate por aquella, su décima y costas; y siendo esta sentencia gravosa á mi parte, hablando debidamente, apelo para ante S. M. y señores de su Real y Supremo Consejo de Castilla; por lo que = A V. S suplico me admita esta apelacion mandando que para su mejora se me entreguen los autos por el término ordinario. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Admítese á esta parte la ape-

lacion que interpone cuanto ha lugar en derecho: no le hay á la entrega que se pide: use de su derecho como le convenga.

Pedimento presentándose en el Consejo á consecuencia de la apelacion admitida.

M. P. S.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, ante V. A. me presento en grado de apelacion y queja, o por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos ejecutivos seguidos contra mi parte á instancia de G. de este mismo vecindario, sobre la cobranza de tanta cantidad, ante el vuestro alcalde D. S. por el oficio de T. escribano de su provincia, y con especialidad de la sentencia de remate pronunciada en ellos en tantos, de la que interpuso mi parte apelacion en tiempo y forma que se le admitió, como resulta de los autos: en cuya atencion, y protestando mejorarla en el Consejo con vista de ellos = A V. A. suplico, que teniendo por presentado á mi parte en el espresado recurso se sirva mandar, que el mancionado escribano de provincia ante quien pasan los autos entregue copia auténtica de ellos, como debe hacerlo, en la escribania de cámara del presente escribano, y hecho, se me comunique por el termino ordinario para el espresado efecto. Pido justicia y costas. = *Decreto.* = El escribano de provincia entregue como debe hacerlo, copia auténtica de los autos en el Consejo.

Pedimento alegando en vista de los autos.

M. P. S.

F. en nombre de N. vecino de esta córte, en los autos ejecutivos seguidos contra mi parte á instancia de G. sobre la cobranza de tanta cantidad, afirmándome en la apelacion que tengo interpuesta, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, de la sentencia de remate que pronunció en ellos el vuestro alcalde D. S. en tantos = digo: que V. A. en justicia se ha de servir declararla nula, y cuando de algun valor, revocarla como injusta, dando sobre todo las providencias mas útiles á mi partes; pues asi como lo suplico es de hacer, con especial condenacion de costas á la contraria, por lo que resulta de los autos y ahora se espondrá (*Se alega.*) Por tanto = A V. A. suplico se sirva determinar como se ha espresado al principio de este escrito. Pido justicia. = *Auto.* = Traslado.

En los pleitos de menor cuantía que determinan los señores alcaldes en provincia, ó los tenientes de villa, puede pedir el apelante, bien que el escribano vaya á hacer relacion de los autos al Consejo, lo cual es mas breve y menos costoso, bien que el escribano los entregue, como debe hacerlo, y entonces si el pleito no es ejecutivo, manda el Consejo que sin perjuicio de sus derechos dé el proceso original, mas si es ejecutivo, se pone el decreto, *entregue copia auténtica de los autos*; por deber permanecer los originales en el juzgado donde se sentenciaren de remate.

CAPITULO III.

Del juicio del concurso de acreedores, y sus clases.

§. I

Del primer género de concurso llamado cesion de bienes: *quién puede hacerle ó no: qué requisitos son necesarios para que se tenga por bien hecho; y cómo se ha de sustanciar y seguir.*

1 El concurso de acreedores entendido latamente es de cuatro maneras, ó tiene cuatro nombres; á saber, *cesion de bienes, pleito ú ocurrencia, espera ó moratoria, y remision ó quita de acreedores. La cesion ó dimision de bienes*, ó por otro nombre *concurso voluntario ó preventivo*, pues hoy se confunden, es un remedio ó beneficio legal introducido á favor de los deudores miserables que por alguna desgracia inculpable carecen de medios para satisfacer á sus acreedores y se hallan presos á su instancia, á fin de que no esperimentaran las vejaciones con que estos los oprimian, y de que recobrasen su libertad (*a*). Los que por su culpa ó en fraude de sus acreedores pierden ó disipan sus bienes no gozan de dicho beneficio, porque quien obra contra la ley es indigno de su favor, y ésta protege á los engañados, no á los engañadores: ni tampoco gozan de él los que en parte por infortunio y en parte por su culpa se ven infelices; pues de estos dicen tambien los AA que no merecen compasion.

2 Ninguno puede renunciar este ausilio, de suerte que aunque haga la renuncia con juramento, no vale, porque el renunciante es necesario á otros, que son su muger é hijos, á quienes sustenta con su industria y trabajo, y el juramento únicamente es válido cuando solo cede en detrimento del que le hace *b)*; y esta sentencia, como la mas equitativa y humana, es la mas corriente y segura, y como tal debe seguirse, sin embargo de las razones de la contraria.

(*a*) Leyes 1 y 4, tit. 15 P. 5. (*b*) Cap. 28 de jure jurando, cap. 2 de pactis n. 6.

3 Puede hacer concurso ó cesion de bienes cualquier deudor preso por deuda puramente civil (*a*); pues si proviene de delito ó cuasi delito, podrá hacerla solamente por lo concerniente al interés del agraviado, mas no por lo que mira al público y fisco: de suerte que no pagando la pena pecuniaria que se le imponga, ha de conmutarse en corporal; y ejecutada esta se ha de admitir la cesion (*b*), no siendo noble ni clérigo el delincuente, en quienes no tiene lugar la conmutacion; bien que si el deudor es pobre y lo hace constar, puede el juez remitirle la pena pecuniaria aplicada al fisco, no siendo muy grave el delito por qué se la impuso (*c*).

4 No se debe admitir la cesion de bienes á los arrendadores de rentas reales, sus fiadores y abonadores, y así han de permanecer en la prision hasta que la Real hacienda se reintegre de todo su haber (*d*); pero se admite á otro cualquier deudor del Rey ó su fisco, por estar prohibido solamente á aquellos, y lo que el derecho no prohibe, se entiende permitido.

5 Tampoco ha de admitirse al deudor que en fraude de sus acreedores dilapidó ó enagenó sus bienes ó parte de ellos; estando ó no preso: ó los ocultó en parte en donde no se pueden recuperar, porque pudiendo recobrarse y dando fianzas de volverlos en el estado que tenian, cuando entró en la prision, gozará de él (*e*). Asimismo no se admite al que tomó cantidades prestadas, ó celebró contratos de esta clase con ánimo de alzarse con ellas ó hacer quiebra, porque se presumen celebrados con dolo, por defraudar á quien se las prestó.

6 Al mercader, comerciante, cambiante á sus factores que se ocultan con sus bienes y libros de comercio, retirándose ó no á sagrado, ó aunque no se oculten, tan lejos está de competirles el beneficio de la cesion que antes bien deben ser reputados y castigados como ladrones públicos, y verdaderos robadores, segun los llaman las leyes (*f*); y aun cuando sean nobles, si están en sagrado, se les debe estraer de él; y han de sacarse sus bienes bajo de la caucion y seguridad que debe dar el juez seglar de no proceder criminalmente contra sus perso-

(*a*) Ley 1 al princ. tit. 15 P. 5. (*b*) Ley 9 tit. 16 lib. 5 R. ó 8 tit. 31 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 4 tit. 22 P. 3. (*d*) Ley 5 tit. 9 lib. 9 R. ó 9 tit. 32 lib. 11 N. R. (*e*) Ley 4 tit. 15 P. 5. (*f*) Leyes 1, 2 y 3 t. 19 lib. 5 R. ó 1, 2 y 3 tit. y lib. cit. N. R.

nas (*a*) (*) siendo ademas nula cualquier iguala, convenio, transaccion ó remision que despues de alzados hagan con sus acreedores ó con otro en perjuicio de éstos, sin embargo de que contenga las cláusulas y vínculos mas estables y eficaces (*b*). Ultimamente no se debe admitir la cesion del que obtuvo espera de sus acreedores, y gozó de ella, por lo que ha de estar preso hasta que les pague.

7 Para que antiguamente se admitiese á cualquiera deudor la cesion de bienes, se requeria, segun esponen los AA. que estuviese preso, y bastaba estarlo á instancia de uno de sus acreedores, para que la cesion perjudicase á los demas que tuviese, sin que á este fin fuese preciso citarlos; pero hoy no es necesario que se presente en la cárcel ni que la haga en ella, si no quiere, ni se observa, escepto que no quiera pagar ni hacerla despues de condenado al pago, en cuyo caso ha de ser preso hasta que haga una de las dos cosas, segun se prueba de la ley 4, tit. 15, P. 5 que dice: »Por juicio condenado seyendo alguno que pague las debidas que debiere á otro, si las non quisiesse pagar nin desamparar sus bienes, segun digimos en las leyes ante desta, el juzgador del logar develo meter en prision á la demanda de los que han de recibir la paga, é tenerlo en ella fasta que pague lo que debe, ó desampare sus bienes."

8 Se puede hacer el concurso y cesion dentro y fuera de la cárcel, y si estando el deudor preso á instancia de alguno de sus acreedores, no hace la cesion dentro de los seis meses de liquidada la deuda, ni renuncia la cadena, la ha por hecha y renunciada el derecho (*c*), despues de lo cual le debe mantener en la cárcel su acreedor nueve dias, y se le ha de soltar y entregar á éste para que se sirva de él, si no tiene oficio (*d*). Mas ya no se halla en uso, ni ésta entrega, ni el que traiga el deudor argolla al cuello, como mandan nuestras leyes antiguas (*e*); y ademas por Real pragmática de 27 de Mayo de 1780 se prohibe encar-

(*a*) Leyes fin. tit. 2, lib 1 y 4, tit. 19, lib. 5 R. ó 2, tit. 4, lib. 1 y 4, tit. 32, lib. 11 N. R.

(*) La ley fin. cit. habla en general de los deudores que se acogen con sus bienes á las iglesias, y no de las personas mencionadas en este número

(*b*) Ley 3, tit. 19, lib. 5 R. ó 2 cit. N. R. (*c*) Ley 7, tit. 16, lib. 5 R. ó nota 1, tit. 32, lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 4 y 5, tit. 16, lib. 5 cit. ó nota cit. (*e*) Leyes 4, &c. y 8, tit. y lib. cit. ó not. cit.

celar por deudas puramente civiles y causas livianas, y embargar y vender los instrumentos de sus labores, oficios y manufacturas á los artesanos, menestrales ú operarios de cualesquiera fábricas, artes y oficios de estos reinos, ni á los labradores de ellos; pero no se amplia á otros, como algunos piensan. Lo dispositivo de dicha pragmática dice: »Por la cual ordeno y mando, que á los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y los que profesen las artes y oficios, cualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles, ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios y manufacturas, lo que quiero se entienda tambien para con los labradores y sus personas, asi como por la ley 25, lib. 4, tit. 21 de la Recopilacion se exime sus aperos y ganados de labor; esceptuando en todos los casos en que se proceda contra ellos por deuda del fisco, y las que provenga delito ó cuasi delito, en que se haya mezclado fraude, ocultacion, falsedad ú otro esceso de que pueda resultar pena corporal. Y prohibo á los tribunales, jueces y justicias el que puedan interpretar ó alterar de ningun modo esta mi disposicion, por la utilidad y conveniencia que de su observancia resulta á mis vasallos, y dirigirse á evitar su decadencia."

9 Para que este nuevo género de concurso voluntario y preventivo, que es el que hoy se estila, se tenga por bien hecho, y surta efectos útiles al concursante libertándole de entrar en la prision, ó de permanecer en ella, si está preso, han de concurrir seis requisitos. El primero es, que el deudor como reo, aunque parece actor, acuda por sí, ó por su procurador con poder bastante ante su propio juez, y no ante otro, espresando que incesantemente se ve molestado de sus acreedores sobre la satisfaccion de sus créditos: que por ésta ó la otra desgracia se halla sin caudal suficiente para su total solucion; y que á fin de pagarles segun el grado y prelacion que les compete por derecho, y evitar sus continuas molestias, hace dimision de todos sus bienes muebles y raices, derechos y acciones en manos del juez. Al mismo tiempo ha de presentar de los que sean, y de sus acreedores, con espresion de sus débitos y domicilios, dos relaciones, memorias ó listas firmadas de su mano, si sabe escribir.

10 El segundo requisito es, que estas relaciones ó listas se

hagan con exactitud, individualidad y pureza, reservándose únicamente el concursante su vestido ordinario y los instrumentos de su arte (*a*), escepto que sea ascendiente, ó descendiente, suegro, yerno, marido, muger, señor, sirvo, donatario ó socio, pues éstos gozan entre sí del beneficio de la competencia, y no pueden ser demandados unos por otros, ni estan obligados á mas de lo que puedan, como se ha sentado en el capítulo 2 de este libro núm. 153, y asi el juez debe dejarles con qué vivir cómodamente, y vender el residuo para satisfacer á sus acreedores.

11 El tercer requisito es, que para escluir toda sospecha de ocultacion y su pena jure el concursante en los memoriales ó relaciones que estan hechas legal y fielmente sin el mas leve fraude, y que no hace memoria de otros bienes ni acreedores, protestando manifestarlos siempre que la haga, y solicitando que el juez admita la cesion, deposite los bienes y los distribuya entre sus acreedores con arreglo á derecho.

12 El cuarto requisito es, que pretenda igualmente se cite y haga saber la dimision, cesion, ó concurso á todos sus acreedores, sean puros, condicionales, ó á dia cierto, para que en el término que el juez les prefina, que segun la ley (*b*) debe ser á los presentes el de nueve dias por tres, y el último perentorio, usen de la accion que les competa, y pasados, se declare por bien hecho el concurso, mandando que para que no le molesten, se le dé el correspondiente mandamiento de amparo.

13 La citacion á los acreedores se ha de hacer precisamente en esta forma: á los que se hallan en el pueblo en sus personas, á los que estan fuera de la jurisdiccion, y cuyos nombres y pueblos en que viven, se saben, por requisitoria; y á los ignorados, sea la ignorancia de sus personas, ó de su domicilio, por edictos ó proclamas de tres en tres dias, fijándolos en los parages públicos, pues no bastan éstas solas para perjudicar á todos, ni la citacion general hecha por ellas está en uso sino para los ignorados; ni tampoco basta que se cite á algunos y no á los demas pudiendo ser citados, porque la division hecha sin concurrencia de todos los interesados, ó al menos sin su citacion, es nula; y el juicio divisorio como individuo é inseparable por

(*a*) Ley 1, tit. 15, P. 5. (*b*) La 5. tit. 16, lib. 5 R. ó nota cit.

su naturaleza se debe seguir y terminar entre todos los partícipes, segun se practica en esta corte. Y aunque el concursante esprese que no tiene mas acreedores que los que refiere en la memoria, conviene fijar los edictos para que si acaso se le ha olvidado alguno, como suele suceder, no pueda decir de nulidad del proceso, ni por este defecto molestar á los compradores de los bienes cedidos.

14 El quinto requisito para que se admita el concurso, y se tenga por legítimo y verdadero, y no fraudulento, es que tenga el deudor tres acreedores á lo menos, y los nombre en el memorial que dé al tiempo de su formacion; pues no teniendo ó no nombrando mas que dos, no se estimará por concurso, ni el juez se le debe admitir.

15 Y el sesto y último requisito es, que si el deudor se halla molestado judicialmente en varios tribunales, aunque para hacer concurso no es esto necesario, á diferencia de la simple cesion en la cual se requeria, solicite ante el juez que los autos pendientes en todos se acumulen al juicio del concurso como universal, individuo é inseparable. Si tiene muchos fueros, puede acudir á formarle ante cualquiera competente, sea de los electos por los mismos acreedores, ó por alguno de éstos, ó ante otro.

16 No es preciso que el deudor pretenda la acumulacion al tiempo de la formacion del concurso, ni por este defecto se considera mal hecho, pues puede solicitarle despues, como tambien los acreedores en cualquier estado del pleito, aunque esten pasados los nueve dias de la ley, en que segun se espuso en el cap. 1 de este libro núm. 179, se manda proponer las escepciones dilatorias.

17 Igualmente puede formarle en la chancillería ó audiencia del distrito de su domicilio por caso de corte, pues como persona miserable le compete este privilegio, mayormente siendo reo, como lo es, y ninguno puede ser mas infeliz que quien dá todo lo que tiene, quedandose sin cosa alguna para alimentarse; y aunque sus acreedores sean clérigo, iglesia, escolar ú otro esento, no gozan de privilegio contra él, por ser tambien privilegiado; en cuya atencion deben seguir su fuero como actores que son, porque nada les pide, y lo que unicamente hace es convocarlos para que repitan contra sus bienes que les cede, y usar de esta escepcion preventiva antes que dirijan sus acciones contra él, al modo que des-

pues de demandado lo podia practicar: de que se infiere que si el clérigo quiere formar pleito de acreedores eclesiásticos y seculares, lo debe hacer ante su juez y no ante el secular que es incompetente é incapaz de conocer de sus causas.

18 Mas esto no milita en el fisco, que por especial privilegio avoca á sí todos los autos del concurso hasta que se hace pago de su crédito, y despues lo devuelve al juez ordinario; si bien para que no llegue este caso, cuando su crédito es indubitado, consienten los acreedores en que se le satisfaga, pidiendo á este fin ante el originario del concurso mande vender los bienes necesarios de los cedidos. Si hay duda sobre su legitimidad, no se evita la advocacion de autos, por lo que deben disputárselo ante el mismo juez privativo, hasta que se declare, y esté satisfecho ó escluido.

19 El concurso legítimamente formado surte los cinco efectos siguientes: el primero, que mientras se ventila, ninguno de los acreedores puede ejecutar al deudor ni reconvenirle judicialmente: el segundo que todos deben ocurrir á pedir en él, y que los autos principiados antes ó despues de su formacion ante cualesquiera jueces se acumulen, para que se impida la division de la continencia de la causa: el tercero, que si el juez del concurso despacha sus requisitorias á los que conocen particularmente de las instancias movidas por algunos acreedores, para que le remitan los autos obrados y sobresean en su conocimiento, las deben obedecer, y remitírselos íntegros y originales, siempre que les haga constar en ellas que el concurso está bien hecho, y no haciendo la remision se puede quejar de ellos al superior para que los compela á ésta, y los inhiba: el cuarto, que por él no se causa décima, ni el juez puede exigirla de los bienes del deudor, por las razones espuestas en el cap. 2 de este lib. n. 331; y el quinto, que una vez declarado por legítimamente hecho compete al concursante ó cedente la escepcion de no estar obligado á responder en juicio á los acreedores que fueron citados y no pagados, aunque llegue á mejor fortuna, escepto que quedándole congrua sustentacion le sobre algo, pues entonces lo estará, como se espuso en dicho cap. 2, n. 154, solamente en cuanto pueda (*a*), y si pone esta escepcion impedirá la contestacion del pleito; pero su

(*a*) Ley 3, tit. 15 P. 5.

separados. Ademas moviéndose pleito sobre el legado ántes de su entrega, está obligado el heredero á satisfacer las espensas que en él se hagan, y si muere despues de aquella, son del cargo del legatario (*a*). Finalmente quitándose en juicio la cosa legada no puede el legatario usar de la accion de eviccion (*) contra el que la vendió al testador, á no ser que el heredero le ceda sus acciones; y si el legado dejado con gravámen no valiese en el todo, y fuese quitada alguna parte en juicio, se ha de disminuir á prorata la carga.

161 El testador puede legar no solo sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, y asimismo los de otros sabiendo que son agenos, en cuyo caso está obligado el heredero á comprar estos y entregarlos al legatario, ó su estimacion si el dueño no quiere vendérselos; pero si al tiempo de legarlos cree el testador que son suyos, á nada es responsable su heredero (*). Si lega la escritura de deuda que tiene á su favor, es visto legar la misma deuda, y asi podrá pedirla el legatario (*c*).

162 Puede legar asimismo las cosas incorporeas: que son servidumbres, deudas, derechos y acciones, del mismo modo que las corporeas (*d*); y las que pueden nacer como las nacidas, v. gr. los hijos póstumos de los animales, los frutos de la tierra y de los árboles, &c. (*e*). Igualmente puede legar la alhaja que empeñó y obligó á otro por mas ó menos de su valor, y su heredero debe entregarla al legatario (*f*): asi como puede tambien legar la que está empeñada en su poder al que se la empeñó y vale la manda; pero su heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia prestado el testador (*g*), sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de aquella es de lo que le hace la manda el testador, á menos que mande espresamente lo contrario.

163 Si el testador tiene dinero en cierta parte, y creyendo que hay, v. gr. cien reales, dice, *mando á Pedro* 100 *reales que tengo en tal gaveta*: vale la manda en cuanto haya en la parte que señala, aunque sea menos que lo que espresó, y si esto es por culpa del heredero, estará obligado á entregar el todo; pero si hay mas, cumple

(*a*) García de Expens. cap. 17, n. 10.
(*) En el cap. 9, n. 39, se espresa lo que es eviccion.
(*b*) Ley 10, t. 9, P. 6. (*c*) Ley 47 al princip. t. 9. P. 6. (*d*) Ley 15, t. 9 P. 6.
(*e*) Ley 12, t. 9 P. 6. (*f*) Ley 11, t. 9 P. 6. (*g*) Ley 16, t. 9 P. 6.

fiador no goza de este beneficio porque es personal, y asi deberá pagar por él (*a*)

20 No solo puede formar este concurso cualquiera deudor particular, noble ó plebeyo mayor de 25 años, sino tambien el menor, pueblo, iglesia, comunidad y universidad que se hallan agraviados con deudas y molestados por sus acreedores, sin que el menor necesite precisa y rigorosamente de informacion de utilidad, ni licencia, ni decreto judicial para hacerle, ni la iglesia de solemnidad alguna, ni el pueblo de Real licencia por las razones que espone Salgado en su laberinto; pero lo mas seguro es que no se omitan estas circunstancias, como se practica. Y es de advertir en primer lugar, que quien ha de pretender la licencia, y hacer para que se conceda la informacion de utilidad al menor, es su curador, y no el mismo menor, lo cual ocurre pocas veces; y en segundo lugar, que el tutor ó curador que como tal otorga poder á favor de alguno, sea para ésto, ó para otros actos judiciales ó estrajudiciales, ú otro instrumento, debe manifestar al escribano que le autoriza, el nombramiento ó discernimiento que tiene para que le inserte en él, ó á lo menos le relacione puntualmente dando fe de haberle visto, sin lo cual no debe admitirse el poder, ni el escribano ha de autorizarle, escepto que se presente testimonio del nombramiento con él, porque no acredita ser tal tutor ó curador.

21 Como no debe ser preso ni escomulgado el Clérigo por deuda que no proceda de delito ó cuasi delito, y antes bien goza del beneficio de no ser reconvenido en mas de su posibilidad; no se le ha de admitir la cesion de bienes que haga, y asi lo que se debe practicar y practica es secuestrarle sus rentas para darle de ellas, ó consignarle alimentos correspondientes á su estado y caracter, y repartir el residuo entre sus acreedores, segun la graduacion que les corresponda legalmente; y si no las tiene cumple con hacer caucion juratoria de pagar cuando venga á mejor fortuna (*b*).

22 Debe hacerse la cesion de bienes sin ningun acto ignominioso al cedente, y la costumbre en contrario no vale ni se ha de observar. De la cesion se ha de conferir traslado á los

(*a*) Dicha ley 3 al fin. tit. 15, P. 5. (*b*) Ley 23, tit. 6, P. 1. Cap. 3. de Solutionib.

acreedores, y si no se oponen dentro de los tres dias siguientes al de la última notificacion, les ha de acusar la rebeldía el concursante, insistiendo en su primera pretension, y el juez ha de mandar que por segundo término se les vuelva á hacer saber. Si habiendo pasado otros tres despues de hecha tampoco comparecen á oponerse, ha de dar otro pedimento acusándoles tambien la rebeldía é insistiendo en la solicitud de que se declare por formado legítimamente el concurso, y se le dé para su resguardo el competente mandamiento de amparo, y si está en prision, que se le ponga en libertad; á cuya pretension ha de mandar el juez que por tercero y último término se les vuelva á hacer saber la cesion, para que dentro de otros tres dias espongan lo que les convenga, y pasados sin haber comparecido ha de dar cuarto pedimento el concursante, acusándoles la rebeldía, y pretendiendo que mediante no haberse presentado sin embargo de las tres notificaciones que se les hicieron, se declare por bien formado el concurso, se le suelte de la prision, y se le dé el mandamiento de amparo. A esta solicitud debe el juez decir, *autos, citadas las partes*, y habiéndose pasados tres dias despues de la última notificacion, deferir á 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 se espondrá en los nn. 24 y sig. Si resulta que penden autos contra el concursante ante otros escribanos y jueces, y lo pide éste, ha de mandar el juez á los referidos escribanos que vayan á hacer relacion de ellos y acumularlos al juicio universal. Ademas, no solo se deben hacer saber los tres autos á los acreedores presentes, sino que tambien han de fijarse al mismo tiempo edictos llamándolos por primero, segundo, tercero y último y perentorio término de tres en tres dias útiles, poniendo testimoniados los que se fijen, quedando los originales en los autos, estendiendo á su continuacion diligencia de la fijacion, y llamando á los ausentes é ignorados. Y si alguno conocido se halla fuera de la jurisdiccion, se le debe citar por medio de requisitoria, prefiniéndole el competente término segun la distancia por tres plazos y el último tambien perentorio, para que comparezca, haciendo en ella la relacion correspondiente, é insertandose para documentarla el pedimento y memoriales producidos con él, sin que sea necesaria mas citacion, pero

aunque hayan espirado los términos señalados á los acreedores presentes, no se ha de declarar por bien formando en este caso el concurso hasta que se devuelva evacuada la requisitoria, y esté pasado el prescripto en ella al ausente, por si viene á deducir alguna cosa contra su formacion.

23 Si se opone algun acreedor á que se declare por bien formado el concurso, esponiendo haber ocultado bienes el concursante, ó gozado de espera que se le concedió, ú otro motivo semejante, se ha de controvertir con éste y con él la instancia, se ha de recibir á prueba sumariamente, por rebeldía de los demas que no ausilian la oposicion, se han de substanciar los autos en estrados hasta la sentencia, en que se declare haber ó no lugar á la formacion; y mientras se ventila, si está preso, ha de permanecer en la prision. Y si en el memorial de bienes incluyó algunos depositados en su poder, se ha de practicar lo que se espuso en el n. 119 del cap. 2 de este lib.

24 Declarando por bien hecho el concurso hasta cuyo acto es propiamente cesion legítima de bienes que hace el deudor, y desde él empieza el concurso, porque los acreedores hacen sin su intervencion las gestiones que ocurren, y litigan entre sí; deben todos éstos ó la mayor parte en cantidad y no en personas nombrar por su cuenta y riesgo sugeto que administre, cuide y custodie fielmente los bienes y créditos cedidos, y cobre sus rentas y lo demas que se esté debiendo al concursante, y el juez lo ha de aprobar y confirmar, siendo acto y no habiendo ningun fraude ni colusion, ni siendo oficial ni dependiente de su juzgado. Si todos los bienes son muebles, se nombra solamente depositario, porque no hay que administrar ni que arrenda.

25 Si no tratan de elegirle, debe pedir el defensor nombrado que se les mande hacerlo, y si habiendoseles mandado no lo eligen dentro de tercero dia, puede proponerle al juez, de cuya propuesta les ha de comunicar traslado. Si nada responden dentro de otro tercero dia, ha de insistir el defensor de su nombramiento acusándoles la rebeldía, y el juez ha de haberla por recusada, mandando se les vuelva hacer saber el traslado, apercibiéndoles que si dentro de otros tres dias no le evacuaren, deferirá á la solicitud del defensor y les parará el perjuicio á que haya lugar. Si tampoco usaren del traslado, volverá el defensor á acusarles la rebeldía é insistir en su nombramiento, el juez

la habrá por acusada y llamará los autos, y pasados otros tres dias despues de citados los acreedores con este último auto, deferirá á la pretension del defensor *por cuenta y riesgo de los acreedores*, como sucede tambien en el de aprobacion, caso que propongan por sí, ó se conformen con el propuesto por el defensor; y en el mismo auto mandará al administrador que ante todas cosas dé fianzas suficientes hasta en la cantidad correspondiente á lo que ha de entrar en su poder, ó hipoteque bienes suyos raices libres, cuantiosos y determinados que aseguren la responsabilidad de todo, obligándose á administrar los concursados, como debe, á dar cuenta con pago siempre que se le mande, y á practicar lo demas concerniente á su conservacion y utilidad. Dadas y consentidas que sean por el defensor y acreedores, ó en su rebeldía probadas de oficio por el juez (pues debe comunicárselas para que espongan los reparos que se les ofrezcan, y sin su audiencia no ha de proceder á su admision), le ha de espedir el título de tal, confiriéndole poder ámplio en él para administrar y arrendar los bienes del concurso, percibir y recaudar sus rentas y créditos que le correspondan, y seguir pleitos sobre su cobranza y demas anejo á la administracion con facultad de sustituirle por su cuenta y riesgo en quien y las veces que quisiere, y de revocar unos sustitutos y elegir otros. Con este título se ha de requerir á los arrendadores del distrito del pueblo del juicio, y á los de fuera de éste por medio de requisitoria, para que á él y no á otro entreguen lo que estén debiendo y debieren en lo sucesivo, pena de volverlo á pagar haciendo lo contrario.

26 Este administrador es lo mismo que un depositario y curador de bienes. Sus facultades se circunscriben á la mera administracion, arrendamiento y beneficio de los bienes concursados, percepcion y recaudacion de sus productos, venta de sus frutos en los tiempos oportunos y mas útiles al concurso, y paga de lo que el juez le mande satisfacer, pues de su propia autoridad á ningun acreedor debe hacerla. Este es su oficio y no otro, por lo que puede mover los pleitos concernientes al cobro, conservacion y beneficio de los bienes, no hacer compromisos, transacciones, remisiones, trueques, ni donaciones, ni intentar las acciones tocantes á su propiedad, dominio y posesion, de que solo pueden hacer uso el defensor del concurso y sus acreedores, de cuyos intereses se trata, para que no se disminuyan ni defrauden; ni tampoco pue-

de mezclarse en disputarle la calidad, legitimidad y prelacion de sus créditos, ni otra cosa alguna.

27 Electo el administrador han de pedir los autos los acreedores, tomarlos y producir los documentos que califiquen sus créditos, pretendiendo se les prefiera y escluya á los ilegítimos. Los autos se han de entregar al que primero los pida, porque este juicio es de los que llaman *duplicados ó mistos*, en los cuales como todos son actores y reos, no hay prelacion en el órden de tomarlos. De lo que pretenda y alegue cada acreedor, se debe conferir traslado á los demas y al defensor, hasta que todos respondan á todos, y luego si uno ó mas concluyen sin replicar á las pretensiones de los otros, y hay algun traslado ó traslados sin evacuar, se dá tambien traslado de las conclusiones, y manda que corran los anteriores no evacuados; hasta que concluyan todos, ó la mayor parte en número de personas, pues para el órden y sustanciacion del juicio se atiende solamente á éstas, porque en él tan parte formal es el de corto crédito como el de mayor, y á veces suele tener mejor derecho. Y si vuelven los autos sin responder ó no los toman, se les acusa en rebeldía por alguno de los que concluyeron ó por el defensor: el juez la ha por acusada, y los autos por conclusos para los efectos á que haya lugar, pues asi se debe pretender: despues recibe el pleito á prueba en la forma ordinaria, porque este juicio lo es: hace cada uno su probanza, y pasado el término probatorio y hecha publicacion alegan de bien probado y de su derecho: se concluye ó han por conclusos los autos en iguales términos para difinitiva: vistos, se sentencian dando á cada uno el lugar que le corresponde para ser pagado, y ejecutoriada la sentencia ó pasada en autoridad de cosa juzgada se hace el pago á cada acreedor en virtud de libramiento del juez, precediendo la fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma que se esplicará en el n. 30.

28 Del pedimento que cada acreedor presenta con los documentos de legitimacion su crédito y de su probanza, se debe hacer pieza separada, como tambien de los libramientos que se despachen; pero los que conciernen á la sustanciacion del juicio universal, (que son todos los demas) se han de poner en la pieza general del concurso, é igualmente la sentencia de graduacion, la cual se debe notificar á todos los acreedores y defensor judicial.

29 Asimismo se debe hacer pieza separada de cada incidente que ocurra, y haya de sustanciarse y determinarse con separacion. Y se advierte al escribano que si por otrosí del escrito sobre lo principal pretende algun acreedor ó el defensor alguna cosa que requiera previo y separado exámen y decision, se ha de comunicar traslado de ella á los demas, mandando de oficio el juez, que para que no cese el curso en lo principal del juicio, se haga pieza separada; y que el escribano originario á costa del mismo acreedor (pues debe pedir con separacion y no por otrosí confundiendo unas pretensiones con otras, lo cual es malicioso) ponga por cabeza de la pieza testimonio á la letra del otrosí y auto con la relacion competente. De esta suerte no se suspende ni retarda la prosecucion del juicio sobre la preferencia, ni hay confusion en las pretensiones, ni se invierte el órden de sustanciarlas.

30 Es apelable la sentencia de graduacion como otra cualquiera dada en primera instancia, por lo que se debe admitir en ambos efectos su apelacion á cualquiera acreedor que la interponga dentro del término legal; pero la que pronuncia el superior en vista confirmándola ó revocándola, se ha de ejecutar sin embargo de suplicacion, y en su virtud ha de pagar por el órden que contenga á los acreedores, dando antes del pago fianza depositaria, llamada *de acreedor de mejor derecho*, »de restituir lo que cobren, si la sentencia de revocase en grado de revista," pues asi lo manda la ley en este caso (*a*). Tambien se debe dar, aunque en revista se ejecutorie la sentencia antes de ejecutarse ó despues, por si acaso sale algun acreedor que tenga mejor derecho que todos ó algunos de los pagados, y por ignorar el concurso no comparecio en él, en cuyo caso ha de contener la fianza esta espresion, y en el anterior la que queda referida; pues la ejecutoria no perjudica á los ignorantes que no fueron oidos, ni les quita el derecho que tienen contra los bienes del deudor comun, ni la preferencia á los demas, aunque su interpelacion no impide el pago mandado hacer á estos bajo de la fianza. Lo mismo procede, cuando todos los acreedores que han ocurrido, la consienten espresamente, ó por no decir nada contra ella, se declara por pasada en autoridad de cosa juzgada á instancia de alguno de

(*a*) La 12, tit. 16, lib. 5 R. o 10, tit. 32, lib. 11 N. R.

ellos ó del defensor; y en estos términos se debe entender lo esplicado en la I. P. cap. 19, n. 27, y la estendida en el n. 45, lo que advierto al escribano para que no confunda los casos.

31 En el concurso controvierten los acreedores entre sí, no solo sobre preferencia en el pago de sus créditos, sino tambien sobre su calificacion y legitimidad, porque se interesan los verdaderos en que se escluya á los ilegítimos y haya menos á quienes pagar. Deben justificarla por otros medios fuera de el del reconocimiento de papel ó de la confesion del concursante, pues aunque ésta prueba el débito contra él y queda obligado (*a*), no contra los acreedores, porque se presume ficta, dolosa y hecha con deliberado ánimo de eludir su derecho, segun se ha sentado en el cap 2 de este lib. n. 24. Asimismo un vale no le califica de legítima, pues con facilidad se puede anteponer en él la fecha y perjudicarlos, en cuya atencion quien no le acredita, no se debe numerar entre los legítimos ó verdaderos, y mucho menos despues de hecha la cesion, porque entonces como fallido y privado de la administracion de sus bienes no puede confesar débitos ni reconocer escrituras privadas en detrimento de ellos.

32. Mas sin embargo cuando concurren con la confesion otros adminículos que desvanecen la presuncion de fraude, se reputarán créditos reales y verdaderos, por lo que si el acreedor tiene vale firmado del deudor y de tres testigos, y á mas del reconocimiento de aquel interviene el de éstos, que contestes deponen del tiempo, lugar y débito, y de la formacion del vale á su presencia, no solo será reputado acreedor verdadero justificándolo todo, sino tambien preferido á los escriturarios posteriores (*b*).

33 Aunque el deudor haya hecho la cesion de sus bienes, y formado concurso de acreedores, puede arrepentirse, seguir contra éstos su derecho, liquidar el crédito de cada uno, é impedir la venta de aquellos (*c*), con tal que la cosa esté integra, esto es, antes que acepten la cesion y ocurran al concurso, no despues de contestado si los acreedores lo resisten, escepto que les pague. Asimismo podrá practicar todos los actos honoríficos anejos á los bienes secuestrados, como nombrar jueces, presentar beneficios, egercer jurisdiccion y otros semejantes que no competen al administrador del concurso.

(*a*) Ley 2, tit. 16, lib. 5 R. ó 1, tit. 1, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 31, t. 13, P. 5. (*c*) Ley 2, tit. 15 P. 5.

34 Si el deudor antes que haga cesion de bienes, ó antes que sus acreedores tengan la posesion de ellos, pagare á alguno su crédito, no podrán revocar el pago los otros que instan despues por el suyo y son igualmente privilegiados, aunque los demas bienes no alcancen para ellos; pero despues de hecha la cesion ó de aposesionados á ninguno puede hacer el pago, y si lo hace, le pueden revocar, y quien tomó el dinero, será obligado á restituírsele. Lo mismo procede siendo mas privilegiados los acreedores no satisfechos (*a*), pues carece de facultad para perjudicar á éstos antes ni despues de hacerla.

35 Aunque el deudor por la cesion que hace en manos del juez, abdica y se desprende no solo de los bienes que tiene, sino tambien de su administracion y enagenacion, de modo que ni puede usar de ellos ni mezclarse en cosa alguna, por no ser parte, y por haberse privado de todo espontáneamente y cuasi contraida con sus acreedores, ni tampoco dividirlos entre éstos: no pierde por eso sus acciones, ni su dominio ó propiedad hasta que se subastan y distribuyen.

36 Siendo el concursante duque, conde, marques, baron, ú otra persona constituida en dignidad con jurisdiccion, se le deben consignar y dar los alimentos precisos con preferencia á sus acreedores, y del residuo de las rentas de los bienes concursados se han de pagar á aquellos sus créditos. Lo propio se practica en la ciudad, pueblo, iglesia y universidad, porque gozan del beneficio de no poder ser reconvenidos en mas de su posibilidad; pero no con el poseedor de mayorazgo simple sin dignidad, pues aunque sea noble, no le competen alimentos, por no estarle concedido el privilegio que á los referidos, ni militar igual razon, como se ha sentado en el núm. 155 del cap. 2 de este libro.

(*a*) Ley 9, tit. 15 P. 5.

§. II.

De la ocurrencia ó pleito de acreedores, de sus clases, hipotecas y prelacion.

37 El segundo género de concurso es el que se causa, y promueve por los mismos acreedores, sin que los convoque, ni concurra á él el deudor, sino antes bien con total independencia suya, como cuando uno pide ejecucion contra él, y los demas comparecen en el juicio oponiéndose á que sea pagado antes que ellos; ó cuando por haber muerto presentan sus créditos en el juicio de su testamentaría, y cada uno solicita la prelacion del suyo en el pago; ó cuando ocurren pidiendo contra sus bienes, por haber hecho fuga ó quiebra. Este se llama *concurso necesario*, y con propiedad *pleito ú ocurrencia de acreedores*, el cual es de diversa naturaleza del voluntario; pues aunque por la oposicion se induce la division de la continencia de la causa, se restringe á los que comparecen en él, y no se amplia á los demas, aunque estén litigando contra el deudor en otros tribunales, de modo que es juicio particular entre aquellos y no universal.

38 Se diferencia este concurso del general y voluntario, en que en el presente se han de seguir y determinar las causas por los jueces que entienden en ellas, y solo para su reintegro han de acudir con su mandamiento de pago a la ocurrencia el acreedor ó acreedores que las han movido, porque en esta se hallan los bienes, se les ha de hacer el pago, y han de ser graduados; y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del crédito para el efecto de perjudicar á los demas acreedores, por no haberse seguido con ellos el juicio sobre prelacion, se estima no obstante por legítimo, y si hay alguna duda, se presenta con él la escritura original que le motivo, sacandose á este fin de los autos, y dejando copia en ellos con la nota competente. Si se pide acumulacion de autos pendientes ante diversos jueces y escribanos, ó ante un juez y diversos escribanos, se debe hacer al que tomó primero el conocimiento, como afirma con otros Salgado, pues la misma razon milita entre escribanos que entre jueces: lo cual ha de entenderse en mi concepto, cuando varios acreedores ocurrieron por distintas escribanías, no cuan-

do comparecieron, v. gr. tres ante un juez y escribano, y otros tres ó mas ante distintos jueces ó escribanos, en cuyo caso de que no habla Salgado, me parece que los juicios particulares, aunque sean anteriores en tiempo, deberán acumularse á la audiencia del juez ó escribanía ante quien ocurrieron los tres, porque éstos forman ocurrencia, y como mayor parte atrae á sí la menor, y no se debe dividir la continencia de la causa universal. Asimismo en el presente concurso no concede el derecho al deudor el beneficio y escepcion que en el general, ni hay memoriales de bienes y acreedores, ni á instancia del deudor se convocan, ni citan, ni se fijan edictos, ni tampoco se nombra regularmente defensor como en el otro; bien que cuando se forma por muerte, fuga ó quiebra, y se ignora qué acreedores tiene, se debe nombrar de oficio y llamarlos por edictos, segun se practica en esta córte. Mas ambos concursos convienen en que tocante á la sustanciacion del juicio sobre la legitimidad y prelacion de créditos, su graduacion, pagos, inventario ó secuestro, depósito y administracion de bienes se observan las propias reglas en uno que en otro.

39 Tres son las clases de acreedores: á saber, *hipotecarios ó reales con privilegio de prelacion ó sin él*, *mere personales ó quirografarios y personales privilegiados*. Los hipotecarios ó reales son aquellos á cuyos créditos están afectos especial ó general, tácita ó espresamente los bienes del deudor (*a*) Los *mere personales* son los que hacen constar sus créditos por uno de estos cuatro medios: á saber, vale, cuenta ó papel simple del deudor, por lo que se llaman *quirografarios*, confesion de éste sin papel alguno; informacion de testigos ó escritura pública en que no haya obligacion general ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tienen privilegio para ser pagados de sus créditos con prelacion á otros, como el párroco por sus diezmos, el magistrado por su sueldo, el fisco por su haber, el dueño de lo depositado por su depósito, &c.

40 De los hipotecarios unos tienen hipoteca *espresa*, y otros

(*a*) Omito espresar lo que es prenda ó hipoteca y sus cuatro clases, á saber, *convencional*, *legal*, *pretoria y judicial*: qué bienes pueden ó no ser empeñados ó empeñados, y cuales se incluyen ó no en la obligacion general, y como se constituyen la prenda o hipoteca, por haberse esplicado en la I. P. cap. 28, nn. 1, &c. y 12

con dar el importe legado (*a*) (*). Asimismo si el testador lega á alguno cierta cantidad que cree estarle debiendo, sea cierto ó no, tiene el heredero que entregársela, porque es visto que se la quiso legar (*b*) (**).

164 Cuando el testador lega su plata, oro, trigo, aceite, vestidos ó cosas semejantes sin mas espresion, ha de prevenirle el escribano que para evitar dudas y pleitos diga con especificacion, si han de ser las que tiene entonces, ó las que se encuentren al tiempo de su muerte.

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

166 Legando el testador una cosa á dos ó mas personas juntamente, v. gr. *mando á Pedro y á Juan* 100 *reales*, deben partirla con igualdad. Lo mismo han de hacer aunque la legue separadamente, v. gr. *Mando á Pedro una viña que tengo en tal sitio*; y despues dice en otra cláusula, *que manda á Juan la misma viña*: en cuyos casos si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte ó sobreviene algun impedimento que le prive de percibirla, se acrecerá á los demas legatarios, sea divisible ó indivisible (*d*).

167 Si el testador manda á alguno de dos cosas la que quiera elegir, y escoge una de ellas, no puede arrepentirse despues; y si habiendo dejado la eleccion á arbitrio de un tercero, éste no la hace dentro de un año contado desde su muerte tiene facultad para ha-

(*a*) Ley 18, t. 9 P. 6.

(*) Si el testador lega cuanto tiene en tal cámara, cuarto o lugar, se entienden asimismo legadas todas las cosas que ponga allí despues el testador ú otro de órden suya.

(*b*) Ley 19, t. 9 P. 6.

(**) El error en el nombre propio de la cosa legada puesto por algun particular no vicia la manda como por otra parte conste de ésta; pero sí la vicia el error en el nombre apelativo ó comun, á no ser que la cosa legada se halle presente, y diga por egemplo, de un buey el testador *lego este caballo* (Ley 28, t. 9 P. 6.)

(*c*) Ley 30, t. 9 P. 6. (*d*) Ley 33, t. 9 P. 6.

tácita ó legal en los bienes del deudor. Los que la tienen espresa se llaman *convencionales*, porque aquellos por su convenio y con palabras espresas los obliga generalmente todos, ó especial y señaladamente algunos á la satisfaccion de sus deudas; y los que la tienen tácita ó legal, son los que aunque el deudor no obligue especial ni generalmente sus bienes, tienen derecho contra ellos, porque se hallan obligados por disposicion de las leyes (*a*).

41 La misma fuerza y virtud tiene la hipoteca tácita que la espresa, por lo que siendo anterior el acreedor á quien competa la primera ha de ser preferido, regularmente hablando, al que tenga la segunda en los bienes del deudor, como no sea privilegiado; y no solo se contrae en ellos sino tambien en sus frutos como legal, porque éstos como accesorios siguen la naturaleza de las propias hipotecas ó fincas que los producen, y de consiguiente se entienden obligados tácita ó legalmente.

42 Se hallan sujetos á la responsabilidad del débito en esta hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor como en la espresa, y el acreedor puede proceder contra ellos sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos y acciones con preferencia, á los posteriores en cualquiera especie de crédito. Y está concedida á la iglesia, fisco, muger casada, hospital, república, menores, marido, hijos y herederos legítimos y estraños de la muger, legatarios, refeccionario y arrendatario en los términos que se va á esponer.

43 Compete á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben, ó en los predios ó heredamientos de que se pagan, porque la obligacion de satisfacerlos es real, sigue al predio, el cual queda hipotecado á su solucion, y pasa con la carga al tercero poseedor (*b*); como tambien en los demas bienes del que los adeuda, y en la de su prelado ó administrador por la administracion de los suyos desde que entraron en ella y empezaron á usarla.

44 La tiene el fisco en la cosa que se vende, cambia ó permuta, por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo, pues para con el Rey nunca prescribe el derecho de exigirlos; y por los tributos reales, personales, or-

(*a*) Ley 1, tit. 13 P. 5. (*b*) Ley fin. tit. 20, P. 1.

dinarios y estraordinarios en los bienes del que los debe, y en los que los herederos hubieron de él en vida por cualquiera título (*a*). Tambien la tiene en los de aquellos que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de su real haber, y asimismo en los de sus fiadores y abonadores (*b*).

45 A la muger casada compete el privilegio de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera y no reputativa contra los bienes de su marido desde que la recibe; mas no cuando se pide la dote en fuerza de legado ú otro título (*c*). Tambien le compete por sus bienes parafernales desde que los entrega á su marido para que los administre, y no antes, ni cuando ella los administra por sí (*d*), como se ha sentado en la I. P. cap. 13 n. 8; pero si el marido se obliga en el contrato nupcial á tener por aumento de dote los bienes que durante el matrimonio leguen, donen, ó herede la muger, tendrá el privilegio de prelacion por su importe desde el dia en que conste haber recaido en ella, porque desde entonces tiene su principio la obligacion de responder de ellos, y no se conceptuarán parafernales, sino dotales aumentados á la dote principal. Igualmente le compete hipoteca tácita por las arras que el novio le promete, y si esta oferta es por via de remuneracion, gozará del privilegio de prelacion. Del mismo privilegio de tácita hipoteca gozan la muger por los alimentos que su marido debe darle, mas no por su mitad de gananciales.

46 Asimismo compete al hospital en los bienes de su administrador por lo tocante á la administracion de los suyos, desde que principió á ejercerla, para poderle demandar y exigir de ellos el alcance líquido que resulte contra él. Del mismo modo compete á la república en los del que administra sus caudales, desde el propio tiempo, no antes, y desde entonces les toca la prelacion. Finalmente compete á la comunidad, fisco, iglesia y menor por la de los suyos (*e*).

47 No solo compete la hipoteca tácita al menor de 25 años contra los bienes de su tutor, sino tambien contra los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que resulte contra él en

(*a*) Leyes 25 tit. 13 P. 5 y 8 tit. 18 lib. 9 ó 9 tit. 9 lib. 1 N. R. (*b*) Ley 35 al fin. tit. 13 P. 5. (*c*) Ley 23 tit. 13 P. 5. (*d*) Ley 17 tit. 11 P. 4. (*e*) Leyes 23 y 25 tit. 13 P. 5.

la administracion de su tutela, pues desde el tiempo que la admitió, quedan responsables á su satisfaccion y á la del perjuicio que le cause con su mala versacion en ella, lo cual tiene lugar, aunque su madre y abuela sean sus tutrices. Asimismo le compete en los de su curador de pleito (*a*); y si su madre siendo su tutora se vuelve á casar, á mas de perder la tutela quedan obligados tácitamente á la responsabilidad de ésta sus bienes y los de su nuevo marido, hasta que den cuenta con pago (*b*). Pero no le compete en los del juez ó magistrado que nombró al curador, ni tampoco al tutor en los de su menor, porque no lo dispone la ley, y esta hipoteca solo se induce en los casos espresados en ella.

48 La hipoteca tácita que el menor, sea ó no pupilo, tiene en los bienes de su tutor ó curador, comprende unicamente los que éstos poseen al tiempo que reciben la tutela y curaduría, y adquieren mientras éstas duran, pues no se amplía á los que lucran despues que se acaban. Ademas, no se prefiere á la anterior de otros acreedores de los espresados, porque ningun derecho le concede la preferencia. Pero es preferida á los acreedores personales, y tambien á los posteriores de hipoteca tácita y espresa.

49 Compete esta hipoteca desde el dia en que el tutor recibió la tutela ó el curador la curaduría, aunque empezase mucho tiempo despues á usar mal de la administracion, háyala recibido con las solemnidades legales ó sin éstas, porque no debe ser de mejor condicion el intruso en ella que el que las observó, y asi compete al menor en los bienes del que hizo de tutor, y administró lo suyo en cualquiera concepto, aunque fuese en el del factor nombrado por éste y no por el juez; pero no, si lo hizo como amigo siéndolo, porque el privilegio no se debe ampliar por similitud fuera de sus términos (*). Tambien compete dicha hipoteca contra el tutor, aun cuando no haya administrado, una vez que recibió la tutela, porque todos los tutores deben dar cuenta y razon, sin embargo de que no administren; bien que se ha

(*a*) Ley 23 tit. 13 P. 5 y ley ult. al fin tit. 16 P. 6. (*b*) Ley 26 tit. 13 P. 5.

(*) Sobre si la hipoteca tácita que tiene el menor en los bienes del tutor ó curador, se estiende á los del factor ó administrador electo por alguno de ellos, se ha de distinguir. Si el nombramiento se hizo á instancia del menor ó por sus respetos, tendrá éste hipoteca tácita en los bienes de dicho factor ó administrador; pero si se hizo por respetos del tutor, solamente él tendrá accion personal, contra los espresados bienes.

de observar entre ellos el órden de reconvenir primero á los que administraron, y no teniendo éstos con qué pagar á los otros en subsidio; pues aunque sean muchos, asi como no se puede dividir la accion de tutela que compete al menor contra cada uno insólidum, tampoco se divide entre ellos la hipoteca.

50 El privilegio de hipoteca tácita como real y coherente á la cosa y accion pasa á los herederos del menor no solo contra su tutor ó curador sino tambien contra los de éstos, y cualquiera singular sucesor suyo, aunque sea estraño: lo cual se limita á los bienes heredados del tutor y curador, y no se amplia á los propios de su heredero y sucesor, porque estos no estan obligados ni hipotecados al débito del difunto, á menos que el mismo heredero quiera obligarlos ó que el difunto los obligase espresamente, y su heredero adhiriese llanamente su herencia, con cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca; pues segun derecho no vale la que se contrae, aunque sea espresamente, sobre cosa agena, escepto que sabiéndolo su dueño la apruebe, en cuyo caso se convalida. Pero el privilegio de prelacion que el menor tiene en la accion personal, no se transmite á sus herederos legítimos ni estraños porque es personalísimo y se estingue con su persona.

51 Como el tutor y su pupilo, y el curador y su menor son correlativos, fundados algunos AA. en ésto, y en que los bienes del pupilo y menor estan obligados tácitamente segun una ley del derecho civil á lo que resulte estar debiendo por razon de su administracion á su tutor y curador, afirman que lo estan tambien á la satisfaccion de las espensas que éstos hacen en utilidad de aquellos, y constan de la cuenta de su administracion; pero otros defienden que les compete solamente accion personal y retencion de los bienes de su menor hasta reintegrarse de lo espendido en su utilidad durante la tutela ó curaduría, porque la hipotecaria solo tiene lugar, y se induce en los casos espresos en derecho, como se espuso en el núm. 47.

52 Asi como el menor durante la tutela no puede exigir de su tutor la cuenta de ella ni proceder con él por razon de su administracion, porque antes que se acabe, no le compete ninguna accion por dicha causa, tampoco se le permite oponerle en dicho tiempo la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra él, pero acabada la tutela ambos pueden oponérsela; y aun antes que se acabe, no se prohibe al tutor oponerla contra el me-

nor en descuento de su débito con el crédito de éste.

53 Ademas del privilegio de hipoteca tácita que tienen el pupilo y menor, gozan de otros en los contratos que especificaré. El primero es el de que aunque generalmente hablando, quien calla, no consiente, afirma, ni niega de positivo (*a*), siendo en favor del pupilo se tiene por consenciente hasta en los actos obligatorios y perjudiciales. El segundo privilegio es que si un tutor diere al pupilo muchos fiadores, puede dirigir su accion contra uno por el todo, sin que se admita á éste la escepcion de la division que oponga: lo cual no sucede entre muchos fiadores de diversos tutores, cuando todos administraron á un tiempo la tutela, pues si el de uno fuere reconvenido por toda la deuda, podrá usar de dicho beneficio contra los de los contutores. Pero si uno de los tutores administró y el otro no, al modo que debe ser demandado antes el que administró, y en subsidio los que no intervinieron en la administracion, como se dijo en el n. 49; del mismo modo se debe repetir primero contra el fiador del que administró, porque no está obligado á mas que su principal.

54 El tercer privilegio es que en los contratos celebrados con menor solemnidad que la prescripta por la ley, si el pupilo quiere apartarse de ellos, no estará obligado al otro contrayente, aunque éste lo queda á su observancia en cuanto á él (*b*); para cuya inteligencia se debe tener presente la edad del pupilo. Si es infante, no puede obligarse en ninguna manera á otro por contrato, intervenga ó no la autoridad de su tutor, porque le falta el consentimiento, ni el otro contrayente ha de quedar obligado á él, aunque el contrato ceda en su utilidad. Si salió de la infancia, se ha de distinguir, si se obligó con autoridad de su tutor o no. En el primer caso queda obligado, aunque si es leso en el contrato, podrá impetrar el auxilio de la restitucion por entero; siendo de advertir que si contrae con su tutor, no quedará obligado, porque no puede autorizar su propio hecho, y así para que valga el contrato que celebre con él, es necesario que intervenga en él otro tutor (*c*), á no ser que se haya hecho mas rico, porque nadie debe lucrarse en detrimento de tercero. Y en el segundo caso, si el contrato es útil al pupilo, vale sin quedar obligado al otro contrayente, y si le es nocivo, no vale

(*a*) Ley 23 tit. 34 P. 7. (*b*) Ley 4 tit. 11 P. 5. (*c*) Ley 4 tit. 5. P. 5.

absolutamente, aunque esté próximo á la pubertad. Esto mismo tiene lugar en los adultos menores de 25 años que contraen sin la autoridad de su curador, pues teniéndole, si contrajeren sin que intervenga, es nulo ipsojure el contrato que cede en su perjuicio; pero si de él les resulta beneficio, es válido, y queda obligado á su favor el otro contrayente mayor. Si no tienen curador y se obligaren, valdrá el contrato, aunque si fueren lesos en éste podrá pedir la restitucion.

55 El cuarto privilegio es el de hipotéca tácita en lo que se compra con su dinero, no obstante que segun las leyes se hace del comprador la cosa comprada con dinero ageno, y no queda hipotecada á su solucion, á menos que se pacte lo contrario; y dicha hipoteca tiene lugar, aunque con el dinero del pupilo se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, porque el privilegio de éste no estingue el suyo; si bien como personal no pasa á los herederos del pupilo.

56 No solo compete al pupilo como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recuperarle, sino tambien el de prelacion respecto de otros acreedores del comprador estraño que la tenga espresa anterior en sus bienes; y cuando el comprador carece de otros bienes con que pagar el dinero, adquiere el pupilo la cosa comprada, por lo que en este caso puede demandarla por la accion util vindicatoria como cualquiera mayor, y usando de esta accion será preferido tambien al fisco y á la dote posteriores, por ser mas segura que la hipotecaria, mas no, si son anteriores.

57 Mayor privilegio compete al pupilo ó adulto, cuando su tutor ó curador compra el fundo para sí con dinero de uno de ellos, pues puede pedir aquel por dicha accion vindicatoria, aun cuando el tutor tenga con que pagarle el dinero, ó usar de la hipotecaria por la repeticion de éste (*a*), como se espuso en el núm. 18 cap. 3 lib. 1, y en ambos casos escluirá al fisco y á la dote anteriores; bien que la accion útil vindicatoria siempre es mas segura, porque el fisco tiene privilegio de prelacion en los bienes adquiridos posteriormente por su deudor. Y si el tutor ó curador compra para el pupilo ó menor con dinero de éstos varias fincas, unas fructíferas y otras infructíferas, no se les per-

(*a*) Ley 49 tit. 5 P. 5.

mite elegir aquellas y por el importe de éstas usar de la accion hipotecaria contra los bienes de su tutor ó curador, y antes bien deben tomarlas ó desecharlas enteramente, escepto que la compra haya sido dolosa para engañarlos.

58 El quinto privilegio es que si el pupilo ó menor enagena sus bienes raices ó derechos concernientes á ellos, ó los muebles preciosos, ó que se pueden conservar, sin causas justas y urgentes, ni las solemnidades prescriptas por derecho, es nula ipsojure la enagenacion, porque no tienen la administracion de sus bienes; y para recindirla no necesitan implorar el auxilio de la restitucion, aunque se hubiese hecho con el fin de pagar sus débitos. Lo propio milita en la dacion de pago, porque es contrato de enagenacion semejante á la venta, cuyas veces hace; como tambien en la transaccion, donacion y cesion de ellos por la misma razon.

59 Lo dicho procede no solo en las cosas de que los pupilos y menores son verdaderos dueños, sino asimismo en aquellas en que tienen cuasi dominio, ó no mas que el útil, porque hay el mismo motivo para la prohibicion; y así tampoco pueden permutarlas por otras sin las espresadas solemnidades, ni dar sus bienes en enfitéusis, ni constituir usufructo ni servidumbre en ellos, ni remitir la que les corresponde en el fundo ageno, ni arrendarlos por largo tiempo (*a*): ni imponer censo sobre ellos, porque á quien se prohibe la enagenacion se prohibe tambien la constitucion de hipoteca como antecedente para aquella.

60 Por causas justas se estiman las siguientes: cuando los acreedores instan á que se haga la venta para que se les pague, cuando las rentas del menor no bastan para sus alimentos, pues no se le ha de dejar perecer, ó cuando es preciso dotar á su hermana, y no hay otro recurso que la venta, &c (*b*). Estas causas y otras graves que suelen ocurrir, deben probarse, y el juez ha de instruirse de ellas, pues no basta proponerlas, y de lo contrario serán nulas su licencia y la enagenacion.

61 Las solemnidades que deben intervenir en dicha enagenacion, cuando se hace para pagar á los acreedores del difunto ó del menor, son: la primera, que con el debido conocimiento é interviniendo la autoridad del tutor ó curador dé el juez su de-

(*a*) Véase la I. P. cap. 19 n. 4 y su nota. (*b*) Ley 18 tit 16 P. 6.

creto ó licencia, pues faltando la correspondiente instruccion ó siendo falsa la causa es todo nulo (*a*): la segunda, que se subasten los bienes, pues la ley 6 tit. 18 P. 3 manda se publique por 30 dias la finca que se vende; y si el menor prueba que por no haberse subastado padeció lesion, ó hay alguno que ofrezca mayor precio por la cosa vendida, se le concederá la restitucion para que se vuelva á vender, porque á los menores se debe socorrer del mismo modo en el lucro que en el daño: de suerte, que siempre que haya lesion, no en cualquiera parte de precio, porque ésto seria impedir que hubiese compradores de bienes de menor, á causa de que no se creerian seguros, sino á lo menos en la sesta, debe ser oido el menor, y volverse á subastar la finca; y la tercera solemnidad es, que primero se vendan los muebles, y de estos los menos útiles al menor: despues de ellos, ó no habiéndolos, los raices, y entre éstos los que mas convenga vender y no sean de mas valor que el débito por qué se venden, ni los de menor sino los menos productivos. Y es de tener presente que si conviene mas al menor hipotecar sus bienes que venderlos, se debe hacer; y que en las enagenaciones que se hacen por otros motivos que el espresado, no son precisas todas las solemnidades referidas, aunque sí la autoridad del tutor ó curador, y el decreto judicial despues del debido conocimiento de causa.

62 Asi como siendo hecha la enagenacion con las solemnidades esplicadas por causas justas y sin dolo ni lesion, queda tan firme é irrevocable que no puede recindirla el menor; asi por el contrario si faltan, es nula ipsojure; y aunque se observen, si hay lesion en el precio y la acredita, pues no basta alegarla, le competen á su eleccion dos acciones, la una personal contra su tutor ó curador, ó sus herederos para resarcir el daño que por su culpa ú omision esperimentó, y la otra real para reivindicar la finca enagenada del que la posee. Y no es de omitir que interviniendo el menor en la venta ó enagenacion debe jurar que ni por razon de su menor edad ni lesion, ni porque el precio no se convierta en su utilidad, ni entre en su poder, ni por otro motivo sin escepcion no reclamará el contrato, ni pedirá restitucion, y que antes bien le tendrá por firme para siempre (*b*). Con este juramento queda mas firme el contrato.

(*a*) Ley 4 tit. 5. P. 5 (*b*) Asi lo ordena la ley 59 tit. 18 P. 3.

63 Mas para la enagenacion de los muebles que guardándolos no pueden conservarse y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador. Lo mismo sucede cuando se trata de perfeccionar el contrato principiado por el padre del menor ó por otro de quien es heredero: cuando el pupilo en virtud del pacto de retrovendendo, con el que el difunto su causante compró algun predio, le devuelve ó retrovende á su tiempo con la autoridad de su tutor ó curador: cuando fué voluntad espresa del padre del pupilo que cierta finca se vendiese á quien nombró, diciendo tenia tratada con él su venta por precio determinado; mas no si genéricamente permitió que se vendiesen los bienes que dejaba á su hijo, en cuyo caso, aunque remite la prohibicion legal de enagenar, no las solemnidades de hacer la enagenacion; y finalmente, cuando el menor recibe utilidad en que esta se efectúe (*a*) (*): siendo de advertir que en la venta de bienes de menor conviene que haya fe de entrega de su precio al tutor, como lo insinúa la ley 60 abajo citada, pues la mera confesion de haberle recibido que haga, no perjudica al menor (*b*); y aquel ha de obligar los bienes de éste y no los suyos (*c*), pues no es justo que le perjudique su oficio. Y dichas solemnidades se deben observar tambien en la venta de bienes de mudos totalmente sordos, de locos, fatuos y pródigos declarados (*d*), porque se equipáran al pupilo.

64 El sesto privilegio es, que al modo que no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo las solemnidades y causas justas mencionadas, no puede tampoco hipotecarlos sin ellas, escepto que se siga al menor del motuo porque contrajo la hipoteca, utilidad conocida, la

(*a*) Ley 4 tit. 5 P. 5.

(*) Aquí padeció Febrero una crasa equivocacion, porque la ley 4 que cita, dice: »Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorce años. E estos atales non deven enagenar las cosas de los huérfanos, fueras ende quando les fuessen tan gran menester que non podrian al facer, ó por gran pro dellos, é estonce se ha de facer con muy gran sabiduria, é con otorgamiento del juez del logar." Y si cuando es útil al pupilo la enagenacion de alguna cosa suya, no se requiriese decreto del juez, nunca seria necesario, ya porque no puede enagenarse nada del menor, sin que de ello pueda seguirse utilidad, y ya porque con el pretesto de ésta jamas se recurriria al juez.

(*b*) Greg. Lop. ley 69 tit. 18 P. 3 glos. 5. (*c*) Ley 60 cit. verb Otrosi debe decir. (*d*) Dicha ley 60 al fin.

cual incumbe probar al acreedor como fundamento de su intencion, si la propuso: ó que sea necesario para la defensa del menor, ó para libertase á sí mismo ó á su padre de la cárcel, ó redimirle de cautiverio: en cuyos casos basta la autoridad de su tutor ó curador.

65 La prohibicion de hipotecar sus propios bienes impuesta al menor, parece se amplía á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor, porque el menor no puede obligar la finca comprada hasta que se le transfiere su dominio por su tradicion, y entonces como ya es suya, tiene lugar la ley que le prohibe obligar sus bienes. Pero sin embargo de esto, hay AA. que llevan, valdrá la hipoteca otorgándose en el mismo acto, porque como precedió á ella en el pacto, se le transfirió su dominio con este gravámen que es parte del contrato, y se debe reputar único é individuo con todas las condiciones puestas en él; mayormente cuando la hipoteca solo mira á la seguridad del precio, el dominio se puede transferir con condicion, y el menor no goza del privilegio especial de aceptar el contrato en lo favorable y desecharle en lo perjudicial. Mas para evitar cuestiones advierta el escribano al vendedor que nada dé fiado á menor alguno, si no quiere esponerse al riesgo de perder su dinero.

66 Como el que dona alguna cosa, la pierde, está prohibido hacer donacion simple al pupilo por sí y con la autoridad sola de su tutor, como tambien á éste el hacerla de los bienes de aquel, aunque dé su licencia el juez, porque para la validacion de ésta se requiere causa justa, la cual apenas podrá probarse en el pupilo; y tampoco puede donar por causa de muerte, puesto que no tiene facultad para testar. Pero la donacion pura, moderada y jurada que haga con causa justa el menor adulto, valdrá, aunque no la que se haga sin juramento, bien que aun cuando éste se haya hecho, si es leso enormemente y lo prueba, podrá valerse del ausilio de la restitucion precedida relajacion del juramento. Tambien valdrá la donacion por casamiento de que sus bienes inmuebles que guardándose no pueden conservarse, haga á su esposa con arreglo á lo permitido por la ley y con autoridad de su curador, pues para la de los que se pueden conservar, y de los raices, es indispensable la licencia del juez. Asimismo puede hacer donacion por causa de muerte, aun cuando su curador quiera impedírselo, porque la última voluntad no debe pender del arbitrio ageno.

cerla el legatario (*a*); pero si lega á dos personas una de sus alhajas diciéndoles indistintamente *que tomen la que quieran*, y discuerdan en la eleccion, deben echar suertes, y aquella á quien toque, escogerá y dará á la otra el importe de su parte (*b*).

168 Mandando dos testadores una misma cosa á alguno, si éste percibe primero su estimacion del heredero de uno de ellos, puede pedir despues al del otro testador la cosa legada; pero si la recibe antes no le queda accion para demandar su valor (*c*) (*); y aunque el testador mande muchas veces una cosa en su testamento, no está obligado su heredero á darla al legatario mas que una (*d*) (**).

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

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

171 Asimismo no puede legar castillo, villa, aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerle; pero si sabiendo su ineptitud le lega

(*a*) Ley 25, t. 9, P. 6. (*b*) Ley 26, t. 9, P. 6. (*c*) Ley 44, t. 9, P. 6.

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

(*d*) Ley 45, t. 9, P. 6. Ley 45. cit.

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

(*e*) Ley 35, t. 9, P. 6. (*f*) Ley 13, t. 9, P. 6.

67 El séptimo privilegio es, que contra el menor no corre la mora irregular de intereses por no pagar de pronto á su acreedor lo que le debe, escepto que le interpele á él y á su tutor ó curador, ó por lo menos á éstos, y que concurran los requisitos de lucro cesante y daño emergente, ó que la mora haya principiado en el difunto mayor su causante, pues entonces pasará contra él, aunque sea pupilo. Pero á favor del menor si corre dicha mora ipsojure no pagándole su deudor, aun cuando no le interpele ni prefina término: lo cual procede en primer legar contra el deudor que es mayor y no contra el menor, porque siendo contra éste se confunden los privilegios: en segundo lugar, cuando el menor tiene tutor ó curador á quien hacer la paga, pues si carece de él, no hay razon para que incurra en mora; y en tercer lugar, mientras el menor lo es, porque con su menor edad espira la causa del privilegio, y por consiguiente no corren mas los intereses hasta que se haga la interpelacion al deudor, concurriendo los espresados requisitos de lucro cesante y daño emergente, como para con cualquiera acreedor está dispuesto, en cuyo caso será mora regular.

68 El octavo privilegio es el de elegir y variar de fuero trayendo á su contendor ante el tribunal supremo por caso de corte, y declinar de la jurisdiccion del juez ordinario ante quien se halla incoado el pleito, como se dijo en el cap. del juicio ordinario n. 33: lo cual tiene lugar, sea actor ó reo, pobre ó rico, legítimo ú espurio, y sea la causa civil ó criminal (*a*), y se amplia á aquella en que litigó como cesionario, siempre que la cesion onerosa ó lucrativa se haya hecho con buena fe, segun se verifica en la que proviene de última voluntad por institucion, legado ó donacion por causa de muerte, y no en fraude de tercero con el fin de mudar el juicio y causarle estorsion. Y este privilegio no se puede renunciar, ni tampoco ceder á otro, porque es personal.

69 Pero si el pleito se principió con el difunto mayor de 25 años, á quien el menor sucedió, no debe mudarse de juez, porque la condicion de aquel no se muda por la persona de su heredero, aunque no habiéndose empezado la instancia con el difunto, puede el menor usar en ella de todos sus privilegios, porque la herencia es ya patrimonio suyo.

(*a*) Ley 5, tit. 3 P. 3.

70 No puede usar de este privilegio el menor contra su tutor en órden á la dacion de cuentas de la tutela y administracion de sus bienes, y por consiguiente estraerle del fuero y juzgado en donde se le encargó ésta; escepto que tema se le perjudique en sus derechos, por ser persona poderosa el tutor. Y si muchos tutores de una ó diversas provincias administraron la tutela, proindiviso y á un mismo tiempo, deben ser demandados todos ante juez, para que no se divida la continencia de la causa. Tampoco puede usar del citado privilegio contra otro menor ó persona privilegiada, por gozar de él igualmente.

71 El nono y principal privilegio de que goza el menor, es el beneficio ó ausilio de la restitucion por entero, que por su facilidad y falta de esperiencia, y dolo de su contrario le conceden las leyes en los contratos en que es perjudicado, aunque contraiga con autoridad de su curador y decreto del juez (*a*), manifieste ser hábil, industrioso y diligente, y haya estudiado la jurisprudencia, porque una cosa es la ciencia del derecho, y otra la prudencia para saberse conducir, que enseñan el uso, práctica y esperiencia; y de que sea jurisperito, no se deduce que deba ser inteligente en el comercio, artes, ni en otras cosas que se hacen con el objeto de lucrar, y que solo se entienden con el manejo de ellas.

72 En esta suposicion, digo que cuando en el contrato de menor no se han observado las solemnidades, puede aprobar el contrato, si le es útil, y sin embargo de su nulidad obligar al otro contrayente á su cumplimiento, ó reprobarle por serle pernicioso, y entonces no está obligado á pasar por él, ni su contrario le puede compeler á ello; y si se le reprueba, necesita el ausilio de la restiucion, porque el contrato es nulo ipsojure, como se espuso en el núm. 58. Cuando se observaron las solemnidades, y el menor fue leso en el contrato, se ha de distinguir: si el tutor le damnificó por culpa suya, le competa la eleccion de que se le restituya contra el contrato, ó de reconvenir al tutor para que le indemnice y reintegre del daño que le causó, en cuyo caso este remedio ordinario no hace cesar el de la restitucion que es estraordinario, porque se dirige contra diversos sugetos. Mas si la lesion que padeció, provino de omision

(*a*) Ley 1, tit. 25 P. 3.

y no de culpa del tutor, debe reconvenirle primero ordinariamente sobre la reintegracion del daño: lo cual se limita en primer lugar, cuando el menor puede ser reintegrado mejor y mas pronto por la restitucion que por la repeticion contra su tutor, porque aunque este remedio es estraordinario y cesa siempre que ha lugar al ordinario, esto se entiende en el caso de que por ambos se pueda socorrer igualmente al menor, y asi siéndole mas útil el estraordinario no se le priva de usar de él; y en segundo lugar, cuando el tutor está insolvente ó fallido en todo ó en parte, pues entonces se concede en subsidio al menor la restitucion por el daño que le provino de su culpa ó negligencia. Si consta que ningun fraude ni negligencia se puede imputar al tutor ó curador, no es responsable á nada.

73 Si el menor hiciere ver por el propio contrato rectamente celebrado que fue leso, ha de ser restituido contra él, como debe serlo en otro cualquier acto perjudicial indistintamente; y entonces está obligado á devolver al otro contrayente todo lo que percibió por el tal contrato, pues no ha de lucrarse con su daño. La prueba de haberse lucrado compete al contrario, cuando lo afirma, y el contrato es ipsojure nulo, porque es el fundamento de su intencion, tiene contra sí la presuncion del dolo y mala fe con que procedió, y el menor no necesita en este caso del ausilio de la restitucion. Pero si el contrato es válido, y el menor implora aquel beneficio por la lesion que padeció en él, debe justificar concluyentemente, aunque sea por conjeturas, no solo su menor edad al tiempo que celebró el contrato, sino tambien haber sido leso, porque en esto consiste el fundamento de pedir la restitucion, y porque por haberse celebrado el contrato con la solemnidad legal, tiene á su favor la presuncion de rectitud y validacion.

74 El beneficio ó privilegio de la restitucion que el derecho concede á los menores por la lesion padecida en el contrato, aprovecha á sus fiadores, y aunque es personal, se transmite á sus herederos, quienes por su muerte pueden usar de él dentro de los cuatro años siguientes á los 25 de edad del mismo menor, y la razon es, porque su persona no es la causa inmediata del privilegio sino la lesion (*), por lo que no se estingue

(*) ¡Grande necedad!

con su muerte, y así puede cederle no obstante que le competa por derecho especial. Pero cuando la persona es la causa próxima é inmediata del privilegio, espira con ella, aun cuando se hubiese concedido por remuneracion, y no es transmisible á sus herederos. Y es de notar que el menor puede apartarse de la solicitud del beneficio de la restitucion y pasar por el contrato.

75 No compete este beneficio al menor cuando aprobó espresamente el contrato celebrado en su menor edad, ni cuando lo hizo tácitamente, que es cuando sabiendo la lesion dejó pasar el tiempo prescripto por la ley para pedir la restitucion, ó siendo mayor practica actos contrarios á la nulidad y lesion, ó que no pueden menos de inducir ratificacion; pues la voluntad que se deduce del acto, es mas poderosa que la que consiste en palabras.

76 Mas para la mejor inteligencia de esto debo advertir que la ratihabicion ó ratificacion espresada se puede hacer ó del acto ó contrrto celebrado por un tercero á nombre del que le ratifica, ó del hecho nulamente por éste, y puede subsanar dos vicios, el uno de nulidad y el otro de lesion en el propio contrato. Si el menor siendo ya mayor ratifica el contrato que hizo en su menor edad, ninguna solemnidad de las que deben intervenir para la validacion de los contratos de menores, es necesaria en su ratificacion, para que valga así en cuanto á la nulidad como á la lesion que contenga el contrato. Pero si hace la ratificacion en su menor edad, (como puede por no estarle prohibido) no valdrá, á menos que se observen dichas solemnidades, porque la ratificacion del contrato nulo no es otra cosa que un nuevo contrato. Si ratifica el contrato que á su nombre celebró su tutor ó curador, aunque vale su ratificacion en cuanto á constituirle válido, si por él se le causó algun daño, no se le prohibe repetir contra su tutor ó curador para la reintegracion y suplemento del justo precio. Pero si estos contrajeron en su nombre acerca de las cosas del menor, v. gr. por haber vendido como suya alguna finca de éste; de nada sirve, ni viene al caso la ratificacion, ni el menor es parte para hacerla, porque no puede ratificar lo que no se practicó en su nombre. Y si, ya sea mayor ó menor, ratificase el contrato que contiene nulidad y lesion juntamente se subsanará por la ratificacion la nulidad; pero le quedará salvo su derecho por la lesion contra el otro contrayente,

escepto que siendo mayor la renuncie á su favor, como puede hacerlo.

77 Por la dote prometida al marido con su muger antes de casarse le compete hipoteca en los bienes del prometedor desde que le hizo la promesa, si se celebra el matrimonio (*a*): de manera que aquel no puede evitar la hipoteca una vez ofrecida la dote, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados á su responsabilidad, á menos que el marido lo consienta.

78 La propia hipoteca tienen los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder y administró, empezando desde que los recibe (*b*); y si su padre se los enagena, quedan obligados los suyos á responder de su valor, de tal suerte que despues de su fallecimiento pueden los hijos repetirle del comprador, haciendo escusion en los paternos y no en otra forma; pues como primero se han de pagar sus deudas, deben reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador (*c*).

79 A los herederos de la muger casada, sean legítimos ó estraños, y á los cesionarios y sucesores particulares compete igualmente hipoteca tácita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó á su matrimonio; y los hijos legítimos habidos en éste no solo tienen dicha hipoteca, sino tambien por razon de la sangre la prelacion á otros acreeedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior (*d*). Tambien compete la accion de repetir la dote al estraño que la dió á la muger con la condicion de que por su muerte habia de volver á él, por ser visto no haber querido transferirle sino el usufructo.

80 El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo, empieza desde su fallecimiento (*e*); siendo de advertir que los legados pios se prefieren á los que no lo son, escepto que el testador disponga lo contrario ó se infiera de su voluntad.

81 El que prestó dinero para fabricar, componer ó reparar casa ú otro edificio, ó para armar ó aderezar alguna nave, tiene hipoteca tácita en ellas; y el que le suplió para alimentar

(*a*) Ley 23, tit. 13 P. 5. (*b*) Ley 24, tit. 13 P. 5. (*c*) Dicha ley 24.
(*d*) Ley 33, tit. 13 P. 5. (*e*) Dicha ley 26.

ó pagar el trabajo á los oficiales, sirvientes y marineros que trabajaron en la nave, la tiene igualmente en sus fletes (*a*), como asimismo en el oficio el que prestó el dinero para comprarle.

82 Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendador les hubiese causado, tiene hipoteca tácita el arrendatario en los bienes que se hallan en la casa, y en los frutos de la tierra, viña y heredad, y por los fletes de la nave en las mercaderías que conduce, sean del primer arrendador los bienes, frutos y mercaderías, ó del segundo si subarrendó las cosas espresadas, porque la ley habla (*b*) genérica é indistintamente, y asi no debemos distinguir.

83 Por los gastos y suplementos hechos en la última enfermedad del difunto, en su entierro moderado segun su calidad y haberes, en los derechos de su testamento, su publicacion y apertura, y en la formacion del inventario de los bienes que dejó, compete tambien hipoteca tácita en éstos al que los hizo, porque todos los dichos gastos y derechos se reputan funerarios.

84 Si el apoderado contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, y ésto no es, ni contiene en sí contrato ni obligacion, no se entiende contraida aquella al tiempo del mismo poder. No obsta alegar que la hipoteca condicional se considera contraida al tiempo del pacto, purificada que sea la condicion, porque esto es por haber precedido contrato y obligacion, sobre que recayó; y como la contraida en fuerza del referido poder no la hay, se ha de atender á su antigüedad al tiempo en que el contrato se celebró y no al de la fecha del poder.

85 Prescribe por 10 años entre presentes y por 20 entre ausentes la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca en virtud del pacto de no enagenar contra el tercero poseedor de ella, habiendo título y buena fe de parte de éste (*c*); y dicho tiempo empieza á correr desde el dia en que el deudor se constituye en mora segun los plazos de su obligacion; pues si éste, su fiador, ú otro tercero poseedor paga, se impide é interrumpe la prescripcion (*d*).

86 Habiendo espresado qué acreedores tienen hipoteca tácita

(*a*) Ley 16, tit. 13, P. 5. (*b*) La 5, tit. 8, P. 5. (*c*) Leyes 27, tit. 29, P. 3, 30, tit. 13, P. 5. (*d*) Sobre esta interrupcion y por qué actos se hace véase el cap. 2 de este n. 224.

ó legal en los bienes de sus deudores, &c. paso á esplicar cuáles así de hipoteca tácita como espresa serán preferidos en el pago, concurriendo juntos en un juicio contra los bienes del deudor comun. Y para la mejor inteligencia de este laberinto de pretensiones y derechos, sobre cuya decision hay tan pocas leyes, y por esta razon varían tanto los AA. debo sentar por regla general que unos acreedores se prefinen á otros, por ser primero en tiempo, por conceptuarse mejor en derecho su condicion por alguna causa respectiva al bien público, por equidad, ó por algun motivo grave tocante á religion; como tambien que los hipotecarios, conste su hipoteca por instrumento público ó privado, ó por otro medio legal, deben ser graduados entre sí respectivamente segun su clase, y pagados de sus créditos por el órden de las fechas de sus contratos antes que las personales, pues el que es primero en tiempo, aunque no sea sino una hora, lo es en derecho (*a*).

87 Lo mismo procede en el órden de escrituras, pues la primera en el protocolo es preferida á la siguiente, por presumirse otorgada antes, y así para no perjudicar al acreedor anterior debe tener cuidado el escribano de poner la de obligacion que en un dia otorgue el deudor, por el órden de su otorgamiento, en cuyo caso convendrá espresar las horas para evitar dudas.

88 Milita dicha regla general no solo por el débito principal sino tambien por sus réditos ó pensiones como accesorias, y por el interés; pues si fueren iguales en tiempo, y se ignorare cuál contrajo primero, se han de prorratear. Tambien milita, aun cuando entre todas las deudas hipotecarias concurran una pura posterior y otra condicional anterior, si la condicion es casual ó mista, pues por no estar en mano del deudor su cumplimiento, se considera el tiempo en que se hizo el contrato; pero si dependiere de su arbitrio, por ser *protestativa voluntaria*, no se ha de atender sino al dia en que se cumple.

89 Asimismo tiene lugar en los siguientes casos: cuando es anterior la deuda, cuyo plazo no está cumplido, pues ha de ser preferida á las posteriores del pasado, por no deber considerarse para la prelacion el de la paga sino la fecha del contrato y obligacion de satisfacerla: cuando con la hipoteca convencional ó legal concurren la pretoria ó la judicial, porque ha de preferirse

(*a*) Regla Qui potior, de Regul. jur. in 6, y ley 7, tit. 13 P.

la primera en tiempo (*a*): cuando el primer acreedor es de hipoteca tácita, y el segundo de tácita y espresa especial: cuando el primero en tiempo tiene hipoteca general en los bienes del deudor, y el segundo especial en una finca ó cosa determinada, pues aquel se preferirá á éste como anterior en tiempo; y aun cuando se haya hecho entrega de bienes al segundo, y al anterior en tiempo no (*b*). Y es de advertir que hipotecándose y empeñándose el título de la cosa es visto empeñarse ésta y transferirse el derecho de prenda al acreedor, aunque no se esprese (*c*).

90 De todo lo espresado en los cuatros números inmediatos se deduce generalmente hablando, que los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, ya sea su hipoteca especial ó general, tácita ó espresa, absoluta ó condicional, casual ó mista, convencional, pretoria ó juidicial, con entrega de bienes ó sin ella; y ya concurran los de cada clase de hipoteca entre sí ó de todas clases unos con otros, deben ser graduados y pagados por el órden de su antigüedad no solo de su deuda principal sino tambien de sus pensiones é intereses como accesorios á ella, guardando únicamente entre ellos, para su prelacion la fecha de sus contratos: la cual procede, obligue el deudor espresamente sus bienes presentes y futuros, ó solamente sus bienes sin decir mas, pues no obstante se comprenderán en la obligacion general asi los que tiene entonces, como los que adquiera despues, y si todos son iguales en tiempo y privilegio, se han de prorratear sus créditos con tal que no se halle alguno en posesion de los bienes del deudor ó parte de ellos, porque ha de ser preferido á los demas en los que la tenga.

91 Pero asi como toda regla general padece sus escepciones y limitaciones, asi tambien se esceptuan de ella varios casos en los que no dá el tiempo prelacion y en que por consiguiente serán preferidos los acreedores posteriores. La iglesia y en su nombre su párroco, ó quien la represente, debe ser preferida á todos los acreedores, por privilegiados que sean, por la satisfaccion de los diezmos que se acostumbran pagar (*d*); y si antes de coger los frutos los vendiere su dueño, puede la iglesia demandar los diezmos al comprador, porque aquellos pasaron á éste con

(*a*) Ley 13, tit. 13, P. 5. (*b*) Dicha ley 13. (*c*) Ley 14 sig.
(*d*) Ley 6, tit. 20, P. 1 al fin y cap. 28 de Decima.

el gravámen de satisfacerlos ; ó al mismo dueño porque recibió el precio antes de su solucion , en lo que cometió engaño ; pero cobrándolos del uno no puede pedirlos al otro ; bien que si viere que el comprador no tiene de qué pagar , puede repetir contra el vendedor sin estar obligada á darle lasto ó cederle sus acciones , porque pagó por sí y no por él , y por el delito que cometió en proceder á la venta de frutos antes de pagar los diezmos (*a*).

92 Lo mismo procede en el que prestó dinero para enterrar al deudor con ánimo de cobrarle y no por piedad , aunque nadie le mande suplirle , ó alguno se lo contradiga ; pues por privilegiados y anteriores que sean en tiempo los demas acreedores, tengan hipoteca especial ó general en los bienes del deudor , sera preferido á ellos , á la dote y á todas las demas que contrajo en su vida, porque se interesa la utilidad pública en que se sepulte á los muertos (*b*). Tambien procede lo mismo en el que suplio los gastos de alimentos , médico , cirujano , botica y demas de su última enfermedad , y los derechos de su testamento , de su apertura ó publicacion é inventario de sus bienes , pues gozan de igual prelacion estas espensas por reputarse parte de su funeral. Asimismo procede lo dicho en el que le redimió de cautiverio , por haber el motivo de religion y piedad que en los anteriores.

93 La hipoteca concedida al fisco por la alcabala , tributos y demas derechos Reales es de tanta virtud y eficacia que no solo le compete en los bienes del deudor , sino tambien en los que sus herederos hubieron de él en vida por cualquier título , aun cuando renuncien su herencia. Ademas , los terceros poseedores singulares de los bienes tributarios estan obligados á la solucion del tributo, asi del tiempo de su posesion como del anterior , aunque dichos poseedores sean eclesiásticos , los cuales podrán ser reconvenidos ante el juez secular (*c*). Y en estos derechos se prefiere á los acreedores anteriores de hipoteca tácita , porque la obligacion de satisfacerlos esta inherente y es inseparable de los mismos bienes , mas no á los que la tengan anterior espresa , especial ó general. Lo propio milita en la dote legítima y entregada (*d*).

94 En los bienes de los que contratan con el fisco , y en los

(*a*) Ley final tit. 20, P. 1. (*b*) Leyes 12, tit. 13, P. 1 y 30 al fin tit. 13, P. 5. (*c*) Ley 25, tit. 13, P. 5. (*d*) Leyes 25 y 33, tit. 13, P. 5.

administradores, cobradores y recaudadores de su Real haber goza del propio privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario sin mas prerogativa, como si se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato ó de haber entrado en la administracion de la Real hacienda, pues en los que adquirieron antes, no es preferido á los acreedores de hipoteca espresa anterior, especial ó general, ni en los de sus mugeres; 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, el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad, &c. como se dirá en el número 96, y á cada uno incumbe probar la prioridad ú posterioridad de adquisicion que alega, como fundamento de su intencion. Y es de notar que por el arrendamiento de los predios fiscales ha de reconvenir el fisco á su arrendador, despues á su fiador de indemnidad, y por último al deudor del arrendador no habiendo algun privilegio, por el que pueda demandar antes á dicho deudor, en cuyo caso no se necesita observar este órden.

95 En los del *Primipilo*, que antiguamente era el que tenia á su cargo proveer de lo necesario el ejército y armada, como tambien las cosas destinadas para las principales y mayores urgencias del Soberano en tiempo de guerra, y hoy en algun modo se puede tener por tal al tesorero y proveedor del ejército, aunque hay mucha diferencia de uno á otro: en los del Primipilo digo, le compete el mismo privilegio, el cual se amplia, contra los dotales y parafernales de su muger, y contra los de sus hijos, pues todos quedan entera y absolutamente obligados. Tambien le compete contra sus deudores, de suerte que puede repetir contra los de éstos antes de hacer escusion en los del Primipilo, y aun antes de cumplirse el plazo de sus pagas, si son deudores para algun dia. Pero este es tan ámplio y exuberante privilegio se limita respecto á los hijos y muger de otro tesorero, á cuyo cargo está solamente la custodia del Real erario, pues contra estos no le está concedido en iguales términos.

96 En los demas contratos con el fisco si concurre contra un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipoteca de ambos, se han de observar las reglas siguientes. La primera es, que el fisco por razon de la que le compete en sus contratos, es preferido á los acreedores chirografa-

el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion; y si ignora si es ó no idóneo, nada debe entregarle (*a*).

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

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

(*a*) Ley 14, t. 9, P. 6. (*b*) Leyes 11, t. 3, y 9, 28 y 29, t. 9, P. 6.

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

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

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

rios anteriores del deudor. La segunda es, que si el fisco tiene hipoteca espresa, aunque sea posterior, se prefiere á los anteriores de tácita al modo que la dote (*a*). La tercera es, que si el fisco concurre con otro acreedor anterior que tenga hipoteca espresa, especial ó general, sin privilegio, debe preferirse el primero en tiempo, y si lo es dicho acreedor, será su prelacion en los bienes que el deudor tenia antes de contratar con el fisco; pues en los adquiridos despues será preferido éste por privilegio especial á los anteriores, aunque la tengan general espresa; porque no se puede decir que los bienes estan obligados antes que el deudor los adquiera, ni constituirse hipoteca en las cosas agenas, y como á un mismo tiempo quedan hipotecados al acreedor privado y al fisco, debe éste ser privilegiado como de mejor condicion, no debiendo mirarse el órden de la convencion tácita ó espresa, sino el de la adquisicion; bien que cada uno debe probar como fundamento de su intencion la anterioridad ó posterioridad de la adquisicion, pues ningun privilegio tiene el fisco para eximirse de ésto. Pero si á la anterioridad de tiempo que tiene el acreedor privado, se agrega algun privilegio ó cualidad como la menor edad, tutela, dote, &c. se preferirá el fisco por razon de la anterioridad y por la del privilegio, no solo en los bienes adquiridos antes de contratar con él sino tambien en los que adquirió despues, como se espuso en el núm. 94. Y la cuarta regla es, que por competir privilegio al fisco, en la accion hipotecaria y juntamente en la personal tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en la personal, ó son personales privilegiados, como los menores; por lo que si éstos concurren y no tienen hipoteca espresa, obtendrá el fisco la preferencia, aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote, y lo mismo procede en los demas privilegiados en la hipoteca.

97 Tambien es preferido á los acreedores anteriores de hipoteca espresa en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él, de cualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal, estando en poder del deudor, (no en el de otro á quien hubiese enagenado los mencionados bienes, porque pasaron al dominio de éste que no es deudor, ni está

(*a*) Ley 33, tit. 13, P. 5.

obligado) y justificando como fundamento de su intencion su produccion posterior en poder del deudor, pues si no lo justifica, no gozará de prelacion, por carecer de privilegio espreso. Sobre si la muger gozará ó no por su dote de igual privilegio que el fisco en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal, y se preferirá ó no á los acreedores hipotecarios anteriores, véanse los AA. pues estan discordes; pero la iglesia y causa pia son preferidas.

98 Como por el delito que alguno comete, y daño que causa á otro se originan dos acciones penales, la una tocante á la parte ofendida y la otra á la república; y el fisco adquiere derecho á la pena en que incurre el perpetrado, sea legal, convencional ó arbitraria en el juez; se duda cuando le adquirirá, y cuándo será ó no preferido á los acreedores del delincuente. En órden al primer punto debo decir que antes de la condenacion ó sentencia ningun derecho, ni hipoteca le compete en los bienes de aquel; que despues de ella si por el delito se le confiscan, no adquiere hipoteca en ellos, porque se le transfiere su dominio: que 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 pronunciamiento no puede llamarse acreedor á causa de ignorarse, si se le impondrá ó no; y que aun despues de la condenacion no adquiere ningun derecho ni hipoteca en perjuicio de otros acreedores, aunque sean chirografarios, y su deuda conste solamente por mera confesion del deudor fiscal antes de la sentencia, porque trata de adquirir lucro y los acreedores procuran evitar su daño, escepto que éstos y el fisco lo sean por una misma causa ó título oneroso ó lucrativo; pero respecto del delincuente y de otros que poseen sus bienes sin título, tiene desde el dia de la sentencia hipoteca tácita en ellos, la cual no se amplia, cesante todo dolo, á los enagenados antes de la condenacion (*a*).

99 Tocante al segundo punto digo, que si el fisco concurre únicamente por el cobro de la pena y condenacion, sea legal ó arbitraria, impuesta al delincuente, le preferiran indistintamente todos los acreedores de éste sin escepcion, seanlo por contrato

(*a*) Leyes 11, tit. 6, lib. 3 y 12 al fin tit. 26, lib. 8 R. ó 4 y 5, tit. 41, lib. 12 N. R.

celebrado antes de la imposicion, ó por el daño recibido, por el que es condenado. Si concurren ambos con un mismo título, oneroso ó lucrativo, será preferido el fisco, sin embargo de que el acreedor privado se halle en posesion de los bienes del deudor delincuente, por lo que si éste perjudicó á alguno y al fisco en la cosa ó administracion fiscal, obtendrá la prelacion, aunque el acreedor privado lo sea por depósito singular que no existe; pues desde la comision del daño quedaron obligados sus bienes á resarcirle, y el fisco adquirió hipoteca en ellos que es preferida á la accion de depósito, y ésta no existiendo la cosa depositada, ó siendo irregular é impropio el depósito, cede á la hipotecaria quedandose en la clase de personal, como se dirá en los nn. 168 y 169: lo cual no sucede siendo privados ambos acreedores con un mismo título, porque entonces será preferido el que tenga la posesion de los bienes del deudor (*a*). Pero si se dudare, si el fisco y el acreedor privado concurren por una misma causa ó título, ó si las de ambos son onerosas ó lucrativas, se preferirá el fisco, y no habrá prorateo en cuanto al importe de la pena, pues en la cantidad consignada al acreedor por compensacion del daño o interes obtendrá éste la preferencia (*b*).

100 Aun cuando el reo incurre ipsojure en la pena de confiscacion ordinaria y pérdida de todos sus bienes, adquiere inmediatamente el fisco su dominio, no se le transfiere siendo ordinaria la confiscacion, hasta que se publica la sentencia, y en la imposicion se circunscribe solamente á ciertos bienes que se especifican en la sentencia y proceso, y no á todos (*c*). Pero aun cuando la confiscacion sea ordinaria, no se estiende á todos los que posee el delincuente, y antes bien se limita á los que quedan líquidos despues de satisfechos los acreedores que tiene al tiempo de la perpetracion del delito, pues los restantes no son suyo: en cuya atencion, y en la de que hace veces de heredero anómalo y sucesor estraño del delincuente, está obligado como tal á pagar sus deudas en cuanto lo permitan sus bienes, y si sobra algo, lo hace suyo (*d*). Si el fisco es acreedor del mismo delincuente por contrato, tiene en su poder algunos años los bienes de éste que producen para reintegrarse y pagar á

(*a*) Ley 9, tit. 3, P. 5. (*b*) Leyes 102 del Estilo, 13, cap. 16, tit. 14, lib. 2 y únic. cap. 10, tit. 10. lib. 3 R. (*c*) Ley 2, tit. 4, P. 5. (*d*) Ley 16, tit. 2, 3.

los demas, y luego se los devuelve, no puede repetir su crédito despues de la devolucion, porque con el producto debió hacerse pago de él: lo cual he visto ejecutoriado 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 escluye á la otra, ni le quita la hipoteca y antelacion que por su naturaleza le compete, al modo que tampoco se confunde la del heredero que es acreedor del deudor, segun se ha sentado en el cap. 2 de este lib. n. 319, lo que no sucede, cuando en un acto ó persona concurren dos obligaciones ó cualidades diversas, como en el fiador que sucede al deudor, ó al contrario; pues no se confunden sino que se estingue la accesoria, y permanece la principal, si es útil y eficaz, y no en otros términos.

101 Se prefiere igualmente el fisco á otros acreedores aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes, pero como quiera que la hipoteca no se adquiere hasta despues de la sentencia, no será preferido á ellos en caso que sean anteriores á ésta.

102 No obstante que en la cosa dada ó vendida á dos sugetos en diversos tiempos es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior (*a*); si uno celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con otro privado, obtendrá aquella preferencia, aunque se haya hecho posteriormente la entrega á éste, porque como tiene á su favor el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos, debe ser preferido al particular que carece de él, sin embargo de que se le haya entregado la cosa vendida despues de la celebracion del suyo. Y si un predio fiscal se vende al fiado, no solo queda obligado tácitamente el comprador á la solucion de su precio, aunque no se obligue, sino tambien los demas bienes suyos, escepto que la venta sea á pupilo ó menor, pues entonces solo tiene hipoteca tácita en el prédio vendido y no en los demas bienes de éste.

103 Habiendo esplicado varios privilegios que competen al fis-

(*a*) Ley 50 cerca del fin tit. 5, P. 5.

co acerca de la hipoteca y prelacion, no dañará referir de paso algunos de las que goza en los juicios á mas del espresado en el n. 18. Aunque en la via ejecutiva se admiten oposiciones y tercerías para eludirla, y no tiene lugar contra terceros poseedores, regularmente hablando (*a*); en la que sigue el fisco por alcabalas ú otros derechos Reales, no deben admitirse á menos que los terceros justifiquen con instrumentos públicos el dominio de los bienes en que se trabó la ejecucion.

104 Todas las escepciones directas y útiles que el ejecutado pueda probar en el término de los diez dias de la ley, son admisibles en el juicio ejecutivo, segun se espuso latamente en el §. 4, cap. 2 de este lib. pero en la ejecucion que intenta el fisco sobre exaccion de sus derechos Reales, únicamente se admite á los arrendadores de éstos la escepcion de paga ó quita (*b*).

105 Para poder dirigir su accion el acreedor privado personal contra el deudor de su deudor, se requiere que éste le ceda sus acciones, ó le dé en pago su crédito, escepto que el deudor principal sea condenado; y no tenga con qué pagar, ó que confiese su débito, ó que el acreedor le acredite con instrumeto público; pero el fisco por especial prerogativa no solo puede ejecutar al deudor de su deudor en los casos referidos sino tambien en otros tres: el primero, aunque el deudor principal no esté condenado, si se halla insolvente: el segundo, cuando aparece que se contrajo el débito por razon del fisco; y el tercero, cuando por el contrato fiscal son demandados los deudores verdaderos. Tambien pueden el fisco, república y universidad ejecutar á los socios, á quienes los arrendadores de sus rentas dieron parte en el arrendamiento, en esta forma: si se asociaron simplemente con éstos, les pueden reconvenir insólidum como á los principales; y sí solamente en cierta cuota de las rentas como tercera, cuarta ú otra, por el importe de la participacion y de su obligacion.

106 Está mandado que en las ejecuciones se haga primero la traba en bienes muebles que han de pregonarse en 9 dias, y en su defecto en raices que se han de subastar en 27 (*c*); pero cuando el fisco ejecuta á los arrendadores de sus rentas y á sus fiadores, no se observa este órden, y antes sí debe hacerse en los mejores,

(*a*) Ley 16, tit. 7, lib. 9 R. (*b*) Ley 15, tit. 7, lib. 9 R. (*c*) Leyes 3, tit 27, P. 3 y 19. tit. 21, lib. 4 R. ó 12, tit. 28, lib. 11 N. R.

sean muebles ó raices, subastándose y vendiéndose los muebles en 3 dias y los raices en 9 (*a*), y para reintegrar á la real hacienda se deben vender todos los que se hallen en poder de los mismos arrendadores, sin que impida su venta otra escepcion que la de acreditar con escrituras públicas que estos tienen arrendados ó alquilados los bienes del que se opone á su venta, protestando ser suyos (*b*).

107 Aunque en los arrendamientos de bienes de personas privadas si el arrendatario los subarrienda, no está obligado regularmente el subarrendatario al dueño de ellos, á menos que asi se pacte en el subarriendo; en las alcabalas y otros derechos reales, si los arrendatarios las subarriendan en todo ó parte, (fuera de que no quedan libres, ni sus fiadores, escepto que afiancen á satisfaccion de los contadores mayores ó de sus lugar tenientes, y en las rentas menores á la de los arrendadores mayores y recaudadores, segun lo ordena la ley 18, tit. 11, lib. 9 Recop.) estan obligados al fisco los subarrendatarios igualmente que los primeros, páctese ó no, y asi puede ejecutarlos por los que le deban, al menos despues que á estos.

108 En los contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, es innegable que dentro de los cuatro años siguientes á su celebracion puede intentar el leso que se rescinda ó se le supla su justo valor (*c*): pero en las ventas forzadas ó que se celebran contra la voluntad de los compradores para pagar al fisco, no ha lugar á este remedio (*d*); y en los casos en que los ministros de la real hacienda ó sus delegados las hacen, y aposesionan de las fincas vendidas á los compradores, si se suscita controversia sobre lesion, eviccion ú otra cualquiera cosa, ha de conocer de ella y determinarla el que otorgó la venta, y no el ordinario del pueblo ni otro alguno, aunque alguno de los litigantes goce fuero.

109 En órden á la dote, si concurren ésta y el fisco solos, obtendrá la apelacion el que sea anterior en tiempo (*e*), á menos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entonces se dará al que le tenga; pero en los no privilegiados si se

(*a*) Leyes 18 y 19 tit. 7 lib. 9 R. (*b*) Ley 16, tit. 7 lib. 9 R. (*c*) Ley 1 tit. 11 lib. 5 R. ó 2 tit. 1 lib. 10 N. R. (*d*) Leyes 6 tit. 7 lib. 5, ó 2 cit. N. R y 20 al fin tit. 7 lib. 9 R. (*e*) Ley 33 tit. 13 P. 5. Véase la I. P. cap. 22.

dudare cual es primero en tiempo, será preferida la dote legítima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque hallándose será pospuesta.

110 Tocante á los demas acreedores se han de suponer dos casos ó puntos: el primero, cuando la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante escribano y testigos sin fraude ni simulacion; y el segundo cuando fue confesada, y no consta su entrega ó fe de ella. En el primer caso la muger será preferida por la hipoteca tácita á todos los anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la suya sea general espresa, contandose el tiempo desde el dia en que se celebró el matrimonio y no antes, porque la dote se da para ayudar á sostener sus cargas, y asi hasta que la haya, no hay dote ni por consiguiente puede haber privilegio: lo cual procede aun cuando los bienes prometidos al marido en dote se le entreguen posteriormente, como por lo regular se hace, cuando preceden capitulaciones á la boda, ó está pendiente la particion en que es interesada la novia; y del mismo privilegio gozará, aunque no conste la entrega ante escribano, ni en juicio contradictorio con los demas acreedores, si justifica en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio y entregado á su marido (*a*). Tambien será preferida á los acreedores posteriores que tengan hipoteca especial espresa sin cualidad de prelacion, como se espuso en la I. P. lug. cit. Pero es de advertir en primer lugar, que si la muger no espresa formalmente que lleva sus bienes al matrimonio por dote, aunque los entregue realmente á su marido, no obtendrá el privilegio de prelacion, por no ser dote: en segundo lugar, que en la promesa de contraer matrimonio si es rica, se entiende prometer tácitamente sus bienes en dote á su futuro marido, y asi le competirá el privilegio de prelacion, escepto que el marido tenga con que alimentarla, pues entonces no se presume si no se espresa; y en tercer lugar, que el privilegio de la dote verdadera no se estiende á la putativa.

111 Pero no será preferida á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca espresa, especial ó general en sus bienes (*b*), como en cuanto al fisco se dijo al fin del n. 61; por lo que teniéndolos hipotecados generalmente el marido á la responsabilidad de alguna administracion, casándose despues, y obli-

(*a*) Ley 33 tit. 5 P. 6. (*b*) Ley 33 tit. 13 P. 5. verb. Otrosí la muger.

gándolos á la de la dote de su muger, si al tiempo de casarse no acredita estar solvente en la administracion, continua con ella algunos años, sale alcanzado, y faltan bienes con que reintegrar la dote y el alcance; no obtendrá preferencia la muger sino el dueño del alcance por su anterioridad en la hipoteca general ó especial; pues se mira al tiempo de la hipoteca que es anterior al en que se descubre el alcance, porque se presume que cuando se casó, ya era deudor: lo cual no sucederá si la muger acredita que entonces se hallaba solvente, porque aunque la obligacion á la administracion estaba otorgada antes, no eran responsables á ella sus bienes, porque nada debia, y asi no empezaron á serlo hasta despues de casado, en cuyo tiempo ya estaban afectos á la satisfaccion de la dote, y es lo mismo que si despues de otorgada ésta se le hubiera encargado aquella.

112 Tampoco será preferida la muger por su dote legítima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero á su marido para emplearle en alguna finca ó cosa determinada, construir ó reedificar alguna casa ú otro edificio, si la compró ó hizo con él, la hipotecó especialmente á su responsabilidad, y al tiempo del préstamo se pactó espresamente que le entregaba el dinero para ello; pues para la hipoteca especial y espresa, y por razon del destino del dinero le preferirá en la finca comprada, porque cuando principió ésta á ser responsable á la dote, ya lo era al precio con que se adquirió, por dimanar del acto la hipoteca y no ser simple sino calificada; pero no si faltó el pacto aunque con el mismo dinero hiciese la compra, porque en este caso es mutuo simple sin privilegio ni motivo para tenerle (*a*), por haber hecho el empleo de propia voluntad y no obligado por convenio con el que se le prestó.

113 Si el dinero prestado fue para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacen en que está la cosa, ó conducirla de una parte á otra, ó para satisfacer su trabajo á los oficiales que se emplearon en ella, ó alimentar á los sirvientes, ó al ganado; ó para otro beneficio de la misma cosa, y le prestó simplemente sin pacto ni convencion, serán preferidos al prestador la dote y fisco, escepto que sean posteriores en tiempo (*b*).

114 En el segundo caso ó punto, esto es, cuando la dote

(*a*) Leyes 26 y 34 tit. 13 P. 5. (*b*) Leyes 28 y 29 tit. 13 P. 5.

fue confesada por el marido en contrato ó última voluntad antes de casarse, ó durante su matrimonio, del que se tocó algo en el lib. 1 cap. 3 nn. 26, 27 y 28 de esta II. P. donde remití al lector á este lugar como mas propio; están discordes los AA. por falta de decision legal, y mediante á no hallarse esplicado en castellano, segun corresponde, procediendo con la claridad posible distingo dos casos. El primero es, cuando la muger litiga sobre su restitucion con los herederos de su marido, ó los de ella contra éste, y si los podrá reconvenir insólidum á prorata, en cuyo caso como espone un docto jurisconsulto, no son precisas pruebas rigorosas de su solucion y bastan las leves; y el segundo, cuando en concurrencia de otros acreedores de su marido pretende ser preferida á éstos, en el cual es indispensable que las pruebas sean concluyentes.

115 En cuanto al caso de restitucion digo, que la confesion del marido hecha en contrato antes de casarse le perjudica debiendo echarse á sí mismo la culpa de haber confesado por recibido lo que no se le entregó, como tambien á sus herederos legítimos y estraños, porque no gozan de mas privilegio que él, y como sus representantes y sucesores en sus acciones activas y pasivas deben estar y pasar por sus contratos.

116 Pero asi el marido como sus herederos pueden oponer contra la muger la escepcion de dote no entregada que le compete, si aquel no la renunció, pues lo que constituye verdadera la dote, es su entrega y no la escritura, por lo que nada aprovechará á la muger la confesion, y de consiguiente necesitará probar su entrega; y para ser oido el marido contra los herederos de su muger y los de él contra ésta deben oponer la escepcion disuelto el matrimonio, dentro del año siguiente, si duró dos, y si mas hasta diez, dentro de tres meses, porque pasados no se les oirá, á menos que les competa el beneficio de la restitucion por entero, ó que tomen en sí el cargo de probar no haberla recibido, de lo cual se infiere, que si los herederos del marido restituyeren la dote á su viuda con error é ignorancia del derecho que les compete, dentro del término de oponer la escepcion, podrán usar de ella como por cosa pagada indebidamente; mas no si lo saben y sin embargo se la entregan.

117 Si el marido renunció, como puede hacerlo, la escepcion del dinero no entregado, aunque sea en el mismo instru-

mento, no le sufragará á él ni á sus herederos la de no haberse dado la dote, porque respecto de ellos obra en dicho caso su confesion lo propio que si la dote fuera real y verdaderamente pagada. Lo mismo procede cuando el escribano da fe de haber visto entregar la dote, y que fue en ciertas monedas que individualiza; y por si en esta entrega, aunque cierta, hubiere simulacion y fraude, pues á veces suele un tercero prestar el dinero á la muger para que le manifieste ante los testigos y el escribano, á fin de que éste pueda dar fe de que ha parecido de presente, y luego que se retira, y el acto se concluye, se devuelve el dinero al que le prestó; podrá defenderse el marido con la escepcion de confesion simulada, para cuya justificacion bastan pruebas leves y conjeturas, porque la simulacion es de dificil probanza á causa de hacerse con mucha premeditacion y cautela.

118 Prueba tambien contra el marido la confesion geminada ó duplicada, á menos que sus herederos quieran recibir en sí el cargo de justificar, que sin embargo de ella no recibió la dote; pero no podrán aquellos usar de la escepcion del dinero no entregado contra dicha confesion; bien que algunos afirman que sí, fundados en que ésta no surte el efecto de que la dote meramente confesada se tenga por entregada. Mas de cualquiera suerte que sea, no goza de los privilegios dotales, porque no es propiamente dote.

119 Haciendo el marido la confesion con juramento no les servirá ni á él ni á sus herederos el alegar que no recibio la dote, porque no goza de la escepcion del dinero no entregado; si bien no se les impide probar que no hubo tal entrega ni recibo. Pero ni á sus acreedores ni á otro tercero que no traiga causa del marido, dañará, aunque la haga próximo á la muerte para descargo de su conciencia. Y si se obligó con juramento no solo á restituir la dote sino tambien á no oponer la referida escepcion, no será oido, porque el juramento debe observarse en este caso á causa de no ser contra las buenas costumbres, ni ceder en detrimento de tercero ni en dispendio de la salud eterna.

120 Procediendo al matrimonio promesa de la dote por escritura pública distinta de aquella en que el marido hace la confesion, como por la brevedad del tiempo y celeridad de los actos se presume simulacion, y en un mismo instrumento no

dor lo mande, pues en este caso, aunque sea el mismo escribano, deberá preceder el auto; y para que no se presuma que el escribano la suplantó, pondrá nota en ella de habérsela entregado el heredero ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla, ó si no sabe, que la presente al juez para que lo mande y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa dónde se halla, y cuando se saque testimonio de ella, se relacionará el testamento de que es parte, para que no se crea que es un papel simple; todo lo cual practican en esta córte los escribanos inteligentes (*a*).

§. X.

De las condiciones de los legados y herencias.

174 El testador puede hacer los legados puramente, para dia ó tiempo cierto, ó incierto y con condicion (*b*); y ha de observarse todo lo que mande, siempre que sea honesto y posible, puesto que es dueño de sus bienes y una como ley su voluntad. El dominio de las cosas suyas legadas puramente pasa al punto que muere á su legatario, y aunque éste fallezca antes que se aposesione del legado, ó que el heredero del testador perciba la herencia, ó la acepte, le percibirán los suyos, y el del testador estará obligado á entregárselo con todo lo que le corresponde y los frutos que haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó ó se aposesionó de la herencia segun queda dicho. Si lo que lega el testador no es suyo, debe su heredero comprarlo y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produjo desde el dia que el legatario se lo pidió (*c*).

175 Los legados que hace el testador para dia cierto, v. gr. *mando á Pedro* 100 *reales para el dia de la próxima Navidad*: se pueden entregar incontinenti al legatario, y aunque éste muera antes del dia prefinido, los percibirá su heredero, porque es preciso que lle-

(*a*) Sobre si haciendo el testador por señas los legados valdrán ó no, véase á Matienzo ley 1, t. 4, lib. 5 R. glos. 16. (*b*) Ley 31, t. 6, P. 6. (*c*) Leyes 34, 35 y 37, t. 9, P. 6.

se dá primero ni postrero, ni basta que en él testifique el escribano, haber precedido la promesa; en este caso hágase la confesion de su recibo antes del matrimonio ó durante éste, prueba su entrega, de tal suerte que el marido, sus herederos y acreedores no solo no pueden oponer despues la escepcion de no habérseles entregado, ni se les debe admitir, aunque no esté pasado el tiempo prefinido por la ley para su admision, sino que la confesion se tiene por hecha y la hipoteca por contraida en el dia de la promesa en perjuicio de todos los acreedores que en el tiempo medio de ésta y de la recepcion contrajeron con el marido, una vez que se efectuó su matrimonio; si bien algunos lo limitan al dia de la celebracion de éste. Pero no se escluye la prueba en contrario, porque no es presuncion de derecho y por derecho sino una vehemente conjetura, y asi no justificándose debe estimarse por dote legítima y verdadera.

121 Confesando en testamento ó en otra disposicion última el marido haber recibido la dote, no valdrá como tal ni como crédito sino como legado, á menos que por otro medio se acredite su solucion; bien que es menester se confirme con su muerte, porque hasta entonces puede revocarle. Y si en el testamento jurare haberla recibido se tendrá por dote y no por legado, y le perjudicará en el todo, como tambien á sus herederos legítimos y estraños; aunque por otro medio no conste su entrega.

122 Si el marido hace en contrato constante su matrimonio la confesion de haber recibido la dote, se estimará por donacion entre marido y muger, necesitará tambien confirmarse con su muerte para que sea válida; y en perjuicio de sus herederos legítimos y estraños tendrá el mismo vigor que la hecha en última voluntad; y lo mismo procede aunque lo sea con título de remuneracion ó recompensa por la desigualdad que media entre los dos, como de ser el marido anciano y plebeyo, y la muger noble y joven, &c. si bien en este caso no podrá revocarla como en el anterior, porque por el pacto onoroso se presume quiso obligar su patrimonio á la constitucion de la dote y su restitucion.

123 En ninguno de los casos en que se ha espuesto perjudica al marido y á sus herederos la confesion de haber recibido la dote, cuando se trata de su restitucion, se les priva de la accion de reputarla del prometedor, si con efecto no la entregó.

124 Siempre que por error confiesa el marido en instrumento ó de otra suerte haber recibido por dote mayor cantidad que la que efectivamente recibió, aunque prometa restituirla toda á su muger disuelto el matrimonio, ningun perjuicio le causará á él ni á sus herederos dicha confesion, y así verificado el error podrá revocarla en cualquier tiempo, por no ser justo que la muger se lucre indebidamente en su detrimento contra su voluntad.

125 Aunque cada heredero del marido es responsable únicamente á los acreedores de éste á proporcion de la parte que percibe de la herencia, puede repetir la viuda contra uno de los herederos insólidum, no como tal sino como poseedor de la finca ó fincas hipotecadas especialmente á la seguridad de la dote, porque el derecho de prenda é hipoteca no sigue á la persona sino á la cosa: en cuya atencion si son muchos los obligados y la hipoteca se halla en poder de uno de ellos, podrá el acreedor á su eleccion reconvenir á todos á prorata ó insólidum al que posee la finca hipotecada. Ademas, aunque los bienes hipotecados estén divididos entre los herederos, podrá la viuda dirigir su accion insólidum contra el uno por toda su dote, porque el derecho de hipoteca es individuo, y así no puede juzgarse dividido entre ellos. Y es de notar, que la viuda ha de reconvenir á los herederos de su marido en el fuero del domicilio de éste.

126 A la madre que fue tutora de sus hijos y pretende la restitucion de su dote, no se debe denegar ni retardar su entrega ó solucion, mientras no dé la cuenta de la tutela, aunque haya alguna verosimilitud de que resultará alcanzada, ni por consiguiente ha de admitirse á sus hijos la escepcion de compensacion que le opongan, porque ésta no tiene lugar en lo que no está liquido con lo que lo es: lo cual se entiende aunque haya renunciado el auxilio de las leyes que la protegen, porque se constituiria de peor condicion la dote que los créditos de otros acreedores, contra los cuales no se debe escepcionar ni deferir á la retencion por el credito no líquido. No obsta alegar que pudo haberse reintegrado, y se presume que lo estará, porque sin embargo de que un administrador puede hacerse pago por sí de los bienes de su deudor que administra, esto no prueba que la madre lo esté de su dote hasta que por la cuenta que presente, se vea su alcance, y si las rentas de los bienes de sus hi-

jos fueron tan cuantiosas que bastaron para cubrirse de ella y alimentarlos, mayormente debiendo creerse que por su natural afecto á ellos se condujo fielmente en la administracion de sus bienes.

127 Tocante al segundo caso propuesto, esto es, á la pretension de preferencia ó prelacion en concurrencia de otros acreedores de su marido, mediante haber varias clases de ellos con diversos privilegios, sentaré para la debida claridad varias conclusiones; pero antes debo advertir, que si la hipoteca que tiene por su dote la muger en los bienes del marido es general, puede dirigir su accion contra los que mas bien le parezcan; y que si es especial, debe intentarla contra los afectos especialmente, haciendo escusion en ellos antes de proceder contra los restantes, al modo que están obligados á hacerlo los demas acreedores, pues la ley no ha concedido en este punto ningun privilegio á la muger, y en ella milita la misma razon de equidad que en otros cualesquiera.

128 Conclusion primera. Si la muger contiende con el fisco que ha secuestrado y confiscado los bienes de su marido por algun delito ó motivo, sobre que se la prefiera en el pago de su dote confesada por éste, no debe ser oida, mientras no acredite su verdadera entrega, á menos que haya precedido promesa dotal á la confesion.

129 Conclusion segunda. En todos los casos en que la muger prueba la verdadera entrega de su dote sin la mas leve sospecha de fraude, sea mientras está casada, ó despues que enviuda, perjudica la confesion de su marido á sus acreedores, por lo que en concurrencia de éstos debe obtener, generalmente hablando, la prelacion en el pago.

130 Conclusion tercera. Si el marido confiesa en contrato la recepcion de la dote antes de casarse, perjudica tambien á los demas acreedores suyos, porque como regularmente no se efectúan los matrimonios sin dote, escepto que los contrayentes sean pobres, es verosimil que se haya entregado, segun espresa el marido, y asi carece de la sospecha de fraude, especialmente si contiene renuncia de la escepcion del dinero no entregado, mientras no se pruebe lo contrario.

131 Conclusion cuarta. Si á la confesion de haber recibido la dote precedió promesa por escritura pública distinta de aquella en

que el marido confiesa su recibo, prueba su entrega, haga éste la confesion antes de casarse, ó estando casado, y perjudica no solo á sus herederos sino tambien á sus acreedores, como se ha sentado en el n. 120.

132 Conclusion quinta. Habiendo hecho el marido la confesion de la dote constante su matrimonio, sin haber precedido promesa dotal, y siendo los acreedores simples quirografarios, los escluirá la muger, aunque tengan la prioridad de tiempo, porque en igual caso es mejor la condicion de la dote, á causa de que le compete el privilegio de prelacion. Pero si los acreedores anteriores fundan su intencion en la confesion, v. gr. de depósito, venta ú otra cosa fuera de mutuo, no hecha constante el matrimonio, se preferirán á la muger, porque en este caso es igual su condicion á la de la dote, mediante no poder oponérsele la escepcion del dinero no entregado, y por la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es en derecho, deberán ser graduados antes que la dote confesada; pues en estos casos el derecho comun y general es mas poderoso que el especial, y por lo mismo si la confesion dotal que precede al matrimonio es anterior á la de los créditos referidos, será preferida la dote; mas no, habiéndose hecho despues de casada, porque en este caso se presume que el marido la hizo con ánimo de beneficiar á su muger y perjudicar á sus acreedores quirografarios anteriores.

133 Conclusion sesta. A los acreedores hipotecarios anteriores no daña la confesion de haber recibido la dote hecha por el marido constante el matrimonio, sin haber precedido promesa, porque tiene contra sí la presuncion de haberla hecho por defraudarlos; y si son posteriores les compete la escepcion de dote no entregada dentro de los tiempos prefinidos para oponerla; á fin de impedir que su viuda obtenga la prelacion. Pero hay dos opiniones acerca de si pasados éstos les perjudicará ó no al modo que á los herederos; y para no dar lugar á la objecion de morosidad que se quiera hacer á los acreedores que contrajeron con el marido antes de espirar el de poner la escepcion de dote no entregada (pues á los posteriores á este tiempo no aprovecha, porque ya adquirió derecho perfecto la muger), y la de si sabian ó no que la dote era confesada; conviene que pidan restitucion del lapso del tiempo por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*, con cuya concesion será inútil la objecion: lo cual se entiende aunque

el marido haya renunciado la escepcion del dinero no entregado, porque no pende de su arbitrio, ni tiene facultad para causar perjuicio de sus acreedores y privarles de su derecho.

134 Conclusion séptima. Cuando por la calidad de los conyuges y otras circunstancias es verosimil la confesion del marido, prueba concluyentemente la entrega de la dote á efecto de repetirla en perjuicio de sus acreedores, á quienes no compete en este caso la escepcion del dinero no entregado. Son conjeturas á favor de la confesion de la dote la promesa que precedió á ella; la prueba de la solucion de algunas partidas espresadas en la misma confesion, aunque no se diga que se hizo por causa de la dote, pues debe presumirse, una vez que no se especifica otra: el constar haberse pagado parte de la dote confesada, pues se presume que lo está en el todo: el ser la dote correspondiente á las personas, caudal, &c. y otras que traen los AA.

135 Conclusion octava. Hallándose en la herencia del marido algunos bienes raices dotales no pueden los acreedores impugnar la confesion en cuanto á ellos, aun cuando en ésta se hallen apreciados, porque no obstante su aprecio tiene lugar la presuncion de verdadera entrega, á causa de que en los bienes inmuebles no es tan facil cometer fraude como en los muebles; por lo que su viuda gozará de todos los privilegios dotales acerca de su restitucion contra los acreedores de su difunto marido.

136 Conclusion novena. Cuando el marido hace la confesion constante el matrimonio con ánimo de donar á su muger lo contenido en el instrumento, sea graciosamente, sea por remunerar la disparidad que media entre los dos, aunque en estos casos perjudica á sus herederos, si la donacion se confirma con su muerte, como se espuso en el n. 122, no á sus acreedores, porque como no recibe vigor hasta que fallece, estaban obligados á ellos los bienes de su marido antes que se constituyese irrevocable, y asi es lo mismo que si la hiciera en disposicion última.

137 Conclusion décima. La confesion de haber recibido la dote que el marido hace á favor del padre, ó pariente de su muger, tampoco daña á sus acreedores, á menos que por conjeturas pueda reputarse verdadera; pero si se hizo á favor del prometedor estraño, les perjudicará, porque no hay para sospechar fraude el motivo que en el caso anterior.

138 Conclusion undécima. Si el marido tenia compañía con

algunos, y habiendo fallecido intenta su viuda repetir de ellos su dote que aquel confesó durante la sociedad haber recibido, no les perjudicará esta confesion, aunque si tratase de colocar y hacer dotacion á una hija del difunto, estuviesen obligados los sócios á dotarla del fondo comun de la sociedad.

139 Habiendo vivido la muger con su marido en compañía de su suegro, se duda, cuando podrá usar de su accion por la restitucion de su dote contra los bienes de éste, ó los de aquel solamente, ó á un tiempo contra los de ambos; y para su inteligencia se distinguen ocho casos. El primero es, cuando el marido recibió la dote por mandato y con voluntad espresa de su padre, y entonces los bienes de éste son responsables á su restitucion, lo cual no podrá decirse, si aunque el padre hubiese consentido en el matrimonio, no se mezcló en la recepcion de la dote. El segundo es, cuando el padre no solo asintió al matrimonio, sino tambien á que su hijo recibiese la dote, pues es indubitado que sus bienes están obligados á su nuera por la restitucion de aquella, porque se presume que la dote llegó á manos del padre y éste la administró, escepto que por su edad, enfermedad, ú otro motivo estuviese imposibilitado de administrarla, y cuidase de todos los negocios su hijo. El tercero es, cuando el padre y su hijo recibieron la dote obligándose á su devolucion, en cuyo caso ambos deberán responder a prorata de lo que cada uno percibió. El cuarto es, cuando sin embargo de no haber precedido mandato ni consentimiento del padre para que su hijo recibiese la dote, se prueba que se convirtió en utilidad del mismo padre; pues entonces debe repetir contra éste y no contra los bienes de su marido. El quinto es, cuando la dote se entregó al padre estando presente su hijo, en cuyo caso tienen accion contra aquel, porque la presencia de éste no induce consentimiento en lo perjudicial, escepto que hubiese heredado á su padre, ó que se obligase antes de contraer con los acreedores á responder de ella á su muger. El sesto es, cuando el suegro recibió la dote en nombre de su hijo, y entonces no podrá reconvenirlo su nuera, especialmente si protestó que no queria quedar obligado, y asi deberá dirigir su accion contra su marido; mas si la recibió en su propio nombre y en el de su hijo, son responsables ambos por mitad. El séptimo, cuando el padre despues de haber recibido la dote la entregó á su hijo que se separó de su compañia y se fue á vivir con su muger; en cuyo

caso, aunque parece que por su entrega solo queda obligado el hijo, lo quedará tambien el padre, á menos que conste que su nuera se conformó con que la entregase á su marido, y diese por libre de su solucion al suegro, porque como éste por el recibo se constituyó deudor de ella, no le puede dañar lo que sin su espresa anuencia practicaron los dos. Y el octavo caso es, cuando la dote no consiste en dinero sino en bienes raices ó muebles que existen al tiempo de disolverse el matrimonio; y entonces, háyase entregado al padre ó á su hijo, puede exigirla de cualquiera de los dos a su arbitrio; pues contra el suegro que se condujo dolosamente con la dote de su nuera, compete á éste la accion de pedir insólidum su restitucion.

140 Sobre cuándo podrá ó no la viuda reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, se debe distinguir. Si se entregaron á éste sin apreciarse, es constante que puede reivindicarlas de ellos, como tambien los bienes muebles no estimados, siempre que existan, porque el dominio permanece en ella; bien que la viuda si quiere, puede repetir el precio de la venta de sus bienes raices de los herederos de su marido, y no meterse con el comprador ó tercero poseedor, porque el precio sucede en el lugar de la cosa. Mas por los muebles debe hacer escusion en los de su marido antes de reconvenir á los terceros poseedores, porque contra éstos se le concede subsidiariamente la accion y no la eleccion como en los inmuebles.

141 Si la dote fue estimada con estimacion que causó venta, como su dominio se transfirió al marido habiéndose obligado solamente á la restitucion del precio, no podrá la viuda revocar la enagenacion, por ser hecha legítimamente, á menos que al tiempo de la constitucion de la dote se pactase que su marido habia de restituir los bienes, en cuyo caso así como éste debe hacer la restitucion, sin que pueda eximirse de ello por ofrecer su valor, así tambien su viuda podrá proseguir directamente los bienes, téngalos el marido, ú otro cualquiera; y lo mismo podrá hacer cuando la estimacion no causó venta entre ella y su marido.

142 Y si al tiempo de la disolucion del matrimonio no hubiere bienes del marido con que reintegrar á su muger de su dote le compete la accion de reivindicacion útil y subsidiaria para recuperar las cosas dotales que existan, aunque hubiesen sido es-

timadas, y las tenga un tercero por contrato oneroso ó lucrativo celebrado con su marido; mas para que sea oida en este caso, debe repetir primero contra los herederos de su marido, y hacer escusion en los bienes de éste, porque esta accion no es hipotecaria sino meramente subsidiaria, introducida especialmente á favor de la dote para que la muger no quede indotada; bien que en dicho caso el tercero poseedor de las cosas dotales puede á su eleccion devolver éstas ó entregar su estimacion, cuyo derecho tenia su autor. Y si en el contrato dotal se concediere al marido la eleccion de volver los bienes dotales ó su estimacion, volverá lo que mas le acomode, con lo que deberá contentarse su muger. Y es de advertir que la solemnidad que se requiere en la enagenacion de los bienes raices de menor para que valga, es precisa en la entrega que se hace al marido de los dotales estimados para que cause venta su estimacion, y por consiguiente siendo raices debe intervenir no solo la autoridad de su tutor ó curador sino tambien decreto del juez.

143 Pero si la muger interviniere y consintiere en la enagenacion de sus fincas dotales estimadas que hizo su marido, no podrá reivindicarlas de los terceros poseedores, escepto que aquel no tenga caudal con que reintegrarla de su valor: ni tampoco podrá, cuando ella misma consintió en que su marido las enagenase como suyas, aunque éste nada tenga con qué reintegrarla, porque en pena del dolo que cometio en coadyuvar á engañar al comprador, ninguna accion reivindicatoria le compete, ni puede usar del ausilio legal.

145 Asi como para poder repetir cualquiera acreedor contra el tercero poseedor de los bienes enagenados de su deudor, debe hacer previa escusion en los de éste, asi tambien la muger debe hacerla en los de su marido para demandar por su dote al poseedor de los que éste tenia suyos, y enagenó en perjuicia de ella, por estar obligados generalmente á la responsabilidad de la dote, pues no esta esceptuada ni goza de privilegio en este caso: lo cual tiene lugar, aunque en la enagenacion haya obligado el marido á la restitucion de la dote las fincas que vendió y posee el tercero. Pero se limita, lo primero, cuando por favor de ella ó de otro acreedor se puso en enagenacion la cláusula de constituto, porque el efecto de ésta es hacer que le poseedor los tenga en nombre del acreedor, y asi no se le trans-

fuere su dominio, y lo segundo, cuando es notorio que está insolvente el marido, pues entonces es inútil hacer escusion.

145 Contra la muger no corre el término ni prescripcion constante su matrimonio, aunque dure 30, 40, ó mas años, para repetir de los terceros poseedores las fincas dotales que enagenó su marido, porque mientras permanece casada, está impedida de usar de su derecho; mas si cuando el marido empieza á decaer de fortuna, no procura asegurar su dote, le perjudicará su omision. Ademas, cuando la prescripcion empezó antes de contraerse el matrimonio en el tercero poseedor de las cosas dotales, se completa constante éste y perjudica á la muger, aunque el peligro de la prescripcion toca en este caso al marido, porque con su negligencia dió lugar á ella.

146 Como en los bienes parafernales milita diversa razon, no tendrá lugar lo que se ha dicho de los dotales, y así por no estar impedida la muger de usar de su derecho durante su matrimonio, es justo sufra la prescripcion desde el dia en que su marido los enagenó; pues aunque para intentar la recuperacion necesita la licencia de éste, si no quiere dársela, puede acudir al juez de su domicilio á que se le conceda.

147 Cuando la dote que prometió al marido el padre de su muger ú otro, no se le paga enteramente, y el marido la ofreció por via de aumento ó en arras cierta cantidad, no tendrá aquella siendo viuda, generalmente hablando, derecho para exigir el aumento ofrecido de los herederos de su marido sino á prorata de la dote entregada; pero podra repetir del prometedor el esceso que por su culpa ó negligencia en no habérsela pagado enteramente deje de percibir.

148 Si el marido le hizo simplemente la promesa, páguesele ó no la dote, ó aunque ninguna trajese, no deben sus herederos denegarle la solucion del aumento. Si le ofreció el aumento no con atencion á la dote sino á su virginidad, nobleza, juventud y hermosura, ó por otras causas remuneratorias que espresó, como regularmente suele hacerse, tiene derecho á él, aunque la dote no se le pagase.

149 Si la falta de paga de la dote dependió del marido por haber concedido término al prometedor y fallecido antes que éste cumpliese con su entrega, tiene derecho su muger al aumento ofrecido, mas si sobrevivió al término concedido y prac-

ticó cuantas diligencias estuvieron de su parte para exigir la dote, no se le debe compeler á dicha satisfaccion. Si el matrimonio no se consumó por impotencia de la muger, no tiene derecho al aumento, y si fue por la del marido y no estaba pagada la dote, tampoco se le debe; pero si lo estaba, sí.

150 En los casos en que segun se ha dicho, surte la mera confesion del marido de haber recibido la dote el efecto de que se tenga por verdadera su solucion, tendrá derecho la muger al aumento ofrecido, del mismo modo que si efectivamente constará su entrega.

151 Por las cosas que el novio dá á su futura esposa antes de casarse, si ésta las incorpora en el contrato dotal, en cuyo caso como se confunden con los demas bienes suyos, se hacen dotales, al modo que las que le dá otra cualquiera persona; goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio, por ser todas verdadera dote; y por aquello en que promete aumentar la dote de lo que mientras está casada, herede, ó le donen solo por sus respetos, si el esposo se obliga en la escritura nupcial á tenerlo por dote, y luego constare su recibo durante su matrimonio, gozará tambien del mismo privilegio desde el dia en que entre en su poder, y no desde el tiempo de la dote principal, como se espuso en el núm. 45. La razon de diferencia consiste en que esta es dote verdadera y efectiva al tiempo de su constitucion, y aunque solo se prometa, se sabe cuánta es, y el prometedor puede ser compelido á su entrega, por lo que desde el dia del casamiento debe gozar del privilegio de prelacion; mas la aumentada pende de la condicion de que haya herencia, donacion ó legado, y como hasta que llega este caso, no consta el cuánto, ni si se verificará, ó no, ni de consiguiente puede ser apremiado ninguno á su entrega, no debe gozar de dicho privilegio, no obstante que la obligacion de responder de ello y tenerlo por aumento de dote, se constituya en los pactos nupciales, porque aquella sigue la naturaleza del contrato en que se hace, y por ser condicional, no debe empezar á tener vigor ni efecto hasta que la condicion se purifica. Y por la simple donacion por casamiento que antiguamente se hacia; en cuyo lugar se han subrogado hoy en España las arras que el esposo ofrece á la esposa por sus recomendables prendas, y por lo que el marido le ofrece por aumento de dote, aunque le compete hipote-

gue (*a*); pero de los que hace para tiempo incierto, v. gr. *mando á Pedro* 100 *reales para cuando cumpla* 14 *años*, no pasa el dominio al legatario hasta que se cumple el dia señalado, porque puede morir antes que llegue; de manera que es lo mismo que si el testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (*b*)

176 De los legados que deja con condicion, ya sea de presente, v. gr. *mando á Pedro tanta cantidad si está haciendo tal cosa que le encargué*: ya de pretérito, v. gr. *Si la hizo*: ya de futuro, v. gr. *Si la hiciere*, tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta verificarse la condicion, no percibirá el legado, y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho á pedirle (*c*). Pero si le deja á dos juntos, v. gr. *mando á Pedro y á Juan* 100 *reales si hicieren tal cosa*, ó hay substituto en él, no pertenecerá al heredero del testador sino al compañero, ó substituto del legatario, verificándose la condicion despues de la muerte de éste (*d*), pues la que se pone en la institucion se entiende repetida en la substitucion, no constando lo contrario de la voluntad del testador, aunque esto tiene su limitacion, de la cual se tratará en la segunda parte (*e*).

177 Las condiciones unas son *contra derecho ó imposibles de derecho*, otras *contra naturaleza ó imposibles por naturaleza*, otras *imposibles de hecho* (*), otras *dudosas*, otras *casuales*, otras *potestativas*, otras

(*a*) Ley 34, cit. (*b*) Ley 31, t. 9, P. 6. (*c*) Ley 21, t. 9, P. 6. (*d*) Ley 34, t. 9, P. 6. (*e*) Cit. lib. 2, cap. 6, n. 67.

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

El mismo autor dice en la ley 3 que ésta y la siguiente se han de entender en el caso de que el testador sepa que la condicion es imposible, aunque si la

ca tácita, no el privilegio de la prelacion, porque en los dos casos anteriores trata de evitar el daño que se le causa en perder y no cobrar lo que es de su patrimonio, y en éstos de adquirir el lucro que por la oferta puede tener (*a*). Tampoco obtendrá el privilegio de prelacion por los alimentos que se le deban por retardacion de la entrega ó restitucion de su dote, ni por los bienes parafernales que su marido administró, ni por lo que se le debe, por haberla desflorado, (que llaman precio de sangre) y solo le competirá hipoteca tácita contra los del corruptor; y asi, concurriendo con otro acreedor de él ó de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo. Mas por las usuras ó intereses de la dote prometida y no pagada le competirá la prelacion contra el prometedor, si se han pactado, porque son conexos á ella, y se le deben por la naturaleza del contrato. Si no se han pactado, aunque discuerdan los AA los mas siguen la afirmativa, fundados en que la dote y sus usuras tienen tal conexion entre sí que constituyen un débito, y en que éstas aumentan la suerte principal que es la misma dote.

152 Dúdase si ocultando la muger algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretendiendo que de los manifestados se le haga pago de ella con preferencia á los demas acreedores, perderá el privilegio de prelacion que el derecho le concede, y podrá ó no ser encarcelada. Cuando la muger no se obligó en los contratos de su marido, parece que debe ser preso y perder el privilegio: lo primero, porque está obligada á manifestar los bienes de su marido difunto, y si oculta algunos de la herencia, comete delito, por el que se la puede encarcelar hasta que exhiba los que se puede haber sustraido, á fin de que se valuen y apliquen en parte de pago de su dote, ó para los demas acreedores; como tambien castigar con pena estraordinaria á arbitrio del juez, atendidas su calidad y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio y puede ser preso; y lo segundo, porque el hijo que oculta dolosamente algo de la herencia, pierde el beneficio de su repudiacion, y se estima haberla aceptado; y el concursante que oculta los que tiene, pierde el de la cesion (*b*), segun se ha dicho en el n. 5 de este capítulo. Mas sin embargo de estas razones debe

(*a*) Ley 29, tit. 13 P. 5. verb. Fueras ende. (*b*) Ley 4, tit. 15 P. 5.

decirse lo contrario, y asi se preferirá la muger á los demas acreedores por el residuo de su dote que no haya sustraido ni tomado: ya porque de que la muger comete delito que es puramente personal, y se la castigue por él, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion que es real, y está concedido á la dote por el bien público, ni influye nada en ésto; y ya porque aunque el hijo se haga indigno del ausilio de la repudiacion, no se priva á aquel de la herencia (*a*); ni el que el noble pierde el privilegio (*) de no poder ser preso, es adaptable al presente caso, porque es deudor y no se le puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe á los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales están obligados á ellos, por lo que ninguna otra pena merece que la personal, hasta que manifieste los bienes sustraidos, ni las leyes se la imponen, ni privan del privilegio de prelacion. Asi lo decidió en el año de 1780 la real junta de comercio en el pleito que siguió Doña Catalina Javiera de Aguilar, viuda de don Blas Caballero, con los acreedores de la compañía de la Zarza y con el señor fiscal sobre preferencia de su dote; y Bolero espresa haberlo determinado tambien el Supremo Consejo de Castilla juntas dos salas. Pero si la muger estuviere obligada en el contrato, deberá estar presa hasta que pague, y no gozará del privilegio (**) de no poder serlo por deuda civil.

153 En concurrencia de dos dotes legítimas, verdaderas y entregadas debe ser preferida la primera como anterior en tiempo; pero ésto se limita en 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 ó valuacion, ni esta trata de adquirir de nuevo su dominio sino de recuperarle, es preferida en ellos á la primera (*b*).

(*a*) Ley 9, tit. 6, P. 6 y ley 6 del mismo tit. y P.

(*) Ya no es privilegio en el noble el no poder ser preso por deuda civil, puesto que segun la pragmática de 27 de Mayo de 1786 inserta en el n. 8, tampoco pueden serlo cuantos profesen algun arte ú oficio.

(**) Téngase aqui repetida la nota anterior.

(*b*) Dicha ley 33, tit. 13 P. 5 verb. Pero si un ome. Véase la I. P. capítulo 22 § 2.

154 Por los bienes estradotales de cualquier clase provinientes de la madre y entregados al padre, compete á los hijos hipoteca tacita contra los de éste; mas no el privilegio de prelacion, por lo que no serán preferidos á la dote segunda (*a*), y para que lo sean y no se les perjudique en el importe de dichos bienes, conviene que el padre antes que reciba la dote de la segunda muger y se case, formalice escritura de inventario con especificacion de ellos á presencia de escribano y testigos, obligándose con su persona, y los suyos presentes y futuros á restitúirselos, ó su valor, y darles cuenta con pago, cuando salgan de su poder, como se dijo en el lib. y cap. 1 de esta II. P. n. 98, é hipotecando especialmente á su seguridad bienes raices equivalentes y saneados. De esta suerte se les preferirá á la dote segunda por la hipoteca general ó especial espresa, la cual es preferida siendo anterior a la posterior con privilegio de prelacion. Lo mismo procede por la propia razon por la mitad de gananciales que le tocaron, y el padre debe entregar á sus hijos y por los bienes reservables.

155 En cuanto á la graduacion de los demas acreedores, fuera de la iglesia, dote y fisco, se limita la regla general sentada en el n. 86 en los casos siguientes. El primero es, cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato, ó en otra cualquiera manera en que no se le transfiere el señorío de ellos, pues como son suyos y no del deudor, le compete la accion de dominio para la reivindicacion, y asi será preferido á todos los demas anteriores, por privilegiados que sean (*b*). Lo mismo será en su precio, si el deudor los enagena y quiere pasar por la enagenacion que éste hizo (*c*).

156 El segundo caso es respectivo á la cosa vendida y no pagada, pues si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago, aunque le haya dado su posesion el vendedor, será preferido en ella por el precio no satisfecho á todos los acreedores del comprador á causa de que

(*a*) Leyes 23, 24 y 33, tit. 13 P. 5. (*b*) Leyes 3, tit. 27, P. 3 y 11 al fin. tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 7, tit. 10 P. 3.

con el apoderamiento y tradicion no se le transfirió su dominio, por no haberla pagado ni convenídose el vendedor en esperarle ó fiarle ; pero si la dió fiada y entregó , no lo será , porque con la entrega se le traspasó ; lo cual se entiende , aunque sea de menor , porque solo al fisco está concedido este privilegio , como se ha espuesto (*a*).

157 Y para que el comprador no adquiera su dominio, aunque sea despues de la tradicion ó posesion , debe prevenirse en la venta : »Que hasta que pague el precio no se le ha de transferir el de la cosa vendida , sino antes bien ser visto que la tiene en arrendamiento por tanto precio anual que le satisfaga, ó que es poseedor precario de ella", hipotecándola especialmente á su responsabilidad , pues no basta la obligacion general de sus bienes. De esta suerte como el dominio queda en el vendedor, será preferido á todos los acreedores hipotecarios anteriores á él, aunque sean la dote y fisco (*b*), porque el dominio y posesion se pueden transferir condicionalmente , y el pacto de que satisfaga en el ínterin cierto precio justo por via de arrendamiento, no es usurario , y asi se puede poner en la venta , sin que por ello incurran en pena los contrayentes ni el escribano.

158 En cuanto á la iglesia, fisco, menores , comunidades y república , como tienen la prelacion de dominio , aunque sea despues de la tradicion ó posesion, porque no pueden vender al fiado ; de ningun modo ni en caso alguno se transfiere en el comprador hasta que le satisface el precio de la cosa que le vendieron. Pero respecto ser opinable esta prelacion , escepto en el fisco , lo mas seguro es hacer la venta con el pacto espuesto en el núm. anterior , con el que cesan las dudas y disputas.

159 El tercer caso es, cuando el acreedor prestó dinero sin interés al deudor para comprar alguna cosa, que compró en efecto, y al tiempo del préstamo, y en la escritura de éste se pactó espresamente que la misma cosa habia de quedar y quedaba hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado; pues entonces será preferido igualmente en ella á los demas hipotecarios anteriores , y si no se hizo el pacto tendrá solamente accion personal privilegiada (*c*). Lo propio milita en el que dió el dine-

(*a*) Ley 46 tit. 28 P. 3. (*b*) Ley 30 tit. 13, P. 5 verb. Otrosi decimos.
(*c*) Dicha ley 30 tit. 13, P. 5.

ro para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, porque hay la misma razon.

160 El cuarto caso es, cuando prestó graciosamente el deudor alguna cantidad para reedificar nave, casa ú otro edificio, pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, transportarla, ó para otro beneficio de los espresados en el n. 113; pues acreditando, (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interés, convertídose en él, y ser necesario, y esistiendo la cosa beneficiada, será preferido en ella como refeccionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, escepto al fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su dote (*a*), como se sentó en dicho núm. Pero se ha de tener presente, que si concurren varios refeccionarios de la finca ó cosa, solicitando cada uno prelacion en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el órden inverso ó contrario á los demas créditos: quiero decir, que el último que la benefició, es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y asi retrocediendo á los anteriores por su órden; pues en estas dudas privilegiadas no se considera el tiempo sino la causa, y la de este privilegio es la conservacion, sin la cual no esistiera la finca, ó hubiera padecido ruina ó considerable detrimento.

161 El quinto caso es, cuando entre los acreedores hay uno que arrendó al deudor alguna finca, pues por lo que el arrendador esté debiendo de su arriendo será preferido á los demas anteriores (*b*), si es heredad, en sus frutos por la hipoteca tácita, y si es casa, en los bienes que están en ella, en los cuales le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devengaron su alquiler, y alli se conservaron; como tambien porque la habitacion es parte de alimentos, y estos son preferidos, segun se dirá en el núm. 173. Mas la hipoteca y prelacion que se adquiere para la reconduccion tácita, no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ó arriendo, sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tácito de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los

(*a*) Leyes 26 al fin 28 y 29 tit. 13 P. 5. (*b*) Ley 25, cap. 3 tit. 21, lib. 4 R. ó 6 tit. 11, lib. 10 N. R

acreedores que contrajeron con el arrendador despues del arrendamiento primero y antes del tácito, ha de ser postergado ó pospuesto á ellos por su reconduccion, escepto que la escritura de arriendo contenga la cláusula estendida al fin del núm. 37 del cap. 2 de este lib. pues conteniéndola no habrá diferencia entre el arrendamiento y tácita reconduccion.

162 El sesto caso es, cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfitéusis al deudor; pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demas por el capital, laudemio y réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla; bien que Carleval es de contrario sentir, por varias razones que espone.

163 Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension anual, puede el juez hacerle pago, así de la vencida hasta entonces, como de las que corran en lo sucesivo, valiéndose de alguno de tres medios. El primero es, mandar se entreguen á otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados con la obligacion de pagar al censualista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravámen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista, por cuyo medio estos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden. El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose el tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud, y qué podrá vivir, lo cual se deja al prudente arbitrio del juez, quien si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta, debe aprobar su convenio. Y el tercer medio que me parece mejor, es que se consigne al censualista cosa cierta fructífera tasada en lo justo por via de prenda, y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de éste, vuelva despues de ésta al caudal del concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor del mejor grado, siendo de advertir que respecto ser regular que al tiempo de la constitucion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó

fincas determinadas, cuyo producto líquido cubra la pension anual, y que con ellas se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de ésta con obligacion de volver el sobrante, lo cual se entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron.

164 El séptimo caso es, cuando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo, sino encuentra juez, ó con autoridad de éste habiéndole; pues en los aprehendidos es preferido á los demas iguales en la hipoteca, y ptivilegio, aun cuando nada les quede que percibir, porque á no ser por su vigilancia no habria para nadie; pero no debe hacerse pago de propia autoridad, sino poner los bienes á disposicion del juez para que de su valor se le haga (*a*).

165 El octavo caso es, cuando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderias ó efectos, y éste las recibió con ánimo de huir y quebrar, pues por este dolo son habidas por no fiadas, queda su dominio en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros acreedores le debe disputar la prelacion. Para que se tenga por hecha esta compra con intencion de ausentarse y quebrar, debe probarlo el vendedor por algunos á quienes el comprador lo haya dicho, ó ha de hacerse la fuga ó quiebra tres dias despues de la compra, y si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del juez el estimarla ó no por tal. Pero si el acreedor fuere iglesia, fisco, república, comunidad ó menor, tendrá preferencia en ellas, si esisten, aunque hayan pasado mas que los tres dias desde su recibo hasta la fuga ó quiebra, por no haberse transferido el dominio, como se espuso en el número 159.

166 El nono caso es, cuando su crédito proviene de depósito, y por instrumento ante escribano y testigos acredita haberle hecho en el deudor, pues no basta la mera confesion de éste para perjudicar á los demas que son acreedores suyos por otra causa, ni el depósito confesado goza del privilegio del entregado: para cuya inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es, cuando concurren muchos acreedores por razon de varios depósitos verdaderos de dinero hechos en el deudor á presencia de escribanos y testigos en diversos tiempos, y convienen entre sí

(*a*) Ley 10 tit. 15 P. 5.

acerca de la prelacion; y entonces todos deben ser satisfechos á prorata, no obstante que unos sean mas antiguos que otros: porque todos son personales igualmente privilegiados, en los cuales y en los quirografarios que son mere personales, no se atiende á la antigüedad y órden del tiempo, ni por razon de éste se prefiere uno á otro en su respectiva clase, sino que todos concurren en un grado al percibo á proporcion de su crédito por la igualdad en el privilegio (*a*), pues el privilegiado no goza de éste, regularmente hablando, contra el que igualmente lo es; lo cual milita, aunque el dinero esté depositado en banco público.

167 El caso segundo es, cuando entre acreedores de diversas clases y por distintas causas concurren uno ó mas, pretendiendo sus depósitos verdaderos que hicieron en el deudor particular ó en banco público, y entonces si el depósito es regular y existe la causa depositada, debe ser preferido en ella el acreedor como dueño á todos los personales privilegiados é hipotecarios anteriores, de cualquier clase que sean (*b*); pero si la cosa no existe, será preferido solamente á los personales privilegiados y no á los hipotecarios, porque no le corresponde la accion de reivindicacion ó dominio sino la de depósito que como personal siempre es menos atendible que la hipotecaria (*c*). Llámase depósito regular el de alguna cosa que no consiste en número, peso, ni medida, ó si es dinero está metido en bolsa, saco, ó en otra cosa cerrada ó sellada que se entrega al depositario, no para que le use, sino para que le custodie: por lo que tiene obligacion de restituir la misma cosa y no otra, el mismo dinero y las propias monedas, y no otras por ellas, aunque sean de igual valor, calidad y bondad; y asi no debe faltar á la confianza, ni por consiguiente usar de la cosa ni del dinero pena de incurrir en la de hurto (*d*), y en otras espresadas en el cap. 27 P. I. porque no se le transfieren su dominio ni uso, y antes bien las retiene su dueño. Y es de notar que este debe pagar al depositario las espensas que hizo en utilidad de la cosa depositada, aunque no se debe retener con dicho motivo (*e*).

168 Y si el depósito es *irregular*, será preferido el acree-

(*a*) Ley 11, tit. 14 P. 5 verb. Pero si entre. (*b*) Ley 9 al fin. tit. 3 P. 5. (*c*) Ley 9 cit. (*d*) Ley 12, tit. 10 P. 7. (*e*) Ley final tit. 3 P. 5. Véase la I. P. cap. 17 cit. n. 8.

dor á todos los quirografarios del deudor, y tambien á los privilegiados anteriores, escepto á la iglesia, fisco, dote, república, refeccionario, al que procede por accion funeraria, y á los hipotecarios especiales ó generales posteriores; y así se graduará despues de estos siete (*a*), porque le compete solamente la accion de depósito que aunque privilegiada es personal (*b*) Se llama depósito *irregular* ó impropio el que se hace de dinero, ó de cosas que consisten en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceite, &c. y no se entregan al depositario cerradas, selladas, ni con otras señales que acreditan ser las mismas, pues no se le prohibe su uso, y solo constituye obligacion de restituirlas, ú otras de igual especie, calidad y bondad en peso, medida y número, por lo que el dueño no conserva su dominio, y antes bien pasa al depositario, quien puede negociar con ellas, y utilizarse del lucro que reditúen; y si perecen por caso fortuito, es de su cuenta y no de la del depositador, aunque lo contrario sucede en el depósito regular no cometiendo dolo el depositario. Pero es de advertir, que si el esactor ó administrador de la real hacienda depositáre en su nombre y no en el del fisco el dinero tocante á éste en persona privada ó banco público, y estos quebraren, será preferido el fisco por especial privilegio á los demas acreedores quirografarios, aunque sean anteriores en tiempo.

169 No gozará del privilegio de prelacion que por la accion de depósito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido á los demas acreedores personales el de depósito irregular, si recibió intereses del depositario, porque por este hecho es visto haberle renunciado, escepto que sea pupilo, ú otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues á ésta se permite llevarlos por razon de alimentos.

170 El décimo caso es, cuando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, esaccion, recuperacion, ó recoleccion de ellos ó de sus frutos; y así dichos gastos deben deducirse antes que todo, y de consiguiente preferido el que los hizo á todos los demas acreedores, porque solo el sobrante se reputa hacienda ó patrimonio del deudor, con el cual ha de satisfacerse á sus acreedores.

(*a*) Leyes 9 tit. 3, y 11 al fin, y 12 tit. 14 P. 3. (*b*) Ley 9 tit. 3 P. 5.

171 El undécimo caso es, cuando el acreedor es juez, magistrado, abogado, escribano, u otro de los que emplean su estudio, trabajo u oficiosidad en la defensa de los bienes del deudor comun, ó enseñan publicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privilegiada en consideracion á que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del estado, y asi serán preferidos a los hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que en la cosa que motivó su estudio y trabajo, tienen prelacion á los de hipoteca tácita y espresa, y en los demas bienes del deudor la tienen solamente á los de tácita.

172 El duodécimo caso es, cuando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, en los cuales se escluyen los de los criados precisos para su honesta y moderada servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos á los demas hipotecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial y sean anteriores. Y si los criados litigan entre sí sobre prelacion, se han de prorratear sus créditos como de personas que forman un cuerpo ó comunidad, sin atender á la antigüedad de su servicio ni á sus cualidades, sino á lo que se debe á cada uno, al caudal de su amo, y á que les compete igual privilegio.

173 El décimotercio es, cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérseles legado el testador, en cuyo caso compete al alimentario accion personal é hipotecaria por los consignados sobre el fundo ó finca que el deudor posee con este gravamen, y lo propio milita en el alimentario del ganado; pero si un tercero, á quienes estan señalados en los bienes del deudor, comparece en el concurso solicitando se le prefiera á los demas acreedores, no obtendrá la prelacion, porque es acreedor mere personal.

174 El decimocuarto es, cuando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto, ó sin ella; pues sin embargo de que varios AA. afirman absolutamente que aun en este caso quien es primero, tiene mejor derecho, los hipotecarios posteriores de la causa onerosa han de preferirse á los anteriores de la lucrativa, porque el derecho antepone los que tratan de evitar su daño, á los que intentan adquirir lucro, y nunca es igual su condicion, por lo que el personal posterior por causa onerosa debe preferirse tambien al anterior por la

mixtas, otras *casuales*, otras *modales*, otras *necesarias*, y otras *tácitas*: contra derecho v. gr. *mando á Juan 1② reales si no diere de comer á su padre*: contra naturaleza, v. gr. *Mando á Pedro tanta cantidad si llegáre con la mano al cielo.* Estas dos condiciones no valen, y se tienen por no escritas ni puestas en el testamento. Lo mismo ha de decirse de las que son contra buenas costumbres, obras pias y decoro de aquel á quien se ponen; pues se reputan imposibles, y de consiguiente no deben cumplirse, ni se invalida el legado ó institucion que se hace con ellas *a)* (*).

178 Las imposibles de hecho son v. gr. *nombro á Pedro por mi heredero si diere á Antonio un monte de oro.* Este nombramiento no vale, pero Gregorio Lopez (*b*) esplica si el monte de oro se entiende artificial ó natural.

179 Las dudosas, que tambien se llaman *perplejas*, son v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero si Juan fuere mi heredero* (**). Esta

creia posible vicia la institucion; pero yo no distinguiria, por no hacer ninguna de dichas leyes tal distincion.

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

(*) La condicion imposible por derecho ó por naturaleza vicia los contratos; y ¿por qué no la institucion ó legado? La razon que se da de esta diferencia consiste en que cuando los contrayentes ponen ó admiten alguna condicion que saben ser imposible, manifiestan bastantemente que no quieren obligar ni obligarse, sino burlarse y pasar el tiempo; y en un testamento ó en otra última voluntad como cosa tan séria y que recuerda el pensamiento de la mortalidad, no son de creer semejante burla ni pasatiempo, sino que padecio alguna equivocacion ó error que la ley corrige ó disimula por favor de dichas disposiciones, para que no sea perjudicado el heredero, á quien nada puede imputarse ni dejen de valer otras cosas arregladas y razonables. (Vinnio §. 10, de hæred. instituend. n. 2.) Pero yo, lejos de hallar ninguna razon solida de diferencia entre los contratos y últimas voluntades tocante á las condiciones imposibles, opino que por causa de éstas siéndolo por naturaleza deberian declararse nulos la institucion y el legado, porque cuando el testador pone en ellos semejante condicion, muestra claramente que habia perdido la razon, con especialidad si se hallaba postrado de una grave enfermedad; y la disposicion de quien no está en su juicio no debe valer. En órden á la condicion imposible por derecho puede decirse lo mismo; si bien habiendo motivo para creer que la puso el testador estando en su razon, aunque movido de alguna pasion vituperable podria atendidas las circunstancias tenerse por no puesta, y reputarse valida la disposicion.

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

(**) Debe añadirse segun la ley 5 que se cita, y que sin duda esta tomada de la ley Si Titius 16, ff. de conuit. instit. *é instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuere mi heredero*; porque sin esta adicion no seria la condicion perpleja.

lucrativa, escepto que éste tenga hipoteca ó constituto, porque entonces gozará de la prerogativa del tiempo.

175 El décimoquinto caso es, cuando concurren dos acreedores cesionarios pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha los del año segundo; pues se ha de preferir aquel á éste como primero en la hipoteca, porque aunque la cesion anterior, no se atiende á la antigüedad de la fecha para la concesion de prelacion sino á la de la hipoteca ó del contrato hipotecario, y el que es primero en ésta lo es en derecho. Pero si una propia accion ó derecho se cediere á dos en diversos tiempos, será preferido el primer cesionario; y si un mismo débito ó cantidad se cediere parcialmente á dos á un tiempo, y el deudor no pudiese satisfacerla á entrambos, concurrirán á su percibo á prorata de sus créditos. Y es de tener presente, en primer lugar que el cedente no está obligado á resarcir ni satisfacer al cesionario los gastos que hizo en el pleito sobre la exaccion del crédito cedido, no obtante el pacto en contrario, cuando aquel se originó sin culpa del cedente y por mera negligencia del cesionario; y en segundo lugar, que para que el cesionario de alguna crédito pueda repetir contra quien se le cedió, no basta que haga ver que es de difícil exaccion, pues es menester acredite la ejecucion en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia, para que su autor no esperimente perjuicio.

176 El décimosesto caso es, cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da fe de la cantidad ó cosa que se pide, porque á su presencia se efectuó su entrega, ó se califica por otra prueba real y verdadera; y la anterior en fecha aunque tambien otorgada por escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor; pues en este caso el acreedor posterior en tiempo por la cualidad de su instrumento será graduado primero que el anterior de deuda confesada.

177 El décimosétimo caso es, cuando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que contrajo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor á los que despues de constituida la fianza contrajeron con el deudor, porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor bajo la condicion de *si no pagáre el deudor*

principal, del mismo modo se halla éste obligado al fiador desde entonces bajo la de *si pagáre por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condicion es casual y no potestativa, y así el fiador aunque posterior en el desembolso y satisfaccion debe obtener la preferencia á los acreedores que en el intermedio de la constitucion de la fianza y paga contrajeron con el deudor comun, si tiene lasto del acreedor.

178 El décimo octavo caso es, cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior tambien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo menos firmado por éste, aunque otro le haya estendido de su órden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido ó por otro motivo, y de consiguiente su reconocimiento, le justifica con declaracion jurada de dos testigos varones presenciales que testifican de su certidumbre é hipoteca, y le han subscrito y visto firmar al mismo deudor; pues no obstante que éstos lo declaren, será preferido al acreedor de instrumento público, aunque posterior (*a*): porque una cosa es que haga fe y pruebe en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectue el cotejo ó comparacion de su letra mediante la deposicion de los dos testigos; y otra que prefiera al acreedor de instrumento público y le perjudique, lo cual no dice ninguna ley.

179 Sin embargo afirman varios AA. que si los dos testigos depusieron de la verdad del delito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que ésto procede, aunque los testigos no esten escritos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieron haberle visto hacer, porque la hipoteca espresa se puede constituir y probar con testigos, sin que de necesidad se requiera escritura. Pero tales AA. parece no han tenido presente la ley 31, tit. 13, P. 5 que dice: » Escribiendo algun ome carta de su mano misma, en que dijese que conocia que avia recibido maravedis prestados de otro alguno, é que obligaba alguna cosa por ellos; ó faciendo tal pleito (*pacto*) como esté ante dos testigos: aquel á quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podrá demandar, á aquel que ella oviesse empeñada, ó á otro cualquier á quien la fallase; fueras ende si éste que

(*a*) Ley 31, tit. 13, P. 5.

la tenia, dijesse que le era obligada por carta que fuesse fecha de mano de escrivano público. Cá entonces este postrimero si tal carta mostrasse, avria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero que oviesse carta escrita de mano de su debdor ó prueba de dos testigos, asi como sobre dicho es." Por tanto, conste la deuda é hipoteca por instrumento privado con dos testigos ó sin ellos, no perjudica el acreedor posterior de instrumento público.

180 No procederá lo espuesto en el número inmediato en tres casos. El primero es, cuando el crédito hipotecario consta por instrumento privado hecho y firmado por el deudor, ó firmado solamente por éste, aunque esté escrito de otra mano, y firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca, y éstos sus firmas, y deponen en la forma espresada en el núm. 34; pues concurriendo todo ésto no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los quirografarios sino tambien á los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley que continua diciendo: »pero si tal carta de la debda del empeñamiento fuesse fecha por mano del debdor, é firmada con tres testigos, que escribiessen sus nomes en ella con sus manos mismas, entónce mayor derecho avria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrasse la carta publica." El caso segundo es, cuando el acreedor de instrumento público confiesa ser verdadero el privado, y que fue hecho en el dia que se espresa en él, pues su confesion desvanece toda duda. Y el tercero es, cuando antes de otorgarse el público fue leido, entendido y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan subscripto, pues se preferirá al público.

181 El décimonono caso es, cuando el deudor contrajo obligacion hipotecaria de pagar á uno cantidad cierta, y antes que se le entregase, formalizó otra á 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 entrega del dinero, será antepuesto al primero, por faltarle esta circunstancia (*a*).

182 El vigésimo caso es, cuando el deudor compra alguna

(*a*) Ley 27, tit. 13, P. 5 verb. Pero casos y ha.

finca ó cosa, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta que ha de quedar hipotecada especialmente á cierto acreedor del comprador, pues entonces espresándose así en la escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la cosa á los hipotecarios anteriores del deudor que la compró con dicho pacto: porque cuando la adquirió y los demas acreedores llegaron á tener hipoteca en ella ya estaba afecta al gravámen y responsabilidad del crédito de aquel.

183 El vigésimoprimo caso es, cuando dos acreedores contrajeron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente facultad y el otro no; pues el que contrajo á consecuencia de ella aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él, sin que hubiese intervenido, por haber sido nulo el contrato; pero sobre ésto véase á Carleval en el lugar que se cita. Lo mismo sucederá, si dos prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y éste los obligase á entrambos, al uno bajo 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 así necesita ratificarse luego que la impetre, para que perjudique á los sucesores y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor.

184 El vigésimosecundo caso es, cuando un procurador ó apoderado sin poder especial ni bastante hipotecó á favor de un sugeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues espresamente á otro, y hecho ésto ratificó la obligacion que en nombre suyo contrajo su procurador; pues aunque es valida esta ratificacion y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior, á quien el verdadero deudor antes de hacerla hipotecó la cosa, y así será preferido el primero por haber adquirido derecho irrevocable en ella.

185 El vigésimotercio caso es, cuando la deuda hipotecaria, procede de tutela, curaduría ó administracion publica, o de iglesia comunidad y rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron á serlo, aunque reciban despues los efectos. Lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco ó depositario publico, pero no en las que dimanan de administracion o depositario privado hasta que empieza á causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos á ser-

lo, y admitir la administracion y depósito, y éste no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar.

186 El vigésimocuarto y último caso es, cuando al tiempo de conferir ó hacer gracia á un clerigo de un beneficio se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro; pues éste debe ser preferido en ellas á todos, y cualesquiera acreedores anteriores y privilegiados del deudor, aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes y futuros, porque cuando éstos empezaron á tener hipoteca en los frutos ó rentas del beneficio, ya le tenia el pensionista por haber pasado el deudor con este gravámen, y los demas acreedores no pueden tener ni pretender mas derecho en la cosa y en sus frutos que el que el mismo deudor tiene. Pero si concurren dos pensionistas á los frutos del beneficio gravado, como ambos tienen igual título, hipoteca y causa se debe preferir el anterior en título y tiempo; y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho (*a*). Con este motivo se advertirá que los beneficios curados de estos reinos no deben pensionarse sino á favor del resignante en caso de ser útil y conveniente la renuncia, y cuando se celebra transaccion entre los opositores sobre el mismo curato ó parroquia, segun lo pactado en el concordato celebrado entre esta corte y la de Roma en 14 de Noviembre de 1737. Tampoco se deben pensionar unas parroquias para reedificar ni reparar las iglesias de otras, y antes bien ha de observarse lo que ordena el Santo Concilio de Trento (*b*), y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas: si éstas no alcanzan, los han de pagar los partícipes en sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, bajada la competente cóngrua que debe quedar á aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia antes del Concilio la ley 11, tit. 10, P. 1 y la bula ó concesion contraria á lo referido es opuesta al auto 3, tit. 3, lib. 1 R. y á la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su ejecucion pidiendo su retencion

(*a*) Leyes 27, y 29. tit. 13, P. 5. (*b*) Ses. 21 de Reformat. cap. 7.

en el tribunal Real competente como lo he visto practicar en el Consejo.

187 Lo espuesto hasta aqui acerca de la hipoteca y prelacion tiene lugar, aunque la cosa hipotecada mude su estado: quiero decir; aunque vaya en aumento, como si es tierra que se plante de viña, arboleda ú olivar; ó venga en disminucion, como si se deteriora, destruye ó arruina; pues en ambos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca (*a*). Lo mismo sucede, si la cosa hipotecada es monte, y se corta leña ó madera en él; mas no, si con la madera se construye nave, casa ú otro edificio ó cosa, porque por haberse mudado la materia en otra forma se estingue la hipoteca, á menos que se esprese que ha de subsistir.

188 Destruyéndose la nave no hay prelacion ni hipoteca, sino es que se especifique, porque mudada la forma de la cosa se muda la substancia de ella (*b*). Lo primero milita en la seda, lana, lino, cañamo y en otras primeras materias semejantes, si se tiñen y tejen, pues se pierde la hipoteca y prelacion (*c*); en la nave deshecha con animo de no volver á constituirla, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, cesa la prelacion, por no ser ya ni reputarse la misma, como cuando se deshace con la atencion de renacerla; y en la carne y cueros del ganado hipotecado, porque una vez separados no son ganado como antes.

189 En el precio de la cosa vendida ó hipotecada no hay prelacion por él, si despues se volviere á vender, porque regularmente no sucede el uno en lugar del otro, ni en la que se comprare ó subrograre con su precio, porque ni éste ni la cosa estan obligados: ni tampoco en la comprada con dinero ageno la tiene el dueño de él, á menos que sea el fisco, la iglesia, república, comunidad, dote, soldado ocupado en el Real servicio, ó menor; pues siendo de éstos sucede la cosa en lugar del precio, mas no éste, si despues se vuelve á vender (*d*).

190 Dudase si 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 á éste, se le debe-

(*a*) Ley 15, tit. 13, P. 5. (*b*) Ley 42, tit. 9, P. 6. (*c*) Ley 24, tit. 9, P. 6.
(*d*) Leyes 40, tit. 5 y 25, tit. 13 P. 5 y 10, tit. 19, P. 6.

rá admitir en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para exigir su crédito del deudor comun. Algunos AA. dicen que no, porque si ésto se permitiera, lograria por este medio cobrar su crédito con mas prontitud y facilidad que los anteriores, por lo que y por estar obligada á ello anteriormente su deuda bajo la hipoteca general deben ser preferidos, y no ha de admitirse la compensacion; y si lo hiciere, podran revocar el pago los otros acreedores y compelerle á que apronte la cantidad con que se quedo. Pero Carleval con otros muchos AA. que cita, esponiendo los fundamentos de ambas sentencias, sigue la contraria, á la que me inclino.

191 Los acreedores mere personales que son los que no tienen hipoteca tacita ni espresa en los bienes del deudor, consten sus créditos por instrumento publico ó privado, ó por testigos, ó solamente por confesion del mismo deudor, y sea verdadera ó confesada la entrega de la cantidad de que proceden, si acuden á un tiempo pretendiendo su pago; y no tienen la cualidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser satisfechos á prorata, sin embargo de que unos créditos sean mas antiguos que otros, pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antigüedad; y así se han de graduar, regularmente hablando, despues de los escriturarios con hipoteca especial ó general, aunque en estos no conste la fe de entrega, y aquellos sean anteriores (*a*). Lo mismo sucede á los personales privilegiados iguales en el privilegio concurriendo entre sí sobre la prelacion, por ser tambien de una naturaleza, y militar la propia causa y razon.

192 Pero esta regla se limita en seis casos. El primero es, cuando un acreedor antes de la formacion del concurso y de pretender los demas la satisfaccion de sus créditos, pidió ejecucion y obtuvo sentencia favorable; pues aunque sea posterior en tiempo, debe ser preferido á los otros quirografarios, por haber acreditado antes que ellos la legitimidad de su crédito, y sin embargo de que no alcancen para éstos los bienes del concursante, no pueden inquietarle ni pedirle cosa alguna de aquellos de que se le aposesionó por sentencia (*b*) El segundo, cuando su vale, aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de testigos sino solamente con la del deudor, está hecho en papel

(*a*) Ley 11, tit. 14. P. 5 verb. Mas si todos los otros. (*b*) Dicha ley 11. verb. E por ende decimos.

sellado correspondiente al año de su formacion, y á la calidad y cantidad del contrato, pues entonces debe ser graduado despues de las escrituras, y antes que los que están escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos (*a*). El tercero, cuando el acreedor quirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por el deudor antes que éste se obligue en escritura pública á otro; pues el reconocimiento puro hecho en juicio con la solemnidad legal tiene fuerza de escritura y es ejecutivo (*b*). El cuarto, cuando su escritura privada está firmada por el deudor y tres testigos, y todos reconocen sus firmas y deponen de su certeza en los términos esplicados en el n. 181, porque en este caso se estima como escritura pública que es preferida á la privada. El quinto, cuando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser ciertos el crédito quirografario y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido no solo á otros quirografarios sino tambien al del público que le confiesa. Y el sesto, cuando el deudor contrajo la deuda hipotecaria en fraude de los acreedores personales, como si fue despues de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera, no tiene prelacion á los de éstos y antes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos.

193 Teniendo el deudor varias negociaciones y por ellas acreedores personales, no debe ser de mayor condicion el que primero le ejecutó, que los demas de aquella negociacion, y asi debe concurrir á prorata con ellos, de suerte que si cobra antes, ha de dar seguridad de entregar á los demas sus partes: ni los de la una tienen accion á pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de ésta sean satisfechos, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella que en la persona del deudor.

194 Para que un tercero que prestó dinero al deudor para pagar á cierto acreedor suyo quede subrogado en el lugar y grado de éste, como si tuviera lasto, se requieren cuatro cosas: la primera, que pacte con el deudor que los bienes obligados al acreedor lo han de quedar á él: la segunda, que igualmente pac-

(*a*) Ley 48 tit. 25 lib. 4 R. ó 5 tit. 24 lib 10 N. R. (*b*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R.

te con el deudor que se ha de subrogar en el propio lugar é hipoteca del acreedor sin diferencia alguna: la tercera, que el dinero que presta al deudor, sea determinadamente para pagar al acreedor primero; y la cuarta, que el mismo dinero pase al acreedor y se pague con él su deuda. Omito estenderme mas sobre prelacion de créditos, porque con lo espuesto podrá tinturarse cualquiera mas que medianamente, y conocer el privilegio que compete á cada acreedor, sin importunar á letrado alguno con preguntas, ni tener que registrar ni comprar muchos libros.

§. III.

De la espera de acreedores, á quiénes, por qué personas, y por cuánto tiempo se puede conceder.

195 De los cuatro géneros de concurso propuestos en el n. 1 de este capítulo, el tercero en el órden es el de *espera* ó moratoria que el deudor pide al Rey, ó á su Consejo que le representa, ó á sus acreedores, y de cada caso se tratará con separacion. El Rey ó su Consejo pueden concedérsela graciosamente en perjuicio de sus acreedores por tiempo determinado, para que durante éste les proporcione cómodamente las cantidades que les debe, cuando la pide, pues no se amplia á los débitos que contrae despues (*a*); pero las chancillerías, audiencias y jueces inferiores carecen de semejante facultad (*b*). Esta moratoria es un privilegio mere personal que protege al deudor, no á sus sucesores ni fiadores, escepto que se mencionen en ella, ó que el no protegerlos ceda en perjuicio del mismo deudor; aunque al contrario es en la que le conceden sus acreedores, pues aprovecha á todos, y en los co-reos de deber ó mancomunados.

196 Para que aproveche al deudor la moratoria y pueda usar de ella es preciso en primer lugar, que afiance á satisfaccion de sus acreedores, si lo piden, de pagarles luego que espire el término prefinido; pues si no dá fiador, no le sirve la moratoria (*c*), aunque en ella no se le mande, escepto que contenga la clausula, *de que aun sin dicha fianza sea válida*; y en segundo lugar, que

(*a*) Ley 33 tit. 18 P. 3. (*b*) Ley 15 tit. 5 lib. 2 R. ó 15 tit. 1 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 33 cit.

especifique la cualidad del débito; á saber: si es jurado ó toca al Rey, al fisco, iglesia ó pupilo: si proviene de delito, arrendamiento, compra de alguna cosa, salario, administracion de pan, alimentos, dote, deposito, ó de otra cosa: si sobre su exaccion hay pleito pendiente, y si impetró ó no otra moratoria sobre pago del mismo débito, pues faltando esta individualidad no vale la moratoria general, porque es visto haberse concedido sin conocimiento. Y es de advertir que mientras dura la moratoria, corren los réditos de censos é intereses como antes de concederse, pues solamente impide su exaccion en su intermedio, y no suspende su curso, ni hace novacion, ni toca á la suerte principal.

197 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 (*a*); pero no se deben conceder sin dar traslado al acreedor ó acreedores, y vista la respuesta de éstos, en caso de concederse ha de ser con calidad de afianzar á su satisfaccion el pago de la deuda pasado el término y no de otra suerte, pues asi lo manda el auto acordado con justa razon (*b*), porque los malos pagadores siempre mienten y ponderan bien que en las que se conceden provisionalmente y por poco tiempo, no se da traslado, ni es preciso oir al acreedor, porque se conceptúa no causarle otro detrimento que el de la corta retardacion en el cobro de su crédito (*).

(*a*) Auto 49 tit. 4 lib. 2 R. ó nota 1 tit. 33 lib. 11 N. R. (*b*) Auto 79 dich. tit. y lib. ó 1 tit. 33 lib. 11 N. R.

(*) De todas las pretensiones de esperas ó moratorias se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y en su introduccion y despacho se observan las siguientes formalidades.

Se presenta un pedimento con poder y una relacion firmada del interesado en que esprese clara y puntualmente sus acreedores y deudas, y los bienes y efectos que tenga para su satisfaccion, esplicando al mismo tiempo en el escrito, que está debiendo á los sugetos mencionados en la relacion que presenta, tanta cantidad por préstamos, arrendamientos ú otras causas, habiendo motivado este atraso las malas cosechas, enfermedades ú otros contratiempos: que para satisfacerles tiene bienes ó fincas cuyo importe escede á las deudas, segun resulta de la misma relacion: que aunque ésto consta á sus acreedores, le ejecutan por su pago, y si se malvenden sus bienes, quedará arruinado y perdido un vasallo util; y en fin que para que asi no suceda, pide se le conceda moratoria por tanto tiempo, plazos, condiciones, &c. Dada cuenta de este escrito en la Sala primera de Gobierno, si es graciable la moratoria, se concede siempre con la calidad de dar fianza, pero regular

institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar á ser heredero antes que el otro, y así no percibirán la herencia (*a*). Las casuales ó contingentes son las que pueden verificarse ó no, porque dependen de la casualidad ó contingencia, v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero si su padre muriese antes que yo.* Si la condicion se verifica percibirá la herencia; pero hasta entonces ningun derecho tiene á ella, y lo mismo sucede en los legados (*b*).

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

181 Las casuales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman así porque se espresa la causa ó motivo que impele á hacer el legado ó institucion de heredero, v. gr. *mando á Pedro* 100 *reales porque me hizo tal cosa que le encargué*, en cuyo caso, aunque la causa sea falsa vale el legado, y tiene el heredero que entregarle al legatario (*d*) (*).

182 Las modales ó hechas bajo de cierto modo parecen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el *por qué* de ellas equivale á *para*, v. gr. *mando á Juana* 100 *ducados porque case con Antonio, ó porque haga tal cosa*, cuya manda es válida, y debe entregarse al legatario, dando préviamente la caucion que los legistas llaman *Muciana*, de cumplir lo que el testador le mandó, y cumpliéndolo se hace dueño de ella, ó aunque no lo cumpla, si practica las diligencias conducentes para ello, y no de otra manera (*e*).

183 Las necesarias son las que parecen casuales y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *mando á Pedro* 12 *reales ó le instituyo por mi heredero si se muriese ó saliere mañana el sol.* En este caso vale el legado ó institucion, y puede pedirse aquel ó la

(*a*) Ley 5, t. 4, P. 6. (*b*) Ley 8, t. 4, P. 6. (*c*) Ley 9, t. 4, P. 6.
(*d*) Leyes 20 y 21, t, 9, P. 6.
(*) Puede verse sobre este punto la nota del n. 8, cap. 6, lib. 2, P. 2.
(*e*) Dicha ley 21.

198 Mas por falta de ley y declaracion se ofrecen tres dudas de que no hablaron los AA.: primera, si cuando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas espresion, se debe entender la fianza á satisfaccion del acreedor precisamente, ó á la del juez: segunda, desde cuando empieza á correr el término de la moratoria, si en el decreto del Consejo no se especifica; y tercera, si cuando el Consejo en Sala primera dice: *Traslado al acreedor: pase á justicia, y no se moleste á esta parte por un mes ó dos, ó mas*; empezará á correr este término desde el dia de la concesion, y concluido podrá el juez proseguir en el negocio á instancia del acreedor. Y en órden á la primera debo decir, que en todos casos debe ser la fianza á satisfaccion del acreedor, de cuyo interés se trata, porque el Consejo no intenta perjudicarle, y antes sí, ya que le retarda el cobro de su crédito, quiere asegurársele, y para ello decreta la fianza; si bien en el caso propuesto tiene mucho arbitrio el juez, porque siendo segura y cual debe ser, y no conformándose con ella el acreedor, puede

mente se da traslado al acreedor ó acreedores, mandando que no se moleste al deudor por cierto tiempo limitado, que subsistan los bienes embargados, y que pase el negocio á Sala de justicia. Escolano, Práctica del Consejo Real, tom. 1, cap. 89 al fin.

En ésta se sigue y sustancia aquel observándose las mismas formalidades que en los demas pleitos de justicia. "El despacho de emplazamiento que se libra y entrega al deudor por la Sala primera de gobierno debe notificarse á todos los acreedores, y si el deudor le devolviese y presentase con las diligencias, pasado el término prefinido sin haber comparecido alguno, acusándoles la rebeldía, y pidiendo se haya por acusada, y se hagan los autos en los estrados del Consejo, se da cuenta en esta Sala de justicia, y se defiere á lo que se pide: despues se presenta otro pedimento que se llama de afirmativa, porque en él se afirma lo que tiene dicho, y solicita se defiera á lo que ha pedido, y en éste se acuerda el decreto de traslado, el que se notifica en los estrados del Consejo, y se pone formal diligencia de ello: últimamente, despues de pasados tres dias contados desde la notificacion, se presenta otro pedimento de acusacion de rebeldia, y en éste se dice: por acusados, y al relator."....

Pero si algun acreedor ocurre en tiempo mostrándose parte y solicitando se le comunique el espediente, se da cuenta con el anterior en esta Sala, y se manda asi. De su escrito se da traslado al deudor, y del de éste á los acreedores, por manera que como se ha dicho se observan las mismas formalidades que en los demas pleitos, sacándose apremios, concediéndose términos para el despacho; sustanciándose en estrados con el acreedor ó acreedores que no comparecen, recibiéndose á prueba, y teniendo vista y revista. Escolano, tom. 2, cap. 38.

admitirla y aprobarla por su cuenta y riesgo, y no de éste; pues muchas veces no quieren confesion los acreedores, por frustrar la gracia y molestar al deudor, lo cual no debe permitirse. Así lo he visto ejecutoriado en esta corte, y con tal que sea idóneo el fiador al tiempo que le recibe, aunque despues llegue á ser insolvente, no será responsable el juez, por la razon que hablando del de los tutores se espuso en el lib. 1 cap. 1 núm. 74 de esta segunda parte.

199 En cuanto á la segunda duda se ha de distinguir. Si el deudor se halla ejecutado por deuda pura de plazo cumplido, ofrece satisfacerla dentro de cierto término, ó en tantas pagas iguales, cada tantos meses una, y el Consejo defiere á su solicitud lisa y llanamente sin dar traslado al acreedor, se debe empezar á contar desde el dia de la concesion esclusive: porque el Consejo en virtud de su oferta y en la inteligencia de que la cumplirá sin causar mas perjuicios ni dilaciones al acreedor, asiente á su proposicion obligando á éste á que se conforme con ella; y así mediante haberse impuesto la ley el mismo deudor no debe pretender mas término, ni el juez inferior tiene facultad para prorogársele directa ni indirectamente, y si dentro de él no paga, puede aquel, haciéndole constar el acreedor haber espirado y pidiéndolo, continuar en el negocio, porque nada hay pendiente en el Consejo que se lo impida, ni se contraviene á su mandato, puesto que no se ha innovado durante el término que le concedió. Y si temiendo ser ejecutado se escuda con la moratoria para evitarlo, debe contarse tambien el término desde el dia de su fecha, y no de su presentacion, como se dijo de las donaciones reales, y prebendas ó dignidades en el lib. 2, cap. 3, n. 55 al fin, porque la intencion del Consejo es, que no le moleste el acreedor hasta que espire el término prefinido en la moratoria, alargándole durante él el plazo de la deuda y no mas; pero debe hacérsela saber antes que pida en juicio contra él, porque el Consejo no quiere que tenga mas término que el que le concede, ni que á pretesto de ella y abusando de su benignidad dé lugar á que el acreedor despues de haberle esperado esperimente el perjuicio de hacer gastos judiciales inútiles, sino que en el término concedido busque dinero y le pague sin hacerlos. Ademas, supongamos este caso. En virtud de ejecutoria se despacha ejecucion contra alguno; v. gr. en Agosto de este año por los réditos de 20 cumpli-

dos en fin de Diciembre próximo anterior, y noticioso ó zeloso de la ejecucion pretende moratoria por ellos, ofreciendo pagar á cuenta cierta cantidad cada año y los réditos del corriente, y el Consejo se la concede mandando suspender las diligencias ejecutivas. En este intermedio y sin manifestarla acude a S. M. quejándose de la ejecutoria. S. M. pide informe, y mientras se le dá, se resuelve la consulta, manda que se vuelva á ver el pleito con mas ministros, se determina confirmandose la ejecutoria, y pasan dos ó mas años. Despues pide el acreedor se continúe la ejecucion y amplie por estos años de suspension ó intermision, á lo cual defiere el juez; y en tal estado presenta el deudor la moratoria obtenida antes del recurso, solicitando se suspendan las diligencias y declare que desde el dia de su presentacion debe empezar á contarse, y de consiguiente que nada debe pagar por entonces. En el presente caso debe ser condenado á la satisfaccion de los réditos atrasados y corrientes, vencidos desde fin de Diciembre, sin que le aproveche la intermison de tiempo causada por su recurso malicioso, porque de lo contrario sucederia que el juez le concedia término que ni pidió al Consejo, ni éste le concedió, que le ampliaba á débito que no habia cuando impetró la moratoria, y que se abrogaba facultades que solo tocan al Monarca y á su Consejo. Asi se declaró á mi instancia en el año de 1776 en pleito que á nombre de un grande, de cuya casa soy agente, seguí con otro. Y lo mismo se ha de decir si por otros motivos se tarda algunos años en ver el pleito y en ejecutoriarse segunda vez la sentencia.

200 Tocante á la tercera duda digo que el término porque el Consejo manda no se moleste al deudor, empieza desde el decreto, y asi en él ha de hacerlo saber á su acreedor y al juez para que ni aquel pida ni éste prosiga en las diligencias; pero mediante dar traslado al acreedor y mandar pasar á Sala de justicia el conocimiento de si se ha de conceder ó no la espera, debe el acreedor acudir alli á esponer las razones por que se debe denegar, y hasta tanto que el Consejo resuelva, no puede el juez inferior continuar en la causa, porque se lo impide la interpelacion del superior por el hecho de haber tomado conocimiento y dado traslado al acreedor, lo cual procede, hagase saber ó no á éste el decreto del Consejo, y esté ó no pasado el término en que mandó no se le molestase, con tal que se haga cons-

tar al propio juez; como tambien aunque el decreto no contenga mas que el traslado solo.

201 No tiene facultades el Consejo de Hacienda para conceder esperas ó moratorias á los deudores fiscales sin consultarlo primero con S. M. (*a*), y lo mismo milita en el tribunal de la Contaduría Mayor, si la deuda pasa de 30@ maravedís, hasta cuya cantidad puede concedérsela por tiempo moderado habiendo causa justa (*b*) (*).

202 La otra clase de moratorias es cuando los acreedores á ruegos del deudor le conceden algun tiempo para que en su intermedio proporcione el pagamento de lo que les debe; y ésta se llama vulgarmente *espera de acreedores*. Para que sea válida, se requieren cuatro circunstancias: la primera, que todos los créditos sean verdaderos y no simulados: la segunda, que consten por instrumentos legítimos, pues no basta la confesion del deudor, ni el reconocimiento de su vale ó escritura privada, porque estos acreedores no pueden perjudicar á los que por medios irrefragables acreditan la legitimidad de los suyos: la tercera, que el deudor la pida antes de hacer cesion de bienes y no despues (*c*); y la cuarta, que los cite y convoque á todos en un lugar, que se junten pudiendo, y les pida allí la espera. Y aunque esta congregacion ó junta parece necesaria, porque lo que toca á todos y á cada uno en particular, todos lo han de tratar y aprobar; se estará no obstante á la costumbre, pues regularmente no se juntan, y antes bien el deudor suele obtenerla de cada uno con separacion, especialmente cuando algunos resisten su concesion, en cuyo caso la presenta al juez para que compela á los renuentes, y si por derecho pueden ser compelidos, los obliga á ello, como lo he visto practicar. Si alguno no comparece en virtud de la convocatoria, debe pasar por lo que

(*a*) Ley 2 cap. 8 tit. 2 lib. 9 R. ó 3 tit. 10 lib. 6 N. R. (*b*) Ley 36 cap. 16 tit. 5 lib. 9 R.

(*) »Sin embargo de lo que me propone el Consejo de Guerra en consulta de 30 de Noviembre, he resuelto á la que me hace el de Castilla, no se concedan moratorias ú esperas de gracia por aquel Consejo; y le mando se abstenga de la regalía de conceder semejantes esperas de gracia, dando solo aquellas que por causas legítimas, y con conocimiento se debieren conceder en justicia; y que se recoja la que dió á la Marquesa de Baldecañas.» Auto acordado 17 tit. 4 lib. 6, que es del Sr. Felipe V con fecha de 30 de Noviembre de 1722.

(*c*) Ley 5 tit. 15 P. 5.

resuelvan los demas, pues basta convocarlos á la junta.

203 Juntos todos los acreedores ó la mayor parte valdrá lo que ésta resuelva y perjudicará á los ausentes, aunque el fisco, si no tiene hipoteca, sea uno de ellos (*a*): y cual ha de ser esta mayor parte, si en deudas, ó en personas, lo dice la ley 5 tit. 15 P. 5 que trata de ello. »Debdor seyendo un ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en uno, é les pidiese que le diessen un plazo señalado á que les pagasse: si todos non se acordasen en uno á otorgárselo, aquel plazo deve aver que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiessen otorgar. E aquellos decimos que se deve entender que son mayor parte, que han mayor cuantía en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los unos queriendo otorgarle el plazo, é los otros diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse, ó desamparasse los bienes: estonce si fueren eguales en los debdos, é en quantidad de personas, deve valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo, porque semeja que se mueven á facerlo por piedad que han dél. E si por aventura fuessen eguales en debdos, é deseguales en las personas, aquello que quisiere la parte dó fueren mas personas, esso deve valer." Por lo tanto, si el crédito de un solo acreedor supera á los de todos los demas juntos, se ha de pasar por lo que éste quiera, sea la concesion de espera, ó de que haga cesion; conviniéndose en una de las dos cosas la mayor parte en cantidades aunque menor en número de personas, se efectuará su voluntad: siendo iguales en el número de débitos, quiero decir, en su total, y desiguales en el de personas; v. gr. diez personas componen tanto crédito como veinte, prevalecerá y se hará lo que éstas, como mas en número, resuelvan; y si en el todo fueren iguales, se ha de deferir á la espera como mas equitativa y humana que la cesion, sin observar la mas leve diferencia entre los acreedores hipotecarios ni personales verdaderos. Lo mismo debe practicarse, cuando el deudor viendo que sus acreedores no asienten á la espera, hace la cesion tal vez con ánimo de precisarlos por este medio á su concesion, como lo he visto hacer una vez, y discuerdan, queriendo unos que continúe ésta, y adhiriéndose otros á aquella. Y es de advertir que aunque muchos acreedores tengan una accion, ó uno mu-

(*a*) Dicha ley 10.

chas contra el deudor, no se reputarán por muchas personas sino por una sola, porque es un débito.

204 Como la ley de Partida inserta no prefine qué término han de conceder los acreedores á su deudor, para que les pague sus débitos, podrán concederle el que quieran, y durante este término corren los réditos de censos y los intereses por daño emergente, mas no por lucro cesante, escepto que se pacte otra cosa entre deudor y acreedores: siendo de tener presente, que durante la moratoria no está obligado aquel á afianzarles sus créditos, si al tiempo de su concesion no se lo pidieron; bien que como es personal, podrá renunciar el beneficio que se le sigue de ella.

205 Para que tenga efecto la espera que conceden los verdaderos acreedores al deudor, y éste no sea molestado por los que no accedieron á su concesion, la ha de presentar con los documentos calificativos de los créditos de aquellos, y haciendo mencion individual de todos, y puntual narracion de lo acaecido con los demas, como tambien de que los anuentes son la mayor parte en número de créditos, ha de concluir con la pretension de que se apruebe y confirme, compela á los negantes á que pasen por ella, y no le molesten en juicio ni fuera de él, mientras dure. Esta pretension se debe comunicar á éstos, entre los cuales y el deudor se sigue el juicio en via ordinaria lisa y llana por sus trámites regulares, recibiéndose á prueba, si fuere necesario, y de la sentencia que se pronuncie en él, puede apelar el agraviado. Si nada responden, se sigue en rebeldía, segun queda sentado en el cap. del Juicio ordinario, y por no contener especialidad omitiré la estension de las diligencias. Y si el deudor no practica éste, aunque la mayor parte de sus acreedores haga la concesion, no perjudica á los otros para impedirles que le molesten, ni tampoco está seguro.

206 No aprovecha la moratoria á los herederos del deudor que estando pendiente falleció, si aceptan su herencia con beneficio de inventario, aunque el juez la haya aprobado, porque como por esta aceptacion es visto no querer obligarse á mas de lo que alcance la herencia, no hay materia sobre que recaiga, y asi pueden los acreedores proceder contra la herencia, sin aguardar á que espire el término concedido.

207 Si el deudor, sea porque cree no poder pagar á sus

acreedores en el término limitado que le puedan conceder, ó porque no quiere pedirles espera y esponerse á que se la denieguen, ó por libertarse de una vez de ser molestado por lo que les debe, quisiere hacer cesion de bienes; no han de ser oidos sus acreedores, si porque no haga la cesion, quieren todos concederle la espera, y por lo tanto se admitirá aquella.

§. IV.

Cómo y á qué deudores pueden los acreedores remitir sus deudas.

208 El cuarto y último género de concurso es, cuando los acreedores viendo la imposibilidad que tiene su deudor de satisfacerles enteramente sus créditos, se juntan y convienen en remitirle ó perdonarle cada uno parte del suyo; y ésto se llama vulgarmente *remision* ó *quita de acreedores*, como se ha dicho en el núm. 1.

209 El Rey no puede remitir deudas ni parte de ellas, y aun cuando por importunidad del deudor lo haga, no vale el rescripto, ni debe creerle el juez ante quien le presente, segun lo dice la ley 32, tit. 18, P. 3. »Cá tales y ha que le piden carta en que les otórgue que el debdo que deben á otro, nunca sean tenudos de gelo dar, nin de les responder por ello, é porque tal carta como ésta es contra el derecho natural, tenemos por bien, é mandamos que el juzgador, ante quien paresciere, non consienta que sea creida, nin vala.» Asi pues, los rescriptos cédulas y provisiones que son contra derecho, no se deben cumplimentar sino antes bien suspender su ejecucion, representando acerca de su contenido la verdad del hecho y el motivo de la suspension (*a*).

210 Pidiendo el deudor á 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, esten juntos, y no sean sospechosos ó parientes suyos los que componen la mayor parte. Si discordaren, se ha de observar lo que se ha sentado en ór-

(*a*) Leyes 30 y 31, tit. 18 P. 3, y 1, y 2 y 4, tit. 14 lib. 4 R. ó 2, 3 y 4 tit. 4 lib. 3 N. R.

den á la concesion de espera, y perjudicará su resolucion al que fue convocado y no compareció; y si resolvieren la remision, le perjudicará tambien escepto en dos casos: el primero, cuando su crédito supera á todos los demas juntos; y el segundo, cuando aunque esté presente, tiene hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, y los demas acreedores son personales (*a*).

211 Lo espuesto en órden al beneficio de la cesion de bienes, espera y remision de acreedores no tiene lugar en los mercaderes, cambiantes, comerciantes, ni factores suyos que alzan sus bienes, libros y personas, y se refugian á la iglesia, ó huyen ó no alcanzan mas que sus bienes, ó quiebran solamente, y acerca de ellos se halla dispuesto con sábio y maduro acuerdo en las siete leyes, del tit. 19, lib. 5 R. lo que se debe practicar, cómo se les ha de tratar, y cuánto valdrá ó no la remision y espera en los casos propuestos. De este punto se tocó algo en el n. 6 de este capítulo, y en las citadas leyes y en sus esposito-res halla el lector lo que apetezca, segun sea el caso.

§. FINAL.

Del modo de estender las diligencias del concurso de acreedores y de la cesion de bienes.

Pedimento del concursante.

212 Francisco de tal, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar = digo: que á instancia de Pedro de tal estoy preso ha tanto tiempo en esta real cárcel, á causa de no haberle satisfecho tantos mil reales que le estoy debiendo; y respecto hallarme con otros varios acreedores que constan de la relacion jurada que presento, á quienes no puedo pagar tampoco lo que les debo por las calamidades y contratiempos que me han sobrevenido: para que sin que se me moleste sean todos satisfechos de sus créditos segun su privilegio y antelacion hasta en lo que alcalcen los bienes y efectos que tengo, y resultan de otra memoria ó relacion jurada que igualmente presento; desde luego usando del beneficio que el derecho me concede hago cesion y dimision en manos de V. de todos los que poseo y me pertenecen actualmente: en cuya atencion = Á V. suplico se sirva haber por presentadas las dos memorias ó relaciones juradas de bienes y acreedores, y por hecha la referida dimision de aquellos, y admitiéndomela en forma legal, mandar que se haga saber á los espresados acreedores para que acudan á usar de su derecho, y reintegrarse de sus créditos; que se me suelte de la prision en que me hallo, y que se me dé el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo; á cuyo fin juro de no hacer con ma-

(*a*) La 6, tit. 15 P. 5.

licia esta dimision, y que las espresadas relaciones están hechas sin fraude ni ocultacion; y protesto manifestar mas bienes, si llegaren á mi noticia; todo lo cual es justicia que pido.

Otrosí: atento á que algunos de mis acreedores me estan molestando judicialmente por tales escribanias sobre pago de sus créditos = A V. suplico se sirva mandar se acumulen á estos autos los que se siguen por ellas, y que á este efecto hagan relacion de ellos los escribanos ante quienes penden: pido como arriba = *Auto.*

213 Hanse por presentados los memoriales que se refieren: admítese cuanto ha lugar en derecho la dimision de bienes que hace esta parte, y comuníquese traslado de ella á sus acreedores, notificándoles que dentro de tercero dia presenten en el oficio del presente escribano los documentos justificativos de sus créditos: fíjense edictos en los parages acostumbrados llamando á los ignorados, y para citar á los ausentes conocidos líbrense requisitorias á las justicias de sus domicilios. El señor don F. lo mandó, &c. (*Este auto se hace saber á los acreedores presentes.*)

Edicto llamando á los acreedores ausentes.

214 Don F. alcalde mayor de esta villa de tal, &c. Por el presente cito á todos los acreedores de F. vecino de ella, para que dentro de tres dias que les prefijo por primer término, comparezca ante mí y en el oficio del presente escribano por sí ó por su procurador con poder bastante á deducir su derecho en el juicio de concurso y dimision de bienes que el referido F. tiene hecho, para satisfacerles sus créditos, pues les oiré y guardaré justicia, con apercibimiento de que pasado el referido término, sin citarle ni emplazarle mas declararé por bien formado el concurso, y los autos concernientes á él se substanciarán por su rebeldía en los estrados de mi audiencia, les parará todo perjuicio como si se hicieran en sus personas, y procederé á lo demas á que haya lugar en derecho. Fecha en tal parte. = Don F. Por su mandado. = F.

215 Este edicto debe quedar original en los autos y de él se sacan las copias necesarias, autorizadas por el escribano, las cuales se fijan á las puertas del oficio de éste y de la audiencia, y en los parages públicos, y á continuacion del mismo edicto original se pone fe de su fijacion, con espresion del dia y parage en que se fijaron. Los otros dos edictos se estienden del mismo modo, mudando solamente la palabra de segundo ó tercer término.

Fe de fijacion.

216 Yo el infrascripto escribano doy fe que en este dia fijé tantos edictos como el anterior, uno á las puertas de mi oficio, otro á la de la audiencia del señor juez que conoce de estos autos, otro en tal parage, y otro en tal, y para que conste la pongo por diligencia, que firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año. = F. de tal. (*Con arreglo á esta fe de fijacion se estienden las otras dos.*)

Pedimento para que se declare por bien formado el concurso.

217 F. vecino de esta villa, y preso en su real cárcel, ante V. como mas

haya lugar = digo: que con motivo de hallarme molestado de varios acreedores, destituido por varias calamidades y desgracias de medios para satisfacer todos sus créditos, y preso á instancia de F. uno de ellos; para redimir sus molestias y lograr mi libertad me vi precisado á hacer, como hice tal dia en manos de V. cesion y dimision de todos mis bienes, concluyendo con la solicitud de que me la admitiese, se les hiciera saber, á fin de que acudiesen á usar de su derecho para el pago de sus créditos, se me pusiese en libertad dándome el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo, y que tales escribanos, en cuyos oficios estaban pendientes autos á instancia de algunos de mis acreedores, viniesen á hacer relacion de ellos, y se acumulasen á los de este juicio universal: á cuya consecuencia V. fue servido comunicarles traslado, mandar fijar edictos y librar requisitorias emplazando á los ausentes é ignorados, como todo se practicó, y por no haber espuesto cosa alguna les acusé dos rebeldías, se volvió á hacérseles saber por segundo y tercer término, y á fijar edictos, y sin embargo no han comparecido hasta ahora, por lo que les acuso de nuevo la rebeldía: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberla por acusada, declarar por formados legítimamente el concurso y cesion de bienes que hice, y consiguientemente deferir á todo lo que solicité en tal dia, pues asi es justicia que pido = *Auto.*

218 Hase por acusada la rebeldía; tráiganse los autos citadas las partes. El señor don F. lo mandó, &c. (*Este auto se hace saber á los acreedores presentes, y pasados tres dias sin responder cosa alguna se provee el siguiente*)

Auto en que se declara por bien formado el concurso.

219 Mediante haberse hecho saber por los términos del derecho á los acreedores de F. la cesion de bienes y concurso que hizo en tal dia, y no haber dicho ni espuesto cosa alguna contra ella, se declara por hecho y por bien formado; y en su consecuencia suéltesele de la prision en que se halla á instancia de F. uno de ellos, y désele el correspondiente mandamiento de amparo para que ninguno le moleste por las deudas contenidas en el memorial que presentó, y antes bien usen de su derecho en este juicio como les convenga. Nómbrase por defensor de los bienes concursados á F. procurador de este juzgado, á quien se notifique, le acepte, jure, se obligue y afiance, despues de lo cual tráigase para discernirle el cargo, y discernido que sea, comuníquesele estos autos para que pida lo que convenga. Igualmente notifíquese á él y á los acreedores que dentro de tercero dia elijan por su cuenta y riesgo administrador (*ó depositario si no hubiese raices ni otros efectos redituables*), de los bienes concursados, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio. Requiérase á F. y F. escribanos de este juzgado, ante quienes penden autos contra el concursante, vengan á hacer relacion de ellos, y al mismo tiempo hágala de estos el presente, para proveer en vista de unos y otros lo conveniente. El señor don F. lo mandó, &c.

Mandamiento de amparo para el concursante.

220 Don F. &c. hago saber á los alguaciles de esta villa, jueces de co-

herencia luego que muera el testador, porque como es preciso que Pedro se muera, y que el sol salga, no se ha de esperar el cumplimiento de la condicion (*a*).

184 Finalmente, las condiciones tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v. g. Un padre tiene dos hijos legítimos, y los instituye por sus herederos, mandando que al que primero muera herede el otro. En este caso si el que muere antes deja hijos ó descendientes, le heredarán, y no el hermano, pues se entiende que la voluntad del testador fue que heredase un hermano á otro, cuando no dejase sucesion; y asi, aunque el testamento no contenga espresamente esta condicion, debe cumplirse porque se entiende puesta. Pero si nombra á dos estraños por herederos, haciendo dicha substitucion no heredarán los hijos del muerto, sino los del otro instituido (*b*).

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

186 Otras veces ponen una condicion que comprende á muchas personas, v. gr. *nombro por mis herederos á Pedro, Diego y Juan mis siervos, si fueren mios al tiempo de mi muerte.* En este caso aunque al tiempo de la muerte del testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia ó legado el que lo sea (*d*). Y últimamente, otras veces ponen condiciones á uno ó mas, y á los restantes no, v. gr. *Instituyo por mis herederos á Pedro y á Juan; pero á Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra manera.* Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia por haber sido instituido pura ó simplemente; y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el testador le ordenó, ó haya practicado las diligencias necesarias para ello, lo cual le basta (*e*). Lo mismo procede siendo prohibitiva la condicion, v. gr. *mando á Pedro 10 reales si no hiciere tal cosa*; supuesto que lo que se prohibe pueda cumplirse, y no sea contra de-

(*a*) Ley 8, t. 4, P. 6. (*b*) Ley 10, t. 4, P. 6. (*c*) Ley 13, t. 4, P. 6.
(*d*) Dicha ley 13. (*e*) Leyes 12 y 14, t. 4, P. 6.

mision (*si los hubiere*) y otros ministros de justicia que ante mí y en el oficio del presente escribano de su número está pendiente el concurso y juicio universal de acreedores formado á los bienes de F. el cual tuvo principio en tal dia por pedimento que dió, espresando que por los infortunios y contratiempos que habia esperimentado, se veia imposibilitado de satisfacer las muchas deudas que tenia contraidas, por las que le estaban molestando sus acreedores, y se hallaba preso; y para obtener su libertad y evitar las vejaciones que padecia hizo cesion de sus bienes presentando dos memoriales, uno con la espresion de sus acreedores y cantidades que les estaba debiendo, y otro con la de los bienes que poseia, y concluyó con la pretension de que se le admitiese la admision, pusiera en libertad y diese el correspondiente mandamiento de amparo para su resguardo; á cuya consecuencia habiéndosela admitido y comunicado traslado á sus acreedores, por no haber espuesto cosa alguna, sin embargo de habérseles hecho saber por tres términos, y acusándoles las rebeldías competentes, deferí á su solicitud en tal dia, declarando por bien formado el concurso, como resulta del auto que proveí, cuyo tenor, y el del pedimento y memoriales presentados por él es el siguiente. (*Aquí se han de insertar los memoriales, pedimento primero y auto último por su órden, y despues proseguirá diciendo.*) Y en atencion á lo proveido en el auto inserto espido el presente, por el que mando á los referidos alguaciles y otros ministros no prendan ni molesten al mencionado F. á pedimento de sus acreedores por las deudas contenidas en el memorial incluso, y que si alguno tuviese que pedir por ella contra él, lo haga ante mí y en el oficio del presente escribano, lo cual han de cumplir unos y otros, pena de prision y de tantos mil maravedís para la cámara de S. M. bajo de la que mando igualmente á cualquiera escribano, que siendo requerido con este mandamiento le notifique sin sacarle de poder del dicho F. Fecho en tal villa, á tantos, &c. = Don F. = Por su mandado = Fulano.

Pedimento para que se nombre administrador de los bienes del concurso.

221 F. procurador del número de esta villa, y defensor de los bienes del concurso formado por F. = digo: que en tal dia le declaró V. por bien hecho, mandando que sus acreedores nombrasen dentro de tercero dia administrador, lo que hasta ahora no se ha hecho; y mediante á que entre los bienes dimitidos hay algunos raices, y varios censos y créditos para cuya administracion y cobranza es preciso nombrar persona de satisfaccion y abono, y que de permanecer en dicho estado se puede causar perjuicio á los acreedores, propongo desde luego por administrador de los referidos bienes á fulano, persona lega, llana y abonada: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que haciendo y dando la obligacion y fianza correspondientes se espida el título de tal administrador en forma, y se depositen en él todos los bienes muebles y papeles: pido justicia. = *Auto.*

222 Traslado á los acreedores del concurso formado por F. El señor don F. lo mandó, &c.

223 Este auto se notifica á los acreedores; y si no responden dentro de tercero dia, insiste el defensor en que se apruebe el nombramiento de administrador, acusándoles la rebeldía; el juez la ha por acusada, y manda

llevar los autos para proveer, y pasados tres dias, ó conformándose con el administrador propuesto, se provee el siguiente

Auto nombrando administrador de los bienes del concurso.

224 En atencion á lo que ha pretendido F. defensor del concurso formado por F. y á no haber espuesto cosa alguna sus acreedores, sin embargo de habérseles notificado (*si ellos se conformaren, se omitirá esta espresion, y se dirá: mediante el consentimiento dado por los acreedores*) se ha por hecho, y aprueba por cuenta y riesgo de los mismos acreedores el nombramiento de administrador de los bienes del mismo concurso en F. á quien se notifique que para la seguridad de su administracion afiance hasta en tanta cantidad; y practicado, se le confiere facultad para que administre, cuide y beneficie de los bienes raices, y los arriende, perciba sus frutos y rentas, y los réditos de los censos, créditos y efectos concursados, dando á favor de los pagadores los recibos, cartas de pago y demas resguardos necesarios; á cuya consecuencia entréguensele por inventario los bienes muebles y papeles pertenecientes al concurso, de los cuales constituya depósito en forma á disposicion de este juzgado; y para que se le tenga por tal administrador y no le pongan el menor óbice ni reparo de inquilinos, colonos ni demas deudores, espídasele el competente título. El señor don F. lo mandó &c.

225 En virtud de este auto debe dar la fianza el administrador, como tambien de haberse otorgado poner nota el escribano en los autos del concurso ó copia de ella; y lo mismo se ha de practicar en el caso de que por ser persona de notorio abono, se le mande otorgar obligacion con hipoteca especial de bienes propios ademas de la general; y formalizada una ú otra se les despacha en su virtud el título de administrador en la forma siguiente.

Título de administrador.

226 Don F. &c. Hago saber á todos los señores jueces, asi de esta villa de tal, como de las demas ciudades, villas y lugares de estos reinos y señorios, y á otras personas de cualquier estado, calidad y condicion, que ante mí y en el oficio del presente escribano de su número está pendiente el concurso de acreedores formado á los bienes de F., y que á proposicion de F. defensor de ellos (*ó de F. acreedor*) nombré por su administrador á F. mandando se le despache el título de tal, precediendo fianza hasta de tanta cantidad, la que dió con efecto; y á fin de que pueda evacuar este encargo, espido á su favor el presente, por el cual le confiero todas las facultades que se requieren por derecho; para que administre, cuide, beneficie y gobierne todos los bienes del espresado concurso, arriende los raices á las personas que tenga á bien, por los tiempos y precios que convengan, y acabados unos arrendamientos haga otros de nuevo, despojando con causa legal á los inquilinos y colonos, ó conservándoles y prorogándoles sus arrendamientos, y otorgando sobre ello las escrituras competentes para que tome cuentas á los que hayan sido administradores de dichos bienes, y á las demas personas que deban darlas, nombrando contadores, haciendo que los contrarios nombren por su parte, ó se conformen con los que proponga, pidiendo que se elija tercero en discordia, ó de oficio en rebel-

dia, aprobándolas si estan arregladas y corrientes, ó esponiendo en su defecto los agravios que contengan, y liquidándolos hasta que queden sin el mas leve; para que perciba y cobre todos los frutos y rentas que estan vencidas y produzcan en lo sucesivo los bienes concursados, y los réditos de censos, juros y otros efectos, como tambien lo que se esté debiendo y debiere por vales, cuentas, escrituras, cesiones, lastos, fianzas, letras de cambio, ventas de frutos y otros bienes, atrasos, consignaciones, y por otra cualquiera causa, motivo ó razon, aunque aqui no se esprese, formalizando de lo que percibiese á favor de los pagadores los recibos, cartas de pago, finiquitos y demas resguardos competentes con fe de entrega ó renuncia de sus leyes, y con las demas fianzas congruentes, y lastos á favor asimismo de los que pagaren por otros, sea como sus fiadores o mancomunados: para que venda en los tiempos oportunos y mas útiles al concurso los mencionados frutos, y haga en los edificios y casas los reparos menores que necesiten y no escedan de cien reales, recogiendo de los maestros ú oficiales que los hicieren los recibos de su importe, y para que si sobre la cobranza fuere necesario comparecer en juicio, pueda practicarlo y hacer cuantos pedimentos, ejecuciones, apremios, actos, autos y diligencias judiciales y estrajudiciales se requieran hasta conseguirla, pues para todo lo referido confiero amplio poder, con libre, franca y general administracion y facultad de substituirle por su cuenta y riesgo en cuanto á lo judicial solamente, y de revocar unos substitutos y elegir otros. Ademas, todo lo que produzcan los espresados bienes, háyalo y cóbrelo, sin embargo de los que estuvieren hechos y se hicieren en ellos á instancia de los acreedores; pues como único juez legítimo para conocer de sus pretensiones contra el concursante, los doy por de ningun valor ni efecto, como si jamas se hubieran hecho; y mando que entre todo en poder de dicho administrador, y que solo pague á quien y lo que por mí ú otro señor juez del concurso se libre y mande satisfacer, lo cual se le abonará en sus cuentas, y no de otra forma; y para darlas con pago siempre que se le pidan, tendrá el libro correspondiente con cargo y data, dia, mes y año, y procederá en todo como buen administrador judicial, pena de los daños que por su culpa, morosidad ó negligencia se causen á los bienes y acreedores del concurso. Igualmente mando á todos los inquilinos, colonos y deudores de él, tengan al citado F. por administrador legítimo de los espresados bienes, y le entreguen todas las cantidades que estan debiendo y debieren en adelante, aun cuando se les hubiese requerido que las retengan en su poder á ley de depósito, pues les doy por libres del que hayan otorgado, como si no le hubieran hecho; y para que les conste les hará con este título los requerimientos competentes cualquiera escribano de S. M. poniéndoles á su continuacion, y dándoles para su resguardo los testimonios conducentes. Por tanto, de parte de S. M. en cuyo real nombre administro justicia, exhorto y requiero, y de la mia pido y encargo á todos y á cualesquiera señores jueces ante quienes se presentáre este título, le manden cumplir y ejecutar en todo y por todo; y para que no se retarde su cumplimiento den las providencias mas oportunas y eficaces, pues en hacerlo asi administrarán justicia, y yo corresponderé en observancia de ella, siempre que los suyos vea. Fecho en &c. = Don F. = Por su mandado = F.

227 Con este título se requiere á los deudores y se devuelve con los requerimientos al administrador, quien habiendo arrendadores fuera de la

jurisdiccion, debe pedir se espida requisitoria para requerirles. Omito estender la defensoría por ser lo mismo que la curaduría de pleito que estendí en el libro 2 de esta I. P. cap. 10; y solo se mudan las voces. Igualmente omito estender los pedimentos y autos de acusacion de rebeldía y el de acumulacion, por ser muy fáciles y enseñarlos la misma práctica; como tambien las diligencias de sustanciacion de este juicio, respecto tener estendidas las principales en el §. fin. del cap. 1 de este libro, y esplicado el modo y órden de sustanciarle en los nn. 27, 28 y 29 de éste.

Sentencia de graduacion.

228 En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F. alcalde mayor de ella, habiendo visto los autos del concurso y cesion de bienes que ha hecho F. vecino de ella, seguidos y sustanciados entre F. F. &c. sus acreedores que han comparecido en este juicio por medio de sus procuradores, y el defensor de los bienes del concurso y los estrados de la audiencia de dicho señor juez, donde se han notificado los autos por rebeldía de los demas acreedores que no han comparecido ni dado su poder = dijo: que debia mandar y mandó se vendan en pública subasta los bienes cedidos por el espresado F concursante y demas pertenecientes á él, y que de su valor se haga pago á los referidos acreedores dando cada uno fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma y por el órden siguiente. En primer lugar y grado sea pagada fulana, muger del citado concursante, de tantos mil reales, importe de la dote que llevó al matrimonio que contrajo con el mencionado F., segun consta de la escritura que presentó en este juicio. En segundo lugar, satisfágase á Antonio tantos mil reales, tantos por el capital de un censo redimible que impuso el concursante sobre tal finca en tal dia, mes y año, ante F. escribano; y tantos por los réditos vencidos desde tal dia hasta el presente. En tercer lugar, dése á F. tanta cantidad que resulta haberle prestado, segun escritura que formalizó á su favor en tal dia ante tal escribano. Y en cuarto y último lugar, páguese del sobrante que quedáre á F. y F. acreedores quirografarios del concursante; y no alcanzando para cubrirles los créditos, mediante ser todos de igual naturaleza sin privilegio alguno, prorateese entre ellos. A los que no han comparecido en este juicio se reserva su derecho para que justificando sus créditos sean graduados en el lugar que les corresponda. Por esta sentencia, juzgando difinitivamente asi lo pronunció y lo firma, de que doy fe. = F. = Ante mí = F.

229 Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutoriar por tribunal superior, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada, y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor se declare por tal. Si los bienes cedidos estan vendidos, se omitirá en la sentencia la espresion de que se vendan. La fianza de acreedor de mejor derecho se halla estendida en la I. P. cap. 91, n. 46.

Libramiento.

230 Don F. alcalde mayor de esta villa de tal, &c. F. administrador judicial de los bienes concursados á F. dará y pagará de lo que produjeren ó hubiesen producido, á F. uno de sus acreedores, mediante tener da-

da la fianza de acreedor de mejor derecho prevenida en la sentencia de graduacion, tantos reales que se le estan debiendo por tal razon; los cuales en virtud de este libramiento, y con recibo á su continuacion, ó carta de pago separada, se le abonarán en la cuenta que debe presentar de su administracion cuando se le pida y mande. Fecho en tal parte, á tantos, &c. F. = Por su mandado. = F.

231 Todos los pedimentos y autos interlocutorios que se den y profieran en el juicio de concurso ú ocurrencia de acreedores, deben escribirse con las diligencias que en su virtud se hagan en papel del sello cuarto mayor: la sentencia de graduacion en el del sello segundo, en el que se han de estender 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 ejecucion, respecto no hablar de ellos la ley.

Pedimento contradiciendo la formacion de un concurso.

232 F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, ante V. por el mejor medio de derecho = digo: que siguiendo mi parte autos ejecutivos en este juzgado y por el oficio del presente escribano contra S. por la cantidad de, &c. cuando estaba para concluirse el término del encargado se halló mi parte con la novedad de haberle V. conferido traslado en proveido de tantos del concurso que ha formado S. á sus bienes; mas sin embargo de los motivos ó razones que asegura haber tenido para hacerle, V. en justicia se ha de servir desestimarle como injusto y defectuoso en todas sus circunstancias, defiriendo desde luego á pronunciar la sentencia de remate conforme al actual estado de los juicios ejecutivos, con las demas declaraciones convenientes; pues asi como lo pido es de hacer por lo que va á esponerse. (*Se alega.*) Por tanto, = Á V. suplico se sirva proveer como se ha espresado en este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Pedimento solicitando un acreedor la prelacion de su crédito.

233 F. en nombre y en virtud de poder que presento de N. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que se me ha dado traslado de la cesion de bienes que ha hecho M. de quien es mi parte acreedor por tanta cantidad, segun acredita la escritura que asimismo presento; y V. en justicia se ha de servir mandar hacerle pago de deuda con antelacion á los demas acreedores, pues asi es de hacer por lo que se espondrá. (*Se alega.*) Por tanto, = Á V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos determine á favor de mi parte como se ha espresado en este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Pedimento solicitando el acreedor de un concurso se vuelvan á subastar los bienes rematados en pública almoneda á favor de un tercero como mayor postor.

234 F. en nombre de N. de esta vecindad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que por providencia de tantos se formó á los bienes de T. concurso de acreedores, entre los cuales lo fue uno mi poderdante por tanta cantidad, &c. y habiéndose sustanciado legítimamente el juicio hasta su conclusion, pronunció V. su sentencia de

graduacion en tantos, dando tal lugar á N. mi poderdante, y consentida aquella por todos los interesados se mandaron sacar al pregon tales y tales bienes, y que se apreciasen, como se hizo en efecto de ésta y la otra suerte, sin que en este término hubiese ocurrido postor á ellos Á vista de esto se volvieron á pregonar por tantos dias mas á instancia de O. y precediendo citacion de todos los acreedores, se remataron en J. quien solicitó ante V. que para la aprobacion del remate se les notificase diesen mayor postor dentro de nueve dias segun la costumbre general de estos reinos, apercibiéndole que de no hacerlo se aprobaria el remate. Decretóse asi en el dia tantos, y á su consecuencia tuvo efecto la aprobacion en auto de &c. haciéndose saber á todos los acreedores, y depositó J. la cantidad ofrecida, por lo que se le dió posesion en el dia tantos, se despacharon sus libramientos á los acreedores con fianzas depositarias, y otorgó V. escritura de venta judicial a favor del citado J. en cuyo estado se quedaron los autos. Pero habiendo sentido mi parte el considerable perjuicio de estar aun por reintegrar de su crédito á causa de haberse hecho la venta y remate en tanta cantidad, que no llega á dos tercios de valuacion que se dió á los bienes = Á V. suplico se sirva mandar vuelvan á sacarse al pregon, y que no ocurriendo postor que dé al menos por su valor el precio de la tasacion bajada la sesta parte, se adjudiquen á los acreedores segun sus grados por la total estimacion de aquella. Pido justicia, &c. = *Auto.* = Traslado

Pedimento solicitando un deudor espera de acreedores ante el juez ordinario.

235 F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que mi poderdante se halla con los acreedores que resultan del memorial que presento, y siéndole imposible satisfacer sus deudas por éste ó el otro motivo, si no se le da una espera competente = Á V. suplico, que habiendo por presentados el poder y memorial se sirva mandar se junten los mencionados acreedores en el lugar, dia y hora que estime convenientes, á tratar de la espera que han de conceder á mi parte, exhibiendo á este fin los instrumentos justificativos de sus créditos; como asimismo que concediéndosela la mayor parte de acreedores en cantidad tenga á bien condenar á los demas á que pasen por ella. Pido justicia, juro lo necesario, &c.

Otrosí, digo: que P. y T. acreedores de mi poderdante se hallan avecindados en tal parte, y para que les pare el perjuicio á que haya lugar = Á V. suplico se sirva mandar librar el despacho requisitorio correspondiente cometido á la justicia de dicha villa con insercion de este escrito, para que se les haga saber, asignándoles lugar, dia y hora en que deberán juntarse todos á exhibir los documentos justificativos de sus créditos con señalamiento de estrados en la forma ordinaria. Pido como antes. = *Auto.* = A lo principal por presentados el poder y el memorial de acreedores, á quienes se haga saber se junten en tal parte, tal dia y á tal hora, y exhiban las escrituras de su crédito. Y en cuanto al otrosí, líbrese como se pide.

Pedimento solicitando espera de acreedores en el Consejo.

236 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de, &c. de quien presento poder, ante V. A. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun resulta de

la relacion jurada que tambien presento, mi poderdante tiene contra sí tales y tales deudas (*se refieren circunstanciadamente*) y no pudiendo absolutamente por la esterilidad de tantos años satisfacerlas hasta tal, para que no le vejen sus acreedores = Á V. suplico que habiendo por presentados el poder y relacion; se sirva espedir á favor de mi poderdante vuestra real provision moratoria por el espresado tiempo, ó por el que sea del agrado del Consejo, dando fianzas, como se allana á dar por el pago, pasado que sea, á satisfaccion de sus acreedores. Pido justicia. = *Auto.* = Por presentados, y líbrese la provision por tanto tiempo.

Pedimento para que los acreedores en menor número de deudas pasen por la espera que concedió el mayor.

237 F. en nombre de N. vecino de esta villa, y preso en su real cárcel, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que mi poderdante tiene los acreedores que resultan del memorial que presento, y no siendo posible satisfacer sus deudas en la actualidad por esta ó aquella causa, obtuvo que P. S. y V. que lo son de mayor cantidad, le concediesen espera por tanto tiempo, segun acredita el documento que presento; en cuya atencion, y en la de que los demas acreedores reusan pasar por ella = Á V. suplico, que teniendo por presentados dichos instrumentos se sirva apremiarles á estar por la espera; exhibiendo á este fin las escrituras justificativas de sus créditos, y asimismo citarles para los autos. Pido justicia. = *Auto.* = Por presentados, y traslado.

LIBRO IV.

De los recursos de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria.

En la Librería de Escribanos se echaban de menos los importantes recursos de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria que completan la basta materia de los juicios civiles contenciosos, que no sabemos por qué causas pasó en silencio D. José Febrero, y cuya omision vamos incontinenti á suplir, aprovechándonos de las luces y larga esperiencia de los tres grandes prácticos modernos el Señor Elizondo, el Señor conde de la Cañada y Don Pedro Escolano, omitiendo cuanto nos parezca inútil para la práctica, y tratando de cada recurso en capítulo separado, quizá con mayor claridad y mejor método que lo hicieron los citados autores.

CAPITULO I.

De las apelaciones y sus efectos, de las mejoras de ellas, y de su curso y término.

§. I.

De las apelaciones y sus efectos.

1 Para reparar los litigantes el perjuicio que creyesen haber recibido por la sentencia, tienen el remedio de la apelacion al superior del juez que la pronunció, para que la reponga ó mejore: remedio necesario, utilísimo, general y admitido en todas las legislaciones: remedio por el que los jueces superiores enmiendan los agravios que los inferiores causan con sus sentencias difinitivas ó interlocutorias, por ignorancia ó malicia: remedio con que se suplen ó corrigen los defectos y omisiones que hayan tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia: remedio que evita las injusticias y perjuicios que cometerian é irrogarian unos jueces, si no temieran que otros los descubriesen y corrigiesen; y remedio en fin que llena de satisfaccion á los interesados, viendo que concurren muchos jueces á declarar su derecho (*a*).

2 Para que deba admitirse la apelacion, basta que el apelante se tenga por agraviado, sin que sea necesario espresar ni probar el agravio. Asi lo dan muy bien á entender las palabras de varias leyes. »Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuesse dado contra él, si se tuviere por agraviado (*b*).» »Teniéndose por agraviada alguna de las partes del juicio que diessen contra ella, non tan solamente se puede alzar de todo, mas aun de alguna partida de él, si se quisiere (*c*).» Agraviándose alguno del juicio que le diese su juzgador, puédese alzar dél á otro que sea mayoral (*d*).» En los mismos términos habla una ley recopilada (*e*). »Porque á las veces los alcaldes y jueces agravian á las partes en los juicios que dan, mandamos que cuando

(*a*) Señor Conde de la Cañada Inst Pract. part. 2, cap. 2, nn. 1 y 2.
(*b*) Ley 2, tit. 23 part. 3. (*c*) Ley 14 del mismo tit. (*d*) Ley 18 del citado tit.
(*e*) La 1, tit. 18 lib. 4.

el alcalde ó juez diere sentencia si quier sea en juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y viniere á su noticia."

3 »Sucede muchas veces, dice el señor Conde de la Cañada (*a*), que la sentencia difinitiva es justísima considerado el estado de la causa, porque la dió el juez arreglada á los hechos probados en el proceso, y que al mismo tiempo es gravosa á la parte que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y espera hacerlo en otra, siendo habilitada con el ausilio de la apelacion, que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la 4, tit. 9, lib. 9 de la Recopilacion, y en la 27, tit. 23, P. 3, cuyas son estas palabras. »E si por aventura alguna de las partes dijere, que falló agora de nuevo cartas, ó testigos que le ayudan mucho en su pleyto, que non pudo mostrar antel otro juzgador, debegelo recibir."

4 Las sentencias de que puede interponerse apelacion, son todas las difinitivas; pues de las interlocutorias no deben admitirse las que se interpongan La ley 13, tit. 23, Part. 3 dice: »De todo juicio afinado se puede alzar cualquier que se tuviere por agraviado dél. Mas de otro mandamiento ó juicio que ficiesse el juzgador, andando por el pleito, ante que diesse sentencia difinitiva sobre el principal, non se puede nin deve ninguno alzar." Y la ley 3, tit. 18, lib. 4 de la Recop. pone esta clausula: »Establecemos que de las sentencias interlocutorias no aya alzada, y que los juzgadores no la otorguen, ni la den."

5 Los fundamentos que tienen las leyes para prohibir la apelacion de los autos interlocutorios, son muy sólidos y juiciosos; y los espresa la citada ley 13. »E esto pusieron por dos razones. La una, porque los pleitos principales non se alongassen, nin se embargassen por achaque de las alzadas que fuessen tomadas en razon de tales agraviamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agraviada del juzgador, se puede alzar, ó fincale en salvo para poder demandar, é mostrar antel juez de la

(*a*) Lugar citado n. 15.

alzada todos los agraviamientos que recibió en el pleito del primer juez."

6 Asimismo el Concilio de Trento (*a*) moderó aquella libertad absoluta que daban los cánones (*b*) de apelar indistintamente de las sentencias de los jueces eclesiásticos, fuesen difinitivas ó interlocutorias, por leve que fuera el agravio que causasen (*c*).

7 Sin embargo, la regla de no admitirse la apelacion de las sentencias interlocutorias, padece muchas escepciones, de las cuales unas se hallan espresadas en las mismas leyes, y otras se deducen de los egemplos que refieren y de la razon general en que convienen (*d*). La citada ley 3, t. 18, lib. 4 de la Recop. despues de establecer dicha regla, dice: »Salvo si las sentencias interlocutorias fueren dadas sobre defension perentoria, ó sobre algun articulo que haga perjuicio en el pleito principal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no es su juez, y prueba la razon, porque no es su juez, fasta nueve dias.... y el juez se pronunciare por juez, ó dijere que ha por sospechoso al juez, y en los pleitos civiles no quisiere el juez tomar un hombre por acompañado para librar el pleito, ó si en los pleitos criminales no guardase lo que se contiene en la ley primera de las recusaciones en este libro cuarto, ó si la parte pidiere traslado del proceso publicado, y el juez no se lo quisiere dar; en cualquier destos casos otorgamos á la parte que se sintiere agraviada que se pueda alzar, y el juzgador que sea tenido de otorgar el alzada."

8 La ley citada 13, tit. 23, Part. 3 limita tambien la misma regla diciendo: »Fueras ende cuando el juzgador mandasse por juicio dar tormento á alguno á tuerto, por razon de saber la verdad de algun yerro, ó de algun pleito que era movido antél; ó si mandasse facer alguna otra cosa torticeramente, que fuesse de tal natura que seyendo acabado non se podria despues ligeramente enmendar, á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviese por agraviado della."

9 El Concilio Tridentino (*e*) no permite la apelacion de otras

(*a*) Cap. 1 ses. 13 y cap. 20, ses. 24 de Reformat. (*b*) Cap 12 de Appellat. y cap. 1 del prop. tit. in Sexto. (*c*) Señor Conde de la Cañada lugar citado n. 23 (*d*) Autor cit. n. 24 sig. (*e*) En los capitulos citados, 1 ses. 13 y 20, sess. 25 de Reformat.

recho, contra la naturaleza, las buenas costumbres, obras pias, ó contra el decoro del heredero ó legatario; y en semejante caso para la percepcion del legado ó herencia, ha de dar la dicha caucion muciana de que no hará lo que se la ha vedado (*a*).

187 Si el testador hace algun legado ó institucion contra derecho, ó de tal modo ó cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ó legatario la herencia ó legado, no valdrá ni se cumplirá, y no por esto dejará de tener efecto la institucion ó manda (*). Lo mismo procederá si manda hacer de su cuerpo ó huesos, ó en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama ú honor de sus parientes, pues lejos de obedecerse tal mandato se tendrá por no escrito ni puesto en el testamento (*b*).

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

(*a*) Leyes 7 y 14, t. 4, y 22, t. 9 P. 6.

(*) Si bajo la condicion absoluta de no casarse se deja una manda á un soltero ó soltera, ó á persona casada que no haya consumado matrimonio, percibirá la manda, aunque no cumpla la condicion, por ser torpe y contra buenas costumbres; mas si la condicion de no casar es solo respectiva á determinados sugetos, á las personas de cierta familia, á tal tiempo o lugar, ha de cumplirse para percibir el legado. Si la manda se deja con la condicion de casarse con persona determinada, debe atenderse á si es digna ó no; si lo es es lo mismo que si pusiera la condicion absoluta de no casar; y si no lo es, no se deberá el legado hasta el cumplimiento de la condicion.

(*b*) Ley 32, t. 9, P. 6. El que quisiere mayor instruccion vea los títulos 4 y 9. (*c*) Ley 39, t. 9, P. 6.

(**) Si otro cancela la escritura sin órden ni noticia del testador, valdrá la manda siempre que se pueda leer y probar con cinco testigos que se habia dejado: ley 39 cit.

(*d*) Leyes 17 y 40, t. 9, P. 6. (*e*) Ley 41, t. 9, P. 6.

sentencias interlocutorias que de las que tengan fuerza de difinitivas, ó cuyo gravámen no pueda repararse por éstas; y apoyados los autores en dichas disposiciones se han estendido á referir todos aquellos casos en que encuentran la razon general de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias (*a*).

10 No habiendo disposicion particular que mande ejecutar la sentencias, surte la apelacion los dos efectos, suspensivo y devolutivo, sean aquellas definitivas ó interlocutorias, »con la sola diferencia de que lo innovado despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, se puede y debe revocar por el juez superior antes de tratar de la causa principal, si la parte lo pidiere antes de mezclarse y contestar sobre el asunto principal de la causa; pero lo que se innovase despues de la sentencia interlocutoria, pendiente la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, no se revocará hasta tanto que conste al juez superior por el proceso que se apeló por justa y legítima causa, porque sin este previo conocimiento no procede la apelacion de los autos interlocutorios, y sin ella no hay atentados, porque no se suspende la jurisdiccion del juez inferior» (*b*).

11 Sin embargo, dicha regla padece varias escepciones por diversas causas; pero como muchas veces dudan los jueces, si deben admitir la apelacion en uno ó en ambos efectos, »para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas que se esciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente, ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público, y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público, si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia se espusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.»

12 »Los egemplos demostrarán con toda claridad la propo-

(*a*) Autor cit. lugar cit. n. 26. (*b*) Autor cit. n. 36.

sicion antecedente.... La ley 54, tit. 5, lib. 2 de la Recop. esplica con claridad las dos razones que recomiendan la ejecucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los jueces superiores. Porque somos informados (dice la ley) que muchas veces se siguen muchos inconvenientes de rescebir nuestro presidente y oidores todas las apelaciones indistintamente, y mandar sobreseer en la ejecucion, mayormente en las cosas que se mandan en las ciudades, villas y lugares cerca de la gobernacion de ellas.... porque por esto se impide mucho la buena gobernacion de las dichas ciudades, villas y lugares, y es mucho perjuicio para las comunidades y causa de muchos gastos, y por la mayor parte la ejecucion de estas cosas es de menos perjuicio á las partes que de ello se agravian."

13 »En esta ley se reunen las dos partes de la regla insinuada: una el mayor daño que padecerian las ciudades, si se suspendiesen las providencias de gobierno; y otra el menor perjuicio que de su ejecucion resulta á las partes que de ello se agravian, repitiendo al fin de la misma ley que se tenga consideracion al bien público, *ca quando las cosas de esta calidad son de poco perjuicio, siempre se debe mucho mirar lo que paresciere que conviene al bien comun.*"

14 »El propio fin y sobre los mismos principios de gobierno y tranquilidad lleva el interdicto posesorio de *ínterin*; precaviendo que las partes vengan á las armas para mantener la posesion en que pretenden hallarse; y asi en la providencia que con instruccion sumaria toma el juez, considera únicamente el mero hecho de la parte que esté en posesion al tiempo de la controversia; y manda que no se la inquiete ni turbe en ella sin perjuicio del derecho que puedan tener los que litigan con respecto á los juicios plenarios de posesion y de propiedad, reuniéndose en esta sentencia interlocutoria la tranquilidad pública que se turbaria por las riñas y desavenencias de las partes, y el menor perjuicio que siente la que en esta providencia queda fuera de la posesion."

15 La ley 6, tit. 18, lib. 4 de la Recop. dice: »pero son algunos pleitos en que no queremos que se otorgue apelacion, assi como si se alzare algun hombre de mandar que algun hombre que no era descomulgado ó devedado, que no sea sepultado, ó

sobre cosa que no se pueda guardar, como sobre uvas antes que el vino sea fecho de ellas, ó sobre mieses que se han de segar, ó sobre otra cosa semejante que peresce por tiempo, ó si fuere sobre dar gobierno á niños pequeños; porque en tales casos como éstos, si se alongassen los pleitos para alzada, las cosas se perderian, y nacerian dello muchos daños; pero bien queremos que en tales pleitos como éstos se pueda querellar y proseguir su derecho aquel que entendiere que es agraviado por el alcalde.»

16 »Las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean difinitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva, cuando el que los ha de recibir es pobre y no tiene otros medios para mantenerse sino los alimentos presentes y futuros."

17 »Las apelaciones que se interponen de la provision, institucion y colacion de los beneficios curados, no suspende la ejecucion por la misma regla establecida al principio de resultar gravísimos perjuicios á los fieles que carecerian entre tanto de propio Pastor que les administrase sus alimentos espirituales, que siempre son de mayor preferencia que los alimentos corporales.... Lo mismo sucede en los mandamientos para que se residan los beneficios curados (*a*)."

18 El Señor Elizondo (*b*) apoyado en la autoridad del derecho civil y canónico, y de varios intérpretes, hace mencion de otras sentencias cuya apelacion solo se admite en el efecto devolutivo, como son las dadas en favor de causas pias, sobre salarios de sirvientes, oficiales ó jornaleros y nombramientos de tutores ó pupilos, aquellas en que se manda dar la posesion hereditaria, las favorables al fisco ó á la iglesia en pleitos de diezmos, y otras.

19 En órden al termino señalado para interponer la apelacion, dice la ley 1, tit. 18, lib. 4 de la Recop. »Mandamos que cuando el alcalde ó juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y

(*a*) Señor Conde de la Cañada, lug. cit. nn 38, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 55 y 64. (*b*) Pract. univ. for. tom. 1, pág. 148, n. 4.

viniere á su noticia, y si asi no lo ficiere que dende en adelante la sentencia ó mandamiento quede firme." Pero el menor por el beneficio que goza de la restitucion, puede aun sin probar lesion apelar hasta cuatro años despues de menoría (*a*). Asimismo el fisco, las iglesias y concejos, valiéndose de dicho beneficio pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y habiendo lesion enorme que ascienda á mas de la mitad del justo precio, podrán hacerlo dentro de treinta (*b*). Ademas, al ausente y ocupado en servicio del Rey ó de su concejo, ó por razon de estudios, al cautivo, desterrado, ó preso por delito que haya cometido, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, pidiendo restitucion por esta justa causa dentro de diez dias (*c*).

20 De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias de como se notificó, y de lo contrario queda firme (*d*). En el mismo término de los diez dias se ha de apelar en el fuero eclesiástico (*e*).

21 Admitida la apelacion en el efecto á que haya lugar segun lo espuesto anteriormente, manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa segun lo prevenido en la ley 10 del cit. tit. y lib. y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada, como lo dispone la ley 2 del prop. tit. y lib. y no señalándole, gozará de los que ésta misma prefine.

22 »Para que la apelacion sea legítima se requiere asimismo que se admita derechamente para el juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto *omisso medio*: como se dispone en las leyes 1 y 18, tit. 23, Part. 3, ibi: Agraviándose alguno del juicio que le diese su juzgador, puedese alzar dél á otro que sea Mayoral. Pero el alzada deve ser en esta manera, subiendo de grado en grado, todavía del menor al mayor, non dejando ninguno entre medias: Cap. 66. ext. de Appellat. cap. 3 de Appellat. in sext.

23 Contra estas literales disposiciones que aseguran el debido honor y decoro á los jueces para no ser defraudados de su

(*a*) Leyes 1, 2 y 3, tit. 35 Part. 3, y 8 y 9, tit. 18, Part. 6, y en ellas Greg. Lop. (*b*) Ley 10, tit. 19, P. 6. Señor Elizondo, lug. cit. pág. 146, n. 1. (*c*) Leyes 10 y 11, tit. 23 P. 3. (*d*) Leyes 23 y 35, tit. 4 Part. 3. Curia Filip. part. 5. §. 1, núm. 16. (*e*) Paz in pract. 1, tom. 6, part. in proem. n. 14.

autoridad y jurisdiccion, y facilitan la natural defensa á las partes con menores gastos que los que sufririan con la mayor distancia de los jueces, si se omitiesen los inmediatos, de que resultaria ademas conocida turbacion y arbitrariedad de las partes que apelan; se fue introduciendo insensiblemente en los tribunales eclesiáticos el abuso de venirse derechamente á usar de la apelacion y de otros recursos al tribunal de la Nunciatura antes del establecimiento de la Rota Española, omitiendo los metropolitanos que debian conocer de la causa en las segundas instancias: y este desórden, y el agravio general que produciria á las partes y á la causa pública, escitó el zelo y vigilancia del Consejo, ocurriendo á su enmienda por una carta circular de 26 de Noviembre de 1767, repetida en otra del año 1778, señaladamente en el capítulo 11 de la primera.»

24 »La ley 2 tit. 5, lib. 2 de la Recop. señala los reinos y comarcas de donde deben ir las apelaciones á las dos chancillerías de Valladolid y Granada, declarando al fin para quitar toda duda, que estando las ciudades y villas en una de las dichas comarcas, aunque en su término y jurisdiccion tengan lugares de la otra, todos los lugares sigan la cabeza de jurisdiccion. La ley 20, tit. 4, lib. 2 ratifica en su principio la misma regla; y la 39 del espresado, tit. 5, lib. 2 siguiendo el espíritu de la citada ley 2, declaró para el recurso de las fuerzas, que residiendo los jueces eclesiásticos en el territorio de alguna de las dos chancillerías, aunque las partes correspondiesen al otro, fuesen los procesos á la del territorio en donde residia el juez eclesiástico, y lo mismo se declaró con respecto á la audiencia de Sevilla en la ley 7, tit. 2, lib. 3.»

25 »Esta audiencia y las demas que se han establecido en el reino tienen sus respectivas demarcaciones, y son los tribunales inmediatos adonde deben ir las apelaciones de los jueces que residen dentro de sus términos.»

26 »Esta es la regla general, aunque recibe algunas limitaciones que refieren las leyes: la primera es, cuando la causa es de menor cuantía que no escede de treinta mil maravedís á que se estendió por la ley 19, tit. 18, lib. 4 la que estaba señalada en las leyes 7 y 18 del propio tit. y lib. pues habiendo costumbre en estas causas de que sus apelaciones vayan al Concejo, justicia y oficiales de la ciudad de la jurisdiccion, donde el juez dió

la sentencia, estos son los jueces inmediatos, y con su sentencia se acaba el pleito; bien que estando el juez que dió la sentencia en los lugares donde hay chancillerías y audiencias ó á ocho leguas de distancia, pueden las partes elegir tribunal, ya sea la audiencia, ya el ayuntamiento de la ciudad.»

27 »En los lugares de las cuatro órdenes militares comprendidos en los territorios de las chancillerías y audiencias usa el Consejo de ordenes de jurisdiccion en las apelaciones y recursos, á prevencion con las mismas chancillerías y audiencias por gracia y merced de los señores Reyes, autorizada con una práctica constante, sobre lo cual declaró lo conveniente el señor don Felipe V en el auto acordado 9, tit. 1, lib. 4.»

28 »De esta preventiva jurisdiccion entre dicho Consejo y las chancillerías resultaban muchas vejaciones y daños á las partes y á la causa pública; pues apelando una al Consejo y otra á las chancillerías, libraban estos tribunales sus respectivos despachos para que se remitiesen los autos con emplazamiento á las partes; y no pudiendo las justicias ordinarias cumplir con los dos, padecian atropellamientos en sus personas y en sus bienes; y por estas repetidas esperiencias se hizo entender al de órdenes y á las chancillerías, que cuando disputasen en tales casos su jurisdiccion preventiva, no apremiasen á las justicias ni á las partes, y recurriesen al Consejo para que enterado por las respectivas diligencias de dichos tribunales de la anticipada prevencion, dejase espedito su conocimiento.»

29 »La tercera escepcion de la enunciada regla consiste en que las partes pueden recurrir al Rey derechamente con sus apelaciones, como se dispone en la citada ley 18, tit. 23 Part. 3, ibi: Pero si alguno quisiere luego tomar la primera alzada para el Rey, ante que pasase por los otros jueces, decimos que bien lo puede facer. E esto, porque el Rey ha señorío sobre todos, é puédelos juzgar.»

30 »En esta razon que pone la ley antecedente, se demuestra el poder del Rey para juzgar todas las causas de sus súbditos, ya sea por su propia persona, ya por los tribunales á quienes quiera remitirlas.»

31 »La ley 19, tit. 23 Part. 3 dispone, que de las alzadas que se hacen al Rey, conozcan aquellos que juzgan cuotidianamente en su córte. Estos son los del Consejo real, que co-

mo ministros colaterales del Rey despachan con su inmediata representacion; y á fin de hacer justicia á los que vienen á su corte á pedirla, se ordenó en la ley 1, tit. 2, lib. 2 de la Recop. que el Rey se sentase en público dos dias en la semana con los de su Consejo y con los alcaldes de Córte, y que lo hiciese en los dias lunes y viernes. Los señores Reyes católicos restringieron los dos dias al viernes perennemente, pero no se desprendieron de oir y despachar los negocios de justicia con su Consejo lo mas pronto que fuese posible, tomándose á este fin el trabajo de andar por todas las tierras y señoríos usando y administrando justicia acompañándoles el Consejo y los alcaldes, como se manda en la ley 5 del prop. tit. y lib.

32 »En todos tiempos han confiado al Consejo los señores Reyes de España los negocios de mayor importancia y gravedad, concediéndole amplísimas facultades para conocer de todos los asuntos que le pareciere que convienen al mejor gobierno del reino, como se dispone en la ley 22, tit 4, lib. 2. Tambien se reservan al Consejo por la misma consideracion de su alta confianza otros muchos negocios de gravedad, en que estan inhibidas las chancillerías y audiencias, y de ellos hacen mérito la ley 8, título 5, lib. 1, la 62, cap. 25, tit. 4, la 81, tit. 5, lib. 2, auto 1, título 4, lib. 2 y otras muchas de la Recop., debiendo observarse que aunque en algunas leyes se mandan remitir á las chancillerías y audiencias los negocios de ciertas clases, en ninguna se halla inhibido el Consejo; y le queda espedita su autoridad para conocer de lo que entienda que convienen al mejor servicio del Rey y beneficio de las partes, ya sea por la gravedad de la causa, ya por la proximidad de los pueblos, aunque estén fuera del rastro de la corte y comprendidos en la demarcacion de las chancillerias."

33 De estas facultades he visto usar algunas veces, pero siempre con previa y detenida instruccion que asegure la utilidad de traer al Consejo la causa que en otros términos iria á la chancillería del territorio."

34 Tambien están reservadas al Consejo y no pueden ir á las chancillerías las apelaciones de diferentes causas que aunque se hayan seguido por las justicias de los territorios de las chancillerías y audiencias, corresponden inmediatamente al Consejo por la naturaleza de la materia que comprenden, y por otro res-

peto de utilidad pública, segun se espresa en las leyes 20 y 23, tit. 4, lib. 2 y en otras muchas (*a*).

35 En Real cédula de 6 de Octubre de 1768 espedida á representacion del Sr. Conde de Aranda, presidente del Consejo, y á consulta de éste se ordenó »que se dividiese Madrid en ocho cuarteles (*), debiendo situarse en cada uno por su antigüedad igual número de alcaldes: que los referidos ocho alcaldes despachasen las causas civiles en primera instancia, como lo hacian antes los cinco, ejecutándolo los seis mas antiguos con uno de los escribanos de Provincia y los dos mas modernos con dos escribanos cada uno: que las apelaciones que iban antes á los alcaldes, fuesen en adelante á la Sala segunda del crímen que se formó y dividió por la misma real cédula: todo lo cual se ha observado con la mayor esactitud y puntualidad, habiendo producido el uso de las demas disposiciones que contiene dicha real cédula, el buen órden y tranquilidad que gozan desde entonces los moradores de Madrid."

36 »Pero habiéndose recargado la referida Sala segunda con los pleitos que iban á ella en apelacion de las sentencias dadas por los alcaldes y tenientes de Madrid, siendo conveniente relevarla de ellos en alguna parte para que los litigantes lograsen mas pronto despacho y le tuviesen al mismo tiempo los negocios criminales de la dotacion de dicha Sala, resolvió S. M. á consulta del Consejo, y se espidió real cédula en 19 de Abril de 1785, por la cual se dispone y manda que los pleitos de menor cuantía que por la enunciada real cédula de 6 de Octubre de 1768 debian ir por apelacion á la Sala segunda criminal, se repartiesen por turno entre ésta y la Sala primera, conociendo aquella de dos causas y ésta de la tercera; y asi por el mismo órden empezando el turno de las dos causas por dicha Sala segunda que se debe observar igualmente en las causas de despojos y en otras que remitiese el Consejo á las referidas Salas en los casos de sus apelaciones."

37 »La citada real cédula de 6 de Octubre de 1768 no hizo novedad en la cuota de que podian conocer los dos alcaldes en la instancia de apelacion, y asi quedó reducida á trescientos

(*a*) Sr. Conde de la Cañada lug. cit. nn. 72, &c. y 84.

(*) Por real cédula de 18 de Junio de 1802 se ha distribuido esta córte en 10 cuarteles.

mil maravedís que es la última cantidad señalada por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9 de Setiembre de 1750, y componen ocho mil ochocientos veinte y tres reales y diez y ocho maravedís de vellon.»

38 »Las apelaciones de las sentencias que dan los alcaldes que despachan las causas civiles en provincia, escediendo de la cantidad referida, van al Consejo en Sala de provincia, y de las que dieren el Corregidor y sus tenientes escediendo de esta cantidad, corresponden al Consejo segun el auto acordado 3, título 18, libro 4.»

39 »Como en algunas causas no puede reducirse el interés á cantidad determinada, se ofrecian frecuentes dudas sobre si las apelaciones debian ir á la Sala ó al Consejo. Yo he visto que se llevaban á la de provincia los pleitos sobre despojo de casas, y que se admitian algunas veces sus apelaciones, y en otros se declaraba corresponder á la Sala.»

40 »De las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid, sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas conocen los alcaldes de provincia en primera instancia, y sus apelaciones van siempre á la Sala segunda; pero cuando se trata de la inteligencia, interpretacion, ó declaracion de alguna de dichas ordenanzas, corresponden las apelaciones al Consejo en Sala de gobierno, por dimanar de ella la aprobacion de las ordenanzas» (*a*).

41 Del juez delegado secular se apela al delegante y del subdelegado á este mismo, escepto que sea subdelegado del delegado del juez ordinario, pues entonces no ha de ser al delegado sino al mismo ordinario delegante (*b*); bien que del delegado del Soberano ó su Consejo debe apelarse á las audiencias y chancillerías, fuera de aquellos casos en que ha de ser al Consejo, como de las ejecutorias que emanaren de él y pesquisidores que nombrase sin facultad para sentenciar ó residenciar (*c*).

42 No se puede apelar del alcalde mayor del señor al mismo señor, ni del teniente corregidor al mismo corregidor, porque componen un solo tribunal (*d*). Por la misma razon tampo-

(*a*) Sr. Conde de la Cañada, lug. cit. nn. 93, &c. y 98. (*b*) Ley 21, tit. 23 P. 3. (*c*) Leyes 20, tit. 4 y 12, tit. 5, lib. 2 de la Recop. Curia Filip. part. 5, §. 1, n. 11. (*d*) Curia Filip. lug. cit. n. 9.

co se puede apelar del Vicario General del Obispo para ante éste, aunque sí ha de apelarse á él y no al Arzobispo, de sus Vicarios foráneos y delegados, de los prelados sus inferiores y de los oficiales dependientes del mismo Obispo, por ser el mas próximo superior suyo (*a*).

43 Del Obispo debe apelarse al Arzobispo Metropolitano y del Patriarca ó Primado al Papa, ó su Nuncio ó Legado (*b*).

44 De los Inquisidores ó tribunales del Santo Oficio ha de interponerse la apelacion para el Consejo Supremo de la Inquisicion (*c*).

45 Cuando los Prelados eclesiásticos tienen jurisdiccion temporal, ha de apelarse en lo respectivo á ella, no para ante sus superiores eclesiásticos sino para ante el Soberano y sus tribunales seculares (*d*).

46 En el fuero eclesiástico se puede apelar gradualmente de un tribunal á otro hasta que haya tres sentencias conformes en todo (*e*); mas en el fuero secular solo dos veces puede apelarse (*f*).

§. II.

De la mejora de la apelacion, y del curso y fin de ésta.

47 Luego que el juez de la primera instancia admite la apelacion, traspasa al superior inmediato el conocimiento de la causa respecto á las partes ó artículos que comprehende; pero como el juez superior no es sabedor de estos hechos y sus efectos, debe probarlos el apelante, por ser el fundamento de su intencion, y á este fin se presenta en su tribunal con poder suficiente y testimonio de la apelacion (g) (*).

48 Cuando el juez inferior admite la apelacion en ambos efectos, no se le hace agravio en pedirle los autos originales, por

(*a*) Curia Filip. lug. cit n. 4. (*b*) Leyes 10, 11 y 15 tit. 5 Part. 1. (*c*) Curia Filip. lug. cit. n. 7. (*d*) Ley 8 tit. 3 lib. 1 de la Recop. (*e*) Cap. Sua nobis 65 de Appellat. (*f*) Leyes 25 tit. 23 Part. 3, 5 tit. 1, 1 tit. 19 lib. 4 y 5 tit. 5 lib. 7 de la Recop. Curia Filip. lug. cit. n. 15. (*g*) Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 3 n. 1.

(*) Para evitar repeticiones se tendrán en seguida por insertas varias doctrinas contenidas en el Febrero Reformado nn. últimos del §. 13 cap. 1 lib. 3 P. II. y sus notas.

despues hace de la lana paño, ó de la madera casa ó nave (*a*), porque muda su forma, y deja de ser la cosa legada (*).

§. XI.

De la revocacion del testamento.

189 El tetamento se puede revocar é irritar. Se revoca, cuando el testador manda en otro posterior perfecto que no valga el precedente (*b*); se irrita cuando se invalida por la *mudanza, pérdida ó mengua de estado* (**) del testador, la cual era antiguamente de tres maneras: *máxima, media y mínima: máxima*, cuando alguno pasaba al estado de servidumbre, porque perdia la libertad, el derecho de ciudadano y su familia, como si se vendia voluntariamente, si era condenado á ser siervo de pena por algun delito atroz, ó si volvia al poder de su Señor, por haber sido ingrato con él: *media* cuando era desterrado para siempre á alguna isla, y se le privaba de agua y fuego, con lo cual perdia el derecho de ciudadano y su familia; y *mínima*, cuando se dejaba prohijar, porque perdia la familia, ó

(*a*) Ley 42 t. 3 P. 6.

(*) Despues de este § correspondia el de la cuarta falcidia, llamada así de su autor Publio Falcidio; Tribuno romano en tiempo del Emperador Augusto, y que no es otra cosa que la cuarta parte de cada legado ó fideicomiso particular que podia sacar ó retener para sí el heredero, cuando estuviese tan gravada la herencia con legados ó fideicomisos, que nada ó menos de la cuarta parte de ella le quedase que percibir; pues antiguamente si el heredero no aceptaba la herencia, se invalidaba en un todo el testamento, y ademas parecia muy puesto en razon que quien tenia el nombre de heredero, tuviese asimismo alguna utilidad. (Proemio del tit. 11 P. 6.) Pero como la ley 1 tit. 4 lib. 5 de la R. dispone que valga todo lo ordenado en el testamento aun sin la aucion del heredero instituido, se controvierte entre nuestros interpretes, si tendrá lugar en el dia dicha cuarta. Yo he examinado los fundamentos de la opinion afirmativa y negativa, y ambas me parecen probables. Mas sin embargo de todo me ha parecido conveniente omitir dicho §. de la cuarta falcidia, por considerarlo inútil, puesto que nunca ó casi nunca se hace uso, ni se oye hablar de aquella en los tribunales ni en las particiones de herencias, y que siempre debe espurgarse de la jurisprudencia todo lo que únicamente sirve para dilatarla y confundirla.

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

(**) *Capitis diminutio.*

haberse atado las manos é inhibido para proceder en la causa: lo cual procede aun cuando por su calidad y naturaleza no hubiere debido admitirse en el efecto suspensivo: »porque en cuanto está de su parte se desprendió de toda su jurisdicion y conocimiento, y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estima el juez superior por el concepto y presuncion que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los jueces, entre tanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion es legítima en los dos efectos en que fue admitida; y procede por consecuencia que no se le hace agravio en que se manden remitir los autos originales, aun cuando la parte apelada lo contradiga, motivando que la sentencia dada á su favor es ejecutiva: porque este incidente en el cual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del juez inferior en que admitió la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision, y no debe embarazar entre tanto el progreso de la causa principal, especialmente para que se lleve original al juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo previo por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, asi como se hace para inhibir al juez inferior, cuando él no se inhibió en la apelacion, limitándola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para ejecutar su sentencia" (*a*).

49 Frecuentemente admiten los jueces la apelacion con la cláusula *cuanto ha lugar en derecho*, dando asi "motivo á las partes para que duden y disputen, si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo, ó solamente el primero, y aun si acaso se estiende á escluir los dos, considerando que la causa por naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion;" mas para conciliar lo que dicen los autores sobre este punto con la práctica de los tribunales, se han de distinguir dos casos: "uno que admitida la apelacion en cuanto ha lugar en derecho, gobierna lo dispuesto por regla general, entre tanto que no se prueba su limitacion, y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con inter-

(*a*) Autor cit. y lug. cit. nn. 14, 15 y 16.

ponerla y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del juez inferior y estingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos, viene á quedar aquella apelacion admitida *en cuanto ha lugar en derecho*, en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna; porque si la ley es cierta, y el juez sabe los efectos que dá á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa» (*a*).

50 »Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, y se declarase asi con audiencia instructiva de los interesados, cederá entonces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion, *en cuanto habia lugar en derecho*, podrá entenderse que desde entonces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior, pero sin alterar entre tanto la regla que siguen los tribunales superiores, mandando en su consecuencia librar provision ó despacho para que se remitan los autos originales por los favorables efectos que se han esplicado en los dos casos antecedentes, viniendo á ser todos tres uniformes en sus efectos.»

51 »Algunas veces se mandan remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutado al tiempo en que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos verificado el pago y su satisfaccion ha concluido su oficio el inferior, la parte está reintegrada y no padece perjuicio alguno; y la que apeló escusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que escede á los originales, como sucede comunmente y adelanta el tiempo para la espedicion de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para

(*a*) Autor cit. y lug. cit. nn. 22 y 28.

que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perjudiquen.»

52 »Si los autos son de crecido volúmen y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, reservando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella, por contener cantidad cierta ó restitucion de cosas determinadas sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas que el juez inferior reserve testimonio íntegro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria y conducente para la ejecucion, y proceder en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales.»

53 »Pero no concurriendo alguna particular circunstancia que escite la equidad á favorecer la parte que apeló sin perjudicar á las otras, se libra en este caso el despacho compulsorio y de emplazamiento siguiendo el dictámen del juez inferior sin embarazar el conocimiento que se reservó: porque como no se debe revocar su auto sin que vengan los originales ó por compulsa, tomando de ellos el conocimiento instructivo que corresponde con audiencia de las partes, ha de seguir entre tanto el juicio del juez inferior que consta del testimonio que se presenta.»

54 »El que apela, de cualquier modo que le sea admitida la apelacion, lleva por único fin enmendar con la sentencia del superior el agravio que concibe haberle hecho el inferior en la suya mejorando al mismo tiempo las alegaciones y probanzas que hubiese omitido en la primera instancia. Para llegar á este término ha de pasar necesariamente por otros subalternos que sirven de medio: como lo son presentarse ante el juez superior, y acreditar con testimonio que le está admitida la apelacion, y que quiere seguirla. Si estos hechos que son el principio en que manifiesta la intencion y deseo de continuar la apelacion, pendieran del arbitrio indefinido y absoluto de la parte que apeló, podria usar libremente de una dilacion sin límites hasta su muerte, haciendo ilusoria la sentencia con la duracion de la segunda instancia. Para ocurrir á estos inconvenientes que traerian el mayor desorden y confusion á la república, se acordaron con razon todas las leyes en que el juez inferior señalase á la parte que apela término competente para seguir su apelacion y presentarse dentro de él al superior. Este auto ó providencia aparta del juez inferior el conocimiento y jurisdiccion de la causa, y la traslada al juez superior con dos condiciones que forman por su esencia una sola:

la primera se reduce á que se haya de presentar al juez superior, y la segunda á que lo ejecute dentro del término que le señala; y no verificándose estas dos condiciones, si pasa dicho término antes de presentarse al superior, no tiene efecto la apelacion, y queda firme la sentencia del inferior, debiendo llevarla á efecto en uso de la jurisdiccion que tácimente reservó para el caso de que la parte no cumpliese con las dos enunciadas condiciones" (*a*).

55 Ademas, así como quien deja correr el término de los cinco dias sin apelar, manifiesta que no quiere hacerlo, así tambien quien deja pasar el término señalado por la ley ó por el juez para seguir la apelacion y presentarse al superior, da á entender que no lo quiere hacer, teniendo acaso por mas ventajoso sufrir algun perjuicio en la sentencia que el enmendarle en la segunda instancia haciendo mayores gastos y causándose otras muchas incomodidades (*b*).

56 Por estas razones han declarado las leyes que si el apelante no sigue su apelacion presentándose al juez superior dentro del término prefinido, se tenga por desierta, y de consiguiente por firme y válida en todos sus efectos la sentencia.

57 La ley 23 tit. 23 Part. 3 dice: »Seguir deve la parte el alzada, cuando la tomare, al plazo que le pusiere el juzgador. E si por ventura el juez non pusiere plazo á que la siguiesse, mandamos que sea tenudo el que se alzo, de seguir el alzada fasta dos meses, é si en este tiempo non la siguiere, finque el juicio de que se agravió, por firme. Otrosí decimos, que si la parte que se alzó, no pareciese ante el juez de la alzada al plazo que le fue puesto, ni siguiese el alzada por sí, nin por su personero, el juicio de que se alzó vaia, é peche las costas á la otra parte que pareció antel juzgador.» La ley 24 siguiente confirma esto mismo diciendo: »O siguiesse el alzada despues que fuesse passado el tiempo á que la devia seguir, si la otra parte fuere presente delante del juzgador del alzada, puede decir contra él, que non deve ser oido, é dévese cumplir la sentencia del primero juzgador; é si la parte non estuviesse delante, el juzgador de su oficio puede decir eso mismo, si supiere ciertamente que se alzó en el tiempo que non deve, ó que queria seguir el alzada despues

(*a*) Autor cit. y lug. cit. nn. 29, &c. y 33. (*b*) Aut. cit. y lug. cit. n. 35.

que es pasado el tiempo á que la devia seguir, el juzgador non lo debe oir. Empero si el tiempo en que debia seguir el alzada, pasase, porque el juzgador non le pudiese oir, ó non quisiesse, estónce non le empece al que se alzó. Cá deve el juzgador oirle, é puede seguir su alzada, tambien como si non fuese el tiempo pasado." Lo propio dispone la ley 2 título 18 lib. 4 de la Recop.

58 Así pues »no cumpliendo la parte con presentarse y seguir su apelacion ante el Superior en el término que á este fin le señaló el juez inferior, ó en su defecto en el de la ley, queda enteramente estinguida la facultad y accion de ejecutarlo pasando dicho término, y constando de este hecho al juez, aunque no haya escepcion ni contradiccion de la parte contraria, puede y debe estimarse la sentencia con autoridad de cosa juzgada y proceder á su ejecucion sin riesgo de injusticia ni atentado."

59 »La audiencia instructiva y sumaria que precede por estilo y práctica de los tribunales á la declaracion y ejecucion de la cosa juzgada, se dirige únicamente á examinar y probar el hecho de ser pasado el referido término y no haber usado dentro de él de la apelacion por voluntad y consentimiento de la parte interesada, sin que haya estado legítimamente impedida, que es la escepcion que admite la regla, y por ella se confirma mas" (*a*).

60 Por otra parte como es mas conveniente y decoroso, segun se dijo en otro lugar (*b*), »no esponer las diligencias judiciales á que se repongan y deshagan, cuando esto se puede precaver oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga, si estuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan los tribunales comunmente de este medio; y aun cuando se pretenda en alguno de los casos referidos que el juez declare la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida ejecucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario; y si dentro de él no espusiese, ni justificase causa legítima que impidiese el curso del tiempo de la apelacion ó su seguimiento, procede el juez con éste mayor y mas seguro conocimiento á decla-

(*a*) Autor y lug. cit. nn. 37, 38, 43 y 44. (*b*) Febr. Reform. P. II. lib. 3 cap. 1 n. 444, nota última.

rar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y ejecutar en todas las partes que contiene" (*a*).

61 Del auto en que se manda ejecutar la sentencia, declárese por pasada en autoridad de cosa juzgada, ó supóngase declarada, no se admite apelacion segun el Señor Salgado (*b*); si bien hay autores que opinan lo contrario (*c*).

62 Sobre quien sea el juez legítimo para declarar la apelacion por desierta y hacer ejecutar la sentencia como pasada en autoridad de cosa juzgada, conviene establecer ciertas reglas teniendo en consideracion la práctica de los tribunales y los principios ya espuestos en este capítulo (*d*).

63 »En el caso que no se haya apelado de la sentencia dentro de los cinco dias señalados por la ley, el juez que la dió la manda ejecutar, instruyéndose por los mismos autos que están en su mano, del tiempo en que fue dada y notificada la sentencia, y de ser pasado el de los cinco dias sin haber interpuesto apelacion, observándose para tomar esta providencia lo que se ha advertido por regla general: esto es, que comunique traslado á las partes del escrito en que se pretenda la ejecucion de la sentencia por no haberse apelado en tiempo, oyendo breve y sumariamente las causas de legítimo impedimento ú otras con que se intente persuadir no ser pasado, siguiendo en esto la práctica y estilo de los tribunales; pero si el juez mandase sin este prévio juicio llevar á efecto su sentencia, quedará reservada á las otras partes la facultad de proponer las escepciones que impidan su ejecucion en la forma que anteriormente se ha referido."

64 »Si la apelacion se interpusiese en tiempo y forma, y admitida se diese á la parte el testimonio correspondiente para presentarse y seguirla ante el juez superior, forma el segundo tiempo, que es el que á este fin le señala el juez de la primera instancia, ó el que prescribe la citada ley 2 tit. 18 lib. 4; y si la parte fuese tan omisa que no cumpliese con esta condicion en el referido término, indica que se ha retraido de la apelacion y que no quiere seguirla; y á fin de evitar el perjuicio que causaria con esta dilacion á la parte que interesa en la ejecucion de la sen-

(*a*) Autor y lug. cit. n. 66. (*b*) De Reg. part. 3 cap. 18 n. 86. (*c*) Autor cit. n. 85. (*d*) Autor y lug. cit. nn. 70 y 71.

tencia, puede ésta usar de su accion pidiendo al juez inferior que declare la apelacion por desierta y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandándola llevar á efecto y ejecucion; y constando á dicho juez que la parte que apeló no habia seguido la apelacion en el término señalado, presentándose con el testimonio ante el juez superior, tiene espedita su jurisdiccion para ejecutar su sentencia que estaba como suspendida y pendiente de aquella condicion simultánea de presentarse al superior en el término señalado, cuyo transcurso hacia ya imposible su cumplimiento, y por tanto quedaba purificada la sentencia en todo su efecto.»

65 »Pero como estos hechos no podian resultar tan notoriamente de los autos obrados ante el juez inferior, debe estarse con mayor necesidad á la práctica de oir á la parte apelante para que en tiempo conveniente esponga breve y sumariamente, si se presentó como debia al juez superior, y caso que no lo hiciese, si fue por algun justo impedimento, de manera que conserve la intencion y deseo de continuar su apelacion, y acredite que no la ha renunciado, ni despreciado este beneficio y auxilio de la ley; pues asi faltará el supuesto sobre que se procede á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada y á mandarla ejecutar.»

66 »El que interpone apelacion en el tiempo señalado dá principio cierto al agravio que concibe en la sentencia, y manifiesta el fin de quererlo enmendar por medio de la apelacion; y como no se presuma que mude de voluntad, es necesario para convencerla, que la parte que se funda en ella, la acredite plenamente, uniendo al hecho de ser pasado el tiempo el de no haberse presentado dentro de él al juez superior; y ésta es otra causa que pide la audiencia de la parte que apeló, para proceder con este conocimiento en el juicio sumarísimo instructivo á declarar por desierta la apelacion y la sentencia con autoridad de cosa juzgada, mandándola ejecutar en todo lo que contiene.»

67 »Si por este juicio instructivo resultase que usó de la apelacion presentándose con el testimonio de ella al juez superior, ya lo hiciese en el término señalado por el inferior ó por la ley, queda sin jurisdiccion el juez que dió la sentencia, y no puede declarar por desierta la apelacion, sino que cor-

responde al superior el conocimiento de este artículo y su determinacion.»

68 »Verificada la presentacion con el testimonio en el tribunal superior, y librada la provision ordinaria para emplazar las partes, y que se remitan los autos originales en el término que señala el juez superior, continua la suspension de la sentencia, y podria la parte que apeló aprovecharse de su dilacion y malicia, no cumpliendo en el término señalado con hacer emplazar á las partes, y solicitar que el escribano remita los autos originales que son los dos estremos de la provision; y éste es el tercer tiempo en que la parte que apeló indica con su inaccion y morosidad que quiere apartarse de la apelacion, y que usó de ella con malicia en perjuicio de la parte favorecida en la sentencia. Para ocurrir á estos daños puede la parte apelada solicitar ante el juez superior, que atendidas estas circunstancias declare por desierta la apelacion, para que en su consecuencia pueda el juez inferior llevarla á su debida ejecucion.»

69 »En este caso procede la regla que se ha insinuado antecedentemente de comunicar traslado á la parte apelante, para que esponga y acredite, si el no haber cumplido con la presentacion del proceso y emplazamiento de las otras partes en el término señalado procede de algun impedimento que no ha podido remover, ó de su punible morosidad ó malicia; y con este exámen instructivo se declara segun las circunstancias ocurridas, si tiene lugar la disercion de la apelacion, ó conserva el tiempo en que puede cumplir con la remision del proceso y emplazamiento de las partes.»

70 »Algunas veces señalan los jueces superiores en el caso referido nuevo término, para que dentro de él cumpla la parte que apeló con la presentacion del proceso y emplazamiento, apercibiéndola que en su defecto se declarará por desierta la apelacion.»

71 »Este es un medio equivalente al primero; pues si en este nuevo término manifestase la parte que no la ha corrido el anterior, por estar legítimamente impedida, no tiene lugar la desercion de la apelacion; pero si dejase pasar dicho nuevo término sin cumplir con la presentacion del proceso y emplamiento, ni proponer ó probar algun justo impedimento, manifiesta con este hecho que no quiere seguirla y deja espedita la senten-

cia á favor de la otra parte, como si desde el principio no la hubiera interpuesto, y entonces ha de declararse la apelacion por desierta, y darse testimonio de esta providencia á la parte apelada para que use de él ante el juez inferior y solicite la ejecucion de su sentencia.»

72 »Traidos los autos originales ó por compulsa segun la calidad de la apelacion, y presentados al juez que ha de conocer de ella con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, queda desde entonces mas suspendida la jurisdiccion del juez inferior y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder á la ejecucion de su sentencia, la cual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, sino se proveyese de oportuno remedio para evitar el daño de la parte á cuyo favor está dada, y asimismo el que resultaria á la causa pública" (*a*).

73 Por estas razones señalaron las leyes y los cánones el término de un año para continuar y concluir la instancia de la apelacion (*b*). El año empieza á correr desde el dia en que se apeló, sobre lo cual no hay duda por espresarlo así dicha ley recopilada; mas si la hay acerca de si »el fin del referido término... ha de ser la conclusion ó sentencia, de manera que cumpla la parte que apeló con poner la causa dentro del año conclusa y en estado de que el juez pueda dar sentencia, sin que perjudique su retardacion al derecho de las partes, ni se entienda desierta la apelacion, ni pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada" (*c*). En esta controversia y en la de si el año puede suspenderse ó prorogarse por el convenio espreso ó tácito de los litigantes, emplea el señor Conde de la Cañada doce páginas esponiendo por ámbas opiniones muchos fundamentos y autoridades; pero toda esta doctrina es enteramente supérflua, puesto que como vemos, no se atiende en el foro á si se ha pasado ó no el año, á si se ha suspendido ó prorogado, como tambien lo confiesa el mismo autor, diciendo: (*d*)

74 »Toda la materia dá estos años fatales para seguir y acabar las apelaciones ha llegado á quedar casi inútil en la prác-

(*a*) Autor y lug. cit. nn. 72, &c. y 81. (*b*) Ley 11, tit. 18, lib. de la Recop. cap. 5 de Appellat. y Clement. 3 del mismo tit. (*c*) Autor y lug. cit. nn. 82, 83 y 84. (*d*) Lug. cit. nn. 124 y 125.

tica de los tribunales; porque radicados los autos por vía de apelacion en el superior competente proveen las leyes de oportuno remedio á las partes que obtuvieron la sentencia para que insten su brevedad; y cuando no lo hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado de proceder con uniforme acuerdo en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no escitarse controversias en los tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones."

75 »En los juicios correspondientes al fuero real van la mayor parte de las apelaciones al Consejo, chancillerías y audiencias, y como estos tribunales están por lo general ocupados en muchos y graves negocios; y miran por otra parte la verdad y la justicia sin detenerse en rigurosas formalidades, y están al mismo tiempo libres de intentar ni ocurrir á la dilacion de los autos, se consideran las partes justamente impedidas para no acabar la instancia, y quedan preservadas de la insinuada pena de que perezca por este medio su justicia."

76 Venidos los autos al tribunal superior, presenta el apelante un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y solicitando la revocacion del atentado que se hubiese cometido, pues debe revocarse ante todas cosas, aunque ésto ha de entenderse del hecho con dolo, no del que no padece este vicio, porque ha de terminarse con la misma causa; y sin embargo de que por lo regular se pide ante el juez superior la revocacion del atentado, puede el inferior revocar por sí mismo el que hubiese cometido despues de la apelacion. Las sentencias pronunciadas sobre si tiene ó no lugar dicha revocacion, por ser ejecutivas por su naturaleza, son inapelables, escepto que sean notoriamente nulas é injustas (*a*).

77 Los atentados se reducen á tres especies: unos se hacen con autoridad de un juez pendiente pleito ante otro: algunos se cometen despues de interpuesta la apelacion ó durante su curso; y otros se hacen requerido é inhibido ya el juez inferior con la provision ó despacho del superior para la remision de los autos en menos precio de su autoridad (*b*).

78 Todos estos atentados se equiparan al despojo violento

(*a*) Señor Elizondo Pract. univ. for. tom 1, pág. 200 n 3. (*b*) Señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 3, pág. 197, n. 2.

su padre le emancipaba, pues por la emancipacion salia de su poder, y mudaba de estado (a) (*).

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

191 Pero no obstante, aunque el posterior contenga revocacion y la solemnidad prescripta por derecho, será firme el anterior en dos casos: el primero es, si creyendo el testador haberse muerto, el heredero instituido en éste nombra á otro en aquel, espresando la causa de la nueva institucion; pues sabiéndose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo; bien que las mandas y demas cosas que ambos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar (e). El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ó particulares, y en el que hace posteriormente no se mencionan. Las generales son, v. gr. »Quiero que este testamento sea válido, y no otro que tenga hecho antes,

(a) §§. 1, 2 y 3 Inst. de Capitis diminut. y ley 18 t. 1 P. 6.

(*) Ni por la mengua ó mudanza de estado mínima, ni por la media se invalida en el dia ninguna disposicion última, puesto que los hijos de familia y condenados á muerte civil, como por egemplo á cárcel perpetua, ó á servir en las minas, ó en otra obra pública, tienen facultad para testar.

(b) Ley 35 ff. de Regul. jur. (c) Ley 25 t. 1 P. 6.

(**) Véase el núm. 190 y su nota.

(d) Regla 12 ff. de Regul. jur. (e) Ley 21 t. 1 P. 6.

y en ellos se observan los mismos términos que en éste, por manera que quien comete el atentado, estando manifiesto y líquido, debe reponer las cosas en su anterior estado con restitucion de frutos y costas, aunque la parte no lo pida (*a*).

79 Cuando la sentencia es en parte favorable y en parte adversa, como es regular que el apelante se conforme con aquella y pretenda la revocacion de ésta, presentará entonces un escrito llamado de agravios medio.

80 Sin embargo de que en la segunda instancia se admite sobre los mismos hechos suscitados en la primera prueba instrumental, ó la que se hace por confesion de la parte contraria, no tiene lugar la de testigos (*b*), escepto que su exámen hubiese padecido el vicio de nulidad: que aunque se hubiesen presentado en la primera instancia, no se hubieren examinado en ella: que consientan ambas partes en su presentacion y exámen: que los menores pidan restitucion para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia, ó que la causa sea matrimonial (*c*); mas si las partes proponen escepciones nuevas, ó las que el juez inferior despreció en primera instancia, ha de admitirse prueba sobre ellas siendo admisibles en juicio, y no mudando su forma ó naturaleza (*d*).

81 Contra el lapso del término que se conceda para probar las escepciones nuevas en segunda instancia ó que se repelieron en la primera, por no haberse opuesto en el término ó con la solemnidad debida, puede pedir restitucion el privilegiado que goce de ella, solicitándola dentro de los quince dias despues de la publicacion, segun debe hacerse en la primera instancia: de suerte, que aun cuando se haya concedido en ésta, ha de conocerse en la segunda, sea sobre nuevos artículos, sea sobre los mismos ó directamente contrarios deducidos en la primera; pues aunque una ley recopilada dice (*e*) *que se le deniegue otra restitucion*, esto se ha de entender en la primera instancia. Y si despses de las probanzas en dicho grado en cualquiera tiempo, aunque se hayá hecho la publicacion, alegase alguna parte nueva escepcion ju-

(*a*) Autor y lug. cit. n. 3. (*b*) Ley 4, tit. 9, lib. 4 de la Recop. (*c*) Señor Covar. pract. cap. 18, n. 6. Diego Perez ley 4, tit. 19, lib. 3 del Ordenam. Real glos. 1. Matienzo Dialog. Relat. 3, part. cap. 46. Señor Elizondo, Pract. tom. 1, pàg. 200, n 4. (*d*) Señor Salg. de Supplicat. part. 2, cap. 8, n. 5. Señor Elizondo, núm. cit. (*e*) La 3, tit. 8, lib. 4.

rando que hasta entonces no habia llegado á su noticia, ni la habia dejado de poner con malicia, ha de recibirse á prueba dándose para ella la mitad del término que se señaló en la primera instancia, é imponiendo el juez la pena que le pareciese justa no probándose la tal escepcion, con tal que no se reciba mas á prueba ni ésta ni otra, sea por restitucion ó por otra causa (*a*).

82 El apelante ha de presentar sus escrituras con el pedimento de agravios, y la parte contraria con el escrito de respuesta á ellos, ó en una palabra, han de presentarse en los mismos términos sin diferiencia que segun las leyes debe hacerse en primera instancia (*b*).

83 No habiéndose tachado los testigos en ésta no podrán tacharse en la segunda, porque se aprobaron tácitamente; y aunque se hubiesen tachado en aquella, si no se probaron las tachas, no puede admitirse la prueba de ellas en la segunda, por ser un artículo de la primera; pero si el juez inferior no hubiese querido admitir las tachas, ó por otra causa justa no hubiesen podido oponerse en aquella se podrán oponer en la segunda en el mismo escrito de agravios y han de probarse al mismo tiempo que los puntos principales (*c*).

84 Al contrario de lo que sucede en la apelacion de la sentencia difinitiva, la de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas; y asi no se admitirán en la segunda instancia nuevos instrumentos (*d*).

85 Si el juez superior confirma la sentencia interlocutoria de que se apeló, ha de volver la causa al inferior para que conozca de ella, y condenar en costas al apelante por presumirse sin justa causa para litigar; mas si revoca dicha sentencia, ha de retener la causa principal y determinarla sin condenacion de costas, por creerse en ambos litigantes justo motivo de pleitear. Lo mismo se ha de decir en órden á las costas, si la apelacion fue de sentencia difinitiva, aunque si ésta se confirmó con algun aditamento ó moderacion, ó en virtud de pruebas hechas en la segunda instancia, no habrá condenacion de costas (*e*).

(*a*) Ley 5, tit. 5, lib. 4 de la Recop. Acevedo en ella n. 4. (*b*) Leyes 1, 2 y 3, tit. 9, lib. 4 de la Recop. (*c*) Gutierr. Pract. lib. 1, quæst. 64, Curia Filip. part. 5 §. 3 n. 8. (*d*) Pareja de Edit. instrum. tit. 2, resolut. 7, n. 20. Señor Dominguez Curia ilustr. tom. 1, part. 5 §. 3, n. 7. (*e*) Leyes 27, tit. 23, Part. 3, y 7, tit. 17 y 1, tit. 22, lib. 4 de la Recop. Curia Filip. lug. cit. n. 11.

86 Alegando y probando quien se tiene por agraviado de la sentencia, que no osó apelar de ella ó proseguir la apelacion por temor de muerte, herida ó prision, debe oirle el juez superior y determinar la causa conforme á justicia (*a*); como tambien cuando no continó la apelacion por causa ó culpa del juez (*b*).

§. III.

Apelacion al Cabildo.

87 En órden á la apelacion al cabildo, no mucho mas puede y debe decirse de lo que contienen varias leyes del tit. 15, libro 4 de la Recop. y por lo tanto se insertarán á la letra, omitiendo varias de las muchas especies que añaden acerca de aquella apelacion Hevia Bolaños en su Curia Filípica, el señor Dominguez en la Curia ilustrada y otros autores, pues son verdaderamente inútiles teniendo á la vista dichas leyes y queriendo observarlas, como deben observarse.

88 Ley 7 del tit. y lib. cit. »Ordenamos que la sentencia difinitiva que fuere dada y pronunciada por los nuestros alcaldes y jueces de las ciudades, villas y lugares de nuestros reinos que fuere de cuantía de diez mil maravedís, ó dende ayuso, la condenacion della sin las costas, que en tal caso no se pueda interponer apelacion ante Nos, ni para nuestro Consejo y oidores, ni otros jueces de la nuestra Córte y chancillería, ni los jueces de que se apelare, sean tenidos de la otorgar, ni la otorguen sopena de las costas; pero si cualquier de las partes litigantes se sintiere agraviada de la tal sentencia, que pueda apelar della hasta cinco dias del dia que se diere la sentencia y viniere á su noticia para ante el Concejo, justicia y oficiales de la ciudad de la jurisdiccion donde el juez dió la sentencia en los lugares y partes do las apelaciones acostumbran ir al regimiento: y mandamos que el proceso pase ante el escribano ante quien pasó en la primera instancia, el cual lleve luego el proceso original á los jueces que fueren nombrados, los cuales el dicho Concejo elija, nombrando entre ellos dos buenas personas, las

(*a*) Ley 27 al fin, tit. 23 Part. 3. (*b*) Ley 24 al fin del mismo tit. y Part.

cuales en uno con el juez que dió la sentencia, hagan juramento que á todo su leal poder y entender juzgarán aquel pleito bien y fielmente, y ante ellos el apelante sea término de concluir el pleito y ante el mismo escribano dentro de treinta dias dende el dia que pasare el quinto dia en que se pudo apelar y presentar; y despues dentro de otros diez dias primeros siguientes los dichos tres alcaldes diputados, ó los dos de ellos, si los tres no se conformaren, den y pronuncien sentencia en el dicho pleito confirmando ó revocando, añadiendo ó menguando la primera sentencia, como hallaren que se debe de hacer: y lo que estos asi determinaren sea firme y ejecutado por la justicia ordinaria, y no haya ni se reciba apelacion ni suplicacion para ante Nos, ni para ir á nuestra audiencia, ni para ante otro juez alguno; y esto se entienda, si la ciudad, villa, ó lugar donde esto acaeciere, estuviere mas de ocho leguas lejos de las nuestras chancillerías; pero que si estuviere ocho leguas ó menos, que vayan á ellas los tales pleitos por apelacion, segun se usó y acostumbró; y mandamos al Concejo do esto acaeciere, que luego que por el apelante fuere requerido, dentro de los dichos cinco dias nombren los dichos dos diputados so pena de diez mil maravedís á cada uno y de privacion de los dichos oficios; y mandamos al dicho juez y á los otros dos diputados que dentro de los dichos diez dias despues de pasados los treinta determinen la dicha causa, sopena de diez mil maravedis y las costas para la parte que sobre ello le requiriere, los cuales ejecuten luego el Corregidor ó justicia del pueblo, sopena que no lo haciendo lo paguen con el cuatro tanto, y se le ponga por capítulo en la residencia; y que demas de esto paguen á la dicha parte la cantidad de lo que montare en la causa principal porque se apela; y si la parte que se sintiere agraviada, no hiciere sus diligencias, por manera que dentro de los dichos diez dias se pueda ver y determinar el pleito, mandamos que dende en adelante la sentencia quede firme y pasada en cosa juzgada; y mandamos á los dichos jueces que despues de dada la dicha sentencia y pronunciada en regimiento la ejecuten luego sin dilacion alguna, sopena que incurran en pena de veinte mil maravedis, la tercia parte para nuestra Cámara, y la otra parte para el denunciador, y la otra para los pobres de la carcel del lugar do sucediere.»

89 Ley 17 del mismo tit. »En los pleitos que por la ley 7 de este título las apelaciones de las justicias ordinarias van á los ayuntamientos, los escribanos entreguen los procesos á los jueces nombrados para el dicho grado dentro de los dos primeros dias de los diez que últimamente se dan para sentenciar, aunque la parte no lo pida, sopena de diez ducados aplicados para nuestra Cámara, y al juez que lo sentenciare, y á obras pias por tercias partes.»

90 La ley 18 siguiente, que es del señor Felipe III aumentó la cantidad espresada en la ley 7 de 10@ maravedís á la de 20@, y posteriormente se aumentó tambien ésta á la de 30@ por la ley 19 sig. que es del mismo Soberano y dice: »Por la ley precedente está mandado que de las apelaciones de las sentencias difinitivas de cuantía de veinte mil maravedís y de menos cantidad que fueren dadas en las ciudades, villas y lugares destos reinos por las justicias de ellos, conozcan los ayuntamientos en los lugares y partes donde acostumbran conocer de las dichas apelaciones: y porque escediendo poco mas algunas veces las dichas sentencias de los dichos veinte mil maravedís, el seguir su apelacion en el Consejo, audiencias ó chancillerías era de gran costa y vejacion á las partes, y muchos por evitarlas desamparan su justicia y causas: ordenamos y mandamos que así en los lugares donde hay chancillerías y audiencias, como en los que están ocho leguas de ellas, toquen á sus ayuntamientos las apelaciones de las sentencias difinitivas en pleitos cuya cantidad no esceda de treinta mil maravedís, y que conozcan de ellos en la dicha segunda instancia, quedando á eleccion de las partes elegir tribunal, quien sea el de cualquiera de las dichas mis chancillerías, ó el ayuntamiento de la ciudad, villa y lugar donde sucediere el caso: y mandamos á los presidentes y oidores de las nuestras audiencias y chancillerías de Valladolid y Granada no conozcan de las dichas causas, á los cuales desde luego los inhibimos de su conocimiento, y les mandamos no se entremetan en ellas, y que en lo que les tocare, guarden y hagan guardar nuestra ley segun y como por ella se contiene.»

91 La real cédula de 5 de Noviembre de 1778 manda, que sin embargo de lo dispuesto en las leyes 7, 18 y 19, tit. 18, lib. 4 de la Recop. que tratan de las apelaciones, &c. se guarde la condicion 57 del 5.° género de millones como ley por punto

general en todas las ciudades, villas y lugares de los reinos de Castilla y Leon, ¡y que sus Ayuntamientos conozcan en adelante de las sentencias apeladas de las justicias ordinarias de sus respectivos pueblos hasta en la cantidad de cuarenta mil maravedís, derogando ó anulando todo lo que sea ó pueda ser contrario á esta resolucion, y dejando en lo damas dichas leyes en su fuerza y vigor.

92 Si en los cinco dias en que la parte agraviada debe apelar y apeló en efecto, no pudiere presentarse en el cabildo, cumplirá, si se presenta en el primer ayuntamiento que se celebre aunque sea despues del quinto dia (*a*); y si en dicho término no se celebrase, se ha de presentar ante las puertas de las casas consistoriales, ó ante el escribano de cabildo y testigos espresando la causa, y poniéndolo aquel todo por diligencia, y despues en el primer cabildo que haya segun está en práctica (*b*).

93 Aunque los treinta dias en que el apelante tiene obligacion de concluir la causa para difinitiva, se cuentan segun la citada ley 7 desde el último de los cinco en que el agraviado ha de apelar y presentarse, no tendrá esto lugar, cuando se nombren despues de dicho término los diputados que han de conocer de la causa, en cuyo caso no empezarán á correr los treinta dias hasta el del nombramiento, porque hasta haberlos no se puede alegar (*c*). Y este último término no se puede prorogar ni aun por el consentimiento espreso de las partes (*d*), ni contra él se admite restitucion á ningun privilegiado (*e*).

94 Si habiendo de determinarse la causa por dictámen de Asesor, no pudiese aquel llegar á tiempo para que se pronuncie la sentencia dentro de los diez dias prefinidos por la citada ley 7, bastará que en ellos provean auto declarando que determinan la causa con arreglo al parecer del asesor nombrándole; pues aunque es nula la sentencia incierta, no lo es, cuando se refiere á cosa cierta (*f*).

95 Los dos votos por dictámen de un asesor hacen mayor

(*a*) Bobadilla lib. 3, polit. cap. 8, num. 202. Señor Dominguez Curia ilust. part. 5, §. 6, núm. 2. (*b*) Curia Filip. part. 5, §. 6, num. 2. Señor Dominguez lug. cit. (*c*) Parlador. lib. 2, rer. quotid. cap. fin. part. 1, §. 2, nn. 21 y 22. (*d*) Avend. resp. 26, nn. 5 y 10. (*e*) Acevedo in dict. ad Pisa in Curia lib. 4, cap. 6, n. 82 Cur. Filip. lug. cit. n. 4. (*f*) Curia Filip. lug cit n. 5.

parte; y si los dos regidores diputados tuviesen un mismo asesor, podrá uno de ellos adoptar su parecer y el otro no (*a*).

96 En caso de discordia se han de nombrar otros dos regidores para que decidan la causa con los primeros, y será sentencia el dictámen de la mayor parte, como sucede en el pleito que por discordia remite una Sala á otra en las audiencias segun una ley recopilada (*b*). Y estos nuevos diputados han de prestar en mi dictámen el mismo juramento que los otros, así como se observa hacerlo los que substituyan á los ausentes ó enfermos, padeciendo de lo contrario la causa el vicio de nulidad (*c*).

97 Sin embargo de que no puede recusarse al juez de la causa en esta segunda instancia, puesto que aun habiendo decidido el negocio puede serlo, como lo es en ella, lo podrán ser los regidores diputados, y siéndolo se nombrarán otros en su lugar (*d*), como puede apoyarse sólidamente en las leyes y doctrinas tocantes á recusaciones.

§. FINAL.

FORMULARIO CORRESPONDIENTE Á ESTE CAPÍTULO.

Pedimento de apelacion.

98 F. en nombre de P. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que V. se sirvió mandar tal cosa por su sentencia de tantos, y siendo ésta gravosa á mi poderdante (hablando debidamente) apelo, salvo el derecho de nulidad ú otro debido recurso, para ante S. M. y señores Presidente y oidores de la real chancillería de tal parte: en cuya atencion = Á V. suplico me admita esta apelacion libremente y en ambos efectos, mandando á su consecuencia se me dé el testimonio correspondiente de ella, y su otorgamiento con término para mejorarla, por ser conforme á justicia, &c.

Pedimento de apelacion en un consulado.

99 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre, &c. = digo: que la sentencia que V. pronunció en ellos en tantos mandando tal cosa agravia á mi poderdante (hablando debidamente), por lo que he espuesto, alegado y probado. Por tanto, = Á V. suplico me admita libremente y en ambos efectos la apelacion que interpongo de ella, proveyendo que estos autos se pasen al señor juez de alzadas, para que acompañándose con los dos adjuntos conforme á las ordenanzas de este consulado, decidan el pleito. *No firma letrado, porque la ley* 31, *tit.* 3, *lib.* 3 *de la Recop. de Indias prohibe se admitan en los consulados pedimentos de abogados.*

(*a*) Cur. lug. cit. (*b*) La 43 tit. 5 lib. 2 Cur. Filip. lug. cit. (*c*) Señor Dominguez lug. cit. n. 6. (*d*) Curia lug. cit.

Pedimento presentándose el apelante ante el superior.

100 M. P. S. F. en nombre y en virtud del poder que presento de S. vecino de tal parte, ante V. A. me presento en grado de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del alcalde mayor de &c. con especialidad de la sentencia difinitiva que dió en tantos de tal mes, en los que ha seguido contra mi poderdante D. vecino de &c. en cuya sentencia condenó á mi poderdante á que en el término de tantos dias satisfaciese á mi contraria treinta mil reales, de lo cual sintiéndose aquella agraviada interpuso apecion en tiempo y forma que se le admitió en ambos efectos, segun acredita el testimonio que tambien presento. En esta atencion = A V. A. suplico, que habiendo por presentados los referidos poder y testimonio, se sirva mandar librar vuestra real provision para que el escribano en quien paran los autos, los remita originales en el breve término que se le señale; y que venidos que sean, se me entreguen para mejorar la apelacion y esponer los agravios que contiene la espresada sentencia, por ser todo conforme á justicia, &c. = *Auto.* = Líbrese la real provision.

Pedimento presentándose de hecho en el Consejo en grado de apelacion de sentencia pronunciada por algun alcalde de córte ó teniente de villa.

101 M. P. S. F. en nombre de P. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. A. me presento de hecho en grado de apelacion, de queja, ó del recurso que mas tenga lugar en derecho, y = digo: que mi poderdante ha seguido pleito ante el alcalde ó teniente D. N. contra A. sobre tal cosa, en el que dió sentencia en tantos mandando, &c. y en atencion á ser perjudicial á mi poderdante por esto y aquello, para que se revoque = A V. A. suplico que habiendo por presentados el poder y á mi poderdante en dicho grado, se sirva mandar que el escribano ante quien pasan los autos, venga á hacer relacion de ellos al Consejo citadas las partes, y en su vista revocar la espresada sentencia: pido justicia y costas. = *Auto.* = Por presentados: el escribano venga.

Pedimento presentándose en grado de apelacion en el Consejo de sentencia pronunciada por juez inferior de fuera de la córte.

102 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. A. me presento en grado de apelacion, de queja, ó del recurso que mas tenga lugar en derecho, y = digo: que ante M. corregidor de tal parte se han seguido autos á instancia de E. contra mi poderdante sobre, &c. y en el dia tantos pronunció el espresado corregidor su sentencia mandando &c. de la que habiendo interpuesto apelacion se le admitió en ambos efectos, dándosele á su consecuencia para obtener la mejora el correspondiente testimonio que tambien presento: en cuya atencion = A V. A. suplico, que habiendo por presentados el poder y testimonio, y á mi poderdante en dicho grado de apelacion, se sirva mandar librar el competente despacho compulsorio y de emplazamiento para que remita los autos originales el escribano ó persona en quien pararen, imponiéndoles para

su cumplimiento la pena que fuere del superior agrado del Consejo. Pido justicia y costas = *Auto.* = Líbrese el despacho.

Pedimento mejorando la apelacion.

103 M. P. S. F. en nombre de N. en los autos con E. sobre esto, insistiendo en la apelacion que tengo interpuesta, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, de la sentencia que pronunció en ellos M. corregidor de tal parte, mandando &c. = digo: que V. A. en méritos de justicia se ha de servir declararla absolutamente nula, y cuando de algun valor, revocarla como injusta proveyendo esto ó lo otro; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos y ahora se espondrá (*Se alega*). Por tanto = A V. A. suplico se sirva proveer como se ha solicitado en este escrito, y es justicia, &c. = *Auto* = Traslado.

Pedimento respondiendo al anterior.

104 M. P. S. F. en nombre de E. en los autos con N. sobre esto, adhiriéndome á la apelacion que ha interpuesto la contraria, de los autos y procedimientos de M. corregidor de tal parte, y en particular de la sentencia en que mandó esto ó aquello, como mas circunstanciadamente se espresa en ella, á que me refiero = digo, que es justa en todo, y como tal V. A. en justicia se ha de servir de mandar se lleve á puro y debido efecto; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos y aqui se espondrá. (*Se alega, y despues se concluye como el anterior.* = *Auto* = Traslado.

Pedimento presentándose en grado de apelacion en la chancillería de Granada de una sentencia pronunciada por su alcalde mayor.

105 M. P. S. F. en nombre de N. ante V. A. como mas haya lugar en derecho, = digo: que mi poderdante ha seguido pleito con P. sobre tal cosa ante el alcalde mayor de esta ciudad, quien en su sentencia de tantos mandó &c. y teniéndose mi poderdante por agraviado de dicha sentencia, me presento ante V. A en grado de apelacion, nulidad ó agravio de ella, por lo que = A V. A. suplico me tenga por presentado en dicho grado de apelacion, y se sirva mandar se me entreguen los autos para hacerlo mas en forma: pido justicia y costas: (*Si hay atentado y quiere pedirse, despues de la palabra* costas *se pone*, y pidó atentado.) = *Auto.* = No siendo ejecutivos entréguensele á esta parte los autos, y hallándose en estado venga el escribano á hacer relacion.

Pedimento de la parte apelante despues de entregados los autos.

106 M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con P. sobre esto = digo: que la sentencia dada en él por el alcalde mayor de esta ciudad en tantos es nula, y como tal ha de declararse; ó á lo menos revocarse como injusta, proveyendo á favor de mi parte segun tengo pretendido y aqui se contendrá, pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos y ahora va á esponerse. (*Se alega*). Por tanto = A V. A. suplico provea y determine, como se ha solicitado y en este escrito se contiene. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Pedimento respondiendo.

107 M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con P. sobre tal cosa = digo: que la sentencia que dió en él el alcalde mayor de esta ciudad en tantos es justa conforme á derecho, y que como tal debe confirmarse proveyendo en todo á favor de mi parte, segun es de hacerse, &c. (*Se alega.*) Por tanto, = Á V. A suplico (*Concluyese como el anterior.*)

108 "Hay otro modo de presentarse en la chancillería, dice el señor Elizondo, que llaman *en la forma ordinaria*, para lo que antes la parte agraviada de la sentencia del inferior apela ante él.... con la distincion de que ante el alcalde mayor de Granada *no se pide testimonio*, y despues se presenta en la chancillería con este pedimento.

109 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, me presento en grado de apelacion, nulidad y agravio de una sentencia dada por el alcalde mayor de esta ciudad, y = digo: que ante éste ha seguido mi parte pleito con F. sobre, &c. en el que se ha dado sentencia mandando, &c. y teniéndose mi parte por agraviado de ello, ha apelado en tiempo y forma ante dicho alcalde mayor: por tanto, = Á V. A. suplico que teniendo por presentado á mi parte en dicho grado de apelacion se sirva mandar que para hacerlo mas en forma se me entreguen los autos, pues es justicia que pido con costas.

Por un otrosí se pide que el escribano vaya á hacer relacion de los autos hallándose en estado.

Pedimento presentándose en grado de apelacion de auto interlocutorio.

110 M. P. S F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, me presento en grado de apelacion, nulidad y agravio de un auto proveido por el alcalde mayor de esta ciudad, y = digo: que ante éste ha seguido mi parte pleito con D. sobre tal cosa, y habiendo en el referido su auto de tantos mandando esto, V. A. en justicia se ha de servir de declararle nulo, ó á lo menos revocarle como injusto; pues asi es de hacer por lo alegado ante el juez inferior, en que me afirmo, y en caso necesario alego de nuevo (*se alega*). Por tanto = A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho grado de apelacion, se sirva mandar que el escribano ante quien pasan los autos venga á hacer relacion de ellos en la forma ordinaria, y en su vista determinar á favor de mi parte. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Venga á hacer la relacion.

Pedimento presentándose en grado de apelacion en la chancillería de Granada, de la sentencia de cualquier alcalde mayor.

111 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, ante V. A. como mas haya lugar en derecho = digo: que ante su justicia ha seguido mi parte sobre tal cosa pleito con F. en el que se dio en tal dia sentencia mandando, &c. de la cual considerándose mi parte agraviada, apeló en tiempo y forma, segun acredita el testimonio que presento; y apelando en caso necesario de nuevo, y presentándose en grado de apelacion, nulidad y agravio de la espresada sentencia = A V. A. suplico que habiendo por presen-

ni formalice despues de él, pues todos los revoco y anulo enteramente.» Las particulares son, v. gr. »Quiero que este testamento y no otro que haya otorgado antes, ni otorgue despues, sea válido, sino es el que posterior contenga á la letra la oracion del padre nuestro ó tal salmo, ó tales palabras; (las cuales deben espresarse) pues si la contuviere, ha de valer el último, y no éste ni los anteriores.» Con esta provencion será ineficaz el último, si carece de la oracion, salmo ó palabras (*a*).

192 Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y resultan de ellas infaustas consecuencias: se duda si la revocacion regular del último testamento es suficiente para anular los anteriores que contengan cláusulas derogatorias; pues muchas personas por miedo, reverencia, ó por persuasiones ó sugestiones hacen testamento con ellas, instituyendo herederos á los que no quieren que lo sean; y á fin de que no sea necesario especificar las palabras del primer testamento para que quede revocado sin duda alguna, y á fin tambien de que el testador pueda testar libremente y con entera satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos. Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones ultimas que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra, ó de otra manera, para que ninguna, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no revocarla, y contenga los mayores vínculos y seguridades, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias permitidas por derecho, y cualesquiera pretestos y fundamentos para derogar esta, (de todo lo cual por no acomodarme, ni de su solemnidad ni particularidades no hago mencion específica, pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo estuviere); valga, ni haga fe judicial ni estrajudicialmente, escepto este testamento que por disponerle con toda libertad, que no he tenido en los demas, como lo juro del modo mas solemne, quiero y mando que se estime por tal, y por mi última y deliberada voluntad en la forma que para su mayor estabilidad haya lugar en derecho. En cuyo testimonio asi le otorgo ante el presente escribano, en esta villa de, &c.»

(*a*) »La otra es, cuando el testador dice asi: este mio testamento que agora hago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento que fuese fallado, que oviese fecho antes deste, nin despues, Ca si acaeciese que este á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviesse ante fecho.» Ley 22 tit. 1 part 6.

tado dicho testimonio y mi parte en el grado de apelacion, se sirva mandar despacharle vuestra real provision de emplazamiento y compulsoria. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Despáchese.

Pedimento espresivo de agravios.

112 M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con D. sobre esto = digo: que la sentencia pronunciada en ellos en tantos es nula, y como tal se ha de declarar, ó por lo menos revocar como injusta, proveyendo á favor de mi parte; pues asi es de hacer, &c. (*Se alega.*) Por tanto = A V. A. suplico provea á favor de mi parte, segun he pedido y aqui se espresa, pues es justicia que pido con costas. = *Auto.* = Traslado.

Pedimento respondiendo.

113 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, en el pleito con D. sobre tal cosa = digo: que la sentencia que ha pronunciado en él el alcalde mayor de tal parte, es justa y conforme á derecho; y que como tal debe confirmarse proveyendo en todo á favor de mi parte, pues asi es de hacer, &c. (*Se concluye como el anterior.*) *Auto.* = Traslado.

Peticion de agravios media.

114 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, en el pleito con D. sobre &c. = digo: que la sentencia de su alcalde mayor dada en él en tantos es justa y conforme á derecho, y que como tal debe confirmarse en la parte en que mandó esto, y en cuanto no proveyó aquello, revocarse como injusta, por lo que en caso necesario me adhiero á la apelacion que ha interpuesto la contraria (*); y á su consecuencia V. A. en justicia se ha de

(*) Dos capítulos enteros trae el señor Conde de la Cañada en sus Instituciones Prácticas acerca del ausilio ó remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria y del tiempo en que debe hacerse; pero sin embargo en mi concepto puede reducirse á bien pocas palabras todo lo útil y conducente á la práctica que se debe decir sobre este punto. Se entiende *por adherirse á la apelacion contraria* (espresion tanto mas impropia, que significa realmente todo lo contrario de lo que se le hace significar en el foro) el agregarse á la apelacion interpuesta por el vencido el vencedor en el pleito, si se considera agraviado en alguna parte de la sentencia de que no apeló en el término de la ley, para que se declare nula, ó se revoque en lo que le es dañosa; aunque tambien se adhiere á la apelacion el que no ha litigado en la causa, si le perjudica la sentencia, ó pretende tener interes en ella. Es enteramente superfluo disputar, si el remedio de la adhesion y sus efectos estan apoyados en una ley del Emperador Justiniano, &c. una vez que se hallan admitidos en los tribunales.

El tiempo preciso en que debe usarse de dicho recurso segun el uso constante de aquellos, es aquel en que el vencedor evacua el traslado que se le da del escrito de agravios del apelante, pretendiendo que se confirme la sentencia en tales capitulos que le son favorables, y se declare nula, o revoque como injusta en lo que le perjudica, especificándolo y estendiéndose á la condenacion de costas omitida en la sentencia y á la de las que se causen en

servir condenarla en aquello ó lo otro, pues asi debe hacerse, &c. (*Se alega, y despues se concluye como el pedimento de agravios.*)

115 En la audiencia de Sevilla, como dice el señor Elizondo, se pretende igualmente que en la chancillería de Granada provision para que se remitan los autos, y despues se hace espresion de agravios en los mismos terminos que de las sentencias de los tenientes.

Pedimento presentándose de hecho en grado de apelacion en la audiencia de Sevilla de auto difinitivo pronunciado por alguno de sus tenientes.

116 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, apelo y de hecho me presento ante V. S. en grado de apelacion, nulidad y agravios de la sentencia que ha pronunciado en ellos en tantos el teniente primero de esta ciudad, mandando tal cosa, pues como perjudicial que es á mi parte, es digna de que V. S. la revoque por los fundamentos que he hecho presentes en la primera instancia y protesto esponer en ésta. Por tanto,= A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho recurso se sirva mandar que los espresados autos pasen por su orden de difinitivos á esta real audiencia, y que venidos que sean se me entreguen para espresar agravios en forma. Pido justicia y costas.=*Auto.* = Pasen por su órden.

Pedimento espresivo de agravios.

117 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre esto, afirmándome en la apelacion que he interpuesto de la sentencia dada en ellos por el teniente primero de esta ciudad en tantos, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, y espresando agravios en forma= digo, que V. S. en justicia se ha de servir revocarla, proveyendo segun he solicitado en mi anterior escrito; que asi es de hacerse por lo que resulta de los autos y se va á esponer. (*Se alega.*) En esta atencion = A V. S. suplico se sirva proveer á favor de mi parte como se espresa en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.=*Auto.*= Traslado.

Pedimento respondiendo al anterior.

118 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: se me ha dado traslado del escrito que ha presentado el referido N. en tantos pretendiendo revoque V. S. la sentencia pronunciada en estos autos por el teniente primero de esta ciudad en tal dia; y sin embargo de cuanto ha espuesto, V. S. en justicia se ha de servir confirmarla en todo; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos y se va á demostrar. (*La conclusion ha de ser como la anterior.*) =*Auto.* = Traslado.

Pedimento de agravios medio.

119 F. en nombre de F. en los autos con D. sobre esto, adhiriéndome

la segunda instancia. Si en dicho tiempo que responde ó contesta á la solicitud de apelante, limitase la suya á la confirmacion de la sentencia no oponiéndose á ésta en ningun particular, se estingue el derecho de adhesion y de consiguiente cesan todos sus efectos, por creerse que le renuncia, y que le aprueba enteramente la sentencia. Autor cit. part. 2. de sus Inst. cap. 7, nn. 14, 15 y 16.

á la apelacion que ha interpuesto la contraria de la sentencia pronunciada en ellos por el teniente primero de esta ciudad en tantos, por la que mandó tal cosa = digo: se me ha dado traslado de su escrito en tantos, y sin embargo de lo que espone en él, V. S. en justicia se ha de servir de confirmar la referida sentencia en la parte en que se mandó esto, y revocarla en la parte en que se mandó aquello; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y se espondrá. (*Se alega y concluye en la forma ordinaria.*) = *Auto.* = Traslado.

Pedimento de apelacion de acto interlocutorio.

120 F. en nombre de N. en los autos con P. sobre esto apelo y me presento de hecho ante V. S. en grado de apelacion, nulidad y agravios del auto proveido en tantos por el teniente primero de esta ciudad, y = digo: que V. A. en justicia se ha de servir revocarle en todo, pues es de hacer asi por lo que resulta de autos y se va á demostrar. (*Se alega.*) Por tanto, = A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho grado de apelacion se sirva mandar que el escribano ante quien pasan los autos, venga á hacer relacion de ellos á esta real audiencia, y en su vista determinar á favor de mi parte. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Venga á hacer relacion, pena de dos ducados.

Pedimento presentándose en grado de apelacion ante los jueces consistoriales.

121 F. en nombre de N. de este vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que mi parte ha seguido autos ante el alcalde mayor de esta ciudad contra R. sobre &c. y habiéndose pronunciado sentencia en tantos mandando, &c. interpuso mi parte apelacion de ella, que se le admitió para el consistorio en ambos efectos, segun acredita el testimonio que presento. En esta atencion, y para que se sustancie el recurso como corresponde = A V. suplico que habiendo por presentado el testimonio, y á mi parte en prado de apelacion, se sirva nombrar jueces que determinen la causa. Pido justicia con costas.

Sentencia de vista en la chancillería de Granada confirmatoria de otra pronunciada por juez inferior.

122 En el pleito entre don F. vecino de &c. y N. su procurador en nombre suyo por una parte, y don Z. vecino de &c. y M. su procurador, en su nombre por la otra:

Fallamos: que don F. alcalde ordinario, mayor, corregidor, &c. que conoció de este pleito, en la sentencia que pronunció en él tal dia delarando tal cosa; (*se hace una completa relacion de la determinacion, y despues se dice*): juzgó bien y rectamente, por lo que la confirmamos en un todo, y mandamos se cumpla y ejecute en todas sus partes. Por esta sentencia difinitiva asi lo pronunciamos, con costas (*ó sin costas.*) *Si se revocase, se dirá*: juzgó mal é injustamente, por lo que la revocamos y damos por nula declarando que, &c. Por esta nuestra sentencia, &c

APÉNDICE I.

Habiéndonos parecido muy oportuno poner al capítulo de las apelaciones un apéndice en que se haga una relacion individual de los negocios y causas mas frecuentes de que conocen principalmente por apelacion el Consejo, las chancillerías y audiencias, y los intendentes, hemos estractado lo que sobre este punto trae el Señor Elizondo en los tomos tercero y cuarto de su Práctica universal forense. Asi sabrán los letrados donde deben solicitar sus litigantes la enmienda de aquellas providencias ó sentencias que les parezcan gravosas, no sin grande ahorro de gastos y molestias, y asi tambien se escusarán muchas competencias.

Causas ó negocios privativos del Consejo, y de las chancillerías y audiencias.

123 Todos los negocios tocantes á propios y arbitrios de los pueblos de estos reinos, aunque sean del territorio de Ordenes, corresponden privativamente al supremo Consejo de Castilla (*a*); si bien el de Hacienda conoce tambien privativamente de los propios y arbitrios de aquellas poblaciones en que la Real Hacienda no se ha cubierto de los capitales del precio porque se vendieron algunas alhajas de la corona, ó que los tales propios y arbitrios sean responsables á otros créditos en favor de ella, con tal que estando cubiertos pase el conocimiento al Consejo de Castilla, aunque el de Hacienda puede retenerle en aquellos propios y arbitrios en que se le atribuyó por razon de pacto ó condicion que propusieron espresamente los mismos pueblos, cuando se ofrecieron ó comprar alhajas de la corona, ó pidieron facultad para tomar censos, ó imponer arbitrios de facilitar su pago, ínterin que por allanamiento voluntario no se separen del pacto, en cuyo caso se trasladará el conocimiento al Consejo de Castilla.

124 Es tambien privativo de este Superior tribunal el cono-

(*a*) Real decreto de 12 de Mayo de 1762 mandado cumplir en 31 de Octubre en 1771.

cimiento de las apelaciones de alcaldes mayores de los adelantamientos en pleitos sobre si pueden ó no visitar los pueblos de su distrito y hacer justicia en ellos (*a*), y de las de los jueces de residencia, cartas ejecutorias del Consejo y sus pesquisidores, aunque no de las de los jueces ordinarios y cualesquiera otros delegados, cuyos asuntos pertenecen á las chancillerías y audiencias de sus respectivos territorios.

125 Asimismo corresponde al Consejo el conocimiento privativo de las fuerzas de millones y otros cualesquiera sobre lo respectivo al cumplimiento de los decretos del concilio Tridentino (*b*), y el de las fuerzas sobre los espolios de los Obispos (*c*), visitas y correccion de los religiosos y religiosas (*d*), no admitiéndose tales recursos de autos puramente interlocutorios (*e*).

126 Las apelaciones de causas respectivas á montes, plantíos y sus incidencias son privativas del Consejo, habiendo de tener las justicias libros de cuenta y razon en que asienten las condenaciones. Pero las instancias tocantes á pósitos que se ventilan en juicios contradictorios, corresponden por su órden á las justicias de cada pueblo, y por apelacion al Señor Ministro del Consejo Subdelegado general de la superintendencia de pósitos, con inhibicion de todos los tribunales de España (*f*).

127 No se admiten en el Consejo pleitos de acreedores á mayorazgos, pues pertenecen á las chancillerías y audiencias (*g*), quienes tienen prohibicion especial de nombrar tutor ó curador á Grandes (*h*).

128 En las chancillerías y audiencias se ventilan los recursos sobre la omision en el repartimiento ó colusion de los concejales á favor de sus paniaguados, dejando lo económico á las juntas de propios y á los intendentes, sino es que aquellos tribunales noten alguna omision que escite su curiosidad; y ademas los intendentes en calidad de jueces delegados del Consejo han de atender á que se efectúe el repartimiento »instruyéndose del número de fanegas repartidas en cada pueblo, en qué suertes, y bajo qué pensiones, por el concepto que verificado el

(*a*) Ley 23 tit. 4 lib. 2 de la Recop. (*b*) Ley 81 tit. 5 lib. 2 de la Recop. (*c*) Auto 23 tit. 4 lib. 2 de la Recop. (*d*) Ley 40 tit. 5 lib. 2 de la Recop. (*e*) Ley 37 tit. 5 cit. (*f*) Real instruccion de 30 de Mayo de 1753. (*g*) Real cédula de 27 de Julio de 1632. (*h*) Ley 14 tit. 5 lib. 2 de la Recop.

establecimiento de las provisiones acordadas deben quedar los recursos en primera instancia á las justicias y juntas de propios, y por apelacion á las chancillerías y audiencias, escepto en lo económico de la pension y su cuota ó cobranza, en que debe ser el recurso al Consejo bajo las reglas establecidas para la administracion, y distribucion de propios y arbitrios» (*a*).

129 Las chancillerías y audiencias están inhibidas del conocimiento de los arbitrios que las poblaciones del reino tomasen para pagar millones, por ser estos asuntos privativos del Consejo (*b*), adonde corresponden asimismo los negocios pertenecientes á cañamas y pecherías (*c*).

130 Aunque en las chancillerías y audiencias se conoce de los pleitos sobre elecciones de oficios, estanco ó imposiciones (*d*), puede el Consejo retener y conocer de los que le pareciere (*e*).

131 Todas las causas respectivas á caza y pesca en estos reinos tocan privativamente en primera instancia á los corregidores y justicias de los pueblos sin escepcion de personas, estados, clases, títulos, empleos, grados militares, políticos ó de fuero alguno que gozen las partes, con las apelaciones depositadas antes las multas, para el Consejo y su Sala de justicia (*f*).

132 No conocen por causa ni motivo alguno las chancillerías y audiencias de capitulaciones contra los gobernadores del territorio de órdenes ó sus tenientes por corresponder privativamente al Consejo de éstas (*g*).

133 La chancillería de Granada se halla especialmente inhibida de todas las causas tocantes al Soto de Roma ni aun con el pretesto de injusticia ó esceso (*h*); y lo mismo ha de decirse de los negocios respectivos al Real Sitio de la Alhambra. Tampoco conoce por apelacion ú otro recurso de los asuntos del juzgado de la real renta de las nuevas poblaciones del reino de Granada que despacha el intendente con inhibicion de las justicias or-

(*a*) Art. 4 y 5 de la Real provision de 11 de Abril de 1768. (*b*) Ley 83 tit. 5 lib. 2 de la Recop. (*c*) Ley 22 del mismo tit. (*d*) Ley 21 tit. 4 lib. 2 de la Recop. (*e*) Ley 22 sig. (*f*) Cap. 17 y 18 de la Real cédula de 16 de Enero de 1772 (*g*) Reales cédulas de 16 de Mayo y 10 de Diciembre de 1602, y de 9 de Octubre de 1769. (*h*) Auto 7 tit. 5 lib. 2 de la Recop.

dinarias (*a*). Asimismo no conoce dicha chancillería de las demandas de causas respectivas á disposiciones de comendadores de Santiago, Calatrava y Alcántara, ni sobre estancos pertenecientes á la mesa maestral, á encomiendas ó derechos que tengan aneja espiritualidad de las Ordenes, ni de lo tocante á diezmos que pretendan no pagar los del Tao de San Juan.

134 Se hallan inhibidas las chancillerías y audiencias de todos los pleitos sobre amparo y despojo de dehesas, posesiones de pastos de la cabaña real de ganado lanar merino, de las apelaciones de los Señores Presidentes del Consejo de la Mesta, de los dos alcaldes mayores entregadores (*b*) y de cuadrilla, cuyos asuntos tocan privativamente al Consejo en Sala de Mil y Quinientas (*c*), como tambien las del Señor Juez protector de la cabaña real de carreteros (*d*) en puntos de pastos, porque de los demas conoce la Sala de Justicia (*e*), á la cual corresponde tambien la confirmacion de las ordenanzas de las poblaciones del reino (*f*).

135 »Las controversias en materias de elecciones de diputados y síndicos del Comun, é instancias de éstos sobre abastos tocan privativamente á los Reales Acuerdos de las chancillerías y audiencias del territorio, donde con intervencion fiscal se deciden gubernativamente consultando al Consejo las dudas cuya decision pueda producir regla general» (*g*).

136 »En las salas civiles de las chancillerías y audiencias se conoce regularmente en primera instancia con intervencion fiscal de las causas de nulidad de elecciones de oficiales de Justicia, como que ordinariamente se introducen contra Concejos y poderosos, cuyo caso es uno de los notorios de corte, de que hablan las leyes del reino y nuestros prácticos asi activa como pasivamente no estando el negocio contestado ante las justicias» (*h*).

137 »Corresponden á las chancillerías y audiencias los recursos y apelaciones sobre ejecucion de las Reales cédulas y au-

(*a*) Tit. 17 lib. 1 de las Ordenanzas de la chancillería. (*b*) Por Real cédula de 17 de Febrero de 1781 se redujeron á este número. (*c*) Ley 4 cap. 6 tit. 14 lib. 3 de la Recop. (*d*) Real resolucion de 18 de Abril de 1754. (*e*) Auto del Consejo de 28 de Enero de 1756. (*f*) Auto del Consejo de 4 de Octubre de 1748. (*g*) Cap. 8 del Auto acordado de 5 de Mayo de 1766. (*h*) Leyes 11 y 21 tit. 5 lib. 2 de la Recop.

tos acordados circulares del Consejo, á escepcion de aquellos casos en que se reserve su superioridad conocer privativamente de ellos.»

138 En las chancillerías y audiencias no se conoce en primera instancia de las causas civiles de las ciudades donde residen con cinco leguas en derredor escepto por caso de corte (*a*), y ademas les está prohibido conocer de las cosas tocantes á ordenanzas de Valladolid y Granada, salvo por via de apelacion y agravio (*b*).

139 Las chancillerías y audiencias tienen especial inhibicion de todo lo tocante á subsidio, cruzada y cuarta, y á las cosas de composiciones pertenecientes á aquellas gracias (*c*). Tambien la tienen por punto general de todo recurso de reeleccion de Diputados y Personeros del Comun (*d*); y de aprobar los acuerdos que celebran los ayuntamientos y concejos con aplicacion de sus propios, y los repartimientos de salarios de médicos, cirujano, preceptores de gramática y maestros de primeras letras, cuyos asuntos corresponden al Consejo en Sala primera de Gobierno.

140 Finalmente tienen las chancillerías y audiencias especial inhibicion de lo correspondiente á estrañamientos del reino, sacas de las cosas vedadas, esperas y moratorias á deudores y labradores, ausiliatorias á cuadrilleros y comisarios de la Santa Hermandad: de los recursos tocantes á los juzgados de penas de Cámara: de lo respectivo á las subdelegaciones de imprentas, de los asuntos de visitas de escribanos del reino y todo lo concerniente á ellas: de los pleitos sobre ventas de oficios y cosas que se benefician contra condicion de millones, de los tanteos de aquellos y jurisdiccion de señorío: de los de reversion á la Corona de cualquiera estado, ciudad, villa ó lugar; y de cuantos negocios sean peculiares de cualquier tribunal, junta ó ministro á quienes S. M. tenga á bien encargar su privativo conocimiento.

141 »Los bandos y pregones de los reos que de orden de la Inquisicion se castigan por las calles públicas, se mandan ha-

(*a*) Ley 21 cit. (*b*) Ley 53 del tit. cit. (*c*) Leyes 8 y 9 tit. 10 lib. 1 de la Recop. (*d*) Carta acordada del Consejo de 22 de Agosto de 1771.

cer por la real justicia precediendo aviso del Santo Oficio» (*a*).

142 »Las causas que quieran seguir las comunidades y conventos del Real Patronato asi en juicios activos como pasivos, deben instaurarse en los tribunales, chancillerías y audiencias de sus respectivos distritos» (*b*).

143 En el territorio de las chancillerías de Granada y Valladolid, y en el de la audiencia de la Coruña reside un ministro juez protector de las rentas del voto de Santiago, que conoce privativamente del cumplimiento de sus privilegios y ejecutorias con las apelaciones á dichos tribunales, compitiendo los demas recursos á la Cámara, de la que son privativos (*c*).

144 Separados los corregimientos de las intendencias se declaró que los corregidores debian ejercer su jurisdiccion en todas los negocios de justicia, economia, policía y gobierno comprehendidos en los primeros cuarenta capítulos de la ordenanza de intendentes con las apelaciones á las chancillerías ó audiencias inmediatas (*d*).

145 »La jurisdiccion de los intendentes en las materias de propios y arbitrios de los pueblos que representó al Consejo el de Estremadura marques de Uztariz con fecha de 29 de Octubre de 1770, se halla reducida á cuidar de la mejor administracion de aquellos caudales (*e*), debiendo conocer de todo lo demas que ocurra las justicias respectivas de los pueblos con las apelaciones al Consejo hasta que otra cosa se mande (*f*).

Causas del conocimiento privativo de los intendentes.

146 Los intendentes bien tienen un conocimiento contencioso, bien gubernativo. Para éste y la administracion de las rentas reales, generales y provinciales, salinas, tabaco y demas que se recaudan de cuenta de la Real Hacienda, se han espedido las mas exactas instrucciones, ya para aquellos gefes, ya para los subdelegados, administradores y visitadores generales, guardas mayores y tenientes (*g*).

(*a*) Resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 7 de Mayo de 1748. (*b*) Real decreto de 13 de Octubre de 1748. (*c*) Real cédula de 18 de Febrero de 1615. (*d*) Cap. 6 de la Real órden de 6 de Octubre de 1751. (*e*) Art. 5 de la Real Instruccion de 30 de Julio de 1760. (*f*) Real cédula de 14 de Enero de 1771. (*g*) Real órden de 10 de Noviembre de 1760.

147 Para el conocimiento contencioso de las intendencias tambien se han espedido en este siglo diferentes instrucciones; pero la que rige es la de 13 de Octubre de 1749 que contiene ciento cuarenta y seis artículos, de los cuales, separadas las intendencias de los corregimientos, solo hablan de aquellas los 40, &c. y 69 por lo tocante á Hacienda, y por lo respectivo á Guerra los 70, &c. y 146, donde se individualizan las causas y negocios que corresponden privamente al juzgado de los intendentes con las apelaciones en sus respectivos casos á los Consejos de Guerra y Hacienda de donde dimana su jurisdiccion.

148 Los intendentes del reino conocen privativamente de todo lo tocante al real patrimonio en las instancias y negocios concernientes á los derechos y rentas reales, y sus incidencias (*a*): en cuya virtud se mandó pasasen á su juzgado (*b*) los ordinarios todos los espedientes que tuvieran relativos á tercias, diezmos reales, y demas ramos de contribuciones y derechos reales, para que los sustanciasen y determinasen privativamente con las apelaciones al Consejo de Hacienda, debiendo abstenerse en lo sucesivo de conocer de estas materias los demas Consejos, y las chancillerías y audiencias.

149 Es propio de los intendentes de la corona de Aragon, reinos de Valencia y Mallorca, y principado de Cataluña el conocimiento privativo entre otras cosas de todas las causas de diezmos reales, de frutos, tascas, derechos, laudemios y amortizaciones, asi sobre su cobro como acerca del título y derecho de propiedad en todas sus incidencias: de las cabrevaciones, de censos enfitéuticos, feudos ú otros de realengo, cuyo dominio directo, alodial ó feudal pertenece á la Real hacienda, para que acudan los poseedores á cabrevar y reconocer el dominio directo con pago á S. M. de sus adeudos: de las causas de naufragios á bienes vacantes, de las aguas en que tenga interes la Real hacienda, del cobro de pensiones y percibo de las confiscaciones de bienes despues de pronunciar las audiencias las sentencias de condenacion (*c*).

150 Corresponde á los intendentes velar se lleven á ejecucion los repartimientos de tierras concejiles (*d*).

(*a*) Auto 2 tit. 7 lib. 9 de la Novísima Recop. (*b*) Real decreto de 10 de Junio de 1760. (*c*) Auto 21 tit. 2 lib. 3 de la Novísima Recop.
(*d*) Artículo 3 de la Real provision de 11 de Abril de 1768

193 Con esta cláusula creo quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo, y cláusulas ó palabras derogatorias, y no se incluyan en el último; pues sin embargo de que la citada ley 12 no dice espresamente que queda revocado sin la mencion específica de aquellas, ni previene que se inserten, diciendo tan solo: »Fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, é que non tuviessen daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dixera en el primero"; siempre está la presuncion á favor de la última voluntad del testador, si es arreglada, y no de la que se supone última, siéndolo tan solo en el nombre y no en realidad, como regularmente acontece; pues suele suceder que el primero se haga á contemplacion de los interesados en él, valiéndose éstos de ilícitos y mañosos ardides, no obstante que se esprese lo contrario con juramento, el cual sigue la naturaleza del acto, contrato ó disposicion en que se hace (*). Así que, el escribano para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas con órden suya y no por su arbitrio; pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados (*a*).

§. XII.

De los Codicilos.

194 El codicilo *es una disposicion última menos solemne que el testamento, ordenada antes ó despues de éste, y en escritura breve sin institucion directa de heredero* (*a*). Sigue la naturaleza del testamento, pero no es parte suya, porque si lo fuera, no subsistiria como subsiste sin él, escepto que en el testamento se remita á lo que espresará y

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

(*a*) Sobre si diciendo el testador gravemente enfermo, y persuadido á morir entonces, *que si moria de su enfermedad, nombraba á Fulano por heredero, y dejaba tales legados*; y llegando á convalecer de ella, valdrá ó no el testamento, pot faltar la condicion puesta; véase á Gom. ley 3 de Toro n. fin. donde defiende que no se revoca por esta causa, por ser impulsiva, no final, y por otras razones que espone.

(*b*) Ley 1. tit. 12 P. 6.

151 »En las capitales de provincia segun la distribucion de sus intendencias hay una Junta de Gobierno compuesta entre otros del intendente para el conocimiento sumario de las causas respectivas á esencion de sorteos, quintas y demas puntos de que tratan las treinta y dos Reales cédulas y ordenanzas promulgadas para el reemplazo anual del ejército desde la de 3 de Noviembre de 1770 hasta el año de 1774." (*a*)

152 Los intendentes son jueces privativos de todas las causas, y negocios civiles y criminales con las apelaciones al Consejo de Hacienda de los subalternos y ministros empleados en la administracion y resguardo de ésta; los cuales en los delitos comunes, juicios universales, tratos y negocios particulares se hallan sujetos á la Real jurisdiccion ordinaria (*b*).

153 »Conocen los Intendentes privativamente de todas las causas de fraudes tocantes á la real renta de tabaco y demas géneros estancados, como son salinas, lanas, naipes, pólvora, salitre, municiones, plomo, azogues, alcohol, bermellon, lacre, piedra cinabrio y otros que se administran de cuenta de la Real hacienda, de sus ministros y dependientes, y de las que por razon de resguardo tuviesen incidencia ó conexion con el esterminio de los contrabandos y castigo de los defraudadores (*c*), habiéndose resuelto por S. M. en Real orden comunicada al intendente de esta provincia (*d*), que conforme á los privilegios y exenciones concedidas á los salitreros y polvoristas deben conocer de sus causas civiles y criminales privativamente los jueces subdelegados de rentas con las apelaciones al Consejo de hacienda."

154 Los intendentes deben cuidar con la mayor vigilancia de que no se contravenga en manera alguna á la Real cédula de 16 de Julio de 1790 donde se prescribieron las reglas convenientes para evitar los abusos y monopolios en el libre comercio de granos, aunque tambien corresponde lo mismo á los jueces ordinarios, de suerte que para evitar competencias se ha declarado que el conocimiento de las causas sobre la observancia de dicha Real cédula pertenece al intendente, si por su diligencia y actividad se descubre la contravencion, y se toman en seguida las primeras providencias,

(*a*) Autos 28 y siguientes hasta el 37 tit. 4 lib. 6 de la Recop. impresa en el año de 1775. (*b*) Cap. 64 de la Real instruccion de 13 de Octubre de 1749. (*c*) Auto 5 tit. 7 lib. 9 de la Recop. (*d*) En 22 de Julio de 1762.

así como pertenecerá á la justicia ordinaria, si ésta es la que primero procede en el asunto, debiendo admitirse para las chancillerías y audiencias de los respectivos territorios sin dependencias de los tribunales de hacienda, las apelaciones que se interpongan de las sentencias y providencias de los intendentes en las causas referidas (*a*) (*).

APÉNDICE II.

Lejos de traer Febrero en su II. P. lib. 3, cap. 1, algun párrafo sobre las avocaciones, ni aun se encuentra, si no nos engañamos, las voces *avocar y avocacion* en toda su obra. Sin embargo, dicha materia, como ella misma demuestra, no debe pasarse enteramente en silencio, y por lo tanto nos ha parecido poner aqui un estracto del capítulo *de la avocacion de causas á los tribunales superiores, &c.* que trae el señor Elizondo en la P. I. tom. 6 de su Práct. univ. for. omitiendo todo lo inútil y que no hace al propósito. Como segun se ha dicho, en ningun lugar de su obra habla Febrero de *avocacion*, y por ésta asi como por la apelacion se traslada el conocimiento de las causas de los jueces inferiores á los superiores, no será fácil señalar lugar mas oportuno para tratar de la avocacion que á continuacion del capítulo de las apelaciones y por un apéndice.

155 Avocar, voz forense, es llamar á sí el Soberano ó sus tribunales superiores, sin provocacion ó apelacion, por alguna causa determinada y legítima el pleito que se ventila, ó debe ventilarse ante un juez inferior. La avocacion puede ser ú espresa, de la cual va á tratarse, ó tácita, que es la que induce solo el hecho »de principiar los tribunales superiores á tomar conocimiento de alguna causa pendiente ante las justicias inferiores, ó delegarles á

(*a*) Real cédula de 26 de Octubre de 1790. (*) Desde que el señor Elizondo publicó los citados tomos 3 y 4 de su Práctica univ. for. hasta el presente, se han publicado sobre *propios* las reales cédulas de 12 de Diciembre de 1786, de 29 de Mayo de 92, de 21 de Febrero, y 15 de Marzo de 98: sobre *pósitos* la Real cédula de 2 de Julio de 92, la circular é instruccion de 26 de Setiembre de 800, la real cédula de 6 de Octubre del mismo año, y las reales órdenes de 8 y 13 de Marzo de 801: sobre *el comercio de granos* la real cédula de 16 de Julio de 92; y sobre *montes*, la circular de 26 de Enero de 801: cuyas reales resoluciones deben tenerse presentes en los casos que ocurran, por las novedades que se encontrarán en ellas.

otras personas, en cuyos casos quedan ligadas las manos de aquellos en cuanto á las partes litigantes tan solamente, y no á los terceros, á diferencia de la avocacion espresa que liga en cuanto á todos: siendo los rescriptos avocatorios nulos, cuando fuesen espedidos con vicios de subrepcion, y debiendo remitirse todos los autos al tribunal superior, cuando se trate de la virtud y eficacia de las avocaciones, ó si la causa es la misma ó diversa, habiendo de costear el actor la transportacion del proceso que puede hacerse tambien á instancia del reo, si aquella fuese negligente en producirle."

156 El derecho de avocar debe conceptuarse muy odioso, ya por ceder en menosprecio de los jueces ordinarios é inferiores legítimos, cuyas facultades para conocer de las causas y negocios de su territorio les corresponden desde el establecimiento de las jurisdicciones, y ya por el perjuicio que se sigue á los litigantes que tienen adquirido derecho á ser juzgados en sus casos para evitar los dispendios y agravios á que los espone la transmigracion.

157 En nuestra legislacion patria tenemos tres leyes notables acerca de esta materia. La primera que es de los Señores Reyes Católicos y del año de 1480 (*a*), dispone que el Consejo tenga facultad para conocer, cuando lo juzgase conveniente al servicio del Rey y de los litigantes, de algunos negocios, y causas civiles ó criminales, despachándolas con brevedad y á menos costa de los interesados, y atendiendo solo á saber la verdad.

158 Por la segunda ley (*b*) acordaron los Señores D. Cárlos primero y Doña Juana su madre tocante á la peticion 81 de las Córtes de Madrid, que el Consejo no diese comision para que se oyeran y libraran en la corte los pleitos, cuyas apelaciones corresponden segun las leyes y ordenanzas á las chancillerías y audiencias, mandando que se remitiesen á éstas los negocios pendientes en aquel supremo tribunal.

159 „Y la tercera ley se ciñe á prescribir á los alcaldes mayores de los adelantamientos, con el fin de evitar graves inconvenientes, pues si les constase ser negligentes los jueces inferiores en ver y determinar los pleitos, y ejecutar la justicia, los castigan conforme á derecho, sin avocar á sí las causas civiles y criminales, siendo muy conformes al espíritu y objeto que se propusieron los legisladores en estos establecimientos, las determina-

(*a*) Es la 22, tit. 4, lib. 2, de la Recop. (*b*) Es la 24, del tit. y lib. cit.

clones de los Señores Reyes Don Enrique el III y el IV, Don Juan el II, Don Cárlos I y su madre, cuando conociendo que algunas personas por importunidad impetran cartas y provisiones Reales, para que se sobresea en los pleitos pendientes, ó para que se saquen de la chancillería donde estan radicados, ó de las justicias ordinarias, prohibiéndoles procedan de allí adelante, mandaron no se diesen en lo sucesivo estas cartas, ni valiesen no obstante cualesquiera cláusulas derogatorias, quedando á salvo su derecho á las partes, aunque sean los litigios de ciudades con caballeros, para que puedan proseguir su justicia, de modo que las causas tenga término."

160 Ademas, en un sabio decreto del Señor Don Fernando el VI respectivo al pronto despacho de los negocios y gobierno del Consejo se lee lo siguiente: »Tambien mando que en el avocar y retener con facilidad los pleitos de los juzgados ordinarios, chancillerías y audiencias se abstenga el Consejo, porque solo debe hacerlo, cuando le parezca convenir á mi Real servicio y bien de las partes, á lo que es consiguiente que no se saquen de las chancillerías y audiencias autos ó procesos originales, no siendo en virtud de Real cédula, la que se despacha indistintamente para salas civiles y criminales, y no en otra forma; y deseando que no padezcan algunas personas injustamente con la temeridad de voluntarias calumnias, las que por lo regular se verifican en los memoriales y cartas sin firma, con otros muchos daños que resultan de la ley Real; prohibo de nuevo que no se admitan semejantes papeles ú delaciones para el efecto de formalizar pesquisas, ni otra especie de sumaria informacion que sirva en juicio; pero aun cuando el memorial sea firmado de persona conocida y entregado legítimamente dando su fianza, no por eso se despache siempre juez á la averiguacion del caso, porque en esto se ha de tener mucha templanza, para que no se causen con cualesquiera motivos crecidas costas como suele acontecer; pues no siendo el caso muy grave se puede providenciar el cometido con menos dispendio, procurando el Consejo corregir con escarmiento al receptor ó persona que en su cargo diere motivo de justa queja, dándose por el gobernador del Consejo la providencia de que evacuadas las pesquisas en la forma prevenida, y entregados los autos en la escribania de Cámara, se vean y determinen en la Sala de mil y quinientas (que es á la que por es-

tablecimiento corresponde con la mayor brevedad para evitar los perjuicios que ocasionan las dilaciones de semejantes dependencias, &c.»

161 A vista de lo espuesto es indisputable la regalía »que compete á los Reyes y Príncipes supremos para avocar á sí de cualesquiera de sus magistrados todas y cualesquiera causas á fin de conocer de ellas ó delegar su jurisdiccion en quien tuviesen á bien (*a*). Y aunque muchos de nuestros escritores regnícolas sostienen que el Consejo necesita para las avocaciones de las causas pendientes ante los magistrados inferiores del reino consultar á S. M., la esperiencia nos enseña en repetidos casos y egemplares, acostumbra aquel supremo tribunal por la gravedad y calidad de las causas, y por las circunstancias de las personas y cosas avocar las causas pendientes aun de los superiores tribunales del reino (*b*), librándose á este fin las cédulas correspondientes, que presentadas en los Reales acuerdos se llevan á las Salas originarias para su ejecucion y cumplimiento.»

162 »Entre las ordenanzas del Consejo de Indias se halla especialmente dispuesto que éste cuide de todo lo que entendiere pertenecer y ser necesario para el mejor gobierno de aquellas provincias, y resolver las cartas y relaciones que se fueren enviando de ellas, no avocando y trayendo á sí las causas que pendieren y debieren pender en las audiencias sino muy raras veces y con grande ocasion, pues aunque semejantes avocaciones suelen concederse á los senados supremos, son siempre y entienden interviniendo un considerable motivo para evitar la injuria que de otro modo se hace al juez ó tribunal, á quien por derecho toca el conocimiento de una causa, no solo cuando se le quita del todo, sí tambien juntándoseles y asociándoles otros jueces foráneos que intervengan con ellos á sentenciarlas.» (*c*)

163 Ademas la ordenanza (*d*) que dió al Consejo de Indias el Señor Felipe IV en el año de 1636, despues de referir los negocios y causas de que únicamente puede conocer aquel tribunal dice: »y no avoquen á sí los pleitos y negocios de que deben conocer las nuestras audiencias y chancillerías Reales de las Indias conforme á las leyes de ellas; salvo si se ofreciere algun negocio

(*a*) Faria en Covarr. Pract. cap. 9, n. 4. (*b*) Sr. Castillo de tert. cap. 41, n. 134. Far. lug. cit. nn. 20 y 21. (*c*) Sr. Solorz. Polit. lib. 5, cap. 15, n. 12. Ley 58, tit. 2, lib. 2 de la Recop. Ind. (*d*) Es la 56, fol. mihi 29.

grave y de calidad que á los del dicho Consejo parezca que se debe avocar á él, porque en tal caso permitimos que lo puedan hacer por cédula nuestra.»

164 »Por lo que hace á las chancillerías y audiencias del reino, de modo alguno se decretan las avocaciones por un concepto general mas que en los casos de corte, requiriéndose siempre en aquellas una causa legítima para deferir á ellas el Rey y el Consejo, cuales serán la utilidad pública, gravedad del negocio y sospecha del juez, acostumbrando los tribunales provinciales decretar las avocaciones, privando á los jueces ordinarios de las primeras instancias, siempre que conste legítimamente de su injusticia, omision ó negligencia, injuria ó justicia denegada, no bastando ni el juramento de las partes, a cuya voluntad, si se defiriese á las avocaciones por solo aquel medio sujeto á una infinidad de perjurios é inconvenientes, estarian ligadas las justicias con grave perjuicio de los pueblos y vasallos) ni la simple recusacion, pues entonces se manda á los jueces recusados se acompañen conforme á las disposiciones de las leyes, y procedan en las causas segun lo dispuesto por derecho.» (*a*)

165 La práctica constante de nuestra chancillería nos ha enseñado que siempre que las partes ocurran á ella, quejándose de la injusticia, falta de audiencia, ó injuria de las justicias inferiores, se libran unas provisiones, llamadas *incitativas*, las cuales se reiteran, si los interesados vuelven á quejarse, con alguna multa ó apercibimiento, mandando á su tercer recurso que los jueces inmediatos remitan los autos *con la cualidad de la vista*, la cual equivale á lo mismo que reservarse el tribunal con exámen del proceso, y de la injusticia de éste retenerle ó de volverle en su caso, para que tenga efecto su legítima y progresiva substanciacion.»

166 »En los procesos criminales es frecuente la dificultad cuando tendrá lugar el decreto; para que la causa venga por su órden, ó para su retencion, supuesta la necesidad de consultas las justicias inferiores á las Salas respectivas del crimen de las chancillerías y audiencias provinciales las sentencias aflictivas, esperando su aprobacion para ejecutarlas.»

167 »Nosotros hemos observado inconcusamente la práctica

(*a*) Sr. Castill. lug. cit. n. 141.

de espedirse el *decreto de órden*, siempre que del proceso mismo aparezca con defecto de justificacion la sentencia consultada, ó por carecer de prueba el crímen, ó por ser de aquellos en que la apelacion no es denegable: de modo que equivale la resolucion á decir, debe admitirse aquella, y conocerse de la causa plenamente, no siendo practicable el decreto de retencion en otros casos que cuando advierte la Sala, omite ó comete el juez inferior alguna cosa en proceder ó instruir los autos, por cuya omision ó comision queda la causa en el tribunal superior, aunque la apelacion se haya tan solamente interpuesto en cuanto á un artículo especial, pendiendo del alto arbitrio de la Sala la graduacion ó motivo por suficiente para la retencion que es indispensable preceda, aunque la sentencia consultada sea conforme, otras tantas veces cuantas se la añada cualidad; bien que sin emplazamiento, ni mas solemnidad ó substancia se devuelve el proceso á la justicia inferior para que aquello se ejecute".... (*a*)

108 Los duques, condes, marqueses y otros que tengan jurisdiccion inferior, no pueden avocar á sí los pleitos y negocios que se ventilan ó deben ventilarse en los juzgados de sus alcaldes mayores ú ordinarios (*b*).

169 »Hacemos tránsito á las avocaciones de las causas eclesiásticas dando principio por la autoridad indisputable á los obispos de ejecutar aquellas en las causas pendientes ante sus vicarios á consecuencia de haberles por sí solo cometido libremente su propia jurisdiccion, de modo que es un mismo tribunal el de ambos (*c*); pero siendo diversos el del metropolitano y sufraganeo, no pueden los M. RR. Arzobispos avocar de éste las causas pendientes, ó que deban pender ante él mismo, ni ejercer jurisdiccion en los diocesanos aun por consentimiento de las partes ó negligencia de los obispos y sus vicarios generales, sino es que sea por apelacion, ó por otro de los medios que prescriben las sanciones canónicas, ni visitar á los sufraganeos, ejercer actos pontificales, y conferir órdenes sin voluntad espresa de sus propios prelados (*d*): estendiéndose igualmente la prohibicion de estas avocaciones á los Reverendos Nuncios ó legados á látere

(*a*) Bobadilla Polit. lib. 2, cap. 22, n. 201. Sr. Matheu de Re criminali controv. 3. n. 28. (*b*) Sr. Covarr. Pract. cap. 9, n. 4 y en él Faria (*c*) Sr. Covarr. lug. cit. n. 1. (*d*) Concil Trid. cap. 20 y 24 de Reformat. Sr. Salg. de Retent. part. 2, cap. 5, §. 2

de su Santidad en estos reinos segun el concordato ajustado con el M. R. Arzobispo de Diamata Don Cesar Jaquineti, siendo Nuncio en estos reinos, é inserto en el Breve del Señor Clemente XIII, espedido en 18 de Diciembre de 1766 al R. Arzobispo de Nicea con el auto del Consejo de 18 de Agosto de 1767.

170 »Este mismo órden de ritualidad de los procesos eclesiásticos es muy conforme á la primera disciplina de la iglesia, confirmada en los cánones de los concilios, entre los cuales es muy digno de notar el Niceno (*a*), donde se prescribió que los negocios eclesiáticos tuviesen término en las provincias mismas donde principiaron, prescribiendo el Concilio Sardicense no se avocasen á Roma las causas: de forma que por el respeto á los primitivos cánones se abstuviesen los Papas de atraer á la curia romana las causas eclesiásticas que no fuesen de las ciudades suburvicarias, señalando únicamente los jueces que decidiesen en los mismos pueblos los negocios tocantes á deposicion ó acusacion de obispos con el sínodo provincial, de que ofrecen repetidos ejemplares los sumos Pontífices Hilario I, san Gregorio y san Leon el Grande." (*b*)

CAPITULO II.

De la súplica ó suplicacion.

§. I.

1 Sin embargo de que los recursos de apelacion y súplica tienen entre sí tal relacion ó semejanza que en general solo se permite la segunda cuando la primera, y ambas se substancian de un mismo modo, sino es que la ley disponga espresa y literalmente otra cosa; hay varias y singulares diferencias entre ellas. Es diverso el término de introducirse uno y otro remedio: la apelacion suspende por lo regular la ejecucion, y la súplica no con tanta generalidad: aquella se admite en las causas criminales no esceptuadas por ley especial, y ésta se dispensa con mucho temperamento: en la apelacion se trata de la iniquidad ó

(*a*) Labe in Collect. tom. 4, pag. 568. (*b*) Marca Concord. Sacerdot. et Imper. lib. 8, cap. 12.

injusticia del juez inferior, y en la súplica únicamente de la equivocacion del superior: en la instancia de apelacion es diferente el juez del que conoció en la primera, y en la instancia de súplica es el mismo con otros concólegas; pues la apelacion es provocacion del juez menor al mayor, y como ni el Soberano ni los tribunales supremos que le representan, tienen superior, no puede apelarse, sino suplicarse ante ellos: la apelacion puede interponerse dos veces de la sentencia difinitiva, y la súplica solo una esceptuados algunos casos que despues se referirán: antes de la decision de la causa es lícita la primera y solamente despues la segunda; y finalmente en la sentencia pronunciada en grado de apelacion se declara que el juez inferior juzgó bien ó mal, y en las dadas en grado de súplica se enmienda lo determinado en vista por razon de los nuevos autos y sus méritos (*a*).

2 Asi como el remedio de la apelacion es comun á ambos litigantes, de suerte que aun sin solicitarlo en el tribunal superior quien obtuvo sentencia favorable, puede aquel reformar en favor de éste la decision del juez inferior; asi tambien los recursos de súplica »son igualmente comunes á los interesados en el pleito y surten los propios efectos de tener las chancillerías y audiencias facultad para enmendar sus resoluciones en beneficio de aquel y puramente por su adhesion.» (*b*)

3 »En todos aquellos tribunales donde son ejecutivas las sentencias de vista y solo se dispensa la súplica afianzando el que la interpone la resultas del juicio, como v. gr. en Valencia y Mallorca, únicamente pueden usar los colitigantes del derecho de adhesion prestando igual solemnidad y no de otra suerte, segun se halla repetidamente decidido en el antiguo Consejo de Aragon.» (*c*)

4 Los vizcainos conforme á una de sus capitulaciones tienen en la chancillería de Valladolid, á quien corresponde el señorío, un tribunal separado que regenta el juez mayor de Vizcaya nombrado por S. M. de cuyas sentencias no puede interponerse apelacion sino súplica para ante el presidente y oidores que componen la Sala destinada para su conocimiento (*d*).

5 El Consejo de órdenes no tenia facultades para determi-

(*a*) Señor Elizondo Pract. univ. for. tom. 6, part. 1, cap. 14, nn. 5 y 6 Curia Filip. part. 5, §. 5, n. 1. (*b*) Señor Elizondo lug. cit. n. 7. (*c*) Señor Elizondo lug. cit. n. 8. (*d*) Leyes 69 y 70, tit. 5, lib. 2 de la Recop.

nar en grado de súplica ó revista las causas civiles que principiasen en él por nueva demanda, lo cual competia á la junta de comisiones establecida únicamente para este efecto, resultando de aqui muchas veces el grave inconveniente de que no siendo conformes las sentencias, una sola revocatoria causase ejecutoria aun en los negocios de mayor entidad; pero en real pragmática de 18 de Abril de 1792 se autorizó al Consejo de órdenes para que reviese sus sentencias en grado de súplica, quedando de consiguiente suprimida la dicha junta de comisiones.

6 El recurso de la suplicacion, dice el señor Dominguez (*a*), »se debe admitir en todos los casos, escepto en los que especialmente está prohibido segun Bobadilla, aunque prácticamente se vé que es á arbitrio de los jueces el admitirla ó no segun la calidad del negocio, ó la buena ó mala fe que conceptúan de las partes, cuya práctica es muy loable, con la que se evitan muchos pleitos injustos."

7 El termino para suplicar es el de tres dias, si se hace de sentencia interlocutoria, sin que haya restitucion, y el de diez si se suplica de sentencia difinitiva, empezando á contarse desde su notificacion. Puédese interponer la súplica ante el escribano de la causa, con tal que el primer dia de audiencia se presente en ella, y no haciéndolo asi se tendrá por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia (*b*).

8 Cuando la Sala de provincia del Consejo confirmaba ó revocaba las sentencias de los alcaldes de casa y córte y juzgados ordinarios del corregidor de la villa de Madrid y sus tenientes no debia admitirse la súplica (*c*), y únicamente tenian los interesados el recurso á S. M. para que se volviese á ver el asunto, bien en la misma Sala sola, bien juntamente con la de justicia, precediendo al decreto de revision informe el Consejo sobre el memorial de la parte querellosa (*d*); mas en real cédula de 21 de Setiembre de 1783, con el fin de cortar los muchos recursos que se hacian á S. M. y en que el Consejo consumia mucho tiempo con perjuicio de otros negocios, se ordenó que se admitiesen las súplicas de la Sala de provincia en los casos que fuesen suplicables segun la calidad y naturaleza del juicio; que si las

(*a*) Curia Filip. ilustr. tom. 1, part. 5 §. 4 n. 10. (*b*) Ley 1, tit. 19, lib. 4 de la Recop. Cur. Filip. lug. cit. n. 12. (*c*) Auto acordado de 9 de Octubre de 1574. (*d*) Señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 4, pág. 333 n. 5.

ordenará en el codicilo, en cuyo caso sí será parte suya. Se introdujo por Lucio Léntulo en tiempo del Emperador Augusto, á fin de hacer legados y fideicomisos, declarar el testamento, aumentar, disminuir, mudar y revocar lo que éste contiene, salva siempre la institucion de heredero; y el que es capaz de testar, puede otorgarle ante escribano ó de palabra sin su asistencia, haciendo en él á escepcion del nombramiento de heredero todo cuanto se puede hacer en el testamento. Puede asimismo hacer codicilo solo y morir bajo de él, antes ó despues del testamento, ó con éste. Si le hace antes y no otorga luego testamento, es válido, á no ser que le revoque por otro; pero si otorga testamento, se revocará no espresando en éste lo contrario, ó no confirmándole con él; y si le hace despues del testamento, tambien valdrá, si no le revoca por otro (*a*).

195 No puede el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (*b*); bien que si le instituye, se estimará por testamento, aunque le llame codicilo, pues se impropian muchas veces las palabras para que sirvan á la intencion del que las profiere, y no se inutilice su disposicion (*). Tampoco puede quitar la herencia en el codicilo al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él, por lo cual aunque se la imponga, no está obligado á cumplirla, ni dejará por no hacerlo de percibir la herencia, escepto que en el testamento diga: *que lleva la herencia con las condiciones y en la forma que espresara en el codicilo, y no de otra suerte*; en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, y no se la impone en éste, lo cual es muy diverso. Igualmente no puede mudarle ni exheredar a sus herederos forzosos, pero sí manifestar el delito que cometieron contra él, pues si fuere de los espresados en el §. V. y se probare, perderán la herencia. Finalmente no puede hacer substitucion, mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituye en el codicilo, porque esto es hacer segunda institucion, lo cual está prohibido (*c*); mas no obstante, se le permite nombrar heredero universal indirectamente, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento que entregue la herencia al que nombra en el codicilo; bien

(*a*) Ley 1 t. 12 P. 6. (*b*) Ley 2 t. 12 P. 6.

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

(*c*) Leyes 104 t. 18 P. 3, 7 y 8 t. 3 y 2 t. 12 P. 6.

tales sentencias de vista fuesen confirmatorias en un todo de las del juez inferior, pusiese el Consejo la calidad de que se ejecutasen *sin embargo de suplicacion*, y no diese licencia para suplicar sino en los pleitos muy graves y dudosos, ó en que las nuevas pruebas que pudiesen ofrecer las partes, hubieran de variar las determinaciones; y que siempre que tuviese lugar la instancia de revista, pasasen los autos á escribanía de Cámara y á relator, y se sustanciasen en la forma que el Consejo acostumbra en las demas Salas y sus negocios de justicia.

9 Si en las chancillerías ó audiencias se confirmasen en vista dos sentencias conformes, dadas gradualmente por jueces inferiores, no tendrá lugar la suplicacion y habrán de ejecutarse aquellas, puesto que no tiene entrada la apelacion ni suplicacion contra tres sentencias conformes (*a*). Mas si en dichos tribunales supremos se revocasen en vista las dos sentencias conformes de los jueces inferiores, se admitirá la suplicacion, aunque no la que se interponga de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que se diere sobre el mismo negocio en revista (*b*).

10 Tampoco se admitirá la suplicacion ni otro recurso alguno, cuando el tribunal supremo confirme en vista la sentencia de jueces árbitros ó arbitradores; pero sí puede suplicarse de la sentencia revocatoria, quedando en su fuerza la ejecucion que se hubiese hecho de la sentencia arbitraria, hasta que se dé sentencia en revista. Lo mismo ha de decirse de las transacciones hechas entre partes (*c*).

11 Asimismo si la sentencia de remate se revocase en segunda instancia, tendrán lugar la apelacion y suplicacion de esta sentencia revocatoria, y no podrá ejecutarse, sino es que la sentencia apelada fuese manifiestamente nula, inicua ó injusta, en cuyo caso no surtirían aquellas efecto suspensivo por ser frívolas. Pero al contrario si la sentencia absolutoria declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate fuere revocada y se mandase hacer, se hará en efecto sin embargo de apelacion ó suplicacion, por ser una prerogativa de la sentencia de remate el ejecutarse no obstante ellas (*d*).

12 Tocante á la sentencia del juez inferior de la hermandad,

(*a*) Leyes 25, tit. 23 y 4, tit. 34, Part. 3 y 5, tit. 17 y 2, tit. 19, lib. 4 y 5, tit. 5, lib. 7 de la Recop. (*b*) Curia Filip. part. 5, §. 4, n. 4. (*c*) Ley 4, tit. 21, lib. 4 de la Recop. (*d*) Curia Filip. lug. cit. nn. 8 y 9.

si se confirmó en grado de apelacion, no se admite ésta ni la súplica; pero si revocándose ó siendo diversa de la segunda sentencia (*a*). Lo propio milita en rentas reales (*b*) y en los propios de los pueblos (*c*).

13 Mas sin embargo de todo lo espuesto hay dos casos en que tambien puede suplicarse segunda vez en los tribunales superiores: á saber, cuando en la sentencia de revista hay nueva declaracion ó condenacion acerca de hecho nuevo ó caso omitido, sobre el que no se habia dado ninguna decision; y cuando pronunciada la sentencia de vista se opuso alguno, ó se le hizo saber el estado del pleito, pues éste ó su contrario puede suplicar de la sentencia de revista, mediante á que es de vista respecto de los que comparecen nuevamente en el juicio. En el primer caso se dá ejecutoria por lo que se ha juzgado en revista, y no en el segundo hasta que se determine el negocio en revista con todos; si bien lo contrario se ve frecuentemente en los pleitos ó concursos de acreedores en que se despacha carta ejecutoria por lo sentenciado en revista con la fianza de acreedor de mejor derecho (*d*).

14 »Es tambien dispensable la súplica de sentencias de vista ó revista que tengan nueva cualidad de que el juez ordinario no conoció: de modo que por esta regla siempre que se trate acerca de admitir la súplica de la tercera ó última sentencia, deberá dispensarse, cuando sobre la novedad no hubiese habido anterior disputa tácita ó espresamente: atendiéndose para entender legalmente, si la decision comprende novedad, á la demanda con que dió principio la causa, de cuyo contesto se reconocerá, si las sentencias son ó no conformes en todas sus partes." (*e*).

15 El recurso de súplica es inadmisible de las sentencias pronunciadas en los juicios posesorios, de las interlocutorias que no tienen fuerza de difinitivas, de aquellas en que se reciben á prueba los autos en segunda instancia, de las dadas sobre admitir ó no los instrumentos que se presenten en ella; de las de graduacion en concurso de acreedores, de los autos sobre artículos de

(*a*) Ley 9, tit. 13, lib. 8 de la Recop. (*b*) Ley 5, tit. 13, lib. 4 de la Recop. (*c*) Ley 5, tit. 5, lib. 7 de la Recop. (*d*) Curia Filip. lug. cit. n. 6. Señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 6, part. 1, cap. 14 n. 9. (*e*) Señor Elizondo lug. cit. núm. 10.

administracion, y de los de tenuta proveidos por el Consejo, de las sentencias que pronunciasen los delegados inmediatos del Soberano, de los autos sobre retener ó remitir los procesos á cierto juez, cuando no se confirme, declare ó revoque alguna providencia de que se hubiese apelado, pues entonces se oye la súplica de este auto: de lo determinado en los negocios eclesiásticos llevados á las chancillerías ó audiencias por recurso de fuerza, ya negando ésta, ya calificándola de tal y remitiendo el proceso á juez Real, ó reteniéndole en la Sala, ó ya mandando que el eclesiástico le otorgue, reponga y absuelva: de las sentencias conformes sobre alcabalas, de las de oidores confirmatorias de otras en pleitos de menor cuantía, de la en que se manda jurar de calumnia bajo la pena de confeso, de la declaracion sobre ser ó no bastantes las causas de la recusacion, de la sentencia ó auto dandose por recusado un oidor ó alcalde, pues de lo contrario será suplicable, de la dada sobre recibirse ó no instrumento en segunda instancia, de aquella en que multa á un abogado por formar interrogatorios sobre los mismos artículos de la primera instancia, ó directamente contrarios, de la de aprobacion de fianzas dadas para llevar á ejecucion las sentencias arbitrarias ó transacciones, de las declaraciones de ser ó no suficientes las fianzas de quien intenta el recuso de Mil y Quinientas, de las de depositar el recusante la cantidad señalada por la ley, de las condenaciones hechas por el Consejo contra los capitulantes de los corregidores (*a*), de las sentencias del mismo supremo tribunal sobre visitas de escribanos, residencias de alcaldes de sacas y sus oficiales, tesoreros y receptores de alcabalas, de las determinaciones de dicho tribunal en las visitas ordinarias que alguno de sus señores ministros haga de los escribanos de Cámara, relatores y demas subalternos (*b*); y finalmente es inadmisible el recurso de súplica de las providencias en que se mandan llevar á la Sala los pleitos en definitiva (*c*).

16 Para interponer suplicacion de las sentencias que tengan

(*a*) Auto 5, tit. 19, lib. 4 de la Recop. (*b*) Autos 5, 6, 7, 8 y 9, t. 19, lib. 4 de la Recop. (*c*) Leyes 25, tit. 23, Part. 3, 4, tit. 5, 3 y 4, tit. 9, y 2, tit. 19, lib. 4, de la Recop. Señor Salg. Labyr. Part. 1, cap. 16 n. 64. Señor Vela dissert. 36. Señor Larrea decis. nlt. Señor Elizondo Pract. univ. for. tom. 1, pag. 244, núm 7, tom. 5, part. 1. cap. 6, §. 5, núm. 19, y tom. 6 hig. cit. núm. 11. Señor Dominguez Curia Filip. ilustr. tom. 1, part. 5, §. 4. núm. 11.

la cláusula: *ejecútese sin embargo*: es indispensable pedir en la misma Sala que las pronuncie, licencia para suplicar (a).

17 La ley 4, tit. 17, lib. 4 de la Recop. se halla concebida en estos términos. »Ordenamos y mandamos que en todos y cualesquier negocios en que conforme á las leyes de estos reinos de las sentencias dadas por los del nuestro Consejo y oidores de las nuestras audiencias no ha lugar suplicacion, se entienda asimismo no haber lugar alegarse ni oponerse de nulidad, aunque se diga y alegue ser de incompetencia ó de defecto de jurisdiccion ó que della conste notoriamente del proceso y autos dél, ó en otra cualquier manera, ni para impedir la ejecucion de las tales sentencias, ni para que despues de ejecutadas se pueda tornar al pleito: y que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados y fenescidos los dichos pleitos, sin que se puedan tornar á mover, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.»

»Y que asimismo en todos los casos y negocios que conforme á las leyes de nuestros reinos las sentencias dadas por los del nuestro Consejo y oidores de las nuestras audiencias se han de ejecutar sin embargo de suplicacion; aquello se entienda asimismo sin embargo de cualquiera nulidad, aunque se diga y alegue ser de incompetencia, ó de defecto de jurisdiccion, ó de que notoriamente consta de los autos del proceso, ó en otra cualquier manera; que la tal alegacion, oposicion, ó otra cualquiera no puede ni pueda impedir la ejecucion de las tales sentencias: y otrosí en los casos y negocios que en el nuestro Consejo y en las nuestras audiencias se tratan y trataren pendiente el grado de la suplicacion ordinaria, por estar sentenciados en vista, ó la segunda suplicacion de la ley de Segovia, alegándose, ó oponiéndose de nulidad de las sentencias, en cualquier manera que aquella sea y se alegue, se haya de reservar y reserve para determinar sobre la dicha nulidad juntamente con el negocio principal; y no se cause, ni haga, ni forme juicio aparte para la sentenciar y determinar sobre sí y apartadamente: lo cual queremos que se guarde en todos los casos arriba dichos, así en los pleitos y negocios determinados y sentenciados, como en los que están pendientes y adelante se determinaren y sentenciaren, y en los que de nuevo se movieren y trataren.»

(a) Auto 10, tit. 19, lib. 4 de la Recop.

18 No obstante habiéndose suscitado dudas y litigios sobre si en los casos espresados en esta ley tendria entrada el beneficio de la restitucion, el señor don Felipe III para cortarlos de raiz estableció la ley 11 del cit. tit. y lib. que dice: »Por la ley cuarta de este título se ordena y manda que en todos y cualesquiera negocios &c. y en diversos casos se ha ofrecido tratar, si por ella tambien está quitado el remedio de la restitucion, por no se haber hecho especial mencion de ella, sobre que ha habido diferentes pleitos en gran daño de la causa pública; para cuyo remedio, y que de aqui adelante cesen los inconvenientes que se han seguido, es nuestra voluntad y declaramos, que en las palabras y disposicion de la dicha ley quedó comprendido y quitado el remedio de la restitucion *in integrum*, asi la que compete á los menores, y universidades y demas personas privilegiadas, como las que por justas causas conceden el derecho á los mayores, aunque ambas concurran en una misma persona: y mandamos, que no se pueda intentar contra las tales sentencias ninguna de las dichas restituciones, ni por la via y remedio de ellas tornase á mover, suscitar ni tratar los pleitos que por las dichas sentencias hubieren quedado y quedaren acabados, lo cual se guarde no solo en los pleitos que de aqui adelante se movieren intentando la dicha restitucion, sino tambien en los que estuvieren movidos y pendientes.»

19 En órden á la sustanciacion de las causas en revista, he aqui lo que nos dice el señor Elizondo (*a*). »El modo de sustanciar la súplica, cuando sea dispensable, se reduce á presentarla en la Sala pública donde se manda dar traslado á la otra parte, la cual regularmente concluye en el pleito á la siguiente inmediata; y ofreciéndose á probar los agravios que alegan, se llevan los autos á la Sala originaria, en la cual se hace espresion de ser lo deducido punto ó estremo nuevo; pues en las instancias de revista no puede de otra suerte recaer prueba.»

20 Dispensada ésta se asigna para ella un término competente segun la calidad de la causa y distancia del lugar, haciéndose despues de pasado publicacion de probanzas del modo y en la misma forma que sobre la primera instancia, por cuyo concepto si cualesquiera de las partes quisiere poner tachas á los testigos de

(*a*) Tom. 6, Part. 1, cap. 14, nn. 12, &c. y 15.

las otras ó pedir restitucion, puede ejecutarlo en igual conformidad que le es permitido hacerlo sobre el juicio de vista, llevándose el pleito concluso á la Sala, sino es que sean los negocios de menor cuantía, hubiesen venido por apelacion al tribunal, ó se hayan retenido en él por via de fuerza.»

21 »Pronunciada la sentencia de revista confirmatoria ó revocatoria de la de vista se pide por la parte que la obtuvo, despues de publicada, en el primer dia de audiencia pública se libre de ella carta ejecutoria, la cual han de firmar tres oidores de los que dieron aquella, escepto si alguno estuviese ausente ó impedido, en cuyo caso firma otro por él, y pasan despues al señor semanero las sentencias que motivan la ejecutoria, asi para su inspeccion como para que tase las costas, cuando hay condenacion, sino es que toque la semanería al oidor mas antiguo, pues entonces ha de practicarlo por él el moderno, con el fin de que si cualquiera de los interesados suplicare de la tasacion, haga la retasa aquel.»

22 »En las instancias de revista recae tambien sentencia en rebeldía de alguna de las partes, las mas de las veces contra el rebelde y algunas en su favor, la cual se sustancia en los mismos términos que dejamos instruido al tratar de los juicios de vista; sin que en una y otra instancia pueda el juez inferior declarar sobre la desercion, una vez introducido el recurso en la superioridad, á quien corresponde la declaracion, segun se halla repetidamente ejecutoriado en el antiguo Consejo de Aragon, y en la real audiencia de Valencia: de modo que si por la desercion de apelacion se tiene el proceso, como si nunca hubiese sido interpuesta en él y vuelve la jurisdiccion al inferior, lo mismo es y se entiende respecto de los tribunales superiores, una vez declaradas desiertas las súplicas; bien que éstos hacen poco mérito de las deserciones, cuando reconocidos los procesos hallan en su justicia original y méritos de la causa que las sentencias de vista, ó son dignas de enmienda, ó por el hecho de la causa, ó por la duda intrincada de su derecho, con tal que no haya aun publicádose su desercion, en que deben ser muy cautos los tribunales superiores.»

§. FINAL.

FORMULARIO CORRESPONDIENTE Á ESTE CAPÍTULO.

Pedimento de suplicacion en el Consejo de Castilla.

23 M. P. S. F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, suplicando en forma de la sentencia del vuestro Consejo de tantos por la que mandó, &c. = Digo que V. A. en justicia se ha de servir (hablando debidamente) de suplirla y enmendarla (*en todo ó en parte segun fuere*) confirmando en un todo la que pronunció el alcalde mayor de tal parte, en tal dia, y haciendo en razon de ella todas las declaraciones convenientes; pues como lo suplico, es de hacer por lo que resulta de los autos y ahora se espondrá (*se alega*) Por tanto = A V. A. suplico se sirva determinar á favor de mi parte, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Respuesta al anterior.

24 M. P. S. F. en nombre de N. en los autos con D. sobre &c. adhiriéndome á la súplica que ha interpuesto la contraria de la sentencia del vuestro Consejo de tantos en que se sirvió mandar aquello ó lo otro, como mas circunstanciadamente se contiene en ella; y respondiendo al escrito presentado por la contraria en tantos, de que se me ha conferido traslado, y en el que solicita se supla y enmiende = Digo: que V. A. en justicia y sin embargo de cuanto se espresa en él, se ha de servir de confirmarla en un todo condenando á la contraria en las costas de ésta y de las anteriores instancias; pues asi es de hacer por lo que acreditan los autos, y aqui se espondrá (*se alega y concluye como el anterior.*) = *Auto.* = Traslado.

Pedimento suplicando en un espediente sin causar instancia.

25 M. P. S. F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. A. como mas haya lugar en derecho = Digo: (*refiérese el hecho*) Por tanto, suplicando como lo hago, de la espresada providencia sin que sea visto causar instancia = A V. A. suplico que no obstante cuanto ha espuesto la contraria, se sirva mandar esto ó aquello: pido justicia, &c. = *Auto.* = Traslado y autos.

Redimento de licencia para suplicar de un auto mandando ejecutar sin embargo de suplicacion.

26 M. P. S. F. en nombre de N. de este vecindario en los autos con D. sobre tal cosa = Digo: que V. A. en auto de tal dia se sirvió acordar esto ó lo otro, mandando que se ejecutase sin embargo de suplicacion, y para poder interponerla en forma = A V. A. suplico se sirva conceder á mi parte la correspondiente licencia: pido justicia, &c. = *Auto* = A la Sala originaria.

Pedimento de suplicacion en la chancillería de Granada.

29 M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con D. sobre tal cosa, suplico de una sentencia que han pronunciado vuestro Presidente y algunos de vuestros oidores en tantos, y hablando con el respeto debido = digo: que la espresada sentencia en cuanto se ha mandado por ella esto ó lo otro es de reformar, suplir y enmendar, proveyendo en todo á favor de mi parte, segun tengo solicitado, pues asi debe hacerse por todas las razones que protesto esponer con el abogado de mi parte. Por tanto, = Á V. A. suplico se sirva mandar se me entreguen los autos para hacerlo mas en forma: pido justicia y costas. = *Auto.* = Entréguensele.

Suplicacion en forma.

30 M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con D. sobre esto, afirmándome en la suplicacion que mi parte ha interpuesto de una sentencia que han pronunciado vuestro Presidente y algunos de vuestros oidores, é interponiéndola mas en forma, y hablando con el debido respeto = digo: que la referida sentencia en cuanto se mandó por ella esto ó lo otro es de reformar, suplir y enmendar proveyendo en todo á favor de mi parte; pues debe hacerse asi por lo que se va á esponer. (*Se alega.*) En esta atencion = Á V. A. suplico provea y determine á favor de mi parte, por ser justicia que pido con costas. = *Auto.* = Traslado.

Respuesta á la suplicacion en forma.

31 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, en los autos con S. que lo es de tal parte = digo: que la sentencia ó proveido dado en ellos en tal dia es justo y conforme á derecho, y que como tal se ha de servir V. A. confirmarle, sin embargo de cuanto ha pretendido y alegado S. en su peticion de suplicacion en forma, de que se me ha conferido traslado, pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y asimismo porque &c. Por tanto, sin ser visto dejar consentida especie alguna gravosa á mi poderdante = Á V. A. suplico se sirva determinar en todo á su favor, como aqui se contiene y es de justicia que pido con costas.

Otrosí digo: que la contraria se ofrece á probar, y mediante á que lo que propone á este efecto es inútil para la disputa, y que sobre ello tiene articulado y probado en la instancia anterior, me opongo á dicha prueba; por lo que = Suplico á V. A. se sirva tenerme por opuesto á ella y denegarla. Pido como arriba.

Pedimento de suplicacion en la audiencia de Sevilla.

32 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, suplico de la sentencia de vista que V. S. ha pronunciado en tantos sirviéndose mandar &c. y á su consecuencia V. S. en justicia se ha de servir de suplirla y enmendarla, y en caso necesario, hablando con la modestia judicial que corresponde, de reformarla; pues asi es justo hacerse por lo que manifiestan los autos y aqui se espondrá. (*Se alega.*) Por tanto = A V. S. suplico me

admita en este recurso, y que á su consecuencia se sirva proveer, segun se ha espresado en este escrito: pido justicia con costas = *Auto.* = Por admitido, y traslado.

Pedimento de súplica en la audiencia de la Coruña.

33 EXCELENTÍSIMO SEÑOR. F. en nombre de N. vecino de &c. en el pleito con D. del mismo vecindario, sobre tal cosa = digo: que V. E. ha sido servido mandar esto ó aquello en su sentencia de tantos; y de ella como gravosa á mi parte, hablando debidamente, suplico al tribunal para que mas bien informado se sirva reformarla mandando tal y tal cosa, pues asi es de hacerse por lo que resulta de los autos y ahora mismo se espondrá. (*Se alega.*) Por tanto, = Á V. E. suplico se sirva proveer como se ha espresado en este escrito. Pido justicia y costas, y reproduzco el poder con los autos = *Decreto.* = Traslado.

Pedimento de súplica en la audiencia de Zaragoza.

34 ESCELENTÍSIMO SEÑOR. F. en nombre de N. vecino de &c. en los autos que se siguen á su instancia contra B. sobre tal cosa = digo: que V. E se ha servido mandar esto ó aquello en su sentencia difinitiva de vista de tantos, y siendo gravosa á mi parte, hablando debidamente, suplico de ella: en cuya atencion para hacerlo mas en forma = Á V. E. suplico se sirva admitir á mi parte la referida súplica, y mandar se me entreguen los autos por el término ordinario. Pido justicia con costas. = *Decreto.* = No teniendo calidad.

Pedimento de súplica en la audiencia de Cataluña.

35 ESCELENTÍSIMO SEÑOR. F. en nombre de N. vecino de &c. en los autos con B. sobre tal cosa = digo: que la Real sentencia que V. E. ha pronunciado en tantos es perjudicial á mi parte, hablando con el debido respeto, no solo por lo que resulta de autos, sino tambien por lo que se justificará; mediante lo cual suplicando de ella = Á V. E. suplico que sea en mejor conmutar la espresada Real sentencia, ofreciendo la estilada caucion por el modo que mas haya lugar en derecho, oficio, &c. = *Decreto.* = Dé la caucion, y se dará providencia.

36 Dada la caucion, que es de pagar las costas el suplicante, si se le condena en ellas, pide comunicacion de autos, ó que se le conceda un término para probar, y ambos litigantes continuan la instancia hasta ponerla en estado de sentencia.

Sentencia de revista en la chancillería de Granada.

37 En el pleito entre &c.
Fallamos, que la sentencia difinitiva pronunciada en dicho pleito por el Presidente ó Regente y por algunos de nos los oidores (*ó por estos solos*) de la chancillería de S. M. tal dia, en la que se revocó ó confirmó la del alcalde &c. de tal dia, en que habia declarado, &c. *Si se confirma, se dice*: fue justa y recta, &c. *Si se revoca, se dice*: atento á los nuevos autos hechos an-

ce nos y presentados en esta instancia de revista debemos reformar y reformamos la espresada sentencia de vista, y á su consecuencia debemos mandar &c. Por esta nuestra sentencia difinitiva en grado de revista asi lo pronunciamos sin costas.

Otra sentencia de revista en la misma chancillería y en pleito admitido por caso de córte.

38 Fallamos: que la sentencia difinitiva que han pronunciado en dicho pleito algunos de nos los oidores de la chancillería de S. M. en la cual se declaró que F. habia probado su accion y demanda, y que Z. no lo habia hecho de sus escepciones y defensas, mandándosele dar en su consecuencia poposesion de tal cosa con los frutos, &c. de que se suplicó; fue justa y recta, y como tal sin embargo de lo alegado contra ella en dicho grado de suplicacion, la debemos confirmar y confirmamos en un todo. Por esta sentencia difinitiva en grado de revista asi lo pronunciamos con costas (*ó sin costas.*)

CAPITULO III.

De la segunda suplicacion.

§. I.

1 Aunque el recurso de la segunda suplicacion es seguramente bastante anterior al reinado del señor don Juan el primero, y le hallamos establecido en nuestra legislacion de las Partidas (*a*), debe su primera forma y solemnidad á aquel Soberano, quien el año de 1390 publicó en Segovia la ley que ha tomado el nombre de esta ciudad, y es la 1, tit. 20, lib. 4 de la Recop. que dice: »En los pleitos que fueren comenzados nuevamente en las nuestras chancillerías ante los nuestros oidores, y fenecidos por su segunda sentencia en revista, de la cual no puede haber apelacion ni suplicacion conforme á la ley de Segovia, si los tales pleitos fueren muy grandes, ó de cosa árdua, en tal cosa queremos que la parte que se sintiere por agraviada de la dicha segunda sentencia pueda suplicar para Nos dentro de veinte dias; pero es nuestra merced que porque la malicia de aquellos que suplican por alongar los pleitos no haya lugar que la parte que suplicáre de la dicha segunda sentencia dada por los dichos nuestros oidores con el perlado que fuere pre-

(*a*) Leyes 4 y 5, tit. 24 P 3.

que aun cuando no se le mande ni ruegue, tiene obligacion de entregárselo, (*a*); pues la institucion directa hecha en codicilo ó testamento imperfecto con la cláusula de codicilar, se convierte en fideicomisaria. Pero aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarle, pues ninguna ley se la impone ni se lo prohibe, y se tendrá por testamento, como dejo espuesto. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues confirmarle el juez para que pueda usar de la tutela, lo cual no es preciso siendo nombrado en testamento (*b*).

196 Aunque ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, pues por el segundo perfecto se revoca el primero; sí dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el primero se revoque por el segundo, sino en lo que sean contrarios, ó sino es que se revoque espresamente en el todo. La razon de disparidad consiste en que los codicilos se legan ó dejan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedad; pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia que es todo lo que pertenece al testador difunto, y asi se rompe el primero por el segundo, á causa de no poder subsistir ambos por la oposicion de dejarla toda á cada uno, ni de consiguiente ser íntegramente heredero de ella (*).

197 El codicilo puede ser abierto y cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad y calidad de testigos, que en el del testamento nuncupativo (*c*); y asi no se deben admitir mugeres para

(*a*) Leyes 7 t. 3 y 2 t. 12 P. 6. (*b*) Véase el núm. 39.

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

(*c*) Ley 2 t. 4 lib. 5 R. ó 2 t. 18 lib. 10 N. R. »Y en los codicilios intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo, ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.»

sidente, que se obligue y dé fiadores dentro de los dichos veinte dias ante los dichos oidores de pagar mil y quinientas doblas, si por aquel ó aquellos á quien Nos lo encomendaremos fuere hallado que la dicha segunda sentencia de los dichos nuestros oidores fue bien y derechamente dada; y si no se obligaren, y los dichos fiadores no dieren en el dicho término, que no puedan suplicar ni les sea otorgada dicha suplicacion; y si hallaren la dicha sentencia ser bien y justamente dada, y fuere confirmada por aquel ó aquellos á quien Nos lo encomendasemos, que la parte que asi suplicáre ó en cuyo nombre fuere suplicado, que sea por esta nuestra ley condenado en las mil y quinientas doblas, segun se obligó, y esta pena sea partida en tres partes: la una parte, para aquel por quien fue dada sentencia; y la otra tercia parte para los oidores que dieron la sentencia; y la otra tercia parte sea para Nos; y en el caso que la segunda sentencia fuere dada, y fuere suplicada para ante Nos, que no sea hecha ejecucion de la dicha segunda sentencia, fasta que sea dada la tercera sentencia confirmatoria por aquel ó aquellos á quien Nos lo encomendaremos." Esta ley, como casi todas las antiguas tocantes á las formalidades de los juicios, ha padecido varias alteraciones que en el discurso de este capítulo se espresarán.

2 Para que tenga lugar la segunda suplicacion, dice el señor Elizondo (*a*), »es indispensable que el pleito sobre que recae, haya principiado en las chancillerías ó audiencias, y no ante las justicias inferiores, escepto cuando citadas las partes por ellas y antes de contestar la causa la hubiesen llevado á los tribunales superiores donde se retenga; pues en otros términos verificada la contestacion, aunque sea por las personas privilegiadas de caso de córte, no les es dispensable el grado, el cual tendrá lugar en dos casos muy particulares; uno si llevados los autos por apelacion á la chancillería ó audiencia, se añadiese en la segunda instancia algun nuevo gravámen que en la primera no se comprendió, y se juzgó despues como por motivo sobreviniente; pues en estas circunstancias, asi como se oye sobre la cualidad añadida en la decision de revista el recurso ordinario de la súplica, asi tambien el estraordinario de la segunda suplicacion acerca del estremo aumentado en la sentencia de

(*a*) Práct. univ. for. tom. 6 part. 2 cap. 1 n. 5.

vista de que ni conoció ni juzgó la justicia inferior; y por lo mismo debe juzgarse la cualidad aumentada una forma y rigurosa primera instancia; y otro si devuelta por apelacion la causa al superior las partes desistiesen de su accion; y en la chancillería ó audiencia introdujesen otra de nuevo de que ni conoció ni juzgó la justicia ordinaria; pues verificado este caso que es frecuente en los tribunales, serán sus sentencias de vista y revista capaces de admitir el grado, y deberá tenerse el primero, como sino hubiese principiado ante el inferior, aunque los interesados recurran á él por medios de prueba ó influjo para calificar su nueva y diversa intencion.»

3 Sin embargo de que la ley 1. inserta habla únicamente de los pleitos empezados en las chancillerías, se admite tambien el grado de segunda suplicacion en los principiados en el Consejo y audiencias, pues asi lo dispone espresamente otra ley recopilada (*a*).

4 Como el remedio de segunda suplicacion es tan estraordinario, quisieron las leyes restringirle á las causas comenzadas en el Consejo, chancillerías y audiencias, concurriendo con esta circunstancia la de que en los pleitos en que se hubiese dado sentencia de revista, sean muy grandes ó de cosa árdua, segun se previene en dicha ley 1 (*b*).

5 La segunda suplicacion solo puede interponerse de sentencia difinitiva de revista, no de sentencia interlocutoria, aunque tenga fuerza de difinitiva, pare perjuicio al negocio principal y no pueda repararse por la segunda suplicacion (*c*).

6 Una ley recopilada (*d*) prohibe espresamente la segunda suplicacion en los pleitos de la real hacienda. »Y porque los pleitos fiscales de la real hacienda, dice la ley, tienen conforme á derecho jueces que privativamente pueden y deben conocer de ellos, y asi es justo y conviene que ante los dichos jueces se fenezcan y acaben los dichos pleitos y negocios, los cuales si fueren tan grandes y de tan gran calidad que en las revistas, en algun caso me parezca agregar y añadir jueces, se hará cuando conviniere; y mando que agora y de aqui adelante en ningun pleito ni negocio de la real hacienda no pueda haber ni haya

(*a*) La 7. tit. 20 lib. 4. (*b*) Señor Conde de la Cañada, Instit. Pract. part. 3, cap. 4, núm 28 al fin. (*c*) Leyes 6 y 7, tit. 20, lib. 4 de la Recop.
(d) La 4, cap. 5, tit. 2, l. 9.

grado de Mil y Quinientas, y que todos los dichos pleitos y negocios se acaben y fenezcan de todo punto, y en todas instancias en los dichos tribunales de la real hacienda sin falta de ellos, sin embargo de cualesquiera leyes y ordenanzas, uso y costumbre aunque sea inmemorial lo que haya en contrario."

7 Tampoco debe admitirse el grado de segunda suplicacion segun el señor Elizondo (*a*), y los autores que cita, en causas de retencion de bulas, en pleitos sobre hidalguía que se ventilen en las chancillerías, sobre precedencia de asientos en los tribunales no teniendo emolumentos anejos que asciendan á la cantidad de la ley, sobre derecho de patronato que no tenga aneja alguna cosa que llegue á la misma cantidad, ni en pleito sobre privilegios de esencion.

8 No pueden los alcaldes de casa y córte, ni los del crímen de las chancillerías y audiencias admitir la segunda suplicacion en las causas criminales, debiendo no obstante ella poner en ejecucion sus sentencias (*b*). Y aunque Hevia Bolaños, el señor Elizondo y otros autores dicen que esto se entiende respecto á la pena de que se trata principalmente, y no respecto de los intereses que se piden por incidencia llegando á la cantidad de la ley del reino, debe despreciarse esta opinion como arbitraria, por no poderse apoyar en la ley 3, tit. 20, lib. 4 de la Recop. que citan á su favor.

9 Para admitir la segunda suplicacion es necesario que lo que se litigue, tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad y seis mil en los posesorios (*c*) »entendiéndose por cada una de aquellas el valor de 468 maravedís (*d*), para cuya regulacion no tanto debe atenderse á la cuantidad ó cosa que se demanda, cuanto á aquella sobre que recae la condenacion en la sentencia de revista, ya acerca de los bienes muebles ó semovientes, ya á los raices, créditos, acciones y derechos litigiosos, probándose la estimacion comun por testigos ó peritos imparciales segun la cualidad, utilidad y necesidad de las cosas, fijando la principal atencion en las inmuebles sobre los frutos y rentas que produzcan por un quinquenio, siendo digno de notar aquí, que el valor de la propiedad litigiosa en los pleitos de Indias ha de ser de cantidad de seis mil pesos de oro que hacen ocho mil

(*a*) Pract. univ. for. tom. 1, pág. 249 n. 6. (*b*) Ley 11, tit. 20, lib. 4 de la Recop. (*c*) Ley 9 del cit. tit. y lib. (*d*) Señor Covarr. de veteris numismat. cap 6.

ducados de la moneda de Castilla (*a*); para que tenga lugar el grado, el cual nunca se dispensa en las causas posesorias, sean ó no conformes las dos sentencias de vista y revista de las audiencias (*b*).

10 Lo que se ha dicho acerca del grado de segunda suplicacion en las causas posesorias debe entenderse cuando se trata de ésta principalmente, porque entonces la sentencia será difinitiva, no cuando se trate de la posesion por incidencia y por via de escepcion, en cuyo caso será interlocutoria la sentencia de que no puede haber segunda suplicacion (*c*); y en que tratándose de la posesion de mayorazgo ó vínculo, que aunque sea principalmente, no se admitirá aquella (*d*).

11 Tampoco tendrá entrada el recurso de la segunda suplicacion ni otro alguno en las demas posesiones contra dos sentencias conformes, las cuales deben ejecutarse dando el vencedor fianzas á satisfaccion de los jueces de restituir lo que percibe, si fuere vencido sobre la propiedad, sin que asimismo haya remedio alguno contra lo que proveyesen acerca de esto, pero lo contrario ha de decirse no siendo conformes las sentencias (*e*).

12 Siempre que las de vista y revista de los tribunales supremos sobre propiedad esten enteramente conformes, se han de ejecutar incontinenti, como asimismo aquello en que lo fueren, no obstante la segunda suplicacion que se interponga, dando quien las hubiese obtenido fianzas á satisfaccion de los mismos jueces de quienes se suplicáre de devolver lo que se le entregue en el caso de que la Sala de Mil y Quinientas mandase otra cosa contraria (*f*). Con estas fianzas ha de llevarse indistintamente á ejecucion la sentencia de revista en causas de Indias, sin embargo de la segunda suplicacion, aunque debe admitirse (*g*).

13 La espresada disposicion legislativa, dice el señor Elizondo (*h*) »como que recae sobre la conformidad de las dos sentencias, y la supone necesaria para su ejecucion, ofrece la duda relativa á cuando se dirán ó no conformes para graduarse de ejecutivas las

(*a*) Ley 1 tit. 13 lib. 1 de la Recop. Indian. (*b*) Señor Elizondo, Pract. univ. for. tom 6 part. 2 cap. 1, núm 6. Señor Solorzano Polit. l. 5 cap. 11, núm. 6. (*c*) Ley 6 tit. 20 lib. 4 de la Recop. (*d*) Ley 14 del cit. tit. y lib. (*e*) Ley 8 del cit. tit. y lib. (*f*) Ley 15 del cit. tit. y lib. (*g*) Ley tit. 13 lib. 5 de la Recop. Indian. (*h*) Lug. cit. nn. 10, 11, 13 y 14.

decisiones. Nosotros juzgamos debe ser la conformidad en la sustancia y en el efecto, esto es, en la cantidad, cualidad y condicion litigiosas (*a*), pudiendo suceder muy bien, como nos lo enseña diariamente la esperiencia, ocurrir en las resoluciones varios capítulos, ó comprender diversas partes respecto de las cuales en unas sean conformes las sentencias de vista y revista, y en otras se note diversidad acerca de su contesto; de modo que entonces, si bien deberán ejecutarse las sentencias en lo que tuviesen conformidad, no puede suceder lo mismo en los demas capítulos que contengan diferencia, habiendo siempre de sobreerse en el todo de lo decidido, cuando los estremos diversamente juzgados tienen tal conexion y dependencia con aquellos en que se observe la conformidad, que no puedan estos ejecutarse sin perjuicio de los primeros" (*b*).

14 Suele tambien ser frecuente en la práctica el caso de que en la sentencia de vista solo se mande una cosa, añadiendo la de revista la condenacion de costas, en cuyas circunstancias, aunque no hay la conformidad de las dos, en esta última parte se ejecutan en el todo, considerándola como dependiente y aneja á lo principalmente juzgado (*c*): siendo tan indispensable la fianza para la ejecucion, que ha de prestarse por la parte que obtenga, aun cuando su litisconsorte, ó no la pida, ó deje de oponer este defecto, por ser aquella cualidad de sustancia en la disposicion de la ley (*d*), y como tal no admitir interpretacion alguna."....

15 »De la necesidad que hay de dar las fianzas para ejecutarse lo decidido uniformemente en vista y revista, deducimos no se exime de prestarlas persona alguna, ni alcanza á suplirlas la caucion juratoria del pobre que obtenga, á restituir lo que se le mande entregar en su caso, pues aquella cualidad es tan precisa por la naturaleza de la misma cosa y por la sustancia del acto que ha de cumplirse especificamente, y de modo alguno se admite en su suplemento cualesquiera otro medio, especialmente en un pobre, donde siempre es de temer, si la dificil conservacion de la cosa, la cuasi imposible recuperacion de ésta, de suerte que entonces lo que dictan á un propio tiempo la razon de justicia y de conveniencia de los interesados es, se ponga la cosa litigiosa en

(*a*) Señor Salg. de Reg. part. 3 cap. 16 desde el n. 25. (*b*) Señor Salg. lug. cit. cap. 15. (*c*) Señor Covar. Pract. cap. 25 n. 6. (*d*) Ley fin. tit. 20, lib. 4 de la Recop.

secuestro hasta recaer la última decision, que fué el último medio que propusimos en un grado de segunda suplicacion de Antequera, teniendo entonces á la vista asi la ley de la fianza llamada de Toledo, la cual no admite por suplemento la caucion juratoria en el pobre, como ni tampoco la dispensa el establecimiento legislativo acerca de la ejecucion de las sentencias arbitrarias, no obstante apelacion ó reclamacion."

16 "En las audiencias de Indias hay diversa práctica acerca de este punto, pues aunque de lo sentenciado en vista y revista se interponga segunda suplicacion para el Consejo, no se suspende la ejecucion, y sí se despachan ejecutorias en favor de las partes que las obtienen, unas veces con fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado en su caso y lugar, y otras aun sin poner este gravamen, hallándose en aquella legislacion dispuesto por el Señor Don Felipe el IV en Madrid á siete de julio de mil seiscientos veinte y uno (a), que pudiendo suceder por ser pobre la parte en cuyo favor ha de ejecutarse la sentencia de revista, sin embargo de la segunda suplicacion, no halle fiadores, y aun la contraria conociendo no ha de librársele la ejecutoria sin fianza, interponga el grado para no desembolsar con esta ocasion su adeudo conforme á la sentencia, que precediendo informacion de pobreza con citacion del fiscal de S. M. y de la parte suceda la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera, y asi se ponga en los autos."

17 Ademas de lo espuesto para admitirse la segunda suplicacion, ha de dar el suplicante en el término prefinido para suplicar fianzas de que si la sentencia se confirmase, satisfará mil y quinientas doblas, "que hacen de nuestra moneda corriente veinte y un mil trescientos noventa y ocho reales con diez y siete maravedís (*): observándose en las segundas suplicaciones de Indias dar solamente el que las interpone fianzas, legas, llanas y abonadas de pagar mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia de revista por el Consejo, los cuales se aplican como en España por terceras partes: una á la Cámara y fisco, otra á la parte por el daño y molestia que le causó el grado, y otra á los jueces ó sus herederos que hubiesen sentenciado el pleito en revista

(a) Ley 4 tit. 13 lib. 5 de la Recop. Indian.

(*) Segun Escolano importan 21396 reales vellon á razon de 485 maravedis cada una.

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE

añadiendo la ley de Indias (*a*) que porque podia suceder declararse no haber lugar al grado, haya de ser la fianza para este caso de pagar el suplicante cuatrocientos ducados, la mitad á la Cámara y la otra á la parte contraria » Y todas las fianzas, cuando se interpone la segunda suplicacion, han de ser con informacion de abono y aprobacion de las justicias ordinarias, no bastando cualesquiera pedaneas (*b*).

18 »Los fiscales de S. M. cuando interponen el grado de segunda suplicacion en los pleitos que siguen por sí y principalmente, se hallan obligados á ofrecer la caucion de mil doblas de oro (*c*), por corresponder las restantes á la real Cámara cuyos derechos patrocinan, debiendo entonces y en cumplimiento de la ley de Segovia hacer presentacion de la escritura de obligacion y fianza otorgada por sí y por el receptor de penas de Cámara, con la solicitud de que se le dé testimonio de su instancia para presentarse ante la Real Persona: no teniendo obligacion á formalizar todas estas gestiones en aquellos casos que interpongan la autoridad de sus oficios coadyuvando el derecho de un tercero, comunidad, ó república, cuyos cuerpos estónces habrán de prestar la pena y fianza de las mil y quinientas doblas» (*d*).

19 Si en el grado de segunda suplicacion se confirma la sentencia de revista en lo principal de que se suplicó, habrá de satisfacer al suplicante la pena de las mil y quinientas doblas, aunque dicha sentencia se hubiese modificado ó enmendado en otros artículos menos principales, ó respecto á las costas, frutos, ú otras cosas accesorias; sino es que la revocacion ó enmienda hubiese recaido sobre cosa tan árdua ó de tanto valor que por ella sola y sin respeto á la causa principal se pudiera haber suplicado (*e*).

20 Si el suplicante se apartase de la suplicacion dentro de tres meses de como la interpuso, se eximirá del pago de las mil y quinientas doblas; mas si se apartó de aquella despues, tendrá igual obligacion á satisfacerlas que si se hubiese confirmado la sentencia de revista (*f*).

21 »La parte que quiera usar de dicho recurso, debe pre-

(*a*) La 6 tit. 13 lib. 5 de la Recp. (*b*) Señor Elizondo Pract. univ. for. tom. 6 part. 2 cap. 1 nn. 15 y 17 (*c*) Ley 10 tit. 20 lib. 4 de la Recop. (*d*) Señor Elizondo lug. cit. num. 16. (*e*) Ley 3 tit. 20 lib. 4 de la Recop. (*f*) Ley 4 sig.

sentarse en el tribunal mismo donde se litigó el pleito, dentro del término de veinte dias siguientes al de la notificacion hecha al Procurador de la sentencia de revista, tenga ó no poder especial de la parte para introducirle, sin que sea necesario que á ésta se le haga saber en persona, como se pretendia y practicaba en lo antiguo, segun lo dispuesto modernamente por la Real pragmática publicada en 18 de Agosto de 1774 (*a*). Este recurso se introduce suplicando *segunda vez* para ante S. M. de la sentencia de revista con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas que dispone la ley de Segovia, y presentando poder especial y certificacion de haber depositado el importe de las mil y quinientas doblas que dispone la ley, ó una escritura de fianza de la misma cantidad; y si es pobre, la caucion juratoria de que si fuere vencido en el pleito, pagará la pena llegando á mejor fortuna, con cuyas formalidades y requisitos se concluye pretendiendo se le libre el testimonio correspondiente para presentarse á S. M." (*b*).

22 »De este recurso se dá traslado á los demas coligantes, y despues se comunica al Señor Fiscal de S. M. y en vista de lo que por todos se alega, se provee auto concediendo ó negando el testimonio para presentarse á S. M. Si se le concede, debe hacer la presentacion dentro de los cuarenta dias contados desde el en que suplicó sopena de desercion, sin que se pueda pedir restitucion (*); y dicho término se entiende solo para las chancillerías y audiencias del continente, pues por lo respectivo á las de Canarias y Mallorca está prorogado hasta noventa dias por la citada Real pragmática de 18 de Agosto de 1774" (*c*).

23 En el grado de segunda suplicacion se admite la adhesion del contrario ó colitigante, asi como en el grado de apelacion ó de súplica está en el arbitrio de cualquiera de los colitigantes adherirse á ellas para obtener la revocacion ó enmienda de la sentencia en lo que le perjudique. Por lo tanto se puede el vencedor adherir con la propia mira en la segunda suplicacion á la que hubiese interpuesto alguno de los competidores (*d*), como hay va-

(*a*) En la ley 16 tit. 20 lib. 4 de la Recop. impresa en 1775. (*b*) Escolano Práct. del Consejo Real tom. 2 cap. 17 pág. 95.

(*) Está en práctica contarse el término desde que se declara haber lugar á la segunda suplicacion, y se dá el testimonio á la parte para acudir á S. M. Son buenos testigos de ésto Escolano lug. cit. y el Señor Conde de la Cañada Institut. Práct. part. 3 cap. 4 núm. 43.

(*c*) Escolano lug. cit. pág. 96. (*d*) Señor Elizondo lug. cit. num. 20.

rios ejemplares de haberlo declarado el Consejo y aun el Señor Don Carlos III (*a*).

24 »Aunque en la misma chancillería ó audiencia donde se haya determinado el pleito sobre las instancias de vista y revista, dice el Señor Elizondo (*b*), ha de deducirse la segunda suplicacion, deben necesariamente esplicarse las causas del agravio del mismo modo y en la misma forma que se practica en las súplicas ordinarias: de cuya solicitud se da traslado á los demas colitigantes, para que con vista de los autos ó contradigan el grado por no ser la causa capaz de este remedio, ó se opongan á las fianzas por falta de idoneidad, ó aleguen de la justicia de la sentencia de revista: cuyo espediente pasa siempre y por necesidad á los fiscales de S. M. asi en España como en las Indias, por quienes se coadyuba ó contradice el grado, segun diariamente lo observamos, y en su virtud se manda dar al escribano de Cámara originario del pleito testimonio de él espresivo de las partes y causa de litigar, de las sentencias de vista y revista, de la segunda suplicacion y de su admision."

25 En órden al artículo de no haber lugar al grado que suele introducirse, he aquí lo que nos dice Don Pedro Escolano en su práctica del Consejo Real (*c*).

26 »El Señor Emperador Carlos V, por su Real cédula de 25 de Febrero de 1543 (*d*) dijo, que (para evitar la dilacion que habia en admitir suplicacion de los autos en que se declaraba haber grado ó no para la segunda suplicacion, y queriendo proveer de manera que hubiese mas breve despacho y escusar las partes de costas) en las causas que de alli adelante los del Consejo, jueces de comision declarasen no haber grado para se suplicar con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas, ó que le hay, ni haya lugar á suplicacion de los tres autos, ni se admitan."

27 »Conforme á esta ley toca privativamente á los del Consejo, jueces de comision, que en el dia es la Sala de Mil y Quinientas, la declaracion de si ha ó no lugar al grado de segunda suplicacion, y asi tenemos repetidos ejemplares de que tomados los autos por las partes para instruirse sus abogados, si éstos reconocen por ellos que no corresponde el recurso por los vicios con que se halla introducido, lo alegan solicitando su denegacion,

(*a*) Escolano lug. cit. pág. 96 nota 2. (*b*) Lug. cit. núm. 17. (*c*) Lug. cit. pág. 105. (*d*) Es la ley 5 tit. 20 lib. 4 de la Recop.

y se sustancia este incidente con traslados, hasta que concluso se pasa al Relator, y si se estima no corresponder el recurso, se dice: *No ha lugar al grado y devuélvanse los autos*; cuya devolucion se hace siempre por un portero del Consejo á costa de la parte que introdujo el grado."

28 "Segun la disposicion de la ley antecedente y la práctica que conforme á ella se observa en el Consejo, parece que las chancillerías y audiencias Reales solo tienen facultad para conceder ó negar el testimonio que pide la parte para presentarse ante S. M., pero sin embargo practican estimar ó desestimar el recurso de segunda suplicacion, y este auto es apelable al Consejo en las tres Salas de Mil y Quinientas, porque es á quien corresponde la confirmacion de este perjudicial artículo, como lo propuso el Señor Fiscal y declaró el Consejo en el año de 1751 en el pleito que por la escribanía de Cámara que hoy ejerce Don José Payo Sanz siguieron Don Alejandro de los Rios con los marqueses de Escalonias sobre consignacion de alimentos" (*).

29 "A consecuencia de esta declaracion la parte que se siente agraviada, se presenta con el testimonio correspondiente por el recurso de súplica en la Sala de Mil y Quinientas, y se manda despachar la provision ordinaria de emplazamiento y remision de los autos originales obrados sobre este incidente, y venidos se toman y alega por las partes, y conclusos se procede por las tres Salas á su determinacion: si se revoca el auto apelado mandando dar la certificacion para presentarse á S. M. se prac-

(*) "Sin admitir la segunda suplicacion y dar á la parte el testimonio correspondiente no puede presentarse ante S. M. ni tratarse en el Consejo de la causa principal por medio de la segunda suplicacion, y siendo constante que los autos preparativos forman una misma causa con la principal, y que el juez de esta lo debe ser tambien de aquella para remover cualquier embarazo de su jurisdiccion y conocimiento, segun comprueban... (*se citan varios autores*) sale por consecuencia necesaria el conocimiento que corresponde al Consejo sobre el auto de las chancillerías ó audiencias, en que no admiten la segunda suplicacion, ni dan á la parte que la interpone el testimonio competente. De otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las chancillerías y audiencias impedir la segunda suplicacion, y defraudar al Rey y al Consejo de la autoridad y conocimiento en las causas que por sus calidades puedan recibirla y admitirla, quedando consentido el agravio que hiciesen aquellos tribunales en la denegacion de dicho recurso." Señor Conde de la Cañada Instit. Pract. part. 3 cap. 4 núm. 63.

testigos de él (*a*), no obstante lo que dicen Antonio Gomez y Burgos de Paz (*b*), contra la opinion comun. Se puede revocar el codicilo como el testamento, es á saber, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion; y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en toda última voluntad. Pero se duda si esta disposicion legal debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó si ha de ampliarse á los cerrados, puesto que la ley no distingue y trata de su solemnidad á continuacion de la que prescribe para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos y el escribano, y cinco sino son vecinos, á lo cual me inclino; y otros, que son precisos los cinco y que firmen con éste como en el testamento escrito (*c*) (*). Por tanto para quitar dudas y escrúpulos, haga el escribano que se hallen presentes los cinco testigos pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad; pues por las leyes de Partida (*d*) se requieren los mismos, los cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo espresará en el otorgamiento para que conste (**).

(*a*) Parlador. differ. 14 nn. 16 y 17, y otros que cita. (*b*) Góm. ley 3 de Toro n. 70 Burg. de Paz en ella n. 1344. (*c*) Matienzo ley 2 t. 4 lib. 5 R. glos. 9 nn. 3 y sig. Góm. ley 3 de Toro, n. 76 vers. Quæro tamen.

(*) La ley que acaba de hacer diferencia entre la solemnidad del testamento abierto y la del cerrado, tambien la habria hecho entre ambos codicilos, sino hubiese querido igual solemnidad en ellos: manda que á los codicilos concurra igual número de testigos que al testamento abierto, y que á este asista el señalado en la ley del ordenamiento del Sr. D. Alonso, hoy la 1 tit. 4 lib. 5 R. Segun ella se requieren en el testamento nuncupativo tres testigos á lo menos vecinos del lugar, con escribano público: sin éste cinco al menos del mismo vecindario pudiéndolos haber en el lugar; y tres por lo menos de la misma vecindad, no pudiendo haberlos ni escribano público. Lo de los siete testigos que trae la ley recopilada, se añadió por el Sr. D. Felipe II. ¿Y qué necesidad hay de disputas á vista de unas leyes claras y terminantes? Solo pueden aquellas servir para burlarse de éstas, y hacer que no se observen como es debido.

(*d*) Las 1, 2 y 3 t. 12 P. 6.

(**) Despues de haber reflexionado bien sobre el §. *de la cláusula codicilar* que trae Febrero, hemos creido deber omitirse enteramente en esta cuarta edicion, ya por no apoyarse su doctrina sino en el derecho comun y en los intérpretes vulgares, y ya por ser infundada y aun contraria á mas leyes, como fácilmente puede demostrarse.

tica lo mismo que queda sentado tratando de este punto.»

30 »Hay algunos ejemplares en que se han seguido y decidido en esta forma dichos recursos; pero lo mas comun es el que la parte agraviada se queja á S. M. por medio de un memorial, el que remitido á consulta del Consejo, unas veces se ha hecho ésta por la Sala primera de Gobierno, y otras por las tres de Mil y Quinientas, y en vista de lo que ha espuesto el Consejo, se han estimado ó negado los recursos.» Hasta aqui Escolano.

31 »En las audiencias de América no tienen estas facultades para declarar directa ó indirectamente si ha lugar al grado de segunda suplicacion en otro algun caso que en el de constar de los autos claramente que el valor ó cantidad de la causa litigiosa no llegan á ocho mil ducados que requiere la ley para la admision de aquel recurso estraordinario (*a*), debiendo aun entonces mandarse remitir el proceso original al Consejo, quedando copia autorizada de él á costa del suplicante en la audiencia y citando las partes para que prosigan su justicia» (*b*).

32 »Para hacer la notificacion á S. M. se entrega el testimonio ó certificacion que se libra por el escribano de Cámara actuario del pleito, á cualquier notario escribano de los reinos, quien se presenta al secretario de la Real estampilla, y en su vista le señala el dia y hora en que puede presentarse á S. M. y en él hace la notificacion estendiendo la diligencia á continuacion del testimonio (*c*).

33 Practicada esta diligencia solicita el suplicante en la Real Cámara por medio de un memorial se despache la correspondiente cédula de comision, la cual con el testimonio y poder especial se presenta al Consejo pretendiendo, que á consecuencia de lo que se ordena en ella, se manden librar los competentes despachos de emplazamiento, y para que el Escribano de Cámara de la chancillería ó audiencia ante quien ha pasado el pleito, remita los autos originales de él. Y por decreto del Consejo pleno se manda cumplir la cédula de comision y que pase á la Sala de Mil y Quinientas, donde se hace presente y se

(*a*) Ley 6 tit. 13 lib. 5 de la Recop. (*b*) Señor Elizondo Pract. univ. for. tom. 6 part. 2 cap. 1 núm. 8. (*c*) Escolano en su Práct. tom. 2 cap. 17 pág. 97.

acuerda la espedicion de los despachos que se piden, de remision de autos y emplazamiento (*a*).

34 »Mandamos, dice una ley recopilada que es de los Señores Reyes Don Fernando y Doña Isabel, y del Emperador Don Carlos (*b*), que en las causas de la suplicacion de las mil y quinientas doblas, asi en posesion como en propiedad, en caso que haya lugar, se suplique para ante Nos, como lo dispone la ley de Segovia; y que las causas que en este grado de suplicacion con la fianza de las mil y quinientas doblas fueren por Nos cometidas, que los jueces á quien las cometieremos, las vean y determinen de los mismss autos del proceso, sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion ni en otra manera alguna, y que sean vistas y determinadas antes y primero que otros procesos algunos de cualquiera calidad que sean, sin embargo de las ordenanzas, ni de otra cualquiera nuesta carta cédula que dieremos para que se vea algun negocio antes que otro alguno; y lo que en el dicho grado se sentenciare por los jueces, á quien por Nos fuere cometido, se ejecute, quier sea la sentencia dellos confirmatoria ó revocatoria, en todo, ó en parte, ó añadiéndola, ó menguándola.»

35 Mas sin embargo de repeler la ley toda nueva probanza, »hay ejemplares, afirma Escolano (*c*), de que hallándose ya los autos del grado en el Consejo, si alguna de las partes ha encontrado á este tiempo algunos documentos, tales que hagan variar enteramente el concepto y justicia del negocio, ocurre á S. M. y presentándolos con un memorial, jurando haber llegado ahora á su noticia, pide se sirva mandar que se admitan y vuelva á ver el negocio, lo cual se ha remitido á consulta del Consejo, y en vista de la que ha hecho, se ha resuelto que se admitan y se devuelvan con los autos á la chancillería ó audiencia donde han venido, para que se vuelva á ver de nuevo el negocio.»

36 Acerca de la ley inserta y del punto de que se trata, véase tambien lo que trae el Señor Conde de la Cañada (*d*) »De esta ley resultó otra nueva controversia entre los autores; pues

(*a*) Escolano pág. 97 cit. y sig. (*b*) Es la 2 tit. 20 lib. 4 de la Recop. (*c*) Lug. cit. pag. 106. (*d*) Instit. Pract. part. 3 cap 4 nn. 38, 39, 40 y 41.

unos con arreglo á la letra de la ley no admitian instrumento alguno aunque jurase y probase la parte que habia llegado nuevamente á su noticia; y otros internándose en el espíritu de ella opinaban, que en tales circunstancias debian admitirse los instrumentos, si en ellos se manifestaba el derecho y justicia de la parte. De esta opinion fue Maldonado por los fundamentos y casos prácticos que refiere en el *tit.* 6 *quæst.* 5; y con efecto he visto muchas veces admitir los enunciados instrumentos en el Consejo, precediendo un conocimiento y juicio instructivo de las dos calidades indicadas; esto es, que llegasen nuevamente á noticia de la parte y no pudiera haberla tenido antes sin embargo de sus exactas diligencias, y que en los mismos instrumentos se descubriese el buen derecho y justicia de la que los presenta."

37 »La repetida observancia del Consejo ha esplicado este artículo y ha removido toda disputa acerca de admitir los nuevos instrumentos; pero siempre la hay muy empeñada entre las partes sobre la existencia y prueba de las dos calidades indicadas. Y como he visto muchas veces que se detienen algunos ministros del Consejo en admitir instrumentos aun para examinar sus calidades y circunstancias, toman las partes el medio de presentarlos á S. M. suplicando reverentemente se sirva mandarlos remitir al Consejo, para que teniéndolos presentes como parte de los autos, los determinen en justicia. Y S. M. los manda pasar para que el Consejo haga de ellos el uso que tenga por conveniente; y entonces procede á examinar sus circunstancias, y á declarar si ha lugar ó no su admision."

38 »Tambien he visto en otros casos presentarse instrumentos en los pleitos de segunda suplicacion que pendian en el Consejo, y haberlos remitido á las chancillerías y audiencias, en donde se habian dado las sentencias de vista y revista, para que oyendo á las partes instructivamente sobre la calidad de los mismos instrumentos, remitiesen despues el espediente original al Consejo para hacer de ellos el uso conveniente."

39 »Esta práctica lleva dos fines: uno no embarazarse tanto el Consejo con estos incidentes, que las mas veces causan grandes dilaciones; y otro facilitar su defensa á las demas partes que litigan, considerando que podrán hacerla mejor y sin tanto gasto en las chancillerías ó audiencias; y esto sucede mas propiamente cuando se redarguyen de falsos los instrumentos presentados

en el Consejo; ó se ofrecen presentar otros que destruyan ó debiliten la fuerza de los primeros."

40 Ademas, no es de pasar en silencio lo que nos dice el Sr. Elizondo en el capítulo varias veces citado núm. 21. »Instruida la segunda suplicacion ocurre muchas veces fallecer la parte que se valió de este ausilio; y si bien el grado se halla por una regla general ceñido á solas las personas contenidas en él; y resiste comunmente por su naturaleza la admision de cualesquiera nuevo instrumento ó prueba mas que lo que se vieron y juzgaron en la chancillería ó audiencia; nos la ha enseñado la práctica que si se litigan bienes, derechos ó acciones libres, ocurre entonces el heredero á la justicia ordinaria del pueblo del domicilio de su causante á legitimar la persona con citacion de los demas colitigantes; reduciéndose su instancia á solos dos estremos, cuales son haber muerto el que litigó, y sucedido en sus derechos el que trata subrogarse en ellos, practicándose lo mismo cuando sean los litigiosos bienes de mayorazgo pues el juicio deducido acerca de ellos no es propio del poseedor, y sí pasa activa y pasivamente á sus sucesores, pudiendo en aquel hacer lo que dejó de hacerse por el que poseyó en su tiempo, ya acerca de interponer ó abandonar la segunda suplicacion, ya en órden á todos los demas actos y cuestiones judiciales que en nada pueden perjudicarles: ocurriendo progresivamente al Consejo donde se presenta la informacion, ó saca provision para ejecutarse, segun lo hemos visto repetidamente practicar."

41 Si las partes quieren tomar los autos á fin de que sus abogados se instruyan para la vista, lo pretenden por un pedimento firmado de procurador con poder competente, y dada cuenta en Sala ordinaria de mil y quinientas se decreta lo siguiente. »Madrid, &c. Entréguensele los autos por el término ordinario para solo el fin de que se imponga su abogado."

42 En virtud de este decreto se entregan los autos al procurador bajo de un conocimiento espresivo numerando y contando las fojas que tenga cada pieza; y pasados que sean los tres dias siguientes á la fecha del conocimiento que es el término ordinario, puede la parte contraria solicitar que se le apremie á la vuelta de los autos: en cuyo caso si los devolviese pidiendo término, ha de firmar tambien el abogado defensor el escrito en que le pida, y de esta peticion y de la contradiccion á ella, si se hicie-

re, se da cuenta en la Sala ordinaria de Mil y Quinientas, espresando los dias en que se tomaron los autos y devolvieron, el nombre de letrado que firmó y el término pedido.

43 Se pone por decreto el que se concede y se notifica incontinenti al procurador, pues desde el dia siguiente al de la notificacion se cuenta dicho término, y si en él no se vuelven los autos, se saca otro apremio y se practica lo mismo.

44 Siempre que las partes devuelven los autos sin pretender término, deben ponerse en ellos unas notas que rubrica el oficial mayor, mencionando en ellas los dias, mes y año en que se tomaron y devolvieron, despues de lo cual se decreta que pasen al relator.

45 Cuando éste tiene hecho el apuntamiento ó memorial ajustado, puede cualquiera de los litigantes solicitar señalamiento de dia en un escrito del que dá cuenta el escribano de Cámara en la Sala de tenutas, y el decreto se estiende de esta forma: »Madrid, &c. Señálase para el dia tantos: hágase saber á las partes, y pase al relator.

46 »El dia señalado para sentenciarse el pleito concurren para votarle los mismos señores que le vieron, que... no pueden ser menos de nueve (*a*), escepto si ocurriese que despues de visto el pleito por solo el número de nueve y antes de votarse se hubiere muerto, impedido, ó ausentado de estos reinos alguno ó algunos de ellos, pues en este caso lo pueden votar los que queden, como á lo menos sean cinco, sin que sea necesario el consentimiento de las partes ni darles traslado como se hacia en lo antiguo" (*b*).

47 »Pero si ocurriese el caso, como suele suceder, de no haber sentencia por razon de discordia, ésta se dirime por tres señores ministros que debe nombrar el señor presidente ó gobernador del Consejo (*c*), y para ello se le presenta memorial por cualquiera de las partes del pleito espresando las calidades y circunstancias de él, y que habiéndose visto tal dia por los señores de tal Sala salió en discordia, concluyendo con la súplica de que para que se dirima, se sirva nombrar los tres señores ministros que fuesen de su agrado conforme á lo dispuesto por el auto

(*a*) Auto acordado de 8 de Enero de 1745. (*b*) Real resolucion de S. M. de 8 de Setiembre de 1747 á consulta del Consejo de 12 de Agosto del mismo año. (*c*) Auto acordado citado.

acordado el nombramiento se pone al margen del memorial, el cual se pasa original por la secretaría de la presidencia á la escribanía de Cámara originaria del pleito, y por ésta los avisos correspondientes á los señores nombrados, y el espediente al relator; en cuyo estado puede cualquiera de las partes pedir señalamiento de dia para que lo vean los señores nombrados á quienes se hace presente, y con el señalamiento se practica lo mismo que con el anterior.

48 »Como los jueces nombrados suelen ser de distintas Salas, se hacen estas vistas despues de la audiencia en una de las del Consejo, y en teniéndolo visto, se debe presentar otro pedimento solicitando señalamiento de dia para el voto, del cual se dá cuenta en la Sala de tenutas á la primera hora de audiencia, y señalado dia se pasa el aviso correspondiente á los señores ministros que lo vieron y no se hallaron al señalamiento, y despues se lleva al relator."

49 »En el dia señalado se juntan en la Sala de Mil y Quinientas, y se procede á su votacion y sentencia que estiende el relator en papel del sello cuarto á lo ancho (*a*)."

50 De esta sentencia no hay recurso ni suplicacion alguna, por lo cual no se notifica á las partes, y si se confirma la de revista de la chancillería ó audiencia, se devuelven á ella los autos para que haga despachar la ejecutoria, mas si se revoca, se quedan en el Consejo, y éste la espide (*b*).

51 Hemos hablado en todo este capítulo del recurso de segunda suplicacion, como que solamente se ventila y decide en el Supremo Consejo de Castilla, y en efecto siempre ha sido así, hasta que S. M. tuvo á bien mandar se admitiesen en el supremo Consejo de Guerra dicho recurso y el de injusticia notoria por su real cédula de 10 de Mayo de 1797, cuyo contenido es el siguiente. = Don Cárlos, &c. Las repetidas instancias que se me hacen solicitando que se habran las ejecutorias de mi Consejo de la Guerra, son efecto en la mayor parte de no tener mis amados vasallos el uso del recurso de la segunda suplicacion á mi Real Persona en causas que siguen en él, y en que conforme á las disposiciones de derecho podia tener lugar; y de carecer del

(*a*) Esto se ha tomado de Escolano, buen testigo en la materia. Véanse las páginas 100, 101, 103 y 104, tom. 2 de su Práctica. (*b*) Auto acordado de 24 de Marzo de 1773.

de injusticia notoria, ya por ser supremo aquel tribunal, y ya tambien porque los de la jurisdiccion militar en las provincias no tienen el grado de revista como mis chancillerías y audiencias reales. Deseando conciliar la autoridad suprema que tengo confiada á dicho mi Consejo, y de cuyo desempeño estoy enteramente satisfecho, con el bien de mis vasallos que está muy interesado en que sean juzgados segun el órden de las leyes que despues de muchos años y repetidas esperiencias han hallado justo el que los dos espresados recursos sean los medios regulares con que puedan abrirse las ejecuturias, procurando contener la frecuencia inmoderada de ellos por medio de penas establecidas á este fin, he resuelto que desde hoy en adelante haya lugar en mi Consejo de la Guerra al grado de segunda suplicacion en las causas empezadas en él y en cualquiera de sus Salas ó en ambas juntas, en los casos en que tiene lugar segun las leyes y autos acordados, y en el modo y forma que se espresará.

He resuelto asimismo que de las sentencias de la Sala de justicia del propio Consejo de la Guerra haya lugar al recurso de injusticia notoria en los casos que lo permiten las leyes del reino y autos acordados; y por cuanto la particular constitucion de este tribunal exige ciertas consideraciones y prevenciones que son necesarias para acomodar á él uno y otro recurso, he determinado se observen las que contienen los artículos siguientes.

I. Se han de nombrar por mí para cada caso los nueve ministros togados que son precisos para la vista de los pleitos en grado de segunda suplicacion en las sentencias difinitivas ó artículos que tengan fuerza de tales, bastando solo cinco de los nueve para votarlos, si visto por este último número antes de votarse se hubiese muerto, impedido ó ausentado de estos reinos alguno ó algunos de ellos.

II. A dichos ministros togados ha de presidir con voto el que siga en antigüedad al que en el dia que se junten, asista á la Sala de gobierno como decano, ó haciendo sus veces, con tal de que sea de las clases que pueden presidir en este Consejo, y que no haya sido juez en el pleito en ningun grado; pues si lo hubiere sido, deberá presidir el que le siga en antigüedad y sea de dichas clases; y si en ellas no se encontrase alguno que no haya sido juez, se avisará al mas antiguo que pueda presidir, inclusos los consejeros natos; y en el caso que aun asi no se

encontrare alguno que no hubiere sido juez, se me hará presente para que Yo nombre el General que me parezca.

III. Si despues de visto el pleito antes de votarse hubiese muerto, estuviese impedido, ó se hubiese ausentado de estos reinos el individuo del Consejo que presidió la vista, asistirá para la votacion el que corresponda segun el órden propuesto en el artículo anterior; pero no tendrá voto para no dilatar mas estos negocios.

IV. El grado de segunda suplicacion se ha de introducir en la Sala ó Salas donde estuviere radicado el pleito, y con audiencia de mi fiscal togado se concederá ó negará el testimonio correspondiente para presentarse á mi Real Persona.

V. Luego que se me presente dicho documento, y se obtenga mi real resolucion en la forma acostumbrada, se recurrirá con todo á mi secretario de estado, y del despacho universal de la Guerra, solicitando por medio de un memorial que se despache la cédula regular de nombramiento y comision de ministros togados; lo que, despues de que se me dé cuenta de esta pretension y Yo los nombre, se ejecutará asi, teniendo presente la que en iguales casos despacha mi real Cámara de Castilla.

VI. En presentándose en el Consejo de la Guerra dicha cédula, el decano ó el que haga sus funciones, ha de convocar los nombrados señalándoles el dia para que concurran á la Sala que en el Consejo se destinará á este fin, y á la hora en que dá principio este tribunal.

VII. Una vez que se junten dichos ministros, han de empezar á ejercer su jurisdiccion, de modo que ya el togado mas antiguo sea quien cite para todos los casos y ocasiones en que deben juntarse.

VIII. En cualquiera ocasion que se junten, el togado mas antiguo pasará aviso á la Sala de Gobierno para que vaya á presidir el que deba, por el órden propuesto en el artículo II, á no ser que haya quedado enteramente ligado á la vista del pleito algun otro que ya hubiere presidido; pues entonces éste será el que continue, mientras subsista dicho motivo.

IX. Para que no se embaracen muchos ministros en todo lo que sea de pura sustanciacion, el escribano de Cámara se entenderá por lo tocante á ello con el togado mas antiguo de

los nombrados, quien proveerá lo conveniente, y en lo que sea preciso, convocará á los demas ministros, y procederá en la forma dicha.

X. Siempre que el Consejo de Guerra negase el testimonio que pidan las partes para presentárseme en el grado de segunda suplicacion, ó desestimase éste se ha de poder recurrir sobre el particular á mi Real Persona por mi secretaría de estado y del despacho de la guerra; y para su decision nombraré nueve ministros togados que serán presididos por los que en el Consejo pueden presidir, y por el órden y términos ya prevenidos, comunicándolo por órden al secretario del tribunal, y procediéndose en cuanto á la primera convocacion y demas en los mismos términos que si estuviera admitido el grado.

XI. En el caso que alguna parte, estando ya admitido el grado, recurriese á mi Real Persona solicitando se le reciban nuevos documentos, remitiré la instancia á los ministros nombrados para que hagan el uso que tengan por conveniente, ó á su consulta resolveré lo que sea mas justo, juntándose para evacuarla en la forma referida; y las órdenes necesarias se comunicarán al secretario de mi Consejo de la Guerra, quien las pasará al mas antiguo togado de los nombrados para que las dé curso.

XII. Si discordaren los ministros que hayan de votar dicho recurso de segunda suplicacion, se pasará aviso de ello al secretario de dicho mi Consejo, y éste dará cuenta al de estado y del despacho universal de la Guerra, para que Yo nombre tres ministros togados que diriman la discordia, lo que se avisará por órden al referido secretario del Consejo; y publicada en él, el decano ó el que haga sus funciones les pasará el aviso competente, y el mas antiguo togado de los tres nombrados hará el señalamiento de dia y hora que nunca deberá ser fuera de las del Consejo, para que luego que estén juntos, pase el aviso correspondiente á la Sala de gobierno, á fin de que vaya á presidir el que deba segun el órden propuesto; pero será sin voto, por ser bastante el que tendrá en la decision de la discordia el que haya presidido cuando se causó.

XIII. El recurso de injusticia notoria se ha de introducir en el mismo Consejo de la Guerra y en la Sala de gobierno, don-

de haciéndose depósito de los quinientos ducados de vellon, ó afianzando, ó haciendo caucion en su caso conforme á derecho, se dará aviso por el secretario á la Sala de justicia, para que pase el proceso original á la de gobierno con su informe; y hecho se dará cuenta por dicho secretario, y por conducto del de estado y del despacho de la guerra, con espresion del togado ó togados del mismo Consejo que no hayan sido jueces de ella en ningun grado, sin contar con mi fiscal togado, y en su vista nombrare Yo los de fuera que con ellos sean precisos hasta componer el número de cuatro, los cuales serán presididos con voto por el que en el dia que se haya de ver, siga al que sea decano ó ejerza sus funciones, con tal de que sea de las clases que pueden presidir, y no haya sido juez de la causa en ningun grado, en cuyo caso presidirá el que le siga en los términos propuestos para el grado de segunda suplicacion.

XIV. Luego que por Mí sean nombrados los jueces togados que van referidos, se comunicará al Consejo de Guerra la órden que asi lo manifieste; y el decano ó el que haga sus funciones, hará la primera convocacion, y las restantes el mas antiguo togado, quien siempre que se junte con los demas para el intento, pasará los avisos correspondientes á la Sala de Gobierno prevenidos en el artículo VIII, y se procederá en cuanto á la presidencia en los términos que en él se espresan y van espuestos.

XV. Si hubiere discordia en la determinacion de estos recursos de injusticia notoria, nombraré tambien tres ministros que la diriman, y se procederá en los mismos términos que comprende el artículo XII.

XVI. En las causas de comercio que se hayan seguido en los consulados del reino y vengan en apelacion al Consejo de la Guerra, por ser de estrangeros transeuntes en el caso que está prevenido por mi augusto Padre y Señor en su real resolucion de 21 de Octubre de 1785, si quisiesen usar de este recurso, ha de ser depositando mil ducados de vellon conforme á lo mandado tambien por el mismo mi Padre y Señor (que está en gloria) en su real cédula de 12 de Agosto de 1773.

XVII. La parte que toca á mi Real Cámara del depósito de los mil ducados, del de los quinientos en su caso, y de las mil y quinientas doblas en el grado de segunda suplicacion, se

§. XIII.

De los testamentarios.

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

199 No puede ser albacea, regularmente hablando, el que tiene prohibicion de testar, y asi estan privados de serlo el loco, mudo y sordo enteramente por naturaleza, ó por accidente; el ciego tambien enteramente, el alevoso, herege y traidor declarados, el siervo, el judío (*), el infiel, el religioso profeso sin licencia espresa de su prelado, ni los de san Francisco, aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los albaceas, pues esto no les está prohibido (*d*). Tampoco puede serlo la muger segun una ley del Fuero Real (*e*), porque el albaceazgo es oficio de varones; mas por costumbre inconcusa y generalmente observada se le permite que lo sea (*f*). Igualmente puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho (*g*) ser procurador en cualquier negocio estrajudicial, y asi en cumpliéndolos no se le escluye de este encargo, mayormente cuando por costumbre se le tolera como á la

(*a*) Prom. y ley 1 t. 12 P. 6. Carp. lib. y cap. 1 de Executorib. & commisser. Testamentor. n. 36. (*b*) Ferrar. Bib. verb. Testamentum, art. 3 n. 80. Carp. lug. cit. cap. 2. (*c*) Cap. 2 §. 1 de Testamento in 6. (*d*) Cap. cit. §. 1 de Offic. jud. delegat.

(*) En la real ced. de 8 de Junio de 1803 se manda que no se permita desembarcar á ningun judío sin proceder aviso al Tribunal de la Inquisicion, ó Ministro suyo, para que pueda velar siempre su conducta.

(*e*) Ley 8 t. 5 lib. 3 del Fuero Real cap. 3 de Testam. in 6, Clement. Religiosis, de Testam. Clement. Esivi, §. Verum etiam de Verbor. signific. y §. Verum tamen al fin. (*f*) La 8 t. 5 lib. 3. (*g*) Marienze ley 5 t. 4 lib. 5 R. gios. 8 n. 5. (*h*) Ley 19 al fin t. 5 P. 3, cap. 4, §. 10, de Procurat. in 6.

ha de aplicar á mi real fisco de la Guerra; en cuya depositaría se harán los depósitos, debiendo ser parte formal mi fiscal togado por razon de esta cantidad, teniéndose presente el auto acordado 8, tit. 20 lib. 4.

XVIII. Ultimamente en todo lo que aqui no va espresado, se ha de proceder con arreglo á las leyes del reino, autos acordados, órdenes del asunto y práctica recibida.

52. Pero sin embargo el Consejo real de las órdenes no ha podido obtener la misma gracia que el Supremo Consejo de Guerra, segun se espresa en la real cédula de 8 de Abril de 1802 que dice: = Don Cárlos, &c. Ya sabeis, que por mi real pragmática espedida en diez y ocho de Abril de mil setecientos noventa y dos, tuve á bien autorizar al Consejo de las órdenes para que reviese sus sentencias en grado de súplica, reservando á las partes su derecho para que pudieran interponer el recurso de segunda suplicacion á mi Real Persona en los casos en que conforme á las disposiciones de derecho tiene lugar, y está determinado por las leyes y autos acordados de estos mis reinos; quedando en su consecuencia suprimida la junta de comisiones que estaba establecida únicamente para este efecto; y por real cédula de seis de Marzo de mil setecientos noventa y cinco vine en declarar por punto general que lo dispuesto en la citada pragmática, debia entenderse sin perjuicio del derecho que tienen mis vasallos que están en el territorio de las órdenes de introducir, siempre que se sintieren agraviados, los recursos de injusticia notoria, y que éstos debian determinarse conforme á lo prevenido por las leyes del reino y autos acordados en el mi Consejo de Castilla. Comunicada al de órdenes ésta mi real resolucion, me representó en trece de Julio del mismo año lo que tuvo por conveniente, para que reformando la espresada real cédula, me sirviese declarar, que en los casos en que haya lugar á los recursos de sentencias y determinaciones de revista de él, no se admitan en el de Castilla, sino que las partes acudan á mi Real Persona, á fin de que señale el número de ministros, ante los cuales, y en las mismas Salas de aquel Consejo, se instauren semejantes recursos, asociando, si fuere necesario, algunos de otros tribunales. Y habiéndose examinado el asunto de mi real órden en el mi Consejo pleno, con presencia de los antecedentes de él, y de lo que con inteligencia de todo espusieron

mis tres fiscales, me manifestó su dictámen en consulta de veinte y ocho de Enero de este año, y por mi Real resolucion á ella, conformándome con él, he venido en mandar se observe lo dispuesto en mi espresada Real cédula de seis de Marzo de mil setecientos noventa y cinco; y declarar, que la reserva al mi Consejo de los juicios de injusticia notoria que se contiene en ella, es estensiva tambien á los de segunda suplicacion que promuevan las partes de las sentencias de revista, para que se habilitó al Consejo de las Ordenes en la pragmática de diez y ocho de Abril de mil setecientos noventa y dos.

§. FINAL.

FORMULARIO CORRESPONDIENTE Á ESTE CAPÍTULO.

Pedimento presentándose en grado de segunda suplicacion.

53 M. P. S. F. en nombre de N. en los autos que sigue con D. sobre tal cosa, ante V. A. me presento en grado de segunda suplicacion para ante la Real Persona de V. A. con la fianza de las mil y quinientas doblas, ó como mas haya lugar en derecho, de la sentencia de revista que han pronunciado en estos autos el Presidente y algunos de vuestros oidores de la real chancillería de Valladolid en tantos, declarando esto ó lo otro, como mas circunstanciadamente se espresa en ella, y = digo: que la referida sentencia, hablando con la modestia judicial que corresponde, es nula, muy perjudicial á mi parte por lo que se siente agraviada de ella, y como tal digna de revocarse, suplicarse y enmendarse, mandando tal ó tal cosa; pues asi es de hacerse por lo que resulta de autos, y se va á esponer (*Se alega*). Por tanto, = A V. A. suplico, que habiéndome por presentado en este grado de segunda suplicacion, se sirva proveer, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia, &c.

Otrosí: presento poder especial para seguir esta instancia con la obligacion y fianza de pagar las mil y quinientas doblas conforme á la ley de Segovia, con informacion de abono y aprobacion de la justicia para el caso de que la espresada sentencia se confirme: en cuya atencion = Á V. A. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar que el presente escribano de cámara los reciba, y dé á mi parte el correspondiente testimonio para poder presentarse ante la Real Persona de V. A. Pido como antes. = *Auto.* = A lo principal traslado, y al otrosí, como se pide.

Notificacion á S. M.

54 Estando en el palacio del Real sitio de tal, á tantos de tal mes y año, yo N. escribano de S. M. publico en sus reinos, precedidas las ceremo-

(*) Se habla de ella en el n. 29.

nias, oficios y formalidades que se requieren y son necesarias para semejantes actos, habiéndome franqueado la entrada en el cuarto del Rey nuestro Señor don Carlos IV con la mas reverente veneracion y respeto hice notoria á la persona de S. M (que Dios guarde) la segunda suplicacion y recurso introducido por parte de D. N. en el pleito que se refiere en la certificacion antecedente dada por D. N. y enterado de todo S. M. se dignó responder lo oia, hallándose presentes como testigos los escelentísimos señores duques de tal (*se nombran tres*) y otros diferentes Señores, en fe de lo cual yo el escribano lo signo y firmo.

Real cédula de comision.

55 Don Cárlos, &c. gobernador y los de mi Consejo, sabed que se ha tratado pleito en mi real chancilleria ó audiencia de tal entre partes, de la una, &c. y de la otra &c. sobre &c. y de la sentencia de revista dada en dicho pleito, se suplicó por el referido D. N. para ante mí con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas de oro de cabeza que la ley de Segovia y su declaracion dispone, y se presentó ante mí pidiéndome mandase nombrar jueces que viesen el citado pleito en grado de segunda suplicacion, ó como la mi merced fuese, y yo he tenido por bien. Y confiado en vosotros que hareis justicia á las partes, mi voluntad es de encomendaros y cometeros este negocio, como por la presente os le encomiendo y cometo, y os mando veais el proceso de dicho pleito en grado de segunda suplicacion; y al tenor y forma de la referida ley de Segovia y declaracion de ella le libreis y determineis como en justicia debais; para lo que os doy poder cumplido en forma con todas sus incidencias y dependencias, anexidades y conexidades, que asi es mi voluntad. Dado en &c.

Despacho para la remision de los autos al Consejo.

56 Don Cárlos, &c. Á vos el escribano de Cámara de la nuestra chancilleria ó audiencia, &c. por ante quien ha pasado el pleito de que en esta nuestra carta se hará mencion, salud y gracia: ya sabeis que ante el regente y oidores de esa nuestra audiencia se ha seguido pleito entre partes, de la una, &c. sobre, &c. y lo demas contenido en dicho pleito; y de la sentencia de revista que ha dado en él la referida nuestra audiencia suplicó segunda vez para ante N. R. y D. con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas de oro de cabeza que la ley de Segovia y su declaracion disponen, D. N. quien se presentó ante Nos en dicho grado, y fuimos servidos cometerla á los del nuestro Consejo para su determinacion, á cuyo fin R. procurador, en su nombre nos suplicó fuesemos servidos mandar despachar nuestra real provision para que remitieseis al nuestro Consejo los espresados autos originales, y se citase a las partes en la forma ordinaria. Y visto por los de nuestro Consejo por decreto que proveyeron en... de este mes se acordó espedir esta nuestra Carta, por la cual os mandamos que dentro de los ocho dias primeros siguientes de como con ella fuereis requeridos, remitais o hagais remitir ante Nos y á poder de don N. nuestro secretario, todos los autos originales formados en razon del pleito de que va hecha mencion, íntegramente y sin que les falte cosa alguna, lo que ejecutareis á costa del referido D. N. para que vistos y reconocidos se determinen conforme á jus-

ticia en dicho grado. Que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid, &c.

Sentencia en grado de segunda suplicacion.

57 En el pleito que por especial comision de S. M. ha pendido ante nos en grado de segunda suplicacion, interpuesto por N. de la sentencia de revista dada por el presidente ó regente y oidores de la chancillería y audiencia de &c. en el pleito que litigó en ella con N. y N. sobre tal cosa, y lo demas contenido en dicho pleito, &c. Visto, &c. Fallamos que debemos confirmar y confirmamos la referida sentencia de revista pronunciada en dicho pleito por algunos de los oidores de la chancillería ó audiencia de tal parte en tantos de tal mes y año, por la cual se declaró, &c. y en su consecuencia debemos condenar y condenamos al citado N. en la pérdida de las mil y quinientas doblas, las que se distribuyan conforme á la ley; y mandamos que á costa del referido N. se devuelvan los autos originales á dicha audiencia para que se libre por ella la correspondiente ejecutoria, y por esta nuestra sentencia en grado de segunda suplicacion asi lo pronunciamos, mandamos y firmamos. = La firman todos los Señores, y despues el relator la entrega al escribano de Cámara originario, quien la lee en el Salon del Consejo y estiende la diligencia de publicacion en esta forma.: "Dada y pronunciada fue la sentencia antecedente por los señores del Consejo de S. M. que la firmaron en Madrid á tantos de tal mes y año, de que certifico yo don N. &c."

APÉNDICE.

58 Como en los pleitos ó instancias que se siguen en el Consejo se imprimen muchas veces los apuntamientos y escriben asimismo las partes en derecho, se insertará en este lugar lo que se practica en tales casos y refiere Escolano en este capítulo de segunda suplicacion (*).

59 Sacado el apuntamiento "si las partes quisieren que se coteje y compruebe con su citacion y asistencia, y que se imprima, lo piden juntas, bajo de un pedimento estando conformes, y cuando no, solo lo que le acomode; de cuya peticion se da cuenta en la misma Sala, y si se defiere á esta solicitud (que es regular) se notifica á las partes y pasa este decreto al relator, por quien á su continuacion se pone el señalamiento de dia para hacer dicho cotejo, y lo entrega en la escribanía de Cámara para que por el de diligencias de la misma se haga saber á las partes, y ejecutado se devuelve al relator."

60 "Si alguna de las partes ó todas quisiesen que se escriba en derecho, lo pretenden por medio de pedimento, el que se hace presente en el mismo dia del señalamiento antes de empezarse la relacion de pleito; y si no se acaba en aquel dia, se debe poner por el relator un auto en que diga: empezado á ver por los señores del margen. Madrid, &c. y lo firma; y lo mismo debe practicar en cada uno de los dias que se continúa, y el en que se concluye la vista, todo á continuacion del decreto de señalamiento para que siempre conste."

61 "Si se defiere á la licencia de escribir en derecho se pone por relator el auto siguiente: = Visto, y se concede licencia para que las partes

(*) Tom. 2 págs. 101 y 102.

escriban en derecho con arreglo al auto acordado y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dése cuenta para señalar dia en que se vote este negocio. Madrid, &c."

62 "Este auto se notifica inmediatamente á los procuradores de las partes para que corra el término, y no se pueden imprimir los papeles sin licencia del Consejo; reconociéndose primero por el ministro que señalare (*) para evitar que contengan sátiras y cláusulas denigrativas contra el honor y estimacion de alguna persona (**), y se presenta por la parte solicitando dicha licencia: esta instancia se despacha en la Sala ordinaria de Mil y quinientas, y se manda que informe el relator, y no resultando reparo se concede licencia para la impresion; si por este informe no aparece reparo alguno, se da la certificacion en esta forma."

63 "D. N. Secretario de Cámara, &c. Certifico: que por los señores del Consejo se ha concedido licencia á D. N. para la impresion del papel en derecho que ha escrito, y se le devuelve firmado y rubricado de mi mano, para el pleito que litiga con D. N. sobre tal cosa, con tal de que en cuanto al número de pliegos, letra y papel se arregle á lo prevenido en el auto acordado, y á el en que se dió permiso para escribir en derecho en dicho pleito. Y para que conste, doy esta certificacion en Madrid."

64 "Luego que los papeles estan impresos y puestos en poder del relaror, éste los reconoce prolijamente para ver si los hechos que en ellos se citan estan conformes ó no al memorial ajustado y á los autos; y hallando conformidad y exactitud en ellos, pone al fin de cada alegacion en derecho una nota ó certificacion en esta forma: *está conforme á los hechos*, y lo rubrica."

65 "Pero si advierte que los hechos citados en algun papel en derecho estan alterados, diminutos ó referidos con alguna cautela que los puedan hacer equívocos, ó varian en cualquier modo su integridad, pone al margen de cada uno de estos hechos una nota, en la cual refiere con brevedad el verdadero hecho, insinuando ligeramente el motivo para esta nota, en la que rubrica igualmente, y al fin del papel pone otra que sirve de informe de este modo: *Con las notas puestas al margen está conforme á los hechos*, y la rubrica, ejecutando lo mismo en todos los ejemplares que debe entregar á los señores ministros del pleito, acompañados del memorial ajustado, luego que se señale el dia para su voto."

66 "Despues de entregados los papeles en derecho al relator, como queda dicho, se pide y señala dia para el voto por las mismas tres Salas, aunque no se hallen en ella todos los señores que lo han visto, pues se les pasa luego aviso formal de ello."

(*) La práctica del dia en el Consejo es el mandar que estos papeles los reconozca é informe sobre ellos al relator que lo es del pleito.

(**) Real decreto de 12 de diciembre de 1749.

CAPITULO IV.

Del recurso de injusticia notoria en el Consejo.

1 ¿Empezaremos á tratar de este recurso formando, como lo han hecho otros autores nuestros, cierta especie de historia de su origen, progresos y estado actual? ¿No creemos que semejante historia nos interese, como nos interesa una historia natural, una historia de Física, una historia de Matemáticas, ó de otra cualquiera ciencia ó facultad? ¿Disputaremos estensamente y con un grande aparato de razones sobre si el recurso que se introduce en el Consejo, quejándose de las sentencias de las chancillerias y audiencias es de mera y simple injusticia, ó de injusticia notoria? Nosotros no dudamos de que esta controversia es en el dia enteramente inútil y supérflua. »Los que introducen este recurso, dice el Señor Conde de la Cañada (*a*), lo proponen siempre con las palabras espresivas de ser de injusticia notoria, y esta fórmula repetida con uniformidad en sus escritos demuestra por los principios indicados su constante inteligencia. El Consejo lo admite en el propio concepto, y como que el fundamento de él es la misma injusticia notoria que motiva la parte que litiga, y con el mismo propósito procede á examinar los autos del proceso y dar su sentencia.

2 »El recurso por solo este título, añade el mismo autor (*b*), sin unirle el de injusticia notoria, comprende como único fundamento la misma injusticia notoria, sin que su aplicacion ó declaracion obre efecto alguno esencial en cuanto á este requisito, sí solo el estrinseco de manifestar y poner en claro lo que se contenia en el nombre ó voz de *recurso*. Prueban esta proposicion las consideraciones siguientes: primera, que éste es un remedio estraordinario introducido por equidad en los casos en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion, y ha de tener necesariamente alguna particular circunstancia que lo justifique, y ésta no puede ser otra que la iniquidad ó injusticia notoria y la opresion que reclama. De otro modo seria igual este recurso en

(*a*) Instit. Pract. part. 3, cap. 5, nn. 35 y 36. (*b*) Lugar cit. n. 38.

el conocimiento y determinacion con los medios ordinarios de la apelacion y suplicacion, pues tambien se busca en ellos la injusticia de las sentencias que los motivan. Si la ley prohibe las apelaciones y suplicaciones, porque sean tres conformes, ó por la escelencia de los jueces que han dado las de vista y revista, y entrase el recurso con el mismo efecto en su conocimiento y decision, vendria á permitirse por este medio estraordinario lo que está prohibido por las vias comunes de apelaciones y súplicas, dilatando con la ampliacion de estos recursos el fin de los pleitos con daño de la causa pública, lo cual resisten poderosamente otras leyes."

3 Los autos acordados 6, 7 y 10, tit. 20, lib. 4 son los que hablan del presente recurso, y que convendrá insertar á la letra. = Auto 6 que es de Felipe V. en Madrid á consulta del Consejo de 17 de Febrero de 1700. »No se admita en Sala de Gobierno recurso alguno de pleitos que esten pendientes en las chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reinos toque privativamente en el grado de segunda suplicacion á la Sala de Mil y Quinientas; y en los demas pleitos tampoco se admitan dichos recursos, sin que primero proceda el depósito de la parte que le intentare de 50@ maravedís, ó que dé fianza lega, llana y abonada hasta en esta cantidad, en la cual desde luego se le condena en caso de que el Consejo con vista de los autos reconociere haberse valido las partes del remedio del recurso sin verificarse por él las causas y motivos que la justifiquen, quedando al arbitrio regulado de los jueces el aumento de la condenacion de 50@ maravedís que le pareciere corresponder á las circunstancias de malicia ó fraude de los litigantes, ó calidad de los pleitos, aplicándose dicha condenacion por tercias partes, una para la Cámara de su Magestad, otra para los jueces de la chancillería ó audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentare; quedando libre del depósito ó fianza los pobres que como tales litigaren, cumpliendo con la de hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en el Consejo, chancillería ú audiencia donde litigaren; lo cual se ejecutará inviolablemente."

4 Auto 7 que es del mismo Soberano á consulta de 24 de Abril de 1703. »Por auto de 17 de Febrero de 1700 consultado con mi Real Persona se declaró la forma y casos en que se habian de admitir en el Consejo los recursos de las determinacio-

nes de las chancillerías y audiencias en todo género de negocios; y que para ellos precediese depósito de 50∂ maravedís ó fianza segura de ellos que habia de hacer la parte que le intentase con aplicacion que dicho auto refiere en caso de ser condenado en esta cantidad, quedando al arbitrio de los jueces el aumento de la condenacion á proporcion de la malicia ó fraude de los litigantes ó calidad de los pleitos, y que los pobres que litigasen como tales cumpliesen con hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en el Consejo ó en la chancillería ó audiencia donde se litigasen; y cuando se esperaba que tan justa providencia embarazaria los perjuicios y cesaria la frecuencia de los recursos menos justificados, se esperimentan mas continuos y maliciosos, sin que la pena de los 50∂ maravedís del depósito, ni la conminacion de la arbitraria que quedaba á los jueces, haya sido bastante para contener y arreglar á los litigantes que por fines particulares los introducen, resultando tambien (sobre las crecidas costas y gastos que hacen en venir á esta córte en su seguimiento) el embarazo que dan al Consejo, ocupandole el tiempo que tiene destinado para la espedicion de las dependencias y negocios de la mayor gravedad é importancia que por dotacion estan á su cuidado, no siendo menos reparable la nota de los tribunales superiores que han determinado los pleitos de que se introducen los recursos; y para ocurrir á todo, habiéndolo consultado conmigo, mandaron que de aqui adelante no se admitan en Sala de gobierno recursos algunos de pleitos que esten pendientes en las chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reinos toque privativamente el grado de segunda suplicacion, y por ella á la Sala de Mil y Quinientas."

I. »No se admita recurso de determinaciones que se hayan dado en los juicios posesorios de cualquier calidad y entidad que sean."

II. »Tampoco se han de admitir los dichos recursos de sentencias de vistas mandadas ejecutar sin embargo de suplicacion, sin que las partes que los intentaren introducir, justifiquen en el Consejo haber pedido licencia para suplicar de las tales sentencias, y que no se les concedió."

III. »No se ha de admitir asimismo recurso de los autos interlocutorios que se dieren en los pleitos que sean capaces de

él, sino en los casos de contener daño, cual no se pueda reparar en difinitiva."

IV "Los abogados que firmaren las peticiones de los recursos, que conforme á lo prevenido en este auto se admitieren en el Consejo, en inteligencia de que la relacion de ellas es veridica, y que vienen asistidos de las circunstancias y causas que los pueden hacer justificados, y los que entraren á defenderlos, sean multados en la cantidad que pareciese justa á los jueces que los determinaren, si por los autos de ellos se hallare lo contrario."

V "Para la introduccion de los dichos recursos preceda depósito de 500 ducados de vellon, ó fianza lega, llana y abonada hasta en esta cantidad de la parte que lo introdujere, que ha de recibir por su cuenta y riesgo el escribano ante quien se otorgase, en que desde luego se le condena, en caso de que el Consejo, con vista de los autos, reconozca haberse valido las partes del remedio del recurso sin verificarse por él las causas y motivos que le justifiquen; y dicha condenacion se aplica por tercias partes, la una para la Cámara de su Magestad, otra para los jueces de la chancillería ó audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentáre, quedando libres de las obligaciones del depósito ó fianza los pobres que como tales hubieren litigado y lo justificaren en el Consejo, cumpliendo con la de hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en la chancillería ó audiencia donde litigaren, que es la misma forma en que por el referido acto de 17 de Febrero estan aplicados los 500 maravedís, y en estos casos se mandará por el Consejo traer copia de los autos, y con ellos se ha de pasar por la Sala de gobierno á quien privativamente toca la determinacion del recurso, sin que de la que se diere, pueda haber suplicacion ni revista; todo lo cual se guarde inviolablemente."

5 Auto 10, que es tambien del mismo Monarca en el Pardo á 12 de enero de 1740, á consulta de 3 de Agosto de 1739. "Admítanse por punto general los grados de segunda suplicacion que se interpusiesen á la Real Persona de las sentencias que causasen ejecutoria en la audiencia de Cataluña, sean ó no conformes, segun está resuelto y declarado para con los demas de la Corona de Aragon en los casos en que segun la ley de Segovia y sus declaratoria se puede introducir y debe admitirse; y en los que no

hubiere lugar á este remedio conforme á dicha ley, quede libre y salvo á las partes el recurso de injusticia notoria (*) de dichas sentencias al Consejo segun su auto acordado, y como se practica en todos los tribunales de estos reinos."

6 En órden al recurso de injusticia notoria de las sentencias que pronunciasen los tribunales de estos reinos subalternos del Consejo de Indias y los establecidos en ellas, he aqui lo que dispone una real cédula de 24 de febrero de 1712. »Reconociendo el Consejo el abuso con que los litigantes siguen sus pleitos en las audiencias y tribunales de los reinos del Perú y Nueva-España, introduciendo recursos de las determinaciones que por ellos se dan en todo género de negocios, faltando las mas veces las circunstancias que pudieran hacerles justificables, y que esto es en perjuicio de los litigantes, de la causa pública y desautoridad de los tribunales subalternos del Consejo, y el medio por el cual se embaraza la pronta espedicion de los negocios: ha resuelto S. M. que cualesquiera persona ó personas que intentaren el recurso estraordinario de nulidad ó injusticia notoria para el Consejo de los autos que tuvieren fuerza de difinitivos, ó de las sentencias ejecutadas por los tribunales subalternos de estos reinos y de los de las Indias, solo por el hecho de pedir en él provision para que se traigan estos autos, ó de presentarlos con efecto, haya de depositar ántes la parte que lo intentáre, ó dar fianza lega, llana y abonada á satisfaccion del oficio y escribano de cámara del Consejo, y por cuenta y riesgo de éste, 500 ducados de vellon siendo el recurso de cualesquiera de los tribunales de estos dichos reinos subalternos del Consejo, y si de los de Indias, mil pesos, escudos de plata, sin que sin esta circunstancia no pueda pedir el Consejo los autos ni admitir los que se le presentaren; cuya cantidad depositada ú afianzada, si las sentencias de que se hubiere intentado la nulidad ó recurso de injusticia notoria, fuesen revocadas por el Consejo, se le devuelva á la parte que la depositáre; pero siendo confirmadas, se aplique en pena de la temeraria accion que intentaren por terceras partes, la una para la cámara, la otra para los jueces del tribunal de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se hubiese intentado, esceptuándose solo de

(*) El no encontrarse estas palabras en los autos anteriores ha motivado la disputa indicada en el núm. antecedente.

muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la primera de Toro. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el testamento, porque á mas de no estarle prohibido, no se le origina otra cosa que trabajo y responsabilidad de cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su comision, por lo que no se le debe hacer cargo de haberle desempeñado, como algunos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican. Pero si se le sigue comodidad, no podrá serlo, y se tendrá por no escrito escepto en algunos casos.

200 Los egecutores de últimas voluntades son de tres clases como los tutores; á saber: *legítimos, testamentarios y dativos*: los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador: los testamentarios son los que éste elige en su testamento ó en otra disposicion última; y los dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado en caso que el electo en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dativos se dividen en *universales y particulares*: los universales son los electos para evacuar en un todo la voluntad del testador y distribuir todos sus bienes entre pobres, ó en otras obras pias ó profanas; y los particulares son los que aquel nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados, ú otra cosa particular. Ninguno de estos, generalmente hablando, puede ser compelido á admitir ó desempeñar el albaceazgo, pero una vez aceptado espresa ó tácitamente tiene obligacion de evacuarle; y no puede conmutar lo dejado á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente; á menos que se haga con autoridad del Papa ó del Príncipe por causa justa y necesaria (*a*).

201 En tres casos pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero, ó al que los tenga en su poder, si reusan entregarlos. El primero es, cuando la manda se deja para obras pias, ó para remediar y socorrer huérfanos, u otras cualesquiera personas: el segundo, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos; y el tercero, cuando les confiere facultad ámplia para pedir judicial y estrajudicialmente sus bienes y

(*a*) Cap. 3 de Test. cap. 4, causa 13, quæst. 2. Clement. 2 de Relig. domib. cap. 15 de Foro, comp. Conc. Trid. Sess. 22, c. 6, de Reformat.

esta obligacion y fianza los pobres que como tales hubiesen litigado y lo justificaren en el Consejo, que estos cumplen con hacer caucion juratoria, con mas la condenacion ó multa que pareciere imponer en vista de los autos de los recursos, su gravedad y circunstancias á arbitrio del Consejo; y no se puedan admitir estos recursos de las determinaciones que se hubieren dado en los juicios posesorios de cualesquiera cantidad ó entidad que sean, ni de los pleitos pendientes en las audiencias de Indias, cuya última determinacion toque privativamente por especiales leyes de aquellos reinos al grado de segunda suplicacion, ni de sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo, no justificando antes las partes en el Consejo pidieron licencia para suplicar y no se les concedió, y que los abogados que firmaron las peticiones de los recursos que conforme á lo prevenido se admitieren en el Consejo, en inteligencia que la relacion es verídica; y que viene asistida de las circunstancias y causas que los pueden hacer justificados, y los que entrasen á defenderlos sean multados en la cantidad que pareciere justa á los jueces que los determinasen, si por los autos se hallare lo contrario; y las determinaciones que el Consejo diere en estos recursos se han de ejecutar, sin que de ellas pueda haber suplicacion ni otro algun remedio."

7 Sobre cuál sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre, veo una grande variedad y discordia entre los letrados, entre los jueces y entre los AA. El señor Elizondo, autor que por querer ser elocuente escribió con mal estilo, y en un lenguaje hinchado, oscuro y lleno de impropiedades, dice (*a*) »llamarse injusticia notoria aquella que no padece ofuscacion alguna y equipararse la nulidad; pero en tanto grado que es mas fuerte y recomendable que todas las nulidades notorias; de modo que aunque se escluyan específicamente en cualesquiera rescriptos reales ó pontificios, jamas se entienden destruidas aquellas que proceden de la raiz de una notoria injusticia, si no se espresan con cláusulas precisas y categóricas."

8 »Por lo mismo entendemos deber ahora dar bajo solo un golpe de vista la idea mas cabal en lo posible de la que habrá de

(*a*) Práct. univ. for. tom. 6 part. 1 cap. 10 nn. 1 &c. y 8.

graduarse por verdadera y notoria injusticia, suponiendo la necesidad que tienen los jueces de arreglar sus decisiones á las leyes del reino ó fueros manifiestos que las gobiernan; de forma, que si abandonando éstas se condujesen para la determinacion de las causas por un espíritu de puro arbitrio y opuesto á la legislacion del reino, creemos cometerá notoria injusticia, por no ser otra cosa que aquella sentencia que notoria y manifiestamente obra contra ley ó derecho genuino; de tal forma, que ni éste pueda ocultarse ni admitirse tergiversacion ó disimulo.»

9 »De este principio deducimos, que la regla de que cualesquiera duda en la materia de que tratamos alcanza á constituir la causa en la clase de perpetua y oscura, desvaneciendo su notoria injusticia, no es tan genérica y abstracta que penda su aplicacion de cualesquiera juicio que se forme sobre la misma, capaz entonces á desarraigar de la simplicidad del foro toda injusticia notoria, y sí de una consideracion racional y jurídica en arbitrio del juez, pudiendo nosotros proponer por modelo único y perentorio en el asunto el caso de que habiendo una ley que mande cierta y determinada cosa, decrete el juez lo contrario á ella, hecha una sencilla confrontacion del establecimiento legislativo con el proceso, en el cual se dirá y juzgará entonces, interviene una rigorosa injusticia notoria, del mismo modo que cuando no se hubiese conformado el juez en la decision de la disputa con la inteligencia comun que hubiesen dado la ley del caso ó los tribunales superiores del reino adoptando sus ejecutorias, un sistema ó especie de legislacion en la materia, ó cuando la decision del juez incluye cosa contra el derecho natural, buenas costumbres, ó que no pueda lícitamente hacerse.»

10 Despues copia el mismo autor las leyes 1 tit. 21, y 3 tit. 26, Part. 3 que disponen, poniendo varios egemplos para mayor claridad, sean nulas las sentencias contra la naturaleza, contra las leyes ó fueros, y contra buenas costumbres; y añade: »El contesto de estas dos leyes afianza el juicio que formamos constantemente de decirse sentencia notoriamente injusta aquella cuya iniquidad aparece de sola la material lectura de los autos, ó por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido ó probado por las parte, ó cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho, esplíquese ó no el error en la misma decision."

11 El señor Conde de la Cañada se esplica (a) acerca del mismo punto en estos términos. »La mayor y casi insuperable dificultad á causa de no poder sujetarse á reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de la que se llama injusticia notoria, y en los medios por donde deben caminar los jueces para acrisolarla y asegurarse de ella con un juicio constante sin ninguna duda racional y probable.»

12 »A mí me parece que los jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autos en su inspeccion, sino que deben internarse de su exámen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara existencia, pues una vez asegurados los jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable á la decision del pleito, viniendo á convencerse de si la sentencia de revista fue ó no justa.»

13 "En este exámen se incluyen la prueba del proceso, ya sea de instrumentos ó de testigos, ó por confesion de los que litigan, cuando aquella no está clara; y en esto entran todas las disposiciones que tratan de la manera de prueba que es plena y concluyente, y de las que se eliden ó ponen en duda por diferentes medios; y seria un tratado muy difuso, si se descendiese á referir y probar los medios y modos por donde se justifican los hechos, cuyo discernimiento debe confiarse al justificado arbitrio de los jueces, especialmente al de los que han de determinar los recursos de injusticia notoria; pues aunque ésta puede serlo de tal modo que por las primeras nociones del proceso se perciba con toda evidencia, como sucede en los casos de faltar poder suficiente, de no ser citada ni emplazada la parte, y en otros que mas largamente refieren los autores; rara vez ocurre que se justifique y funde el recurso en las causas indicadas y los mas se refieren á los hechos probados, y hacen necesario su exámen para proceder á la aplicacion del derecho, ya sea espreso, ó ya se deduzca de su espíritu la decision ausiliada de la inteligencia que la han dado por comun consentimiento los autores y la observancia de los tribunales.»

14 »Yo he defendido y juzgado bastantes pleitos que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno

(a) Instit. Pract. part. 3 cap. 8 nn. 40, 41, 45, 46 y 47.

he hallado que las sentencias de las chancillerías y audiencias contenga una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caduque por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público que influye en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes, y cuando no las hay adaptables, recurrir á las razones que han admitido con uniformidad los autores."

15 »Si hubiese alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista y se confirma por los señores del Consejo; y la sentencia que entonces se da en él pone un sello perpetuo á las disputas y á los recursos del pleito, como se espresa al fin del citado auto acordado 7."

16 El señor don Simon de Viegas en su discurso sobre el foro (*a*) nos dice en culto y festivo lenguage: »Tampoco son muy afortunados los recursos de injusticia notoria, porque sobre la notoriedad se han escrito tales cosas, y hay tales opiniones que casi nos han frustrado este remedio de las leyes."

17 En primer lugar ignoro de dónde les ha venido á estos recursos el título de *injusticia notoria* que tan ominoso y de mal agüero ha sido para los que se ven en la necesidad de introducirlos; pues calificándoles por este nombre mas que por la naturaleza que reciben de las leyes que los han autorizado, pretenden que las sentencias de que se introducen, hayan de contener una injusticia tan notoria que convenza y aun ofenda la razon de los imperitos, y absolutamente escluya toda duda y escrúpulo aun del disputador mas temerario. Hay quien dice que *quævis offuscatio sufficit ad tollendam notorietatem* (*), que es lo mismo que decir, que nunca tiene lugar el recurso, porque yo por lo menos no conozco verdad tan afortunada que no haya tenido quien la contradiga."

18 »Aun cuando admitamos el título de *notoria* en toda la estension de su significado, jamas se le puede dar este sentido,

(*a*) Páginas 133 y siguientes.

(*) Cualquiera ofuscamiento ú oscuridad es suficiente para desvanecer la notoriedad.

porque *notorio* en el órden lógico, moral y metafísico es todo aquello que puede demostrarse por principios, y en este sentido dice santo Tomás en el idioma de su escuela, que la existencia de Dios es *per se nota*. Por esta regla queda ya escluido el voto do los impéritos, y sujeta su decision al raciocinio de los profesores; y suponiendo á estos muy conformes entre sí en los principios generales, el recurso viene á quedar pendiente de la aplicacion que cada uno haga de estos mismos principios, y es cabalmente en lo que cabe mas variedad de dictámenes: por este camino los recursos de injusticia notoria se sujetan á la jurisdiccion de las dudas por el mismo orden que todas las demas cuestiones judiciales sin diferencia ninguna; y asi en los negocios que no admiten esactas demostraciones, tiene lugar la graduacion de probabilidades, pues de otro modo era menester consentir el absurdo y la máxima inmoral de que un juez hubiese de abandonar su opinion mas probable, solo porque á otro se le representaba como algo probable la contraria, que es el mas ingenioso y esquisito método de autorizar como justo lo que tenga á su favor menor probabilidad de justicia."

19 Apesar de todo esto la voz *notoria* tiene su significacion y su valor, y se entiende por tal la que resulta del proceso sin necesidad de nuevas pruebas."

20 En los asuntos de esta naturaleza introducidos por mí me he abstenido de propósito de estas doctrinas y opiniones, porque temia que lo atribuyesen á desconfianza de la causa, y que cuando yo dijese que no era menester tal notoriedad, dirian que era porque yo no podia probarla. Siempre he cuidado mucho de librar mis pleitos del riesgo de las malas opiniones bien admitidas, sino es que absolutamente no haya podido tomar otro recurso, porque esto de admitir desengaños necesita razon y tiempo, pues los convencimientos y demostraciones son absolutamente insuficientes para triunfar en primera accion de una preocupacion envejecida; pero ahora que no arriesgo la suerte de ningun negocio, ni se me puede decir que hablo mas que por el interés de la verdad, propongo mis opiniones en toda su estension, y hablo en mi sentido."

21 He aqui lo que acerca de la inteligencia de las voces *injusticia notoria* opinan tres autores bien instruidos en la principal del foro. Los jueces y letrados, reflexionando bien sus doctrinas

á que con dificultad podria añadirse cosa de importancia, podrán adoptar el dictámen que les parezca mas acertado.

22 En las causas criminales determinadas por la Sala del crímen de los tribunales superiores de las provincias no tiene absolutamente lugar el recurso de injusticia notoria, segun lo resolvió don Fernando VI á consulta del Consejo, habiéndole éste hecho presentes los graves perjuicios que ocasionaba semejante admision por retardarse sobremanera el castigo de los delincuentes y el escarmiento público (*a*).

23 En el reinado anterior ocurrió la duda acerca del tribunal en que deberian introducirse los recursos estraordinarios de las sentencias que diesen los jueces de alzadas ó apelaciones en los consulados de comercio, y ordenó el señor don Cárlos III. que con ningun pretesto se admitiese contra ellas mas recurso que el de nulidad ó injusticia notoria, y solamante en la Sala segunda de gobierno del Consejo, á que por punto general corresponden los de esta clase (*b*).

24 El mismo Soberano habiendo concedido á sus vasallos la libertad de comerciar en todas las islas Occidentales é islas Filipinas; mandando que en los puertos habilitados en España y sus islas adyacentes donde no hubiera consulados de comercio, se estableciesen con arreglo á las leyes de Castilla é Indias; y erigido en las ciudades de Sevilla, Málaga y sus puertos un consulado de mar y tierra estensivo á todos los pueblos de su arzobispado no inclusos en el de Cádiz: dispuso que de los negocios ejecutoriados solo pudiera interponerse el recurso de nulidad ó injusticia notoria para el Consejo supremo de Indias, si eran relativos al comercio de éstas, y de todos los demas para el Consejo de Castilla (*c*).

25 »Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, dice el señor Conde de la Cañada (*d*), podrá justificarse el recurso en unos y no en otros, y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respectivos, y entra entonces la duda acerca del depósito de los quinientos ducados. Para caso igual se dispuso lo conveniente en la

(*a*) Real resolucion á dicha consulta publicada en noviembre de 1758.
(*b*) Señor Elizondo, Práct. univ. for. tom. 6, part. 1 cap. 10 n. 25.
(*c*) Señor Elizondo, lug. cit. nn. 26 y 30. (*d*) Inst. Pract. part. 3 cap. 5 nn. 48 &c y 52.

segunda suplicacion por la ley 3, tit. 20, lib. 4, declarando que si la sentencia de revista se revocase en parte substancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar á la segunda suplicacion, quedará escusada la parte de pagar las mil y quinientas doblas."

26 "Si para los recursos de injusticia estuviera determinada la cantidad ó valor del pleito, en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion alzando el depósito ó la fianza de los quinientos ducados, cuando ascendiese la sentencia en la parte que se revocase á la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los señores ministros del Consejo. Asi se ha verificado algunas veces, y fue una de ellas en el pleito que se determinó el año de 1784 entre don Martin de Epalza y su hijo don Pablo, vecinos de Bilbao; pues habiendo revocado la sentencia de revista de la chancilleria de Valladolid en parte considerable; aunque se confirmó en otras de mayor valor, se mandó alzar y entregar el depósito de los quinientos ducados."

27 "Por tanto, convendria para no dejar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, asi en posesion como en propiedad, en los términos que se esplicó en el capítulo próximo. Asi se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos que no son compatibles con la equidad en que se fundan, si no corresponde la entidad y gravedad de la causa, pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública, y á las mismas partes sufrir el daño que les puede causar la sentencia de vista, que esponerse á otros incomparablemente mayores que necesariamente resultarian aun en el caso de su vencimiento, que es tan contingente y raro."

28 "Igual beneficio se lograria si se estableciesen términos precisos para introducir el recurso en el Consejo; pues estando las leyes tan diligentes en señalar los de las apelaciones, suplicaciones ordinarias y los de las segundas suplicaciones, parece necesario que se haga lo mismo en los recursos de injusticia. De otro modo queda este punto espuesto á dudas, y pueden las partes tomar ocasion para disputar si viene ó no en tiempo al Consejo."

29 "Yo he observado que las mas veces ocurren sin dilacion

al Consejo introduciendo este recurso de las sentencias de revista; pero si la parte lo retardare por tiempo considerable se escitaria la duda indicada, y esto solo dá justo motivo para ocurrir á ella con el señalamiento de término competente. Tambien resultaria de la misma retardacion otro daño muy considerable al público y á los particulares; pues los derechos y dominios de las cosas estarian sin la seguridad que dá la sentencia de revista, y pendiente de la voluntad de la otra parte.»

30 Para introducir el recurso de injusticia notoria, dice Escolano, ha de acudirse al Consejo con poder especial para ello, que se presenta con un pedimento. De éste se da cuenta en la Sala segunda de gobierno, y se provee el decreto que con el aviso que en su virtud se pasa al señor subdelegado de penas de cámara, es del tenor siguiente. »Madrid, &c. Esta parte deposite en la receptoria general de penas de camara y gastos de justicia del Consejo los quinientos ducados en la conformidad que está mandado por punto general, á cuyo fin se participe al señor subdelegado general de dichos efectos para que disponga su percibo, y que de ello se dé á esta parte la certificacion correspondiente para el fin que pide.»

31 »Por D. N. se ha ocurrido al Consejo manifestando sus deseos de introducir recurso de injusticia notoria de la sentencia de revista dada por &c. en el pleito que ha seguido en ella con D. N. sobre &c.: y para poderlo hacer como corresponde, ha pedido se pase aviso á V. S. para que disponga que por la contaduría de penas de camara se le reciban los quinientos ducados que conforme al auto acordado debe depositar para la introduccion de dicho recurso, y que se le dé certificacion de ello para los fines que le convengan. Enterado el Consejo de dicha instancia ha mandado que el citado D. N. deposite en la receptoría general de penas de camara y gastos de justicia los quinientos ducados en la conformidad que está resuelto por punto general, y que se pase aviso á V. S. (como lo hago) para que disponga que se reciban en ella, constituyéndose el correspondiente depósito, y dándose al interesado certificacion por donde conste, para que pueda formalizar su recurso. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid y &c. Sr. D. N.

32 »Este aviso se entrega al mismo interesado, quien se presenta con él al señor subdelegado de penas de camara, y con la certificacion que le dá el contador de gastos de justicia y depó-

sitios del Consejo, de quedar hecho el de los quinientos ducados, introduce el recurso por medio de pedimento, del cual se da cuenta en la misma Sala segunda de Gobierno, y se acuerda el decreto que se sigue. Madrid &c. Informe la chancillería ó audiencia con copia de autos, y emplácese á los interesados.»

33 »Si es para chancillería se libra Real cédula firmada de S. M., y si es audiencia, provision de los señores del Consejo.»

34 »Para introducirse el recurso se puede tambien presentar fianza de los quinientos ducados, como previene el auto acordado, y en este caso se ejecuta el primer pedimento y diligencias que le subsiguen.»

35 »Venida la compulsa de autos y el informe piden las partes se les entregue, á fin de que se impongan sus abogados para el dia de la vista: en efecto se les manda entregar solo para este fin, porque en esta clase de recursos estraordinarios no se puede alegar ni presentar documentos algunos, pues se ven y determinan como vienen. Tomados los autos por los procuradores y devueltos, puestas las notas del dia en que los tomaron y devolvieron, se pone decreto para que pasen al relator, y se lleva la pieza corriente á la secretaría de la presidencia para que se encomiende á uno de los tres de las Salas de gobierno: encomendado y señalado relator se le pasan inmediatamente los autos, y luego que tiene hecho el memorial ajustado, piden las partes, y se señala dia para su vista, en el cual pueden pedir licencia para escribir en derecho, cuya peticion se hace presente antes de empezarse la relacion del pleito, y cuando éste por sus circunstancias lo requiere, se concede dicha licencia poniendo el relator el autor en esta forma: visto, y se concede licencia para que las partes escriban en derecho con arreglo al auto acordado, y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dese cuenta para señalar dia para el voto. Madrid &c.»

36 Este auto se hace saber incontinenti á los procuradores de las partes para que corra el término, y despues de él se reparten los papeles impresos á los señores ministros que vieron el pleito, y se señala dia para el voto.

37 La sentencia ó auto que se provee »no se notifica á las partes, porque de él no hay ya recurso ni suplicacion alguna, y cuando el relator la entrega en el oficio con los autos, debe el secretario de cámara pasar inmediatamente certificacion de ella al

señor subdelegado de penas de Cámara y gastos de justicia del Consejo para la cobranza de la tercera parte que corresponde á estos efectos, quedando registrada en el libro que tiene en su oficio, y dar otras á los ministros de la chancilleria y parte que obtuvo, á quien, si quisiese ejecutoria se le dará igualmente."

§. FINAL.

FORMULARIO CORRESPONDIENTE Á ESTE CAPÍTULO.

Pedimento introduciendo el recurso de injusticia notoria en el Consejo, y pidiendo se mande hacer ó admitir el depósito de los quinientos ducados.

38 M. P. S. N. en nombre y en virtud de poder especial que presento de D. N. ante V. A. parezco y digo: que mi parte ha seguido pleito en la chancillería ó audiencia de &c. contra D. N. sobre tal cosa; en cuyo pleito pronunció dicho tribunal sentencia de revista que es notoriamente injusta y muy gravosa á mi parte por las razones que se espondrán á su tiempo, y para poder introducir el recurso correspondiente con arreglo á derecho y á las órdenes del Consejo = Suplico = Á V. A. se sirva mandar que se comunique la órden conveniente al señor subdelegado general de Penas de Cámara para que disponga que por la contaduria de estos efectos se admita el depósito que estoy pronto á hacer de los quinientos ducados prevenidos por auto acordado, dándoseme de ello la certificacion acostumbrada, á fin de formalizar el recurso de injusticia notoria que se ha insinuado, por ser conforme á justicia &c.

Pedimento introduciendo el mismo recurso que en el anterior, y presentando el testimonio de depósito de quinientos ducados ó de la fianza.

39 M. P. S. F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. A. por el recurso de injusticia notoria, ó por el que mas tenga lugar en derecho = digo: que mi parte ha seguido pleito ante el Presidente y algunos de vuestros oidores en la real chancillería de Granada sobre la reivindicacion de tal hacienda, y en él se pronunció sentencia en tantos, mandando &c. y aunque á mi parte se le admitió la súplica que interpuso de ella, se le condenó por sentencia de vista y revista á tal cosa; cuya sentencia y demas providencias, (hablando debidamente) irrogan un notorio agravio á mi parte; y para poder hacerle ver en el Consejo, cumpliendo con los reales decretos presenta el testimonio del depósito de quinientos ducados, ó de la fianza (*y si es pobre, que como á tal se le ha mandado defender, despues de la cláusula*, cumpliendo con los reales decretos, se dirá: está pronto mi parte á otorgar caucion juratoria de satisfacer los quinientos ducados luego que venga á mejor fortuna.) Por tanto = A V. A. suplico que teniendo por presentados el poder y testimonio, y á mi parte en este recurso, se sirva librar su real despacho para que la chancillería remita los autos al

cumplir lo que deja dispuesto; bien que los legatarios puedan demandar sus legados al que los tuviere (*a*). Pero aunque en todos los testamentos aparece dada á los testamentarios facultad *para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en publica almoneda ó fuera de ella, y con su producto cumplir su voluntad*; no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por mandato de los testadores (*): en cuya atencion solo puede servir para lo dicho, y no deberán los escribanos poner ninguna otra sino con arreglo á lo que el testador les encargue señaladamente; fuera de que el heredero es verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio (**); y el juez real á pedimento de los interesados en legados y otras cosas: no siendo justo que un estraño, ó aunque sea pariente, se entremeta con el especioso título de testamentario en bienes de herederos legítimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador y no por mano de otro. Mas si son estraños, podrán los testamentarios universales como tales hacerlo todo, si el testamento contiene la cláusula siguiente: »Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno in sólidum, y les confiero amplia y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, noticia, ni concurrencia de mis herederos ni de la justicia recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano y testigos inventario estrajudicial de ellos y los tasen, eligiendo á este fin peritos: paguen lo que estoy debiendo y se llegue á deber con motivo de mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, vendiendo para esto en almoneda ó fuera de ella los bienes suficientes: pidan judicial ó estrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas, y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, cuyas cuentas aprobarán si estan arregladas, y en su defecto espondrán y aclararán los agravios que incluyan; transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo á mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente estan pendientes y en adelante se susciten: cobren judicial y estrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me

(*a*) Ley 4, t. 10, P. 6.
(*) Pues lo mejor será no ponerla.
(**) Vease en este cap. la nota del n. 28, y en el cap. 2 el n. 10.

Consejo, y vistos declarar que la espresada sentencia es injusta notoriamente, revocándola en su consecuencia, y declarando aquello ó lo otro. Pido justicia y costas.

Pedimento por el recurso de injusticia notoria de las sentencias de los Consulados de España en el Supremo Consejo de las Indias.

40 M. P. S. F. en nombre de N. vecino de la ciudad de Sevilla, y en virtud de poder que presento, ante V. A. por el recurso de injusticia notoria, ó por el que sea mas conforme á derecho, me presento y = digo: que mi parte ha seguido pleito ante el prior y cónsules del consulado de la ciudad de Sevilla contra D. sobre el pago de tanta cantidad, en el que se dió sentencia en tantos mandando &c.; y aunque se admitió á mi parte la apelacion que interpuso de ella, habiendo pasado los autos con arreglo á sus ordenanzas al juez de alzadas para determinarles con los dos adjuntos, por su sentencia de tantos confirmó la que pronunció en &c. el mencionado tribunal; en cuya atencion, y en la de que dicha sentencia (hablando debidamente) hace una injusticia notoria á mi parte, para poderlo manifestar asi al Consejo, cumpliendo con lo que dispone el real decreto presento el testimonio del depósito de quinientos ducados, ó de la fianza. (*Si es pobre, se pondrá la cláusula puesta entre paréntesis en el pedimento anterior.* Por tanto, = A V. A. suplico, que teniendo por presentados el poder y testimonio, y á mi parte en dicho recurso, se sirva espedir vuestra real provision para que elconsulado remita los autos al Consejo, y vistos, declarar que la referida sentencia es notoriamente injusta, revocándola á su consecuencia, y mandando esto ó aquello. Pido justicia y costas.

Sentencia declarando haber lugar al recurso de injusticia notoria.

41 Ha lugar al recurso de injusticia notoria que ha introducido D. N. y en su consecuencia devuélvansele los quinientos ducados que depositó en la receptoría de Penas de Cámara, ó cancélese la fianza &c. Madrid &c.

Sentencia declarando no tener lugar dicho recurso.

42 No ha lugar al recurso de injusticia notoria que ha introducido D. N. y en su consecuencia se le condena en los quinientos ducados que tiene depositados ó afianzados, y que se han de distribuir como lo previene el auto acordado. Madrid &c.

NOTA.

El papel sellado que ha de usarse en los recursos espuestos en estas adiciones es el mismo que se debe usar en los demas juicios, y que especificó Febrero al fin de ellos.

ÍNDICE ALFABÉTICO

DEL CONTENIDO EN LOS TRES TOMOS DE ESTA SEGUNDA PARTE.

El tomo 3.° contiene el libro 1.°, y del libro 2.° hasta el fin del capítulo 5.°: El tomo 4.° contiene desde el capítulo 6.° del libro 2.° hasta el número 267 del capítulo 2.° del libro 3.°: El tomo 5.° contiene desde el número 268 del capítulo 2.° del libro 3.° hasta el fin del libro 4.°

A

Abogados: qué talentos y cualidades se requieren en quien haya de serlo; y quiénes no pueden ejercer la abogacía; lib. 3, preliminares, nn. 40 y 41: qué se exige para recibirse de abogado y poder ejercer este oficio, nn. 42 y 43: qué debe hacer un letrado antes de encargarse del patrocinio de un litigante, n. 44: quiénes no pueden ser abogados en la corte, chancillerías, ni audiencias, ni en ningun pueblo, n. 45: el que no es letrado, no puede defenderse por sí solo, y qué es lo único que se permite al interesado, n. 46: cómo debe hacer sus escritos é informes verbales los abogados, y cuando han de usar en estrados del distintivo de Señor, nn. 47, 48 y 49: qué pactos no pueden hacer los abogados con sus litigantes, n. 50; aunque sí pueden hacer sobre su honorario un convenio justo y arreglado, y en caso de no haberse hecho y de reclamar los interesados se pasan los

autos al tasador, ó al colegio de abogados, y aun en casos graves lo regularán los mismos jueces, n. 51: deben patrocinar gratuitamente á los pobres y desvalidos no habiendo abogados asalariados para ello: refiérese la práctica de la corte, chancillerías y audiencias sobre este punto, n. 52: esprésanse algunos privilegios de los abogados y varias disposiciones para que su ilustre y distinguida profesion no decaiga de su esplendor ni de la estimacion que se merece, nn. 53 y 54.

Abogacía: refiérese el origen de esta antigua y honorífica profesion, de sus progresos, estincion y restablecimiento, é importancia, lib. 3, preliminares, n. 39.

Agentes de negocios: quiénes se entienden por éstos, cómo los llaman las LL. recopiladas, en qué se diferencian de los procuradores: en la chancillería de Granada los mismos procuradores son los agentes de los pleitos, lib. 3, preliminares, n. 64 y nota: á quiénes prohiben las leyes ser solicitadores ó agentes, n. 65: en Madrid hay un agente por cuya mano han de dirigir los vasallos á Roma sus pretensiones, como dispensas para matrimonio entre parientes &c., n. 66: espresase una Real resolucion acerca de los agentes de negocios de Indias cuyo empleo es honorífico, n. 67.

Acreedores: cuáles son hipotecarios, quirografarios; y personales privilegiados lib. 3, cap. 3, n. 39: de los hipotecarios unos tienen hipoteca espresa y otros tácita, n. 40: qué fuerza tiene la hipoteca tácita, cuáles bienes se comprenden en ella, y á quiénes está concedida, nn. 41 y 42: por qué débitos y en qué bienes compete hipoteca tácita á la iglesia, n. 43: en qué cosas, y por qué derechos y contratos toca al fisco, n. 44: por qué la tiene ó no la muger casada, n. 45: cuando la tienen el hospital y república en los bienes de sus administradores, y por qué, n. 46: contra qué personas compete al menor y á sus herederos por el alcance de su tutela, y si la tendrá el tutor en los bienes de su menor, n. 47, la hipoteca tácita que tiene el menor en los bienes de su tutor y curador, cuáles comprende: cuándo nace aquella, y á quiénes y contra quiénes pasa, nn. 48, 49 y 50, y no-

ta : háblase de la hipoteca tácita que tienen el tutor y curador en los bienes de su pupilo y menor , n. 51 , si el menor puede exigir de su tutor durante la tutela la cuenta de ésta y oponerle la compensacion , n. 52 : espresanse varios privilegios de que goza el menor en los contratos , nn. 53 &c. y 57: por qué causas y con qué solemnidades se ha de hacer la enagenacion de bienes raices del menor , nn. 58 &c. y 61 : qué acciones competen al menor , si es leso en la enagenacion , y qué debe jurar en ella , n. 62 : basta la autoridad del tutor para la enagenacion de los bienes muebles , y en qué casos será suficiente para la de los raices , n. 63 y nota : cuándo vale , ó no la hipoteca de los bienes del menor , n. 64: si podrá éste hipotecar la finca que compra á la seguridad de la parte del precio que deja de pagar por ella, n. 65 : y sea pupilo , ó adulto , si podrá hacer donacion, n. 66 : si la mora irregular de intereses correrá contra el menor por no pagar al acreedor , ó á su favor contra su deudor , n. 67 : si el menor puede variar de fuero para demandar á su deudor ó tutor , nn. 68, 69 y 70 : háblase del beneficio de la restitucion que compete al menor por la lesion ocasionada en el contrato , y se dice cómo ha de probar ésta y contra quién puede intentar la repeticion , nn. 71 , 72 y 73, si compete tambien dicho beneficio á sus herederos y fiadores : si puede cederle y apartarse de la solicitud de él , n. 74 : de la ratificacion espresa , ó tácita que haga un menor del contrato nulo, ó en qué padeció lesion, nn. 75 y 76 : por la dote prometida al marido le compete hipoteca en los bienes del prometedor , n. 77 : la propia hipoteca tienen los hijos en los bienes de su padre por los adventicios que les administró : cuándo serán responsables los de la persona que los compró , n. 78: á los hijos y herederos legítimos y estraños de la muger y á sus cesionarios y sucesores singulares , qué derecho compete en los bienes del marido por la dote que llevó al matrimonio , n. 79: el legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador: los legados pios son preferidos á los que no lo son , n. 80 : tambien tienen hipoteca tácita el refecciona-

rio y el que prestó dinero para comprar algun oficio, n. 81: el arrendador por el arrendamiento de las fincas y el daño que el arrendatario cause en ellas, n. 82: y el que suplió los gastos de la última enfermedad del difunto, del entierro y los derechos de su testamento &c. n. 83: si contrayendo hipoteca el apoderado, se ha de entender contraida al tiempo de otorgarse el poder, n. 84: por cuanto tiempo prescribe la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca del tercero poseedor en virtud del pacto de no enagenar, n. 85: cómo deben ser graduados los acreedores hipotecarios; sean, ó no iguales en tiempo y privilegio, nn. 86, &c. y 90.

Apelante y apelacion: esprésanse la necesidad, utilidad y beneficio de ella, lib. 4, cap. 1, n. 1, para admitirla basta que el apelante se tenga por agraviado, n. 2: puede interponerse de toda sentencia difinitiva; pero no de las interlocutorias: espónense las razones de esta diferencia y refiérese lo dispuesto por el Concilio Tridentino acerca de este punto, nn. 4, 5 y 6: la regla que prohibe la apelacion de las sentencias interlocutorias, padece muchas acepciones, unas que se espresan en las leyes, y otras que se deducen de los egemplos que refieren y de la razon general en que convienen, nn. 7, 8 y 9: el Concilio de Trento solo permite la apelacion de las sentencias interlocutorias que tengan fuerza de difinitivas, ó cuyo gravámen no pueda repararse por éstas n. 9 cit.: no habiendo disposicion particular que mande ejecutar las sentencias, surte la apelacion los dos efectos suspensivo y devolutivo, sean aquellas difinitivas, é interlocutorias, n. 10: se establece una regla para conocer en qué causas debe surtir, ó no el efecto suspensivo, n. 11: solo se admite en el efecto devolutivo de las providencias tocantes al gobierno y tranquilidad de los pueblos, de la sentencia dada en el interdicto posesorio de *interin*, ó sobre cosa que no se pueda guardar, de las sentencias sobre alimentos en favor de pobres, de la provision, ó colacion de los beficios curados, de las providencias pronunciadas en favor de la iglesia, fisco, ó causa pia, sobre salarios de sirvientes, oficiales,

ó jornaleros, ú otras, números 12, &c, y 18: debe intreponerse la apelacion dentro de cierto término, contra cuyo lapso gozan del beneficio de la restitucion el menor, el fisco, las iglesias, los concejos y los ausentes, n. 19: dentro de diez dias se ha de interponer de la sentencia de los árbitros, y en el fuero eclesiástico, n. 20: del testimonio de la apelacion y del tiempo en que ha de mejorarse, n. 21: ha de interponerse para el juez superior inmediato, núm. 22: abuso de los tribunales eclesiásticos en este punto, y su correccion, n. 23: á qué tribunales deben ir las apelaciones y los recursos de fuerza, nn. 24 y 25: cuándo se ha de interponer la apelacion para el ayuntamiento del pueblo en donde se dió la sentencia, n. 26: háblase de las apelaciones que se interponen en los lugares de las cuatro órdenes militares, comprendidos en los territorios de las chancillerías y audiencias, núms. 27 y 28: puede interponerse la apelacion en derechura para el Soberano, nn. 29 y 30: se refiere un privilegio singular del Consejo y sus facultades para conocer por medio de aquella de todas las causas en general y de muchas en particular, nn. 31, &c. y 34: para dónde se ha de interponer la apelacion de las sentencias que pronuncien los alcaldes de córte y tenientes de Madrid en negocios civiles, nn. 36 &c. y 39: á qué tribunales corresponden las apelaciones de las causas sobre el cumplimiento ó interpretacion de las ordenanzas de los gremios menores de Madrid, n. 40: para quiénes se interpone la apelacion de los jueces delegados y subdelegados, n. 41: para quiénes se interpone asimismo de las sentencias del alcalde mayor de señorío, del teniente de corregidor, del vicario general y foráneo, y de los prelados inferiores y dependientes del obispo, n. 42: para quiénes se interpone tambien del obispo, del patriarca, y de los tribunales del santo oficio, nn. 43 y 44: las apelaciones de los jueces eclesiásticos en causas temporales han de interponerse para ante los tribunales seculares, n. 45: cuántas veces se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiástico y secular, núm. 46: admitida la apelacion por el juez infe-

rior, se traspasa al superior el conocimiento de la causa, n. 47: si se admite en ambos efectos, no se agravia al juez inferior con pedirle los autos originales, aunque solo debiese admitirla en el devolutivo, n. 48: háblase de su admision con la cláusula *en cuanto ha lugar en derecho*, nn. 49 y 50: aunque en general admitida la apelacion, solo en el efecto devolutivo no deben pedirse los autos originales, hay casos en que podrá hacerse, números 51, 52 y 53: háblase de la presentacion del apelante al juez superior, y de la prosecucion de la apelacion para que no pase la sentencia en autoridad de cosa juzgada, nn. 54, &c. y 58: se ha de oir breve y sumariamente al apelante sobre si estuvo ó no impedido para seguir la apelacion, nn. 59 y 60: si se admite la apelacion del auto en que se manda ejecutar la sentencia, n. 61: se trata estensamente y con distincion de casos apoyados en varias razones sobre quién sea el juez legítimo para declarar por desierta la apelacion y hacer ejecutar la sentencia, nn. 62 &c. y 72: qué término prefinen las leyes y los cánones para concluir la instancia de apelacion, y cuál es la práctica de los tribunales sobre éste punto, nn. 73, 74 y 75: venidos los autos al tribunal superior espone el apelante sus agravios contra la sentencia, y solicita la revocacion del atentado, si lo hubiese, n. 76: en la instancia de apelacion qué pruebas y cuándo se admiten, n. 80: cuándo no se interpuso la apelacion, ó no se prosiguió por temor, ó por causa del juez, debe oirse al agraviado, n. 86: sobre la apelacion al cabildo traen los autores muchas especies que se omiten por inútiles, n. 87: se inserta la ley 7, tit. 18, lib. 4 de la Recop. que habla de la apelacion al cabildo refiriendo estensamente y por menor todos sus trámites y formalidades, y la cantidad en que tiene lugar, n. 88: dentro de qué término ha de entregar el escribano el proceso á los jueces nombrados para la determinacion de dicha apelacion conforme á la ley citada, n. 89: la cantidad de diez mil maravedís señalada en la ley 7 para admitir la apelacion al Cabildo se estiende primero á 20ⓓ, despues á 30ⓓ, y últimamente á 40ⓓ, nn. 90 y 91: si quien

interpone la apelacion al cabildo, no pudiese presentarse en el ayuntamiento dentro del término prefinido, ó en éste no se celebrase cabildo, qué deberá hacer, núm. 92: desde cuándo se cuentan los 30 dias en que el apelante al cabildo debe concluir la causa para difinitiva: no pueden prorogarse, ni contra ellos tiene lugar el beneficio de la restitucion, n. 93: qué ha de hacerse, cuándo se ha de decidir la apelacion al cabildo por dictámen de asesor y no puede llegar á tiempo, n. 94: en la decision de la apelacion al cabildo los dos votos por dictámen de un asesor hacen mayor parte, y si los dos diputados tienen un asesor puede uno adoptar su parecer y otro no, n. 95: habiendo discordia en la determinacion se han de nombrar otros dos diputados, y estos han de jurar, n. 96: puede recusarse á los diputados nombrados para conocer de la apelacion al cabildo, n. 97: á dónde corresponden las apelaciones de los alcaldes mayores de los adelantamientos de las cartas ejecutorias del Consejo y sus pesquisidores, n. 124: á quiénes corresponden las de las causas respectivas á montes, plantíos, pósitos y sus incidencias, n. 126.

Alcaldes ordinarios: esprésanse varias clases de ellos, lib. 3, preliminares, nn. 12 y 13; son añales en Castilla y convendria fuesen bienales como en otras partes, n. 14: de qué causas conocen los alcaldes ordinarios propiamente tales, y los llamados vulgarmente *pedáneos*.

Alcaldes de cuartel: son en la córte, chancillerías y audiencias jueces ordinarios para conocer de causas civiles, lib. 3 preliminares, n. 33 y 34, y nota.

Alcaldes de barrio: cuántos se han establecido en cada cuartel: quiénes y cómo han de ser electos para serlo, y cuáles son sus facultades, lib. 3, preliminares, n. 35.

Arras: se tienen por débitos del haber del marido las que él ú otro en su nombre ofrece á su futura muger soltera, lib. 1, cap. 6, n. 2: pueden aumentarse en el matrimonio, y cuál ha de ser su cantidad, nn. 3, 4 y 5, y nota: si la novia á quien el novio ofreció el quinto en las capitulaciones por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas hubiese lugar en derecho, lo percibirá íntegro, muriendo aquel

intestado ó testado, y no revocando la oferta, n. 6, y nota: si el novio no tiene bienes cuando se casa, puede ofrecer arras de los que adquiera, n. 7: cómo el novio menor podrá ofrecer arras á su esposa, n. 8: ofreciendo el novio cantidad cierta en arras á la novia, y confesando caber en la décima parte de sus bienes, y caso que no quepa, consignándosela en los que adquiera: qué se le ha de aplicar, n. 9: trátase del caso en que sin hablar de bienes presentes ni futuros se ofrece cierta cantidad en arras, y de cuando el novio obliga en la escritura dichos bienes, n. 10: teniendo bienes el esposo al tiempo de casarse y al de su muerte, si promete indistintamente en arras á su esposa la décima parte de ellos á su eleccion, se ha de estar á ella, n. 11: si el novio puede ofrecer arras á la novia viuda; y habiendo hijos de dos ó mas matrimonios, qué llevarán de ellas los de cada uno, n. 12, y nota: si valdrá la oferta de arras de mucho mas que la décima por via de remuneracion, n. 13, y nota: el novio que no tiene bienes libres, puede ofrecer arras á la novia de los frutos de los vinculados, y cómo ha de hacerse la regulacion, n. 14, y nota: si habiendo ofrecido el novio y su padre cantidad determinada en arras á la novia, muere aquel antes que éste, y la prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja: qué accion competirá á la novia, n. 15: si el novio ofreció en arras la décima parte de los bienes libres que poseia con buena fe como suyos, y despues le quitaron algunos de ellos en juicio; si tendrá solo cabimiento la oferta en la décima de los que le quitaron, n. 16: siendo engañado el marido en la cantidad que su muger prometió llevar en dote, si estará obligado á la satisfaccion total de las arras, n. 17: qué ha de tener presente el partidor para la deduccion de las arras del primer matrimonio, números 18 y 19: si al tiempo de la particion está casada segunda vez la muger, se le aplica el usufructo de las arras, n. 20: de dónde deben deducirse las arras siendo viudo el marido, tenga ó no descendientes ó ascendientes legítimos, n. 21, y nota: si el viudo con hijos ofrece arras á su segunda muger al tiempo de casarse, y

ademas le lega el quinto, á qué tendrá derecho, n. 22: si el marido que se casa muchas veces ofrece arras á todas sus mugeres, cómo se han de deducir, n. 23: qué puede el esposo dar á la esposa en joyas, preseas y vestidos, no queriendo darle ni ofrecerle arras, n. 24, y 2 notas: si ofreciere arras y diese vestidos ó joyas á la esposa, no puede ésta percibirlo todo; pero puede escoger uno ú otro, n. 25: si habiendo consumido ó deteriorado con el uso los vestidos que el marido le dió, podrá dejarlos y elegir las arras, n. 26:

Ascendientes: de qué pueden testar en perjuicio de sus descendientes legítimos, lib. 2, cap. 1, n. 12: qué puede donar el padre, n. 13: donando el ascendiente un quinto á un descendiente legítimo, y legando otro á otro sin disponer del tercio, ó dejando uno á estraño ó por su alma y otro á descendiente, si valdrán ambos, como tambien el tercio que deje á ascendiente ó estraño, números 14 y 15: pueden los abuelos dejar todos sus bienes á los nietos naturales aun teniendo ascendientes, n. 39: cómo heredan los ascendientes á sus descendientes naturales, n. 40: el padre puede mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes: no puede haber dos de estos, lib. 2, cap. 2, nn. 2 y 3: en qué terminos pueden los ascendientes vincular y gravar el tercio, lib. 2, cap. 2, n. 16: son herederos forzosos de sus ascendientes; y suceden por la proximidad de grado, sin distinguir de bienes adquiridos por línea paterna ó materna, lib. 2, cap. 4, n. 12: asimismo sucederán á sus descendientes que tengan otros descendientes, si los exheredan con causa legal, n. 3: en qué cosas y casos no suceden los ascendientes á sus descendientes, nn. 4 y 5: si habiendo hecho los dos cónyuges pacto recíproco de suceder el uno al otro: si muriesen sin hijos, se heredarán teniendo ascendientes, n. 6: entre estos no tiene lugar la colacion, n. 7: se prefieren á los ascendientes legítimos otros que tengan derecho de heredar á los descendientes; esto es, los legitimados; y qué ha de decirse del substituto pupilar, n. 8, y nota: de qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus

está debiendo y debiere, formalizando los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á favor de los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados, dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente en todas y cada una de las cosas espresadas, y sus incidentes cuanto yo practicaria, si por mí mismo lo hiciera, hasta la conclusion de mi testamentaría, consultando en lo que hubiere duda con dos letrados de acreditada ciencia y esperiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con sus pareceres. Asimismo les confiero ámplia facultad para substituir este poder, si fuere preciso: les prorogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con pretesto de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las ámplias facultades que les concedo, y si lo intentare, mando se quejen de él á su superior para que le inhiba enteramente. Tambien mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare, se opusiere en todo ó parte á lo que ejecuten, ó ejecute el que primero tome conocimiento en mis bienes, se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentase judicial ó estrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho escluido ó no llamado al goce de su parte, la cual se repartirá entre los demas de su clase; pues mis testamentarios ó cualquiera de ellos que entiendan en el asunto, cumplirán con hacer dicho inventario y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y estos han de estar obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se la doy y la reciben de mi mano por ser esta mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente y como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos, los cuales han de pagar las espensas que causaren á aquellos, quedando ademas privados de la herencia." Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos si-

ascendientes, y de cuáles se ha de deducir, nn. 9, 10 y 11.

Acesores: quienes eran antiguamente, y cuáles son sus facultades y deberes en el dia, libro 3, preliminares, nn. 36, 37 y 38.

Avocar y avocacion: qué significan estas voces: la avocacion puede ser espresa ó tácita, lib. 4, cap. 1, apéndice 2, nn. 155: debe conceptuarse muy odiosa la avocacion por varias razones, n. 156: sobre la avocacion tenemos en nuestra legislacion pátria tres leyes, cuyas disposiciones se refieren, núms. 157, 158 y 159: insértase parte de un real decreto, que espresa cuándo ha de hacer uso de la avocacion el Consejo, núm. 160: compete á los Soberanos la regalía de avocar toda especie de causas, y el Consejo acostumbra hacerlo tambien sin consultarlo á su Magestad aun de las causas pendientes en los tribunales supremos, n. 161: solo puede avocar el Consejo de Indias muy rara vez, y en causa de entidad y con grave motivo, nn. 162 y 163: cuándo suelen hacer la avocacion los tribunales provinciales, n. 164: no pueden avocar los señores que tengan jurisdiccion inferior los pleitos ó negocios pendientes ante sus alcaldes mayores y ordinarios, n. 168: no tienen facultad los arzobispos de avocar las causas pendientes ante los obispos sus sufragáneos, ó sus vicarios, ni tampoco pueden hacerlo los nuncios ó legados *á latere*, n. 169: el Concilio Sardicense prohibió avocar á la curia romana las causas, y los Papas se abstuvieron de hacerlo conformándose con la disciplina de los cánones primitivos, n. 170.

Abintestato, véase *heredero.*

Ascendientes, véase *suceder, y sucesion abintestato.*

Alcaldes mayores, véase *corregidores.*

Actor, véase *demanda.*

Acumulacion de acciones, véase *demanda.*

Acumulacion, véase *escepcion.*

Alegar de bien probado, véase *tachar y tachas.*

Acompañado, véase *recusacion.*

Asesor, véase *recusacion.*

Acreedores, véase *concurso.*

B

Bajas: cuáles se han de hacer del haber del marido, separados los capitales de los cónyuges y las deudas de su sociedad, y divididas entre ambos las utilidades, libro 1, cap. 6, n. 1.

Bienes parafernales: deben bajarse despues de la dote, libro 1, cap. 3, n. 32, y nota: en qué casos se abonará el importe de ellos á la muger si no los entregó al marido; pero los llevó á su poder y se consumieron con el uso de ambos y consentimiento de ella: á qué está obligado el marido que los consumió sin ausencia de la muger, num. 33: si ambos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer deudas de ésta, á qué tiene derecho; y si se le abonará el precio de los bienes parafernales que no se convirtió en su utilidad, y le perjudicará el consentimiento que dió para su venta, nn. 34 y 35: si habiéndolos vendido el marido por su justo precio sin consentimiento de la muger, podrá ésta repetirlos del comprador, y si puede repetir su verdadero valor habiéndolos aquel vendido por menos de lo que valian, nn. 36 y 37: no contentándose la muger con el precio en que los vendió su marido, y queriendo el legítimo que tenian, cómo y de dónde se han de deducir, n. 38: cuándo será oida la muger pidiendo ademas del valor legítimo de sus bienes parafernales, vendidos sin su beneplácito, la mitad de frutos que pudieron haber producido desde la venta, n. 39: si pertenecen al marido los frutos de la dote y bienes parafernales, nn. 42 y 43, y nota.

Bienes troncales: que se requiere para la observancia ó costumbre de suceder en ellos, libro 2, cap. 4, nn. 19 y 20: cuáles bienes raices deben volver al tronco segun el fuero, y qué censos se incluyen en los bienes troncales, nn. 21 y 22: á qué bienes y personas no se estiende dicho fuero, n. 23: el heredero de los bienes troncales, y el de los demas han de pagar á prorata las deudas del difunto, n. 24.

Bienes: cuáles se llaman adventicios, profecticios, castrenses y cuasi castrenses, lib. 2, cap. 3, nn. 16, 17 y 18.

C

Capitan á guerra: qué era en lo antiguo, y qué es en el dia: cuáles eran sus facultades, y cuándo podrán ejercerse en el dia: á quienes y cómo se espide actualmente el título de Capitan á guerra, lib. 3, preliminares, n. 18, nota.

Citacion: qué es esta ó el emplazamiento verbal, lib. 3, cap. 1, n. 104: quiénes deben ser citados ademas del reo, y á qué personas no es necesario citar, aunque sí conveniente para que les pare perjuicio, nn. 105 y 106: ante qué juez debe comparecer el citado: cómo se le ha de citar no pudiendo ser hallado en su casa ó no teniéndola en el pueblo; y cómo ha de hacerse la citacion siendo inciertas las personas que han de citarse, ó aunque ciertas, tantas que no pueden ser habidas sin mucha dificultad, nn. 107 y 108: cuándo ha de ser creido el que cita, n. 109: qué se ha de practicar cuando haya de citarse á menor, n. 110: estando domiciliado el reo en territorio de otro juez se le ha de citar por requisitoria: qué ha de contener ésta y qué se puede, ó debe practicar ante el juez requerido, n. 111 y 114: es suficiente notificar al apoderado ó síndico las demandas contra algun cuerpo ó persona particular que no puede ser hallada, nn. 115 y 116: si el demandado vecino del pueblo del juicio ha de comparecer por sí ó por procurador; y siendo citado por varios jueces, ante cuál debe hacerlo, nn. 117 y 118, y nota: cuándo en los negocios civiles podrá ó no hacerse la citacion en dias feriados, ó de noche, y en la iglesia; y en qué casos no es necesario hacerla, nn. 119 y 120: delegando el juez de la causa su jurisdiccion para pronunciar la sentencia, ó muriendo algunos de los litigantes es precisa nueva citacion, n. 121: cuál se llama citacion total, qué efecto causa, y si por ella se principia el uso de la accion civil ó criminal, nn. 122 y 123: cuál es la citacion por escrito

en cuáles casos tiene lugar y qué jueces pueden hacerla, nn. 124, 125 y 126: qué es contumacia ó rebeldía, cuándo se comete, y cuántas son sus especies, nn. 127 y 128: en qué se diferencia la verdadera de la ficta, y cuándo no se tiene al reo por contumaz, nn. 129 y 130: cómo puede proceder el juez contra el contumaz verdadero, nn. 131, 132 y 133: hallándose domiciliado el reo en otra jurisdiccion ha de citarse por requisitoria: cómo ha de ordenarse ésta, y cuándo debe, ó no cumplimentarla el juez requerido, nn. 134, &c. y 137: cuál es la via de asentamiento, y á quién y contra quién compete, n. 138: qué personas citadas no concurrirán en contumacia, n. 139: la muger honesta no debe ser citada para comparecer ante el juez en causas civiles, y si la solicitó torpemente, no debe conocer de las causas de ella ni de ninguno de su casa, n. 140: qué debe hacer quien tiene accion contra bienes de difinitivo, nn. 141 y 142: y qué cuando la tenga contra la muger para reconvenirla por su mitad de gananciales, n. 143: como se ha de proceder compitiendo la accion contra cautivo, ó ausente en paises remotos, ó solicitando su herencia, números 144, 145 y 146.

Citar y citacion de remate: cuándo se ha de citar de remate al ejecutado, y qué debe advertirle el escribano, lib. 3, cap. 2, n. 158: qué diligencias se deben practicar para citar de remate al ejecutado, ocultándose, teniendo dos habitaciones, ó siendo vago, n. 159: qué ha de hacer el juez que entiende en los autos ejecutivos, si el ejecutado no se halla en su territorio, y si se ha de citar de remate y para los pregones á los deudores del ejecutado, n. 160: qué se debe practicar hallándose los bienes ejecutados en poder de terceros poseedores, ó acreedores ausentes, conocidos ó inciertos, n. 161: compareciendo en el juicio el ejecutado antes que se le cite de remate, ó espire el término de los pregones: qué deberá hacer el juez, n. 162: que ha de practicarse, si por no ser suficiente para el pago los bienes ejecutados se mejora en otros la ejecucion, ó se despacha de nuevo, ó si el pleito estuvo suspenso un año ó mas, n. 163.

Colacion y colacionar: qué es

colacion y en qué casos se debe hacer, lib. 2, cap. 3, nn. 1, 2 y 3: seis circunstancias se requieren para que se haga, n. 4: entre qué personas ha ó no lugar á ella, nn. 5, 6, 7 y 8: si el hijo ó hija escluida de heredar por estatuto ó costumbre, ó por haber renunciado con juramento su legítima, deberá colacionar lo que recibió en vida de sus padres, n. 9: no están obligados los hijos á colacionar lo que recibieron de sus padres, cuando heredan á sus abuelos que nada les dieron, n. 10: qué tienen obligacion de colacionar los nietos, nn. 11 y 12: el nieto, cuando hereda al abuelo no tiene que colacionar lo que éste dió á su hijo y se consumió, si por haber percibido poco ó nada de su padre, repudia su herencia y solo quiere la del abuelo, n. 13: si la renuncia de legítima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará á sus hijos heredando al abuelo por haber ella muerto antes, n. 14: si habiendo hijos de dos matrimonios, el padre dió á los del primero su legítima materna y algo mas, deben hacer dos colaciones, n. 15: regularmente hablando el descendiente legítimo debe colacionar todo lo que recibió de su ascendiente, n. 19: cuándo las hijas deben colacionar la dote, n. 20: si han de llevar á colacion las demas donaciones que les hicieron sus padres, y lo que por mera contemplacion de éstos les dieron otras personas, nn. 21 y 22: esprésanse varias cosas que el hijo é hija no tienen que colacionar, nn. 23 y 24: cuáles debe ó no colacionar la religiosa de las que le dieron sus padres, nn. 25, 26 y 27: qué cosas ha de colacionar ó no el hijo de las donadas con motivo de su casamiento, nn. 28 y 29: los hijos deben colacionar los oficios públicos vendibles y transmisibles que sus padres compran para ellos, pero no, si no lo son, n. 30: si el hijo deberá colacionar lo que su padre gastó en las bulas para proporcionarle dignidad eclesiástica ó erigir beneficios eclesiásticos, y la donacion que le hizo con título de patrimonio para ordenarse, nn. 31, 32 y 33: no solo deben colacionar los hijos la dote y capital, sino tambien lo que les dieron sus padres para alguna urgencia, n. 34: si el hijo que está bajo la patria

potestad, deberá colacionar el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó espresa ó tácitamente, n. 35: no está obligado á colacionar el usufructo, herencia, ni otra cosa que su padre no quiso adquirir, n. 36: si mandando el padre al hijo que tiene bienes adventicios, cuyos frutos alcanzan para los gastos que hace en seguir alguna carrera honorífica, que colacione éstos, deberá hacerlo, n. 37: si el hijo casado podrá repetir de los coherederos el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le retuvo, y él no le demandó mientras vivió, n. 38: y si el hijo puede pedir á los espresados los frutos del beneficio que administró su padre teniéndole bajo su potestad, y si á éste corresponde décima por su administracion, n. 39: pertenecen al hijo los frutos de sus bienes adventicios despues de la tácita ó espresa remision de su padre, n. 40: no debe colacionar el hijo emancipado el fundo ó cosa que le dió su padre al tiempo de la emancipacion, n. 41: tampoco ha de colacionar el hijo lo que gastó su padre en enseñarle la gramática y otras artes segun su condicion, n. 42: teniendo el padre bienes propios de su hijo, de cuáles se entiende hacer dichos gastos, y cuándo los colacionará ó no, nn. 43 y 44: qué debe colacionar el hijo, si por la donacion resulta gran desigualdad entre los hermanos, ó aquel no aprovechó en el estudio, ó empleó en vicios lo que su padre espendió por él, nn. 45 y 46: cuándo debe el padre hacer la protesta para que se imputen á su hijo y éste colacione los gastos espresados, n. 47: no debe colacionar el hijo los que su padre hizo con él para que aprendiese ciencias mayores, ó fuese á la guerra, n. 48: si deberá colacionar el importe de los libros que le dió su padre para estudiar, n. 49: no está obligado á colacionar el peculio cuasi castrense, ni los gastos que hizo el padre para proporcionarle algun honor inalienable, ó para condecorarle con los grados de doctor ó licenciado, aunque sí los hechos para que se cruzase, nn. 50 y 51: tampoco lo está á colacionar lo que espendieron sus padres por redimirle de cautiverio, n. 52: ni lo que pagó voluntariamente por él en pena

del delito que cometió, escepto en un caso, n. 53: si son colacionables las pensiones y otras cosas que el Rey ó Reina donan á alguno; y donándose una misma cosa á dos en diversos tiempos, cuál será preferido, nn. 54 y 55, no tiene que colacionar el hijo los bienes adquiridos con su industria, n. 56: si deberá traer á colacion lo que adquirió con el caudal de su padre, y se le habrá de dar salario por haber administrado su hacienda, nn. 57, 58 y 59: no debe colacionar lo que sus padres le donaron por sus condignos meritos, n. 60: son colacionables las donaciones causales, no las simples escepto en tres casos: cuáles son aquellas, nn. 61 y 62: si los nietos ó su padre deberan colacionar por muerte del abuelo la dote ó donacion colacionable que éste les dió ó hizo, nn. 63 y 64: no habiendo comprado el enfiteuta el enfitéusis de nominacion, si nombra en vida ó en testamento á su hijo para que le goze, no está obligado á colacionarle ni á colacionar su estimacion; pero si el padre le adquirio, ó por sus respetos se concedió al hijo, le debe colacionar, nn. 65 y 66: y si le compró, tendrá el hijo que colacionar el precio desembolsado, n. 67: esprésanse varios casos en que tiene lugar esta colacion: uno de ellos es la de las mejoras útiles, si el hijo quiere ser heredero, nn. 68 y 69; nombrando el padre al hijo y entregándole en vida la finca enfitéutica, debe colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, n. 70: debe colacionar el nieto el enfitéusis de nominacion asi como el hijo, n. 71: si el enfitéuta nombra para el goce del enfitéusis mejorado á un estraño, qué deberá pagar éste teniendo aquel descendientes legítimos, n. 72: qué se debe hacer, si el padre donó en vida á algun hijo la finca enfitéutica, ó no dispuso de ella y la recibió con la condicion de no poderse nunca dividir, n. 73: de cuántas maneras se puede hacer la colacion, n. 74 y nota: en qué casos se debe colacionar la cosa recibida, si existe y no su valor, n. 75: á quién compete el derecho de colacionar y pedir la colacion, n. 76: insértase la ley 29 de Toro que habla de cuales donaciones se llaman inoficiosas, y de lo que se ha de mirar para ver si

lo son ó no, n. 77: el hijo ó hija á quien su padre dió algun fundo sin aprecio, ó con el que no causó venta, debe colacionar por la estimacion que se le dé al tiempo de la colacion, si no se mejoró por su industria, ni se deterioró por su culpa, n. 78: si se hizo un aprecio que causó venta, debe colacionarle por el valor que se le dió entonces, n. 79: por qué precio le colacionará, si se hizo de mas valor por la mera industria del hijo, háyase recibido estimado o inestimado, n. 80: cómo se han de colacionar los bienes muebles y semovientes siendo apreciados, n. 81: habiendo perecido sin culpa del hijo despues de la muerte del donante ó en vida suya los bienes que le dió sin apreciar no tiene aquel que colacionarlos, n. 82: en qué tiempo debe restituir la hija el esceso de su dote, n. 83: si dotando el padre en vida á la hija, y aceptando ó repudiando ésta su herencia, deberá colacionar la dote con los frutos que la finca dotal produjo solamente con los de lo inoficioso, y desde qué tiempo ha de restituir éstos, n. 84: si el hijo debe devolver los frutos de lo que su padre ó madre le donó en vida, y desde cuándo, n. 85, y nota: está prohibido por derecho Real que se saquen el tercio y quinto de las dotes, capitales y demas donaciones colacionables, lo cual padece dos limitaciones, nn. 86 &c. y 90: si se deberá sacar el quinto ó tercio de lo que dan los padres á sus hijos, y éstos se obligan á pagar, n. 91.

Concurso: de cuántas maneras es entendido latamente: cuál se llama voluntario ó cesion de bienes: por qué se introdujo, y si se podrá renunciar, lib. 3, cap. 3, nn. 1 y 2: quién puede hacer cesion de bienes, y por qué deudas, n. 3: qué personas no gozan del beneficio de la cesion, nn. 4, 5, 6 y nota: si para hacerla debe estar preso el deudor, y á quiénes no se ha de prender por deuda civil, ni causas livianas: nn. 7 y 8: qué requisitos son necesarios para que el concurso se tenga por bien formado, nn. 9 &c. y 16: si el concursante podrá formarle en la chancillería ó audiencia del distrito de su domicilio, y si siendo acreedores suyos, la iglesia, el clérigo y el fisco, ú otro esento deberán seguir su

fuero, ó acudir cada uno ante su juez privativo para cobrar sus créditos, nn. 17 y 18: qué efectos causa el concurso hecho legítimamente, y si el fiador del concursante gozará del beneficio de éste, n. 19: pueden hacer concurso la iglesia, comunidad, universidad, pueblo y menor, n. 20: si podrá hacerlo el clérigo, n. 21: qué diligencias se deben practicar hasta que se declare por bien formado el concurso, ó que no tiene lugar, nn. 22 y 23; y cuáles para el nombramiento de administrador de los bienes cedidos, nn. 24 y 25: cuáles son las facultades de este administrador, n. 26: electo el administrador qué deben practicar los acreedores: cómo se ha de sustanciar el juicio; y de qué espedientes se han de hacer piezas separadas, nn. 27, 28 y 29: cuál sentencia es apelable, ó se ha de ejecutar sin embargo de suplicacion dando la fianza de acreedor de mejor derecho; y si ésta se debe dar confirmándose aquella en revista, n. 30: si basta que los acreedores justifiquen sus créditos con la confesion del concursante, nn. 31 y 32: cuándo podrá el deudor, no obstante la cesion usar de su derecho contra sus acreedores é impedir la venta de sus bienes, n. 33: cuándo pueden los acreedores revocar el pago que el deudor hizo á otro, n. 34: no pierde el deudor por la cesion el dominio de sus bienes ni sus acciones, n. 35: á qué personas y cuerpos políticos competen alimentos de los bienes cedidos, n. 36; cuál se llama concurso necesario, ó pleito de acreedores, y cuándo se hace, n. 37: en qué conviene y se diferencia este concurso del general y voluntario, n. 38.

Concluir y conclusion en los pleitos: qué cosa es, si lo es sustancial, y á quién se debe hacer saber, lib. 3, c. 1, n. 384: si podrá el juez haber los autos por conclusos, aun cuando las partes no concluyan, ó lo resistan, n. 385: qué probanzas pueden hacer las partes despues de la conclusion, y qué término ha de conceder el juez para probar la falsedad de instrumentos al que la alega: nn. 386 y 387 y nota: el juez puede recibir de oficio cualquiera prueba despues de concluso el pleito, como tambien examinar segunda vez al testigo que no lo fue sobre todas las preguntas del interrogatorio, ó hacer que

declare su dicho en caso de haber depuesto confusamente, n. 388.

Contestacion: qué es, y de cuántos modos puede hacerse, lib. 3, cap. 1, n. 182 y nota; qué efectos causa, n. 183: dentro de qué término debe contestar el reo la demanda, n. 184 y nota: todo término ha de empezar á contarse, no desde la toma de autos, sino desde la notificacion esclusive, n. 185: qué se requiere para tener al reo por contumaz, n. 186.

Corregidores: cuándo se introdujo este nombre, y á quiénes se aplicó despues y se aplica ahora, lib. 3, preliminares, n. 17: divídense en Corregidores de capa y espada, y en Corregidores letrados, n. 18: los corregimientos estaban antes unidos á las intendencias, pero despues se separaron, segun se espresa, n. 19: qué juramento han de prestar los Corregidores y Alcaldes mayores, y cuáles fianzas han de dar, n. 20: ademas de la jurisdiccion ordinaria que ejercen dichos jueces tienen una especie de inspeccion gubernativa respecto á todo lo económico y político, n. 21, y nota: deben informar á los siete Señores del Consejo entre quienes se halle distribuida la inspeccion de todo el reino, de todo lo que pueda contribuir á ciertas mejoras n. 22: los Corregidores de letras y políticos se dividen en tres clases, n. 23: espresanse varias obligaciones de los mencionados jueces, n. 24: se requiere mucha circunspeccion para proceder contra ellos: qué se ha mandado recientemente para evitar varios abusos en los nombramientos de Alcaldes mayores del Señorío, n. 26: se citan varias reales órdenes sobre los requisitos ó calidades que han de tener los pretendientes de corregimientos y alcaldías mayores, n. 27: está aprobado un monte pío en beneficio de dichos magistrados, sus viudas, é hijos n. 28, háblase de la jurisdiccion que ejerce el corregidor de Madrid, nn. 30, 31 y 32.

Curador de pleito: cuáles son sus facultades, en qué causas le necesita el menor, qué juez ha de nombrarle, y cuándo puede ser removido, lib. 1, cap. 1, nn. 63, 64 y 65, y dos notas: cuándo es necesario curador de pleito, aunque le haya de bienes, n. 177.

Curaduría: qué es, y á quién

no en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62, tit 18, Part. 3 al fin para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

202 Están obligados los testamentarios universales y no los particulares á hacer inventario formal de los bienes del testador ante escribano y testigos, y á dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello y sean regulares (*a*), sobre lo cual he visto varias egecutorias del Consejo, y por esta razon lo he puesto en la cláusula inserta.

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

204 Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad, y en caso de fallecer alguno de ellos ó de no aceptar el encargo, se acrece á los otros en la misma forma.

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

206 Están discordes los AA. sobre si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo. Unos lo afirman, otros dicen que aunque al mero ejecutor que ha de impedir brevemente su comision,

(*a*) Clement. Religiosis de Testament. Reinfest. lib. 3, tit. 26, §. 23, n. fin. (*b*) Ley 6, tit. 10, P. 6. (*c*) Ley 8, tit. 10 P. 6. (*d*) Ley 14, tit. 4. lib. 5, R. ó 5. tit. 18, lib. 10 N. R. (*e*) Ley 23, tit. 11, lib. 5 R. ó t. 12, lib. 10 N. R.

debe darse; en qué se diferencia de la tutela, si el curador podrá ser nombrado en testamento, y si el menor puede ser compelido á recibirle, lib. 1, cap. 1, nn. 61, 62, y nota.
Curadores, véase *tutores.*
Condiciones, véase *legado.*
Caso de Corte, véase *demanda.*
Confesion, véase *prueba.*
Costas, véase *sentencia.*
Confesion, véase *ejecucion.*
Compensacion, véase *oponerse, ú oposicion á la ejecucion.*
Cesion de bienes, véase *concurso.*
Confesion del marido, véase *preferencia.*

D

Décima: en qué tiempo se prescribe la costumbre de llevarla, lib. 3, cap. 2, n. 329: hasta cuando no puede exigirla el alguacil, y de qué ha de ser dirigiéndose el mandato ejecutivo contra varios deudores por diversas deudas, ó contra un deudor por muchas cantidades, n. 330: en qué casos no debe satisfacer décima el ejecutado, n. 331: qué ha de pagar el deudor perteneciendo la deuda al fisco ó á la hermandad, n. 332: si haciéndose muchas ejecuciones por una deuda se deberá mas que una décima, y si exigiéndose se podrán llevar derechos por las diligencias de ejecucion, n. 333: si obligándose por el todo insólidum dos ó mas á la solucion de una cantidad, pagando al acreedor el ejecutado, y repitiendo con su lasto contra los co-reos mancomunados, se deberá mas que una décima, n. 334: en qué pena incurre el acreedor pidiendo ejecucion por mas de lo que se le debe, n. 335: si entendiendo en la ejecucion dos jueces, ó ministros ejecutores, deberán partir la décima, y en caso de dudarse si el ejecutado ha de pagarla, á quién toca declararlo, n. 336.
Demanda: qué es y cómo ha de ponerse, lib. 3, cap. 1, n. 23: el actor puede ponerla por sí, ó por procurador, teniendo presente seis requisitos, n. 24: 1.° quién es el sugeto que se ha de demandar, n. 25: 2.° qué es lo que pretende, y cómo lo ha de especificar, n. 26: 3.° á qué juez ha de acudir, n. 27:

qué significados tiene la palabra *fuero*; y cuántas son sus especies, n. 28 y nota: el reo ha de ser demandado en el lugar de su domicilio, y puede serlo tambien en otros muchos que se espresan, n. 29: por qué causas puede una persona ser demandada en la córte, chancillerías y audiencias, nn. 30 y 31: qué personas gozan del privilegio de caso de córte, y en cuáles causas no gozan de él, nn. 32, 33, 34 y nota: siendo el negocio individuo y comun á dos, uno de los cuales no es privilegiado, sí gozará del privilegio, n. 35: los oidores no pueden conocer en primera instancia dentro de las cinco leguas de su distrito, sino por caso de córte: los procuradores de córte no han de ser presos en ella sino por ciertas causas, ni por las deudas de los concejos deben ser prendidos en la corte sus procuradores: dicho privilegio no compete contra quien le tiene no queriendo usar de él, n. 36: por qué los casos de córte se llaman así: cuáles son notorios ó no, y cuales civiles y criminales, y cuándo basta alegarlos ó es preciso probarlos para que se admitan, nn. 37 y 38: dónde debe ser demandado el heredero, n. 39; estando sin aceptar la herencia, en dónde se la ha de reconvenir, n. 40: 4.° requisito que ha de tenerse presente para formar la demanda: el actor no ha de escederse de lo que debe pedir, lo cual puede suceder de cuatro maneras, nn. 41, &c. y 45: 5.° requisito: el actor ha de mirar por qué derecho, ó razon pretende lo que demanda, n. 46: 6.° y último requisito: como ha de formar el actor la demanda nn. 47 y 48, y dos notas: qué debe practicar el actor para que el deudor sea compelido á arraigar el juicio siendo fallido, y presumiéndose su fuga, n. 49: cuándo puede uno ser obligado á demandar á otro, n. 50: la acumulacion de acciones es propia, é impropia, n. 51: si puede el actor acumular en una demanda muchas acciones civiles y criminales contra uno, ó mas sugetos y pretender á un tiempo la propiedad y posesion, nn. 52, 53 y 54: se espresan varios casos en que se pueden ó no acumular muchas acciones, números 55, &c. 58, y nota: si podrá el autor demandar civilmente á muchos por una

misma cosa é intentar muchas acciones criminales juntas contra una persona por distintos delitos, ó por uno, n. 59: si compitiendo al actor contra el reo accion civil y criminal por un hecho ó delito, podrá intentarlas ambas, principalmente en una demanda, nn. 60, 61 y 62: cuando se entienden incoadas espresa y tácitamente la accion civil y criminal, nn. 63, 64 y 65: si despues que el actor ha deducido su accion civil, intenta el reo principalmente contra él la accion criminal, y ésta, ó aquella es perjudicial, cuál se debe seguir primero, ó si ambas han de seguirse á un tiempo, nn. 66, &c. y 72: si el reo acusa al actor por incidencia, ó por via de escepcion, qué se ha de hacer n. 73: siendo criminales dichas dos acciones y la segunda mayor que la primera se ha de resolver antes que ésta, n. 74: si dos acusan á un reo ante uno ó mas jueces, el uno por delito grave y el otro por leve, de cual se ha de tratar primero, n. 75, y nota: cuándo se podrá corregir, mudar ó ampliar la demanda, n. 76 y nota: si dos demandan á uno por una misma cosa á cuál se ha de responder primero; y si ambos lo hacen á un tiempo, qué ha de hacer el juez, n. 77: cómo se han de entender las palabras de la demanda en caso de duda, n. 78: esplícanse las cláusulas generales que se suelen poner en las demandas, n. 79, 80, y dos notas.

Deducciones: cuales han de hacerse para saber si hay utilidades ó pérdidas en la sociedad conyugal, lib. 1, cap. 3, nn. 1 y 2: háblase de la deduccion de los bienes que durante el matrimonio recayeron en la muger por título lucrativo, nn. 40, 41 y nota: cuándo se ha de deducir el capital del marido, haya ó no deudas contra el caudal, nn. 44 y 45: qué cosas se han de deducir primero, si los bienes que llevaron los cónyuges á su matrimonio han perecido, y todos los existentes son gananciales, n. 47: cuándo perderá el marido, ó se le abonarán los bienes que consisten en número, peso, ó medida, y que llevó al matrimonio ó heredó durante éste, n. 48: si el marido llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar, que

falleció, vendió voluntariamente, ó por causa urgente y bajo precio, habiendo gananciales: qué sacará ó se le abonará, n. 49, si alguna finca hereditaria de dentro ó fuera de la corte está gravada con censo enfitéutico perpetuo: qué deduccion se ha de hacer, n. 50: de donde se ha de deducir la cantidad que el testador declara deber á alguno y manda se le pague, n. 53: de dónde deben deducirse los alimentos que suministra la muger casada á sus padres, ó el marido á los suyos, ó á algun hijo del matrimonio anterior, nn. 54 y 55: los salarios de los criados deben bajarse del caudal comun: cuando el hijo é hijastro que sirven como criados, pueden pedir sus salarios, y han de protestar sobre ésto, n. 56: de dónde y cómo han de deducirse los derechos de inventario, tasacion, particion y otros que ocurran hasta la conclusion de este juicio, nn. 57, 58, 59, 60; y los gastos utiles y necesarios que durante la comunion hizo alguno de los herederos de su caudal en beneficio de los bienes hereditarios: deben satisfacérsele los intereses correspondientes, si habiendo interpelado á los coherederos para su pago, no se lo hiciesen, n. 61.

Derecho de acrecer: pónense cuatro casos sobre éste entre los hijos, sean instituidos solos ó juntamente con estraños, lib. 2, cap. 1, n. 11: tiene lugar en las mejoras y donaciones por temor de muerte, lib. 2, cap. 2, nn. 85, 86 y 87: cuándo le tendrá en la donacion pura, y cómo ha de dividirse la parte vacante de la mejora que competia á uno de los mejorados, muerto antes que su padre, por cuya razon recayó en éste, nn. 88, &c. y 91; tambien tiene lugar en la donacion que á dos ó mas haga el Soberano, n. 92: en los legados y fideicomisos particulares tiene lugar el derecho de acrecer entre los conjuntos, lib. 1, cap. 6, n. 82: no ha lugar á dicho derecho cuando no hay conjuncion, n. 83 y nota: ni cuando falta el legado por varios motivos que se espresan, ni en otros casos, n. 84.

Descendientes: si los gastos del funeral, misas y legados que hace el descendiente se han de deducir del tercio de sus bienes: qué cosas se incluyen ó no en el nombre de fune-

ral y sus gastos, lib. 2, cap. 4, nn. 12, 13, 14 y 15: si los descendientes podrán consignar el tercio, dejándole á estraño, n. 16: si el hijo que está bajo de la pátria potestad, puede disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, n. 17: en qué casos puede el hijo sin descendientes disponer de todos sus bienes, aunque viva su padre, n. 18 y nota.

Deudas: si las contraidas en el matrimonio consumen el capital y gananciales, no se prorratean entre marido y muger, lib. 1, cap. 3, n. 46: qué deudas y espensas han de deducirse antes de dividir los gananciales, habiendo contraido aquellas ambos cónyuges insólidum, podrá reconvenirse por el todo á la muger, n. 50: cómo se han de deducir las que un consorte tenia al tiempo de su casamiento, n. 51: si llevando deudas y ningun caudal al matrimonio uno de los cónyuges se pagan durante aquel, qué percibirá, n. 52.

Dote: en qué bienes están obligados á pagarla los herederos del marido, lib. 1, cap. 3, n. 8: habiendo lesion en la tasa de los bienes dotales, qué puede pedir el agraviado, n. 9: qué debe restituir el marido, si no causó venta el aprecio de los bienes dotales, y consisten en número, peso ó medida; y si son de otras especies, ó ganados, á quién pertenece su incremento ú decremento, n. 10: qué habrá de restituir el marido habiendo recibido bienes que consistian en número, peso ó medida, ó en otras clases, ó ganados productivos y no productivos, nn. 11 y 12: qué restituirá el marido si vendió los bienes dotales para pagar sus deudas ó las del matrimonio, n. 13: en qué casos toca al marido el deterioro de los bienes dotales no estimados, n. 14: de dónde se ha de deducir la dote habiéndola empleado el marido en usos agenos de la sociedad conyugal, n. 15: cuándo consistiendo la dote en deudas debe responder de ellas el marido, nn. 16 y 17: si disminuiran ó no la dote que consiste en deudas, los gastos que haga el marido en su cobranza, n. 18: si comprando el marido con dinero dotal alguna finca ó trocando la dotal por otra, se tendrá la comprada ó tro-

cada por dotal; y en qué precio se ha de adjudicar á la muger, nn. 19 y 20: sobre cuál en concurrencia de dos dotes se ha de deducir primero, se proponen 4 casos, nn. 21, &c. 26, y nota: de qué privilegio goza la dote confesada; como se ha de deducir entre herederos legítimos y estraños, y si perjudica al marido la confesion de haberla recibido, nn. 27 y 28: si debe concurrir la muger á la enagenacion de los bienes dotales que haga el marido, nn. 29 y 30: si disuelto el matrimonio podrá la muger repetir el importe de sus bienes dotales habiendo consentido con juramento en la enagenacion, n. 31: de qué bienes se han de pagar á los hijos la dote y capital que sus padres juntos, ó el padre solo les ofrecieron, haya ó no gananciales, lib. 1, cap. 4, nn. 73, 74, y nota: cuándo podrá ó no la madre prometer á su hija dote de los gananciales sin licencia de su marido, n. 75: aunque despues de haber prometido marido y muger cierta dote á su hija renuncie aquella los gananciales, no se exime de su obligacion, n. 76: si viviendo marido y muger en pueblo donde no se comunican los gananciales, podrá ésta repetir de aquel lo prometido por ambos á su hija, n. 77: se han de sacar de los gananciales la dote y capital que el padre y madre viudos ofrecen á sus hijos, n. 78: el hijo ó hija á quien dotaron sus padres, qué deberá colacionar por muerte del que falleció primero, n. 79: si habiendo gananciales y estando los bienes pro indiviso dió ú ofreció la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo sin espresar de qué bienes los daba ú ofrecia, ó el padre les dió algo estando ya dotados; de cuales se entienden dados ú ofrecidos, n. 80: si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital al hijo habiendo gananciales, qué deberan colacionar por su muerte, n. 81: qué ha de colacionarse en el mismo caso por el hijo ó hija que parta con su madre, n. 82: si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y consignándoselo en finca lucrada constante el matrimonio que le entrega, valdra la

mejora en el todo ó solo en la mitad perteneciente al mejorante, n. 83: si no habiendo gananciales en el matrimonio promete el padre dote á su hija ó capital á su hijo, de qué bienes es visto prometérselos, nn. 84 y 85: si el padre que administra bienes adventicios de su hija, le promete dote de éstos y de los suyos sin espresar la cantidad ni de unos ni de otros, de cuáles se presume dotada, n. 86, si habiendo el padre casado y dado cierta dote á una hija, casa otra y le ofrece dote, se entiende dotada en los mismos términos que la primera, n. 87: padre, madre y abuelo están obligados á dotar á su hija ó nieta natural, n. 88: cuándo la madre y abuela curadoras de su hija y nieta administran sus bienes, si las dotan, se entienden hacerlo de éstos; y si les ofrecen en dote mas que lo que importan sus bienes, de cuáles es visto prometer el esceso, n. 89: ofreciendo el padrastro y la madre, ó el padre y la madrastra juntos, capital ó dote al entenado ó entenada, de qué bienes se presume prometerlos, n. 90: son precisas dos cosas para que el padrastro pueda repetir los alimentos que dió á su entenado, n. 91: si muertos los padres vivieron juntos hermano y hermana poseyendo los bienes pro indiviso, y durante la comunion se casa ésta y aquel la dota sin espresar de qué bienes; de cuáles se cree hacerlo, n. 92: qué cantidad pueden dar los padres en dote: quién debe probar que la dote y arras son escesivas, lib. 2, cap. 2, n. 70: espónese latamente á qué tiempo ha de atenderse para ver si es escesiva la dote, n. 71: el padre puede no teniendo hijos legítimos mejorar por razon de dote á la hija natural, n. 72, y nota: la madre no puede mejorar por razon de dote ni á la hija legítima ni á la natural, n. 73, y dos notas: cuándo tiene el abuelo paterno obligacion de dotar á sus nietas, y podrá mejorarlas por razon de dote n. 74, y nota: si la hija á quien su padre dotó en cierta cantidad entregándosela al casarse, ofrece despues de muerto colacionar todo lo que llevó en dote: qué frutos le tocaron de los cor-

respondientes al tiempo de la comunion, n. 104.
Décimas, véase *tutores y curadores.*
Donacion: véase *derecho de acrecer.*
Donacion, véase *mejora.*
Despojar y despojado, *véase reconvencion.*
Dote, véase *mejora.*
Donacion, véase *colacion.*
Descendientes, véase *suceder y sucesion abintestato.*
Demanda ó demandar, véase *juicio.*
Dolo, véase *oponerse ú oposicion á la ejecucion.*
Dote, véase *preferencia.*

E

Enfitéuta y enfiteusis: cuándo por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusis de nominacion al señor del dominio directo, si aquel fallece despues de cogidos los frutos por él ó por sus colonos; á quien tocan aquellos ó las pensiones, lib. 1, cap. 5, n. 3: si el enfiteuta cultivó ó arrendó las fincas enfitéuticas, y estando pendientes ó sembrados los frutos murió, tocan éstos al señor del dominio directo, habiendo de volver á él el enfitéusis por muerte del enfitéuta, n. 4: si hay alguno llamado, y el enfitéusis ha de pasar á él, ó el enfitéuta arrendó el fundo, recibió al punto del arrendador las rentas de todo el tiempo del arrendamiento, y murió pendientes los frutos; á quien corresponden, nn. 5 y 6: y cayendo en comiso el enfitéusis por delito del enfitéuta ha de volver al señor del dominio directo; y si al tiempo del crimen hay frutos pendientes en la finca enfitéutica, á quién pertenecen, n. 7.
Espera, ó moratoria: qué es, quién puede o no concederla, y á quiénes favorece: 195: qué debe hacer el deudor para que le aproveche, n. 196: en qué salas se conceden las moratorias de gracia y justicia, y qué debe preceder para su concesion, n. 197: si la fianza que el Consejo manda dar al deudor, ha de ser á satisfaccion del juez ó del acreedor n. 198: desde cuándo empieza á correr el término de la moratoria no espresándose en su concesion, ya se conceda llanamente, ó por cierto término, ya se confiera traslado al acreedor mandando pasarla á sala de justicia, nn. 109 y 200, si el Consejo de hacien-

da y el tribunal de la contaduría mayor pueden conceder espera á los deudores, fiscales, n. 201: requisitos necesarios para la validacion de la espera que los acreedores conceden al deudor, n. 202: discordando los acreedores acerca de la concesion de espera qué se debe observar; y si muchos tienen una sola accion ó uno muchas, por cuántas personas se reputan, n. 203: qué término pueden conceder los acreedores al deudor, si durante él corren los réditos é intereses, y si está obligado el deudor á afianzar á aquellos sus créditos, n. 204: qué ha de practicar el deudor para no ser molestado por los acreedores que no asintieron á la espera, n. 205: si aceptando los herederos del deudor su herencia con beneficio de inventario, les aprovechará la moratoria concedida á éste n. 206: queriendo el deudor hacer cesion de bienes y sus acreedores concederle espera cuál de las dos se admitira, n. 207.

Esposa: qué gana la de presente ó de futuro, soltera ó viuda, disuelto el matrimonio, de lo que el marido le dió antes ó despues de consumarle, lib. 1, cap. 6, nn. 27 y 28: si podrá y en cuánto dotar la novia al novio, n. 29: si la esposa diere algo al esposo y falleciere antes de celebrarse el matrimonio, á quién corresponde, n. 30.

Escepcion, qué, cuántas especies hay de ella, y cuales son las mere dilatorias, lib. 3, cap. 1, n. 147, y nota: de éstas unas son relativas al juez como la de incompetencia y recusacion, otras al actor, y otras á la causa ó proceso, n. 148: la jurisdiccion se puede prorogar de cuatro maneras que se espresan, nn. 149, &c. y 152: en qué casos se puede ó no hacer espresa ó tácitamente la prorogacion de jurisdiccion, y por qué actos judiciales no se proroga, nn. 153, 154, 155 y dos notas: el juez prorogado no puede ejecutar su sentencia, por corresponder ésto al ordinario, n 156: cuando y cómo ha de decidir el juez las escepciones, n. 157: si el reo forma artículo de no contestar y se desprecia; cuándo se le ha de conceder término para la contestacion, n. 158: escepcion concerniente á la persona del actor es la de legitimacion que tiene lugar en todas las causas y en muchos casos que se espresan, n. 159: cuándo debe el actor legitimar su

persona al principio del pleito, ó le basta hacerlo en el término de prueba, nn. 160 y 161: menciónanse muchas especies de fianza que se admiten como escepciones dilatorias concernientes á la persona, num. 162: se espresan varias escepciones dilatorias, respectivas á la causa ó proceso, y se dice cuándo las ha de proponer el reo, n. 163: en qué parte del juicio se debe pretender la acumulacion de autos, num. 164: á quiénes interesa: qué es necesario para que haya litispendencia: en cuáles casos se puede enagenar la cosa litigiosa, y si por razon del pleito se privára el reo de su uso ó aprovechamiento, nn. 165 y 166: por cuántas causas ha de hacerse la acumulacion de autos, y en qué casos no se debe hacer nn. 167, &c. y 170: habiendo autos pendientes ante escribanos de un mismo fuero, ó de diverso, ó ante dos jueces, uno mas condecorado que otro, ante cuál se ha de pretender la acumulacion: nn. 171 y 172: teniendo, ó no ésta lugar, qué debe hacer el escribano quitensele ó no los autos, n. 173: qué escepciones se llaman mere perentorias, y cuándo se han de oponer y decidir, numero 174, y nota: cuáles son mistas y anómalas, y en qué estado de la causa han de oponerse y decidirse, nn. 175, 176 y dos notas: cuándo deben resolverse las escepciones emergentes, ó inudentes, n. 177: dentro de qué término debe oponer el reo todas las escepciones, nn. 178 y 179: si en la instancia en que se opuso alguna, podran oponerse otras despues de la publicacion: si se puede articular sobre la que no se alegó: escepcion en favor de los que gozan del beneficio de la restitucion.

Ejecucion, ejecutar y ejecutivo: qué es juicio ejecutivo, lib. 3, cap. 2, num. 1: qué cosas traen aparejada ejecucion, n. 2: en qué la trae la sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, num. 3: cuándo es exequible la sentencia de los árbitros de derecho, y la de los arbitradores, num. 4: qué sentencia se han de ejecutar, sin embargo de apelacion, nn. 5, 6 y nota: y cuáles no traen aparejada eje-

no debe darse, sí al que haya de desempeñar alguna de mucho tiempo con cargo de administracion; y otros lo niegan absolutamente, cuya opinion es la segura, porque entre el testador y el ejecutor de su última voluntad se celebran un verdadero contrato de mandato que como motivado por la confianza, amistad, ó piedad, es de suyo gratuito, y de lo contrario degeneraria y se convertiria en alquiler. Asi pues, por el mismo hecho de aceptar el cargo el comisario ó ejecutor es visto que se obliga á evacuarle graciosamente, y de consiguiente no se le debe salario, aunque sea oficial que viva de su trabajo, y aunque la comision haya de durar mucho tiempo con cargo de administracion; si bien en todo caso se ha de satisfacer al albacea lo que espenda de su caudal en el desempeño de su encargo. Pero sin embargo debe darse salario por el albaceazgo, cuando asi se pactó entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó cuando éste acostumbra alquilar su trabajo, y por conjeturas se viene en conocimiento que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria la ejecucion de su voluntad; en cuyos casos no se tendrá por mandato sino por alquiler, y le señalará el juez á su arbitrio el competente estipendio atendidas la cualidad del negocio y la ocupacion ó trabajo.

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

§. XIV.

Del poder para testar.

208 El poder para testar es *un acto y disposicion en que alguna persona da facultades á otra para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes.* Llamase este apoderado ó comisario, y se diferencia del testamentario, al cual solamente se comete la ejecucion de lo que el testador deja mandado: de suerte que aunque muchos los confunden, son diversos: si bien el comisario será juntamente testamentario en caso de encargársele tambien la ejecucion de lo que disponga. Confieren dicho poder los que no pueden ó no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene facultad para testar puede darla al varon ó hembra que

cucion, nn. 7, 8 y 9: cuándo trae aparejada ejecucion la confesion del deudor, n. 10: si se debe despachar ejecucion por la deuda confesándola el deudor, y escepcionando al mismo tiempo que el acreedor se la remitió ó prometió no pedírsela, num. 11: por qué cantidad se ha de despachar la ejecucion, remitiéndose el deudor en su confesion á algun instrumento ó papel, num. 12: qué confesiones no traen aparejada ejecucion, n. 13: si la confesion hecha por el deudor en su última voluntad será ejecutiva: en qué casos quedará obligado por ella; y si debe estarse á la que hace en el artículo de la muerte en perjuicio de tercero, n. 14: cuándo es ejecutiva la confesion del menor, n. 15: si lo es la confesion ficta ú oscura, n. 16: si son ejecutivos el juramento decisorio del pleito, y el necesario ó supletorio, num. 17: cuándo los vales, escrituras privadas, letras de cambio y demas papeles simples son ejecutivos, nn. 18 y 19: no ha lugar á la ejecucion negando el deudor la deuda y firma del vale, aunque le conozcan los que le firmaron, ó hicieron de su órden, ó se debieron firmar, num. 20: escepcionando el deudor en el acto de su confesion no haber recibido la cantidad que se le pide, y no habiendo pasado dos años desde que se contrajo el débito, no se debe despachar ejecucion, n. 21: pero sí debe hacerse, habiendo pasado los dos años, ó confesando llanamente y oponiendo la escepcion despues del reconocimiento, ó renunciándola en el vale, num. 22: si pidiendo el acreedor el reconocimiento del vale dentro de los diez años de su fecha, reconoce el deudor su firma, aunque niegue la deuda habrá lugar á la via ejecutiva, num. 23: la confesion del deudor, y el reconocimiento puro de escritura privada no perjudican á sus acreedores anteriores al reconocimiento, ni á otro tercero, n. 24: á quiénes no perjudica la confesion hecha por otros, n. 25, el juez incompetente puede compeler al deudor al reconocimiento del vale, mas no otra cosa, num. 26, y nota: para qué y cuándo aprovechan la confesion

y reconocimiento estrajudicial, y si es preciso para despachar la ejecucion que quien hace el judicial, le firme, num. 27, y nota: cuándo será ejecutivo el intrumento público, núms. 28, 29 y nota: sobre si el instrumento es ó no ejecutivo, se ha de atender al lugar del juicio, y sobre lo substancial de él, al lugar en donde se celebró, n. 30: cómo se han de legalizar los instrumentos, num. 31: cuándo es ejecutivo el instrumento en lo tácito, num. 32: si el testamento solemne trae aparejada ejecucion por la deuda, legado, &c. num. 33: es nulo el legado que haga alguno en su última enfermedad al confesor, ó á su iglesia, comunidad ó deudo, num. 34: si es ejecutivo el instrumento de obligacion de hecho, n. 35: no trae aparejada ejecucion el instrumento novado, num. 36: cuándo será ejecutivo el instrumento de arrendamiento por el tácito del año sucesivo, num. 37; y cuándo lo será el instrumento que se remite á otro, num. 38: cuándo es ejecutiva la obligacion en que hay intereses, y la de pagarlos por dar alguna letra pata dentro de estos reinos, n. 39: no es ejecutiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, ni la de los novios, hijos de familia, estudiantes, ni muger casada: el escribano no puede autorizar instrumento de préstamo en mercaderías ni de venta de granos al fiado, num. 40: cuándo son ejecutivos el instrumento líquido, y no líquido, num. 41, y nota: por los alimentos é intereses de dote retardada se puede despachar ejecucion, n. 42: pidiéndose ésta por lo líquido y no líquido, se despacha por lo primero, y no por lo segundo, num. 43: qué cosas se requieren para que sea ejecutivo el instrumento no liquidado, y por cuáles medios se puede liquidar, nn. 44 y 45: cuándo será ó no ejecutiva la liquidacion hecha ante escribano, n. 46: cuándo las cuentas estrajudiciales ajustadas por las partes ó por contadores que elijen y los libros de cuentas que alguno tiene en su poder traen aparejada ejecucion, nn. 47, 48 y nota: cuándo se puede proceder ejecutivamente contra el obliga-

do á dar cuentas, y una vez dadas, compelerle á reiterarlas, n. 49 y nota: qué rescriptos, privilegios, cédulas, y provisiones reales tienen virtud ejecutiva, y cuáles padecen el vicio de nulidad, nn. 50, 51 y dos notas: cuándo serán ejecutivos los juros, situaciones, libranzas del Rey ó de sus ministros, tributos públicos y reales, primicias y diezmos de la iglesia, numeros 52 y 53: qué personas pueden pedir ejecucion: qué requisito es necesario para que se las admita en el juicio si no estan nombradas en el instrumento, lib. 3, cap. 2, n. 54: si podrán pedir ejecucion el heredero del acreedor, legatario, testamentario y comprador de la herencia, n. 55 y nota: por que cantidad y contra quiénes puede pedirla el fiador, nn. 56, 57 y nota: por qué cosas la puede pedir la muger viuda, n. 58: si el procurador para pleitos podrá solicitar la ejecucion y cobrar la deuda, n. 59: si el cedente puede ejecutar á su deudor aun despues de hecha la cesion en favor de otro, num. 60: qué se requiere para que el cesionario pueda pedir ejecucion, n. 61: si el heredero del deudor puede ser ejecutado por todo lo que éste debia y compelido á reconocer el vale que hizo, números 62, 63, y nota: siendo muchos los herederos del deudor, cómo deberá proceder contra ellos el acreedor, n. 64: en qué casos y por qué cantidad puede ejecutarse al mejorado, num. 65: de la ejecucion del sucesor del mayorazgo por la obligacion á que estan afectos los bienes vinculados, num. 66: pueden ser ejecutados los herederos anómalos, y quiénes son estos, num. 67: tambien puede serlo el poseedor de la cosa litigiosa, aunque sea clérigo, si la adquirió empezado el litigio, n. 68: en qué bienes y por qué débitos lo puede ser la muger casada, nn. 69, 70 y nota: el socio puede ser ejecutado por las deudas de la compañia, num. 71: qué circunstancias se requieren para poder serlo del deudor, num. 72: qué es ejecucion y cuándo es necesario hacerla en los bienes del deudor para poder reconvenir al fiador, num. 73: en cuáles casos puede el fiador ser ejecutado sin hacer ejecucion en los bie-

nes del obligado principal, y sin nuevo juicio con él, nn. 74 y 75: en qué bienes se puede hacer ejecucion por las deudas de concejo, num. 76: si ha lugar á la ejecucion contra el comprador donatario y usufructuario de la herencia, nums. 77 y 78 y nota: cuándo habrá lugar á ella contra el tutor por las deudas de su menor, contra los fiadores del tutor por las de éste, y contra los administradores, factores y procuradores por las de sus principales, nn. 79 y 80: en qué casos ha lugar á la ejecucion contra el tercero poseedor; y qué es necesario para proceder contra él, nn. 81, 82 y 83: qué ha de oponer éste contra la ejecucion, n. 84: qué bienes son y se conceptuan muebles semovientes, y raices, nn. 85, &c. y 89: regularmente hablando se puede hacer ejecucion en todos los bienes espresados, n. 90: háblase de la traba en finca enfitéutica, n. 91: sobre la ejecucion en la finca afecta á servidumbre, en los frutos pertenecientes al usufructuario, en los bienes castrenses, cuasi castrenses y adventicios del hijo, en los oficios públicos renunciables ó no, y en la jurisdiccion libre, números. 92, 93 y 94: cuándo pueden ser ejecutados los bienes dotales y sus frutos, n. 95: si pueden ejecutarse las cosas sagradas y religiosas, y las capillas y sepulturas, n. 96: cuándo podrá hacerse la tarba en el derecho de usufructuar, en el mero uso, en las cosas puestas en los edificios para su adorno, y en las servidumbres reales, n. 97: si puede trabarse la ejecucion en la morada, armas, caballos y mulas de los hijos-dalgo, n. 98: de la ejecucion en armas y caballo de otro cualquiera, en las yeguas de vientre, sus crias y caballos de los criadores, y en los libros de abogados y estudiantes, n. 99: del estipendio ó renta del oficial público, del soldado, del doctor, del clérigo y de los instrumentos de los artesanos y menestrales, nn. 100 y 101, si puede trabarse la ejecucion en el vestido ordinario, cama, y otras cosas necesarias para el uso cuotidiano, n. 102: cuándo podrán ejecutarse los bienes de mayorazgo y sus rentas, n. 103: si podra hacerse la traba en el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, n.

104: en qué cosas no debe trabarse ejecucion, n. 105: qué bienes deben ó no ser ejecutados por las deudas de concejo, num. 106: sobre la ejecucion en las naves estrangeras que traen bastimentos á estos reinos, y en los aperos de labor, n. 107: si habiendo intentado el acreedor la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva, ó por el contrario; y si la litispendencia ante un juez le impedirá ejecutar al deudor ante otro, nn. 108, &c. y 111 y nota: si el acreedor que tiene accion contra varios deudores, fiadores, ó mancomunados puede pendiente el pleito con uno de ellos dejarle y ejecutar á los otros, n. 112: varios requisitos necesarios para proceder ejecutivamente, n. 113 y nota: qué hacen muchos jueces inferiores á favor del deudor; y qué es lo que se debe hacer: á quién se ha de entregar el mandamiento de ejecucion, lib. 3, cap. 2, n. 114: hácese mencion de tres requisitos para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias: cómo y por qué órden se ha de trabar, sea personal ó general, ó especial hipotecaria la obligacion que la trae apatejada, nn. 115 y 116: cómo se ha de trabar, nombre ó no el deudor los bienes, n. 117: qué debe hacer el alguacil si el deudor se oculta, ó le manifiesta recibo simple de haber pagado, n. 118: formando concurso de acreedores el ejecutado, y embargándosele bienes pertenecientes á otro: qué debe hacer éste, n. 119: si despachándose la ejecucion contra el fiador podrá nombrar bienes del deudor principal en qué trabarla; y qué debe hacerse, si resultare ser agenos, n. 120: qué es traba de ejecucion: en qué estado de la causa se puede ampliar; y qué cláusula se ha de poner en la diligencia, n. 121: en cuáles bienes se ha de trabar la ejecucion dirigiéndose contra tercero poseedor que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, n. 122: cómo se ha de inventariar, y en quién se deben depositar los bienes ejecutados, nn. 123 y 124: si manifestando la muger del deudor su carta de dote se le deberá nombrar depositaria de los bienes ejecutados, n. 125: cómo se ha de notificar el estado de la ejecu-

cion al deudor, pueda ó no ser habido, n. 120: en qué pena incurre el deudor no pagando dentro de las setenta y dos horas siguientes á la de la notificacion de estado: el escribano debe apercibirle con ella y espresar en la notificacion la hora en que se la hace, n. 127 y 128: el escribano ha de preguntar al ejecutado, si renuncia los pregones, &c. 129: cómo deben venderse los bienes ejecutados, y en qué dias se han de dar los pregones, n. 130: cuántos han de darse, y en qué término, hallándose el ejecutado con sus bienes en otra jurisdiccion, n. 131; y cuántos, y en cuál si se trabó la ejecucion en bienes muebles y raices, si se mejoró en otros que no se pregonaron, ó si se trabó en muebles y mejoró en raices, n. 132: si renunciando el deudor los pregones es preciso que se pase su término, n. 133, no se han de dar trabandose la ejecucion en dinero, trigo, aceite, &c. n. 134: si no hay pregonero, basta fijar edictos, n. 135: antes ó despues de notificado el estado de la ejecucion al deudor le ha de requerir el alguacil que dé fiador de saneamiento, ó le ha de prender en su defecto: quién ha de ser el fiador; y á qué se ha de obligar, n. 136: qué personas han de ser presas no dando fianza de saneamiento, n. 137: en qué casos los hijos-dalgo pueden ó no ser presos por deuda, n. 138 y nota: hay noblezas de privilegio y noblezas de sangre, y tres clases de privilegio de nobleza, n. 139: de la declaracion de hidalguia, y de las diligencias necesarias para conseguirla, n. 140: qué es nobleza de sangre; y en qué se diferencia de la hidalguia, n. 141: la prueba de la nobleza de sangre se hace, ó de posesion local, ó de posesion general, ó de propiedad posesoria, n. 142: á quién están comparados los hijos-dalgo de ejecutoria, n. 143: qué es solar y solariego, y qué es necesario para ser llamado alguno hijo-dalgo de solar conocido, n. 144: el juez de la causa ejecutiva puede conocer sumaria é incidentemente de la de la nobleza y determinarla, n. 145: qué deben hacer el escribano y alguacil manifestando el ejecutado papeles de nobleza, siendo esta publica, &c. n. 146: de la no-

bleza de los naturales y oriundos de Vizcaya y Encartaciones, n. 147, qué personas sin ser nobles gozan del privilegio de nobleza para no ser presas por deuda, nn. 148 y 149: cuándo no puede ser presa por deuda la muger: ésta goza, casada ó viuda de la nobleza de su marido viviendo castamente, num. 150: cuándo el menor, enfermo, pregonero y heredero pueden y no ser presos por deuda, n. 151; y cuándo podrán ó no serlo el tutor, factor, administrador, procurador de cortes ó de pueblo, el que tiene tres años doce yeguas de vientre, el labrador y artesano, n. 152 y nota: quiénes no pueden ser reconvenidos en mas de lo que puedan y han de gozar alimentos de sus propios bienes escepto en dos casos, nn. 153 y 154: á los duques, condes, y otros señores que tienen jurisdiccion se han de dar alimentos de las rentas de sus estados concursados; pero no á los meros nobles á los sucesores inmediatos de mayorazgos se conceden alimentos por gracia y no de justicia, n. 155: si litigando entre si dichos privilegiados y sus fiadores gozarán del espresado beneficio, n. 156: qué debe hacer el alguacil cuando el mandamiento ejecutivo se dirige contra las personas de los que gozan del beneficio de competencia, ó solamente contra los bienes del que no tiene ninguna escepcion, n. 157.

Ejecutado: cuándo ha de ser ó no condenado en costas el ejecutado vencido, y si el procurador deberá pagar las causadas por su parte en defenderse y las de su contrario si fue condenado en ellas, lib. 3, cap. 2, nn. 326, 327, y 328.

Escribano, con respecto á inventario, véase *inventario.*

Enfitéuta y enfitéusis, véase *colacion.*

Escribano véase *prueba.*

Ejecucion, véase *ejecucion.*

Escepcion, véase *oponerse ú oposicion á la ejecucion.*

F

Fianza: cuándo han de dar el acreedor solo y éste y el deudor la fianza de la ley de Toledo; y á qué se han de obligar sus fiadores, libro 3, cap. 2, nn. 275 y 276, y nota: qué fianzas debe dar el acreedor despachándose la ejecucion en virtud de transacion ó de sentencia de árbitros ó confirmatoria de pareceres conformes de contadores; y en qué casos no está obligado á darlas, ni á constituir obligacion por sí de restituir lo que perciba: la fianza no se ha de estender á mas de lo que quiso el fiador nn. 277, 278 y 279: qué diligencias se deben practicar dadas las fianzas para hacer pago al acreedor, n. 283.

Formulario correspondiente al juicio ordinario, lib. 3, cap. 1, §. final: demanda de reivindicacion, auto y notificacion, nn. 471, 472 y 473: requisitoria de emplazamiento para hacer saber la demanda, y auto cumplimentándola, nn. 474 y 475: espresanse todas las diligencias que se deben ó pueden practicar despues de este auto, n. 476: introduccion de varias requisitorias, n. 477: auto que ha de darse si el procurador de lo demandado no presenta poder: autos si se desprecia el artículo de no contestar ó se forma pasado el término de la ley, n. 478: pedimento de contestacion, y auto correspondiente, nn. 479 y 480: qué se ha de practicar en vista de este auto, n. 481: pedimento de conclusion y su auto, nn. 482 y 483: qué se debe hacer despues, núm. 484: auto de prueba, n. 485: cómo se ha de poner éste, cuando el demandado no comparece, y el demandante le acusa la rebeldía, n. 486: notificaciones, n. 487: interrogatorio y pedimento presentándole, auto, citacion y notificaciones, nn. 488, &c. y 491: señalamiento de dias y horas para examinar testigos, requerimiento para su presentacion y recepcion del juramento, núm. 492, 493 y 494: qué debe hacerse si la parte contraria quiere que el juez juramente los testigos, n. 495: requisitoria para hacer probanza, n. 496: exámen de un testigo,

n. 497: pedimento pretendiendo se nombren intérpretes para examinar testigos estrangeros, autos, aceptacion de aquellos, y exámen de un testigo con su asistencia, nn. 498 &c. y 501: sobre ratificar testigos, y ratificacion de uno, nn. 502 y 503: para suplir la falta de los testigos muertos ó ausentes se hace informacion de abono, n. 504: pedimento para que se reciba informacion de abono de testigos, auto y declaracion de un testigo de abono, nn. 505, 506 y 507: el testigo de abono se diferencia del presentado para abonar á un sugeto y sus bienes: qué ha de deponer éste, n. 508: mandamiento compulsorio, y qué se ha de hacer en su virtud, nn. 509 y 510: forma de estender el testimonio y copia que previene el mandamiento, n. 511: pedimento presentando una escritura para su comprobacion, auto, citacion y cotejos de ella, nn. 512, &c. y 515: pedimento presentando cartas para que una de las partes las reconozca, auto y declaracion sobre su reconocimiento, nn. 516, 517 y 518: pedimento nombrando peritos para que reconozcan papeles, auto, reconocimiento ó cotejo de ellos, y advertencia, nn. 519, &c. y 522: requerimiento á una parte para que presente mas testigos, n. 523: pedimento para la publicacion de probanzas, auto y notificacion, nn. 524, 525 y 526: pedimento acusando la rebeldía, é insistiendo en que se haga la publicacion, y auto, nn. 527 y 528.

Pedimento de tachas y abono de testigos: autos sobre admision de aquellas y advertencia, núm. 529, &c. y 532: pedimento solicitando ampliacion del término de prueba por via de restitucion, y auto, nn. 533 y 534: pedimento recusando al juez inferior, auto de recusacion, aceptacion y juramento del acompañado, y dos advertencias, nn. 535, &c. y 539: sentencia difinitiva absolviendo al demandado, n. 540: dos sentencias difinitivas condenando al demandado, y una advertencia, nn. 541, 542 y 543: pedimento de apelacion, autos y advertencia, nn. 544, 545 y 546: pedimento para que se declare por desierta la apelacion,

auto, advertencia sobre lo que ha de hacerse despues, y auto de declaracion, nn. 547, &c. y 550: qué se ha de practicar si la parte condenada no apela, ó no presenta la mejora, n. 551: pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y auto en que se declara por tal, nn. 552 y 553: qué deberá hacerse siendo en parte absolutoria, y en parte condenatoria la sentencia, n. 554: y qué deberá hacerse asimismo obteniendo el apelante real provision para la remision de autos por compulsa, y para emplazar á la parte contraria, n. 555: qué papel sellado ha de usarse en las diligencias que ocurren en el juicio ordinario, n. 556: añádense en seguida varios pedimentos: pedimento solicitando una muger casada licencia para comparecer en juicio por ausencia del marido, núm. 557: demanda de jactancia, n. 558: pedimento mudando la accion, n. 559: pedimento solicitando se reciba informacion de cierto acto estrajudicial para que conste en lo sucesivo, n. 560: advertencia, n. 561: pedimento solicitando la posesion de los bienes de un ausente, n. 562: pedimento de artículo inhibitorio, núm. 563: pedimento introduciendo de otro modo el mismo artículo, núm. 564: pedimento intentando el artículo de no tener obligacion á responder, n. 565: pedimento pidiendo una declaracion para responder, n. 566: pedimento de reconvencion, n. 567: pedimento de reposicion de auto, n. 568: pedimento solicitando un tanto ó compra de una escritura, n. 569: pedimento de restitucion de un despojo, n. 570: pedimento de acumulacion ante un teniente de villa, n. 571 y 572: pedimento en que se solicita afiance alguno de arraigo, n. 573: interrogatorio de repreguntas, n. 574: pedimento respondiendo al de tachas, n. 575: pedimento alegando de bien probado, n. 576: pedimento de respuesta, n. 577: pedimento de recusacion á un alcalde de córte en su provincia, n. 578: pedimento recusando á un ministro de chancillería ó audiencia, n. 579: pedimento de nulidad de una sentencia, n. 580.

no está privado de ser personero ó apoderado, para que en su nombre ordene y formalice su testamento con arreglo á lo que mande y le comunique en el poder, y para que ejecute lo que el mismo testador haria por sí propio (*a*); pues el poder no es testamento ni por tal se estima, y si es recíproco, solo sirve para el que fallece primero, de modo que el sobreviviente tiene que hacer nueva disposicion, si no quiere morir intestado.

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

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

211 El comisario no puede delegar su comision en otro ú otros para practicar lo que el testador le ordenó, y no pudo ó no quiso

(*a*) Ley 6, t. 5, lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Ley 31 de Toro que es la 5, t. 4, lib. 5 R. ó 1, t. 1, lib. 10. N. R.

(*) Segun estas últimas palabras si el testador da por egemplo facultad especial para nombrar tutor á sus hijos, podrá el comisario usar de ella, aunque el testador no haya mencionado ningunas personas para hacer entre ellas la eleccion.

Pónense varios pedimentos correspondientes al tratado de particiones: pedimento provocando el juicio de particion, lib. 3, cap. 1, n. 581: pedimento solicitando uno de los herederos la division de la herencia, n. 582: otro pedimento de igual solicitud, n. 583: demanda de nulidad, de particiones por via de restitucion, n. 584: pédimento sobre recision de particiones, número 585.

Formulario correspondiente al juicio ejecutivo, lib. 3, cap. 2, §. final: pedimento pidiendo ejecucion, n. 337: auto y mandamiento de ejecucion, nn. 338 y 339: traba de ejecucion, n. 340: sobre la traba en una sola cosa por todos los demas bienes del deudor, n. 341: requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento y prision por no afianzar, n. 342: advertencias sobre la fianza de saneamiento, n. 343: auto y mandamiento de soltura, nn. 344 y 345: á quién y para qué se entrega este mandamiento, n. 346: notificacion de estado, n. 347: pedimento del acreedor para que se cite de remate al deudor, auto y citacion de remate, nn. 348, 349 y 350: no se debe hacer la citacion de remate sin solicitarlo el acreedor y mandarlo el juez, n. 351: pedimento del deudor oponiéndose á la ejecucion y auto correspondiente, nn. 352 y 353: qué diligencias se han de practicar despues de éste hasta la sentencia de remate, n. 354: sentencia de remate y mandamiento de pago, nn. 355 y 356: auto absolviendo al ejecutado, n. 357: mandamiento para desembargar los bienes en que se traba la ejecucion, n. 358: sobre la traba en bienes raices hipotecados y mejorada en sus alquileres, ó arrendamiento, n. 359: auto difinitivo declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate y recibiendo el pleito á prueba, n. 360: requerimiento al deudor con el mandamiento de pago, n. 361: pedimento del acreedor nombrando perito para la tasacion de una casa ejecutada, auto y notificacion al deudor, nn. 362, 363 y 364: sobre el nombramiento de perito por el deudor, n. 365: notificacion y aceptacion de los peritos, n. 366: citacion de las partes y tasacion de la casa, nn. 367 y 368: sobre la discordia de los peri-

tos en la tasacion, n. 369: pregones para la venta, nn. 370 y 371: advertencia, n. 372: cédula y fé de fijacion, nn. 373 y 374: pedimento haciendo postura y auto, nn. 375 y 376: varias diligencias posteriores, n. 377: pedimento pretendiendo se señale dia para el remate, y auto, n. 378 y 879: diligencias posteriores, n. 380: remate de finca perteneciente al deudor y prevenciones, nn. 381 y 382: pedimento para la aprobacion del remate y auto, nn. 383 y 384: á quienes y para qué se notifica este auto, n. 385: liquidacion de las cargas de la finca vendida y auto, nn. 386 y 387: qué se ha de practicar despues, n. 388: auto en que se aprueba la liquidacion y manda dar posesion de la finca al comprador, n. 389: este auto tiene fuerza de difinitivo y es apelable, n. 390: mandamiento para dar posesion de la casa vendida, n. 391: qué es lo que se practica con este mandamiento, n. 392: cesion del remate de la casa comprada, n. 393: qué se ha de hacer con copia de esta escritura, y cómo se ha de formalizar la venta de la casa, n. 394: libramiento para hacer paga á un acreedor y advertencia, nn. 395 y 396: pedimento para que se adjudiquen en pago al acreedor los bienes ejecutados, y advertencia, nn. 397 y 398: auto de adjudicacion en pago de cosa raiz, n. 399: advertencia n. 400: auto de adjudicacion en pago de bienes muebles, n. 401: sobre la posesion prendaria, ó entrega de los bienes del deudor al acreedor para que se haga pago con sus frutos, ó emolumentos, n. 402: auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor, n. 403: mandamiento de posesion prendaria, n. 404: requisitoria para ejecutar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la ejecucion y citarle de remate, n. 405: requisitoria de pago para vender bienes que se hallan en otra jurisdiccion, n. 406: requisitoria de pago contra un deudor vecino de pueblo diverso de el del juicio, n. 407: suplicatoria á tribunal superior para hacer un embargo, y prevenciones acerca de ella, nn. 408 y 409: háblase del papel sellado que ha de usarse en los pedimentos y autos que ocurren en la via ejecutiva, n. 410, pág.

63, tom. 3, ó 5.

Añádense varios pedimentos: pedimento de reconocimiento de vale; pedimento solicitando una declaracion para pretender con ella el pago de cierta renta anual: pedimento de ejecucion por los réditos de un censo correspondiente á los nueve años y medio últimos, lib. 3, pág. 64: pedimento de ejecucion contra un tercero poseedor antes de repetir contra el deudor: pedimento solicitando se mejore la ejecucion: pedimento de oposicion solicitando compensacion, ó intentando juntamente con ésta la reconvencion, pág. 65: pedimento de respuesta al del reo: pedimento de tercería de dominio: pedimento de tercería de dote, pág. 66: pedimento en que se pide restitucion contra un remate: pedimento de nulidad de un remate: pedimento solicitando el postor en quien se hizo el remate la venta judicial, pág. 67: pedimento para que se declare un remate por pasado en autoridad de cosa juzgada: pedimento solicitando se citen para los pregones los deudores del reo ejecutado: pedimento solicitando el acreedor mandamiento de apremio contra el deudor: pedimento solicitando el acreedor que el postor de los bienes rematados deposite su valor y se tasen las costas, pág. 68: pedimento en que solicita el reo se apremie á su acreedor á la compra de los bienes subastados por no haber habido postor: pedimento de ejecucion por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: pedimento de apelacion para el Consejo de la sentencia de remate de un alcalde en provincia, ó de un teniente, pág. 69: pedimento presentándose en el Consejo á consecuencia de la apelacion admitida: pedimento alegando en vista de los autos, pág. 70.

Formulario correspondiente al juicio de concurso de acreedores, lib. 3, cap. 3, §. final: pedimento haciendo cesion de bienes y formando concurso de acreedores un deudor preso, libro 3, cap. 3, n. 212: auto admitiendo la cesion, n. 213: edicto llamando á los acreedores ausentes, n. 214: qué diligencias se han de practicar acerca de los edictos, n. 215: fe de fijacion de los edictos, n. 216: pedimen-

to del concursante para que se declare por bien formado el concurso, n. 217: auto en que ha por acusada la rebeldía á los acreedores, n. 218: otro en que se declara por bien formado el concurso y nombra defensor, n. 219: mandamiento de amparo para el concursante, n. 220: pedimento del defensor para que se nombre administrador de los bienes del concurso, n. 221: auto de traslado á los acreedores, n. 222: qué diligencias se han de practicar despues, n. 223: auto nombrando dicho administrador, n. 224: qué ha de hacerse en virtud de este auto, n. 225: título del administrador, n. 226: qué se hace con este título, n. 227: sentencia de graduacion, n, 228: cuándo ha de pretender el defensor que esta sentencia que es apelable se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, n. 229: libramiento, n. 230: qué papel sellado ha de usarse en los pedimentos, autos y diligencias tocantes al juicio de concurso ú ocurrencia de acreedores, n. 231.

Añádense varios pedimentos: pedimento contradiciendo la formacion de un concurso, lib. 3, cap, 3, n. 232: pedimento solicitando un acreedor la prelacion de su crédito, núm. 233: pedimento solicitando el acreedor de un concurso se vuelvan á subhastar los bienes rematados en pública almoneda á favor de un tercero, como mayor postor, n. 234: pedimento solicitando un deudor espera de acreedores ante el juez ordinario, núm. 235: pedimento solicitando espera de acreedores en el Consejo, n. 236: pedimento para que los acreedores en menor número de deudas pasen por la espera que concedió el mayor, número 237.

Formulario correspondiente al cap. 1, lib. 4: pedimento de apelacion, lib. 4, cap. 1, n. 98: pedimento de apelacion en un consulado, n. 99: pedimento presentándose el apelante ante el superior, n. 100: pedimento presentandose de hecho en el Consejo en grado de apelacion de sentencia pronunciada por algun alcalde de córte ó teniente de villa, n. 101: pedimento presentandose en grado de apelacion en el Consejo de sentencia pronunciada por juez inferior de fuera de la córte, n. 102: pedimento mejorando la apelacion, n.

103: pedimento respondiendo al anterior, n. 104: pedimento presentándose en grado de apelacion en la chancillería de Granada de una sentencia pronunciada por su alcalde mayor, n. 105: pedimento del apelante despues de entregados los autos, n. 106: pedimento respondiendo, nn. 107, 108 y 109: pedimento presentándose en grado de apelacion de auto interlocutorio, n. 110: pedimento presentándose en grado de apelacion en la chancillería de Granada de la sentencia de cualquiera alcalde mayor, n. 111: pedimento espresivo de agravios y pedimento respondiendo, nn. 112 y 113: peticion de agravios media, n. 114: pedimento presentándose de hecho en grado de apelacion en la audiencia de Sevilla de auto difinitivo pronunciado por alguno de sus tenientes, núm. 116: pedimento espresivo de agravios, n. 117: pedimento respondiendo al anterior, n. 118: pedimento de agravios medio, núm. 119: pedimento de apelacion de auto interlocutorio, n. 120: pedimento presentándose en grado de apelacion ante los jueces consistoriales, n. 121: sentencia de vista en la chancillería de Granada confirmatoria de otra pronunciada por juez inferior, n. 122.

Formulario correspondiente á la instancia de suplicacion ó súplica, lib. 4, cap. 2, §. final: pedimento de suplicacion en el Consejo de Castilla y otro de respuesta, nn. 23 y 24: pedimento suplicando en un espediente sin causar instancia, n. 25: pedimento de licencia para suplicar de un auto mandado ejecutar sin embargo de suplicacion, n. 26: pedimento de suplicacion en la chancillería de Granada; otro de suplicacion en forma; otro de respuesta á esta suplicacion, y otro de suplicacion en la audiencia de Sevilla, nn. 29, 30, 31 y 32, pág. 227: pedimento de súplica en la audiencia de la Coruña, n. 33: pedimento de súplica en la audiencia de Zaragoza, n. 34: pedimento de súplica en la audiencia de Cataluña con una advertencia, nn. 35 y 36: sentencia de revista en la chancillería de Granada, n. 37: otra sentencia de revista en la misma chancillería y en pleito admitido por caso de Córte, núm. 38, página 229.

Frutos: se dividen en naturales y civiles, lib. 1, cap. 5,

n. 1 : si el testador cuando murió tenia vendido y no entregado al comprador algun predio, y sus herederos se convienen con él en el modo de dividir sus frutos, ha de observarse su convenio; y si al tiempo de la venta estaban pendientes los frutos, ó no los tenia el predio, si antes de su tradicion nacieron, ¿á quién pertenecerán? y qué se ha de decir sobre este punto de los arrendamientos ó alquileres de la cosa vendida? n. 2, y nota : cómo se sucede en los bienes patrimoniales y cuasi patrimoniales de clérigo, y en sus frutos, nn. 8 y 9 : á quiénes pertenecen los frutos pendientes y percibidos de beneficios eclesiásticos, nn. 10 y 11: cómo ha de dividirse la pension sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, n. 12: cuál se sigue de varias opiniones sobre el modo de dividir los frutos pendientes de mayorazgo entre el sucesor y herederos del poseedor, n. 13: cómo han de dividirse los frutos pendientes y cogidos, las pensiones y réditos entre el mejorado ó primer llamado al vínculo por el testador, y demas herederos, no dejando éste muger, nn. 14, 15, 16 y 17 : y cómo no siendo primer llamado estando pendientes ó cogidos los frutos, ó solamente barbechadas y sembradas las tierras, ó sean alquileres de casas ú otros edificios, ó réditos de censos, juros y otros derechos, nn. 18, &c. y 24 : los frutos manifiestos en los bienes de los cónyuges al tiempo de la muerte de alguno de ellos son comunicables, núm. 25: cómo han de dividirse los frutos que en dicho tiempo aun no estaban á la vista; y cómo si son de rebaños ó animales, nn. 26, 27 y 28 : llevando la muger al matrimonio frutos pendientes en sus fincas dotales, estimándose estos ó no, renunciando ó no los gananciales, y falleciendo en el año en que se casó sin estar cogidos los frutos : qué se deberá observar en la division de ellos, haya ó no legado á su marido la tercera parte de sus bienes, nn. 29, 30, 31 y nota : cuándo tocan al marido los frutos que percibe de los bienes dotales antes de casarse, n. 32 : si el marido ó su muger lleva al matrimonio, ó durante éste hereda algun fundo con frutos próximos á su recoleccion, ó solamente manifiestos, có-

Legado ... Dr. D.
... Pedro Casado

mo se dividirán entre los dos, nn. 33 y 34: si al tiempo de morir uno de los cónyuges está arrendado el fundo y con frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del colono; cómo se ha de dividir entre ellos la pension, n. 35: cómo han de dividirse entre marido y muger los frutos pendientes y rentas de los bienes vinculados, muera antes ó no el poseedor del mayorazgo, nn. 36, 37, 38 y 39: el marido no adquiere el tesoro hallado en el fundo dotal, n. 40: cuándo tocarán al marido como frutos dotales las piedras que saque de las canteras que llevó su muger en dote, n. 41.

Falsedad, véase *prueba.*

Fama, véase *prueba.*

Fiador y fianza de saneamiento, véase *ejecucion.*

Fisco, véase *preferencia.*

Fuero, véase *demanda.*

Frutos, véase *enfitéuta y enfitéusis.*

G

Gananciales: cuáles bienes se llaman así, y cómo han de dividirse, lib. 1, cap. 4, nn. 1, 2 y 3: no constando qué bienes llevó cada consorte al matrimonio, todos se entienden adquiridos durante éste, n. 4: en qué pueblos se observa el fuero del bailío, n. 5: son gananciales los bienes que compran ambos cónyuges ó el uno solo durante su matrimonio con el dinero comun, ó del uno escepto en ciertos casos, nn. 6 y 7: es comunicable entre los cónyuges la comodidad del usufructo de finca que el uno lleva en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolida con ella; pero no el derecho de usufructuar: lo propio milita cuando el marido adquiere ya casado algun usufructo, nn. 8 y 9: si serán comunicables á los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que el testador dejó á alguno de ellos y se vencieron despues de su muerte, aunque se tarde hacer la particion, por moverse pleito sobre la validacion de la herencia ó legado; y cuando durante el primer matrimonio se empieza litigio acerca de la pertenencia de ciertos bienes á alguno de ellos, y

por haber muerto antes de concluirse dejando hijos, se vuelve á casar el otro, y el pleito se acaba durante el segundo matrimonio, nn. 10 y 11: se comunica por mitad entre los cónyuges el precio y no el fundo patrimonial que el marido retrajo por derecho de sangre, n. 12, y nota: asimismo se comunica el valor de los oficios de regidor, escribano, procurador y otros que los cónyuges compran durante su matrimonio; pero se han de adjudicar por el que tengan al tiempo de la division, aunque hayan costado menos, nn. 13 y 14: teniendo comprado el marido algun oficio y no pagado enteramente, ó estando gravado con algun censo, y casándose y acabando de pagarle despues, ó redimiendo el censo con el dinero dotal, á qué tendrá derecho la muger: háblase tambien del caso en que uno de los cónyuges compre oficio ó finca con dinero que llevó al matrimonio, nn. 15, 16, y dos notas: se comunica á los cónyuges la donacion remuneratoria que se les hace constante el matrimonio, nn. 17, 18, y nota: se comunican á la muger los bienes castrenses adquiridos con el caudal de ambos cónyuges, y no de otra suerte; y lo que adquiere el marido con los oficios de juez, abogado, escribano y otros semejantes, nn. 19, 20, y nota: el precio de la finca vendida con el pacto de retrovendendo antes del matrimonio y recuperada durante éste se comunica á ambos cónyuges, n. 21: asimismo les pertenecen los partos de las esclavas y animales productivos, n. 22: pónense 8 casos sobre si será comunicable lo que los parientes del marido donan á su muger, ó por el contrario al tiempo ó despues del casamiento, n. 23: si se comunican al marido los réditos de censo, el usufructo, legado anual, la pension ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio, nn. 24, 25, y dos notas: qué dominio y posesion tienen los cónyuges en los bienes gananciales, n. 26, y nota: si disuelto el matrimonio podrá la muger pedir su parte á los terceros poseedores y deudores sin cesion de su marido ó de sus herederos, n. 27: tienen lugar en el matrimonio putativo la comunicacion de gananciales, y los privile-

gios de la dote, y no vale en él la donacion para que se hagan los consortes, n. 28: cómo han de probar los hijos del primer matrimonio que hubo gananciales en éste, n. 29: cómo se han de dividir los gananciales entre los hijos de dos matrimonios no acreditándose suficientemente, en cuál de ellos los adquirió el padre comun, ni los que lucró en su viudedad, n. 30, y nota: qué deberá practicar el partidor, cuando el casado dos veces no hizo particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la primera muger, y se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, n. 31: la regla de que los bienes gananciales se comunican á los casados, padece sus limitaciones, n. 32: no perjudica á un cónyuge en sus bienes que el otro pierda por delito los suyos y su mitad de gananciales, n. 33: no habiendo ido la muger á vivir con su marido, nada le toca de los gananciales que éste adquirió entre tanto, n. 34: si el esposo antes de conducir la esposa á su casa recibe su dote en dinero, y con éste adquiere algun lucro, se comunica á la esposa, n. 35: el marido que echó á la muger de su casa sin causa legítima, debe comunicarle las ganancias que adquirió mientras estuvo fuera, y lo mismo se ha de decir de ella, cuando sin motivo justo no quiere vivir con él, n. 36: qué gananciales se comunican entre los cónyuges cuando se separan con dispensa legítima, ó se declara nulo el matrimonio, n. 37: qué gananciales corresponderán á los consortes si se separan por grave motivo, n. 38: qué bienes pierde la muger por el adulterio y por vivir lujuriosamente en su viudedad, nn. 39, 40, y nota: hablase de la renuncia de los gananciales que haga la muger, nn. 41, 42 y 43: qué se ha de tener presente para la division de los gananciales cuando no se hizo ningun pacto acerca de ellos, n. 44: cómo se ha de indemnizar á la muger ó sus herederos que prueban haber el marido enagenado los gananciales con ánimo de perjudicarla, n. 45: si donando el marido los gananciales ó consumiéndolos en vicios, podrá pedir la muger la mitad que le corresponde, nn. 46, 47, 48, y dos notas: si la muger casada podrá do-

nar su dote y gananciales, y dar limosna sin licencia de su marido, n. 49: cuándo queda obligada ó no la muger por la fianza que hizo su marido, nn. 50 y 51: si la muger aceptando los gananciales y renunciándolos despues porque no son suficientes para satisfacer las deudas, estará obligada á su pago, n. 52: si muriendo uno de los cónyuges y dejando herederos legítimos ó estraños, conserva el otro mucho tiempo en su poder los bienes de todos, y con los frutos que producen entretanto, adquiere algunas ganancias, como se han de dividir, nn. 63, &c. 67, y dos notas: 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 tocaba á su marido, n. 68: aunque no se haya contraido nueva compañía entre el socio, herederos del difunto y viuda, se comunicará el lucro percibido de cosa de la anterior: el heredero del socio difunto debe continuar la que éste empezó, n. 69: si el marido era arrendador de alcabalas ú otros derechos públicos, será partícipe la muger en las utilidades y pérdidas de tal arrendamiento, n. 70: si la viuda de un mercader continúa el mismo comercio, se le comunicaran sus utilidades y pérdidas, n. 71: si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos posee el padre todos los bienes pro-indiviso, y se aumentan con el tiempo; qué pertenecerá á éste, n. 72, y nota.

Gananciales, véase *dote.*

Gastos, véase *mejoras.*

Grado, véase *suceder y sucesion abintestato.*

H

Heredero y herencia: de cuántas maneras puede aquel ser instituido y puede aceptarse ésta, qué circunstancias se requieren para esto en el heredero, quién es contradictor legítimo para impedirle la posesion de ella, y si por la formacion del inventario se contempla ó no aceptada, lib. 1, cap. 1, numeros 102, 103, 104 y 105: en qué pena incurre el heredero que no acepta la

hacer por sí; pues aquel confió en su industria ó buena fe de que hizo eleccion; y si le confirió facultad especial para delegar, podrá hacerlo con tal que sea á alguna ó algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo testador haya nombrado; v. gr. de los abogados de tal colegio al que quisiere: lo cual procede tambien en punto á nombrar testamentarios (*). Ademas la comision pasará al heredero del comisario, si el testador lo dispone así. Asimismo cuando la comision se da al condecorado con cierta dignidad, pasa al sucesor en ella, á quien elige, y de quien confia.

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

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

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

215 Para ordenar el testamento y cumplir todo lo espresado, no se concede al comisario mas término que el de cuatro meses peren-

(*) Téngase presente la nota anterior.
(*a*) Ley 32 de Toro que es la 6, tit. 4, lib. 5 R. ó 2, tit. 19, lib. 10 N. R.
(*b*) Ley 34 de Toro que es la 8, tit. 4, lib. 5 R. ó 4, t. 19 cit. N. R.
(*c*) Ley 35 de Toro que es la 9, t. 4, lib. 5 R. ó 5, t. 19 cit. N. R.
(*d*) Ley 37 de Toro que es la 11, tit. 4, lib. 5 R. ó 6, t. 19 cit. N. R.

herencia, porque está muy gravada, y compra en cabeza de tercero ó sustrae algunos bienes de ella, n. 126: si uno de los herederos que estando ausentes los demas posee la herencia y hace gastos en defenderla, tendrá derecho á que se los abonen, lib. 1, cap. 3, n. 62, y nota: si el heredero presente que no poseia la herencia, la obtiene por sentencia, corresponde la mitad al coheredero ausente, n. 63: en qué casos está ó no obligado á pagar las deudas del difunto y legados, lib. 1, cap. 1, nn. 39, 40, y nota: si los herederos legítimos ó estraños que suplieron los gastos funerarios, podrán pedirlos al legatario del quinto, lib. 2, cap. 1, n. 30, y nota: legándose anualmente cierta parte de un fundo, puede el heredero venderle y entregar en dinero al legatario la cantidad anual respectiva al arrendamiento de la cuota señalada de usufructo, lib. 2, cap. 2, n. 15: cuáles se llaman herederos estraños, y si por no instituir el testador á sus hermanos, podrán anular la disposicion, lib. 2, cap. 8, n. 1: á cuántos y de cuántas maneras puede instituir herederos el que no los tiene forzosos; cómo y de qué pueden disponer los religiosos profesos de San Juan, nn. 2 y 3: señalando el testador á sus herederos las partes de herencia que han de percibir, debe cumplirse su voluntad, n. 4: qué se ha de hacer, si instituye á uno heredero en cosa particular, y no dispone del resto de su herencia, ni nombra otro heredero en testamento posterior, n. 5, y nota: repartiendo el testador su herencia entre tres, y dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella; cómo se ha de proceder en la particion, n. 6: nombrando por herederos á tres ó mas, y mejorando al uno en el tercio de todos sus bienes, y al otro en el quinto tambien de todos, sin decir cuál se ha de bajar primero, cómo se han de deducir, n. 7: si nombra varios herederos señalando á unos lo que han de percibir y á otros no; qué percibirán todos, n. 8: no señalando el testador á sus herederos las partes que han de percibir, partirán igualmente sus bienes, n. 9: aunque el testador nombre á muchos herederos de grados

distintos: le sucederán igualmente y á un propio tiempo, n. 10: amplíase ésto á cinco casos, y se limita en cuatro, nn. 11, 12 y 13: nombrando el testador á muchos herederos, al uno simplemente por su nombre y á los demas colectivamente, no heredarán con igualdad, n. 14; pero todos heredarán igualmente, si en la institucion usa de alguna palabra que indica ó muestra esta voluntad, escepto que sean instituidos en diversas oraciones, n. 15 y nota.

Heredero, véase *abintestato.*

Herederos, véase *particion.*

Hijos: hay dos especies de hijos ilegítimos, los naturales y los espurios: quiénes son los primeros, lib. 2, cap. 1, nn. 34 y 35: de qué privilegios gozan los hijos naturales; y qué cantidad les pueden mandar sus padres teniendo descendientes legítimos, n. 36: cuando podrá el padre imponer gravamen en el quinto que deja al hijo natural: en qué casos puede éste heredar á su padre, y si contra su voluntad tendrá derecho á sus bienes, nn. 37 y 38: los hijos naturales son herederos forzosos de sus madres no teniendo éstas descendientes legítimos, n. 41: quiénes y de cuántas clases son los hijos espúrios, y si tienen derecho á que su padre los alimente, nn. 42 y 43, y cuatro notas: los hijos de dañado y punible ayuntamiento no heredan á sus madres: n. 44: cuándo y qué heredarán de sus padres y madres los hijos nefarios ó incestuosos, n. 45: cómo heredará á sus padres y parientes el hijo de hombre casado y muger libre, n. 46: qué puede haber de su padre y parientes paternos el hijo de clérigo de órden sacro, n. 47: los hijos de fraile, freile ó monjas profesos nada pueden heredar de ellos, n. 48: si un clérigo deja á su nieto que se halla bajo la potestad de su padre espurio, el usufructo de sus bienes, no lo adquiere éste, n. 49: instituidos los hijos naturales no pueden sus padres substituir á estraños teniendo ascendientes, lib. 2, cap. 2, n. 17.

Hipoteca, véase *acreedores.*

I

Inventario: qué es, por qué razones se introdujo, y cuál se llama solemne y cuál simple, lib. 1, cap. 1, nn. 1, 2 y 3: dónde ha de hacerse y á qué jueces corresponde el conocimiento del de bienes de militares y otras personas, nn. 4, 5 y 6: ante quién se ha de hacer si el difunto tenia dos domicilios, n. 7: á qué juez toca hacer el inventario, si el lego instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son clérigos; y si el lego sucede al clérigo por testamento ó abintestato, n. 8, y nota: y á qué juez corresponde hacerle siendo heredero el clérigo, lugar pio ó comunidad eclesiástica, nn. 9 y 10: de quiénes se presume ser los bienes contenidos en el inventario, y si éste prueba contra tercero, nn. 11, 12, 13, y nota: cuándo el heredero que formaliza el inventario puede reclamar la declaracion del difunto en que afirma tener ciertos bienes que no se hallaron, n. 14: el primer requisito para la validacion del inventario es que se cite á la viuda y á los herederos: no está en práctica citar á los legatarios ni acreedores, n. 15: háblase del segundo requisito sobre la asistencia del juez y escribano, n. 16, y nota: el tercer requisito es que se inventarien todos los bienes del difunto: especificase cuáles y cómo han de ponerse, nn. 17, &c. y 25: cómo ha de proceder el escribano en el inventario, y en quién han de depositarse los bienes, n. 26: cuándo se ha de inventariar el importe del daño que haga un heredero en cosas de la herencia y el de las que substrajo, n. 27: qué ha de hacerse si los herederos contienden sobre inventariar y dividir algunos bienes que se hallan en la herencia, n. 28: el cuarto requisito es, que se pongan en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se hace y concluye, n. 29: el quinto requisito es, que presencien su formacion tres testigos de las circunstancias que se espresan, n. 30: si valdrá el inventario ú otro instrumento impugnándole los testigos, n. 31: el sesto re-

quisito segun la práctica es que quien hace el inventario le firme ó un testigo por él, n. 32, el séptimo requisito es, que se principie y concluya el inventario dentro del término legal: cuánto es éste, contra quién corre y cual es la práctica de la córte, n. 33: cuándo empieza á correr dicho término, y pueden los acreedores y legatarios reconvenir al heredero, nn. 34, 35 y 36: el último requisito del inventario solemne es, que quien le hace jure haberle formalizado bien y fielmente, y proteste agregar á él los bienes que llegue á saber pertenecen á la herencia, n. 37: qué personas están ó no obligadas á hacer inventario solemne, n. 38: háblase sobre el inventario y administracion de bienes de hospitales, &c. n. 83: cuándo el fisco y demas herederos anómalos estarán obligados á hacer inventario solemne, y á mas de lo que alcancen los bienes, n. 97: cuándo tendrá el padre obligacion de hacerle de los bienes del hijo, n. 98: qué deben hacer sobre inventario ó descripcion de bienes marido y muger sin hijos que no se instituyeron recíprocamente, n. 99: si el usufructuario universal ó particular deberá hacer inventario solemne de los bienes que ha de usufructuar, y si poseyendo éstos con licencia del testador ó heredero propietario hará suyos los frutos antes de la fianza, n. 100: si el inventario que hace un heredero aprovecha á los demas, y si el hecho por la viuda sirve á los hijos contra los acreedores, n. 101, y nota: en qué pena incurre el heredero que omitió maliciosamente poner algunas cosas en el inventario, y cuáles circunstancias son necesarias para imponérsela, nn. 136 y 137: por qué medios se puede hacer la prueba de ocultacion, de qué dolo ha de ser, y cuál se llama verdadero y cuál presunto, nn. 138 y 139: si incurrirá en dicha pena el heredero protestando añadir al inventario todos los bienes que llegue á su noticia ser de la herencia, n. 140: cómo y ante qué juez ha de procederse en el juicio de ocultacion, nn. 141 y 142: cuándo se transfiere contra los herederos del encubridor la accion de ocultacion respecto á la pena, n. 143: en qué casos no incurre en la pena de encubridor

el heredero que hizo el inventario, núm. 144: no se estiende esta pena al poseedor que como tal y no como heredero formaliza el inventario, n. 145: qué derecho tienen los coherederos contra el heredero que despues de aceptada la herencia quitó algo de ella, n. 146: en qué penas incurre quien substrae algo de la herencia estando yacente, n. 147: quien puede pedir la formacion del inventario, n. 148: pedimento solicitando se inventarien y tasen los bienes hereditarios, y su correspondiente auto, nn. 149 y 150: notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador, n. 151: discernimiento de curaduría de pleito: de esta curaduría y de la defensoría: del nombramiento de curador de pleito y sus diligencias; y de la citacion del heredero ausente, nn. 152 y 153: citaciones y diligencia del primer dia de inventario, nn. 154 y 155: del señalamiento de dias y horas para él, y de la espresion de aceptarse la herencia con beneficio de inventario, n. 156: advertencias sobre la formacion del inventario, n. 157, conclusion de éste, y juramento y protesta del que le hizo, n. 158: diligencias que han de proceder al inventario de oficio por muerte abintestato de alguno, y auto para prevenir un abintestato, nn. 164 y 165: fe de muerte del cadáver y requerimiento á la viuda para la entrega de llaves, informacion acerca de la identidad del difunto, y advertencia sobre la muerte repentina, nn. 166, 167 y 168: auto para que se dé sepultura al cadaver y se inventarien los bienes, y diligencias que se han de practicar siendo la muerte violenta, nn. 169 y 170: háblase sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato, n. 171.

Injusticia notoria: el recurso de este nombre no lo es de mera y simple injusticia, lib. 4, cap. 4, nn. 1 y 2: insértanse los autos acordados que hablan de la injusticia notoria, nn. 3, 4 y 5: cópiase una real cédula que habla de dicho recurso cuando se interpone de las sentencias de los tribunales de estos reinos, subalternos del Consejo de Indias y de los establecidos en éstas, n. 6: sobre cuál merezca, ó deba llamarse injusticia no-

toria se insertan varios párrafos de tres autores nuestzos, prácticos y modernos, nn. 7, &c. y 21: no tiene lugar el recurso de injusticia notoria en las causas criminales determinadas por las salas del crimen de los tribunales superiores de las provincias, n. 22: á dónde corresponde dicho recurso, cuando se interponga de las sentencias de los jueces de alzadas en los consulados de comercio, nn. 23 y 24: si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, puede justificarse el recurso en unos y no en otros; y qué se ha de decir en este caso acerca de los 500 ducados que debe depositar el que le interpone, nn. 25, 26 y 27: no hay término prefinido para introducir en el Consejo el espresado recurso, lo cual acarrea varios inconvenientes, nn. 28 y 29: refiérense circunstanciadamente los tramites y diligencias del recurso desde que se acude al Consejo hasta que se pronuncia la sentencia, nn. 30, &c. y 37: pedimento introduciendo el recurso de injusticia notoria en el Consejo, y pidiendo se mande hacer, ó admitir el depósito de los 500 ducados, n. 38: pedimento introduciendo el mismo recurso que en el anterior, y presentando el testimonio del depósito de 500 ducados, ó de la fianza, n. 39: pedimento por el recurso de injusticia notoria de las sentencias de los consulados de España en el Supremo Consejo de Indias, n. 40: sentencia declarando haber lugar al recurso de injusticia notoria, y otra declarando no tener lugar, nn. 41 y 42.

Interrogatorio, véase *prueba.*

Instrumento, véase *prueba.*

Instrumento, véase *ejecucion.*

J

Jueces: cuáles son sus requisitos y deberes, lib. 3, preliminares, nn. 2 y 3: varios que se espresan no pueden ser abogados, procuradores ni agentes en ciertos pleitos, ni árbitros, ni arbitradores en ciertas causas: n. 4: en qué causas no pueden serlo los jueces, n. 5: quiénes no pueden ser oficiales, ó dependien-

tes de los jueces, n. 6: esprésanse varias cosas que se hallan prohibidas á los jueces, n. 7: cómo deben los jueces y tribunales proponer al Soberano la revocacion, ó modificacion de las órdenes que espida, n. 8: se refieren varias obligaciones de todos los jueces, n. 9: el juez eclesiástico que por razon de su dignidad egerce jurisdiccion temporal, ha de reputarse respecto á ella como juez lego, y debe egercerla por medio de jueces seculares y escribanos reales, n. 10: cuántas clases hay de jueces, lib. 3, cap. 1, n. 1.

Juez, véase *sentencia.*

Juicio: qué es y cuántas personas son precisas para constituirle, lib. 3, cap. 7, nn. 1 y 2: el juicio se divide en ordinario, estraordinario y sumario, n. 3: si pidiendo alguno al Soberano que mande oirle breve y sumariamente, dá comision diciendo solo, que se le oiga y haga justicia; se ha de proceder ordinariamente: tambien se divide el juicio, sea eclesiástico ó secular, en civil, criminal y misto, y en petitorio y posesorio, nn. 5 y 6: en qué dias no pueden conocer los jueces de causas civiles, aunque sí los arbitradores, n. 7 y nota: los dias feriados son sagrados, rústicos y repentinos, n. 8: quiénes pueden comparecer en juicio y elegir árbitros: háblase de los escomulgados y religiosos profesos, n. 9: en qué casos puede el hijo de familia demandar á su padre legítimo ó adoptivo, n. 10: cuándo y en qué términos puede demandar á su padre ú á otro el hijo que no se halla bajo la pátria potestad, nn. 11 y 12: quiénes deben pedir venia para demandar á otros, n. 13: en qué casos se pueden demandar criminalmente los hermanos, n. 14: y en cuáles podrán los criados acusar á sus amos, n. 15: háblase respecto á este punto del pupilo, del menor de 25 años, distingniendo entre las causas profanas y espirituales, ó beneficiales, del mudo, sordo, pródigo, &c. y del curador de pleito y su fianza, nn. 16, 17 y 18: qué puede hacer el curador del menor estando imposibilitado de comparecer en juicio, n. 19: cuándo puede la muger casada comparecer en juicio sin licencia de su marido, n. 20: en qué casos

puede el marido acusar á la muger, ó ésta á aquel, n. 21: y en cuáles el poder para pleitos debe ser especial, y el apoderado para un pleito puede sustituir el suyo, y su sustituto sustituir tambien, n. 22: en qué casos se puede empezar el juicio por embargo de bienes, n. 100, y nota: y en cuales por informacion de testigos á instancia del actor, ó del reo, nn. 101, 102 y 103.

Juicio posesorio y posesion, véase *reconvencion.*

Juramento: háblase de éste y de sus requisitos y divisiones, y dos notas, lib. 3, cap. 1, n. 81: cuál es el de calumnia; en cuáles causas, y quién debe hacerle, y sobre qué cosas ha de recaer, nn. 82, &c. y 86: qué es juramento de malicia y sobre qué ha de hacerse, n. 87: cual se llama juramento de decir verdad, y quiénes le pueden hacer, n. 88, y dos notas: el juramento asertorio judicial se divide en decisorio del pleito, y decisorio en el pleito, y aquel en voluntario, ó convencional, en necesario, ó supletorio y en judicial, nn. 89, 90, 91, y dos notas: qué cosas se requieren para hacer estos juramentos, n. 92: qué es juramento en el pleito, cuáles circunstancias se requieren para que se defiera á él, y sobre qué debe recaer, nn. 93, &c. y 96: cuándo y por qué puede el menor hacer el juramento en el pleito contra su tutor y sus herederos, n. 97: si el juicio civil ordinario puede principiarse por declaracion jurada del demandado: qué preguntas puede hacerle el demandante, y á cuáles tiene obligacion de responder, nn. 96 y 99.

Juramento y juramentar, véase *prueba.*

L

Legado ó manda, y legatario: qué es manda ó legado: se divide en forzosa y voluntaria, y en genérica y específica, lib. 2, cap. 6, nn. 1 y 2: corresponde al legatario ademas de la cosa específica propia del testador, que le mandó simplemente todo lo que le pertenece, y el increcimiento que tuvo desde que fue legada hasta su entrega, escepto

que supiese era agena, n. 3, y nota: si el testador enagena parte de una casa legada, ó se arruina, qué corresponderá al legatario, n. 4: puede legar el testador los bienes de su heredero, n. 5: cuándo vale el legado de cosa agena, n. 6.: si podrá legar el testador lo que tiene empeñado, y tendrá el heredero que desempeñarlo para el legatario, n. 7: puede legar á su deudor la prenda que éste le había entregado; y si suponiendo el testador deber á alguno cierta cantidad, se la lega, debe dársela el heredero, aunque sea incierto, n. 8, y nota: asimismo puede legar aun las cosas que no han nacido, n. 9: qué debe hacer el heredero, si el testador lega alguna cosa que se halla en parage remoto, ú en otro lugar, dudando si existia ó no, n. 10: pueden legarse las cosas incorpóreas: si se entenderá revocada la manda de una deuda cobrándola el acreedor, n. 11: legando simplemente el testador la cosa en que solo tiene adquirido algun derecho ó esperanza de adquirirle, ó parte en él, es visto legar únicamente el mismo derecho, nn. 12, 13, y dos notas: teniendo el testador muchas cosas de una especie, y legando una á un sugeto, y otra á otro sin distinguir ha de elegir el nombrado primero, n. 14: si el testador lega cantidad cierta al hijo ó hija que le naciere, y nacen dos, ó mas, qué han de percibir, n. 15: si funda mayorazgo para el hijo que tiene, y por estar preñada su muger, lega cierta cantidad para alimentos al hijo, ó hija que le nazca, y nacen dos gemelos; qué corresponderá á éstos, n. 16: si legandose una misma cosa á un sugeto en un testamento y á otro en el de otro, y sucediendo despues uno de estos legatarios al colegatario; podrá conseguir por un testamento la cosa legada y por el otro su valor, n. 17, y dos notas: si legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y espresando la cualidad ó lo accesorio que se halla en algunas de ellas tendrá derecho solamente el legatario á las que tengan dicha cualidad, n. 18: si el testador lega cosa determinada á uno y cierta cantidad á otro, y por su muerte solo se encuentra aquella, cómo se ha de dividir, n. 19: aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa, no se entiende multiplicado el legado, n. 20: si legando el tes-

tador cierta cantidad á uno en su testamento y la misma despues en codicilo ó siendo diversas las cantidades, ó habiendo alguna variedad en los legados, los percibirá ambos el legatario, n. 21: si el testador lega sus vestidos, plata, caballos, &c. no se entiende legar los futuros, n. 22: qué se ha de decir, si lega cierta cantidad á las hijas de uno que tambien tiene hijos, ó por el contrario, n. 23: si legando lo que tiene en parte cierta, y poniendo despues en ella, él, ú otro con su noticia ó sin ella, ó por su mandato algunas cosas mas, ó si mandando cosas suyas de cierto género que tiene en lugar determinado, y poniendose luego alli otras agenas del mismo género, corresponderán al legatario, n. 24: habiendo legado el testador el trigo que tiene en su panera, si despues de legado lo consumió, y puso otro en su lugar, pertenece al legatario, n. 25: si lega á alguno tanto cuanto perciban el heredero, ó herederos que instituye, ó cuanto corresponde á uno de éstos, qué deberá percibir de la herencia, n. 26: imponiendo simplemente á sus herederos el gravámen de dar al legatario cierta cantidad, ó mandando que se la dé cualquiera de ellos; qué deberá darle, n. 27: legando el testador una casa, si despues se arruina, ó quema, y la reedifica ó no; ó legando un area y construyendo luego en ella un edificio; qué corresponderá al legatario, n. 28, y nota: si el testador lega á dos sugetos, junta ó separadamente alguna cosa, se dividirá con igualdad, y si uno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, se acrecerá al otro, n. 29: si uno de estos legatarios sucede al otro puede repudiar la parte perteneciente al colegatario, y aceptar la suya escepto en un caso, n. 30: el legatario no puede aceptar y repudiar en parte el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador, n. 31: muriendo el legatario despues que el testador sin aceptar ni repudiar, y dejando varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas; pero ninguno ha de aceptar, ni repudiar parte de la que le corresponde, n. 32: haciéndose el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones puede el legatario aceptar la parte que quiera: y repudiar

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

216 Para evitar el perjuicio que se puede ocasionar al heredero y demas interesados por la negligencia, malicia, ó imposibilidad del comisario, conviene que el testador le prorogue el término no solo para cumplir lo que deja espresado y ordenado en el poder, como si fuera testamentario ó albacea, sino tambien para hacer su testamento, disponer y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado y comunique, y evacuarlo todo; pues como la ley 33 de Toro no le prohibe prorogárselo, y antes bien fue establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta y esactamente, puede hacerlo para uno y otro, y renunciar todo lo que cede en su beneficio. Así pues, haciéndose la próroga en el poder, no se detenga el escribano en ordenar el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el testador, y mandó declarar y ejecutar, aunque esté pasado el término legal; y de lo contrario solo autorice el testamento para evacuar lo que espresa y señaladamente contenga el poder.

217 Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y siendo requeridos no quieren ó no pueden todos usar del poder ó muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder á los demas, y estando discordes se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si discuerdan en igual número, han de elegir por tercero al gobernador, corregidor ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, y si hay dos ó mas, y los comisarios no se

(*a*) Ley 33 de Toro que es la 7, t. 4, lib. 5 R. ó 3, t. 19 cit. N. R.

la que no le acomode, n. 33: si se legan en una cláusula muchas cosas determinadas, podrá el legatario aceptar la una y dejar las demas, fuera de un caso, n. 34: cuando el testador deja la eleccion de una de dos cosas al legatario, hecha aquella no puede arrepentirse, si la deja al arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año, puede hacerla el legatario; y si la escogida se quita en juicio, puede pedirse la otra, n. 35: si deja á dos una de sus cosas para que elijan la que quieran, y discuerdan, han de echar suertes; y si se lega á uno dejándole la eleccion y muere sin haberla hecho, discordando sus herederos han de hacer lo propio n. 36: comprando, ó adquiriendo por otro título el legatario la cosa propia ó agena que el testador le legó con ciencia, ó ignorancia de que se le habia legado; si perderá el legado, nn. 37 y 38: si el testador grava al heredero con algun legado, y le da sustituto, cuándo éste se entenderá tambien gravado, n. 39: puede el testador remitir á sus herederos lo que le deben: á quiénes aprovecha el legado de liberacion, n. 40: la confesion de la deuda en testamento ó codicilo no le prueba, y se tiene por legado, n. 41: la remision de la deuda, de cuál se entiende, y cuáles se comprenden en la liberacion general, n. 42: de cuántas maneras puede hacerse el legado de liberacion, n. 43: hasta cuándo se han de dar los alimentos que se legan al mayor, ó menor de edad, y qué cosas se entienden por alimentos, n. 44: de cuántos modos se puede hacer el legado, y cuándo se entiende hecho puramente, n. 45: háblase del legado á dia cierto ó incierto, n. 46, y nota: muriendo el legatario antes que llegue el dia, pasa el legado á sus herederos, n. 47: si teniendo el padre hijos legítimos, y legando mil ducados á una hija natural para que se case, muere antes de tomar estado, viviendo su madre toca á esta el legado, n. 48: pueden hacerse los legados é instituciones con condiciones, y de estas unas se llaman potestativas, las cuales deben cumplirse despues de la muerte del testador, n. 49: otras se llaman casuales, ó contingentes, y pueden cumplirse, ó no, n. 50: otras ciertas, ó necesarias que precisamente se han de cumplir, núm. 51: otras

mistas de casuales, y potestativas y pueden cumplirse, asi en vida del testador como despues de su muerte, nn. 52 y 53: otras son de presente, otras de pretérito, y otras de futuro: las dos primeras siendo ciertas obligan incontinenti, y si no lo son, ningun efecto surten, n. 54: otras son espresas, y otras tácitas, núm. 55: otras consisten en dar, y otras en hacer, y siendo posibles deben cumplirse, pero si son prohibitivas, ha de dar el legatario para percibir el legado caucion de no contravenir á ellas, n. 56: otras son posibles, y otras imposibles, y éstas se tienen por no puestas en las últimas voluntades, aunque anulan los contratos, n. 57: otras se llaman modales que no es preciso cumplir para la precepcion del legado, núm. 58: cuándo se adquiere el dominio revocable ó irrevocable del legado modal, háblase de la transmision de éste; y si en caso de duda se ha de creer modo ó condicion, n. 59: cuáles legados se llaman hechos con demostracion, y si ésta los vicia, n. 60, y dos notas: otras son causales, y solo en un caso vician los legados, n. 61: los legados é instituciones se pueden hacer de un modo alternativo, y los nombrados se admitirán con igualdad, n. 62 y nota: poniendo el testador al heredero ó legatario muchas condiciones, copulativa ó disyuntivamente dirigidas á un solo fin, ó á diverso, cuáles deben cumplirse, nn. 63 y 64: si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla; y si nombra á unos con condicion y á otros sin ella, cuándo percibirán ó no el legado y herencia, n. 65: regularmente hablando no debe el legatario cumplir la condicion de un modo equivalente, n. 66: siendo causal la condicion puesta al legatario, no pase al substituto, pero si es potestativa ó mista, se entiende repetida en él, escepto que sea coherente á la persona, núm. 67 y nota: el testador puede revocar tácita ó espresamente los legados, n. 68: esprésanse varios casos en que se entienden revocados, nn. 69, 70, 71 y 72: qué se comprende en el legado de la lana y del lino, n. 73, y nota: si en el legado de un carro se incluye la bestia destinada á tirar de él, n. 74, y nota: cuándo se revoca ó no un legado por empeñarle

ó hipotecarle, n. 75: se espresan dos casos en que no se revoca tácitamente el legado, quién pagó el hecho en testamento imperfecto, no puede repetirle, n. 76: si los legatarios particulares fallecen antes de adquirir derecho á sus legados, redunda esto en favor del heredero, ó del mejorado en el tercio y quinto, si le hay, n. 77: cómo se ha de satisfacer el legado vitalicio, n. 78: si testando de conformidad marido y muger se legan alguna finca ganancial que se entiende legar cada uno, n. 79: si teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, deja tantas mandas, que no caben en el tercio, ó quinto, cómo se han deducir, núm. 80: qué se ha de hacer si el testador deja á uno el quinto, y á otros tantos legados que no caben en éste, ó si teniendo hijos deja á éstos, y á estraños tantos que no caben en el tércio y quinto, n. 81: si los legados que el marido hace á su muger, se compensan con la dote y bienes parafernales, y si sus herederos podrán diferir la restitucion de la dote legada, por razon de las espensas hechas en ella, nn. 85 y 86: no se compensan con el legando las arras ni los bienes gananciales, nn. 87 y 88: si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, cuáles se entienden legados, n. 89: en el legado genérico de vestidos, cuáles se comprenden, núm. 90: donando algo el deudor á su acreedor, no se presume hacerlo por compensar lo donado con la deuda, n. 91: si legando simplemente el deudor á su acreedor alguna cosa, se compensará con la deuda necesaria ó voluntaria, nn. 92 y 93: no tiene lugar la compensacion de la especie debida con la cantidad legada, pero sí cuándo son diferentes, y tambien en las deudas del que sobrevive por disposicion de ley, estatuto, ó costumbre, n. 94: si se admite la compensacion del legado que se hace al tutor con la décima, nn, 95 y 96: pertenecen al legatario los frutos pendientes en la cosa legada simplemente y propia del testador, y los que se perciban despues de haber adquirido aquel su dominio, asimismo le pertenecen en un caso los percibidos en vida del testador, n. 97: á quién pertenecen los frutos pendientes al morir el testador en el fundo, cuyo usu-

fructo ha legado, n. 98: cómo se han de dividir las rentas de la finca arrendada por el testador entre sus herederos y el legatario de ella, n. 99: no se deben al legatario los frutos de cosa genérica sino desde que se constituye en mora el heredero, n. 100: ni cuándo el legado es de cuota 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 ó condicion, núm. 101: si ningun heredero fue instituido, ó aunque lo fuese, si no quiere aceptar la herencia, qué deberá hacer el legatario, n. 102: si revocado el legado ó donacion por causa de muerte que se entregó al legatario ó donatario con espresion del instrumento en que se hizo le pertenecerán los frutos percibidos de la cosa legada, ó donada hasta la revocacion ó muerte del testador, n. 103, y nota.

Lecho cuotidiano, véase *viuda.*

Legítima: por qué se llama así, y cuánta ha sido y es hoy la de los hijos legítimos, lib. 2, cap. 2, n. 1.

Legitimacion: qué es y cuántas son sus especies, definese la que se hace por el subsecuente matrimonio, nn. 50 y 51: si se legitimará y sucederá el hijo natural á su padre, casándose éste con su madre en el artículo de la muerte, ó teniendo impedimento perpetuo de procrear, n. 52: contrayéndose el matrimonio en fraude del substituto no será éste escluido, no vale el matrimonio del que en el artículo de la muerte perdió el uso de sus potencias, n. 53, y nota: los hijos naturales se legitiman por el subsecuente matrimonio, aunque su padre despues de haberlos tenido hubiese estado casado con otra, núm. 54: el hijo natural de clérigo de menores se legitima por el siguiente matrimonio, aunque se hubiese cometido incesto y adulterio, n. 55: lo que se ha dicho de los hijos naturales procede en los nietos naturales respecto de sus abuelos, n. 56: qué puede heredar de su padre el hijo natural legitimado por el Soberano, ó el espurio que obtuvo dispensa, núms. 57, 58, 59 y 60: si el hijo natural ó espurio legitimado por el Soberano sucederá á su padre en la nobleza y honores, y heredará á sus

parientes, núm. 61: es recíproca la sucesion entre el padre é hijo legitimado, n. 62: los hijos prohijados por adopcion ó arrogacion en cuanto suceden á los prohijadores, números 63 y 64.
Libros de cuentas, véase *prueba.*
Línea, véase *suceder y sucesion abintestato.*
Lutos, véase *viuda.*

M

Mejoras: no tiene la muger parte en el valor de las que hace su marido en las fortalezas, lugares y heredamientos de su mayorazgo, lib. 1, cap. 4, núm. 53: cómo han de dividirse las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger, nn. 54 y 55: haciendo gastos ó reparos el marido en las fincas dotales no estimadas, sean necesarios, útiles ó voluntarios, cuándo tendrá derecho á su repeticion y retencion de ellas para su cobro, nn. 56 y 57: cómo se han de dividir los dichos gastos útiles ó necesarios, nn. 58 y 59: mejorando el marido los bienes dotales y mandando en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á poder suyo, ó que le restituyan su dote, cómo se ha de devolver ésta, núm. 60: si podrá el marido repetir los gastos que hizo en las enfermedades de su muger y en su funeral, nn. 61 y 62: aunque haya hijos de varios matrimonios, y haya de darse cuarta marital, compete la facultad de mejorar, y, podrá disponer el testador del tercio en perjuicio de su ascendiente, lib. 2, cap. 2, n. 4: los abuelos pueden mejorar en el tercio y quinto de sus bienes á sus nietos viviendo sus hijos padres de estos, y aun no teniendo mas que un hijo y de él un nieto ó mas, n. 5: si no teniendo el testador mas que un hijo podrá mejorarle en el tercio y gravársele, nn. 6, 7, 8 y 9: háblase de la mejora hecha en contrato por muger casada, n. 10: los ascendientes pueden consignar la mejora aunque no cometer á otro su consignacion, la cual no ha de hacerse en todo lo mejor, nn. 11 y 12: los herederos legítimos ó es-

traños han de entregar al mejorado su mejora ó al legatario su legado en los mismos bienes del testador, nn. 13 y 14: ha de observarse la voluntad del testador en órden á tomar el mejorado de propia autoridad los bienes de la mejora, núm. 18: mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes, é imponiéndole el gravámen de restituirlos á cierto tiempo á otro hijo, si despues en el artículo de la muerte los deja simplemente á otro hijo, se entenderá quitado dicho gravámen, n. 19: si el padre del testador le dejó un fundo con la condicion de restituirle á su hijo mayor, se debe adjudicar al nieto y no imputarse al hijo en su legítima, n. 20: habiendo dejado el testador un fundo á su nieto para cuando tuviese hijos, si antes de verificarse la condicion se dividieron los bienes de su padre incluyendo en la division el fundo, y prometiendo todos tenerla por firme, podrá pedirle, aunque hubiese hecho juramento de no contravenir á ella, escepto en dos casos, núms. 21 y 22: de cuántas maneras puede hacerse la mejora, y cuándo se entiende hecha, nn. 23, 24 y 25: si legando el padre á su hijo alguna cosa é instituyéndole heredero con los demas, se imputará este legado en parte de legítima ó mejora, y en el tercio y quinto, ó en el tercio solo, núms. 26, 27 y 28: si diciendo el padre en su testamento haber dado á un hijo suyo, ó quitádole éste cierta cantidad, y negándolo el hijo, valdrá su dicho, y se entenderán mejorados los demas, n. 29, y nota: si mejora á los hijos en cierta cantidad que asegura le quitó otro hijo, aunque ésta no conste por otro medio, vale la mejora, n. 30, y nota: donando simplemente, y entregando en vida el padre á un hijo algun fundo, si se tendrá por mejorado en él, cómo se ha de deducir, y á qué se ha de atender para esto, n. 31: si ésta mejora se imputará en el tercio ó en el quinto, y en cuál de ellos primero, caso que su valor no alcance el de ambos, n. 32 y 33: si muriendo el hijo antes que su padre sin dejar hijos, y habiendo vendido y entregado dicho fundo al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de éste en la parte en que escedió su valor á la legítima y

mejora, n. 34: si poseyendo el padre ó madre alguna finca con el gravámen de restituirla despues de su muerte á alguno de sus hijos, mejoró á alguno 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 demas herederos, n. 35: cuando hay mejora de tercio y quinto hecha en un mismo instrumento ó en dos, y los mejorados son dos ó mas, cuál se ha de deducir primero, nn. 36 y 39: en qué tiempo se ha de considerar el valor de los bienes del mejorante para la deduccion del tercio ó donacion de cosa ó cantidad, nn. 40 y 41: mejorando el padre en disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, cuál se ha de bajar primero, y cómo se han de deducir los gastos de su entierro, misas y legados, caso que el valor del quinto los supere, nn. 42 y 43: si el padre mejoró en disposicion última á un descendiente en el tercio, mandó que pagase de él los gastos de su funeral y legados, y no dispuso del quinto, qué deberá satisfacer de ellos, n. 44: y qué si mejoró á uno en el tercio y á otro en el quinto mandando que el primero los satisfaciese, ó que para ellos entregase al segundo la mitad de su importe, n. 45: los padres pueden revocar hasta su muerte la mejora del tercio hecha á sus descendientes legítimos en última voluntad, n. 46: por mejorar el padre en el tercio á un descendiente en testamento, y despues á otro en cobdicilo, no se ha de creer escluido de la mejora el primero, n. 47: lo mismo procede si en el propio testamento ó en otro acto celebrado incontinenti hiciere la mejora con separacion á sus hijos, n. 48: si mejorando el padre á un hijo en cierta cantidad que tiene en parte determinada, comprando despues con ella un fundo y vendiéndole, se contemplará revocada la mejora, n. 49: si en parte de la mejora le consigna ciertos créditos y despues los cobra y deposita, ó compra con su importe alguna cosa que se halla en su poder, no hay mejora, n. 50: si mejora á un hijo en testamento y despues en cobdicilo le

lega un fundo mandando que se contente con éste, se presume revocada la mejora ; mas no si la lega en el mismo testamento, núm. 51 : si despues de la mejora ó manda del fundo le hipotecó á cierta cantidad que tomó sobre él, no se presume revocada sino en un caso, núm. 52 : cuándo por la enagenacion de la cosa legada se entiende revocada la mejora ó manda: no la revoca la promesa de venderla, n. 53 : de cuántos modos se puede constituir la mejora, y cuándo se ha de entender revocada por la enagenacion necesaria ó voluntaria de las cosas de que se compone, n. 54, y nota : legando el padre á un hijo parte de la cosa que había legado á otro, no se revoca toda la manda; y si despues dona á otro hijo el tercio y quinto, se entiende bajada de estos la cosa legada, núm. 55 : cuándo convalece ó no la mejora, enagenando el padre voluntariamente el fundo en que habia mejorado á su hijo y redimiéndole ó comprándole despues, núm. 56 : cuándo se creerá revocada la mejora ó manda, si se hizo para el caso de que se casase el hijo con cierta muger, y por haber fallecido ésta no se celebró el matrimonio, núm. 57 : si el padre consigna la mejora en cosa cierta, y la vende y compra otra, se entiende ésta subrogada, y si mejora en cosas ciertas y ademas en otra agena con la condicion de si fuere suya al tiempo de su muerte, y luego la compra y entrega al mejorado se entiende tocar á la mejora, n. 58 : se conceptúa revocada una mejora por otra posterior espresando el testador que quiere guardar igualdad entre sus herederos, n. 59 : si hecha la mejora se origina enemistad entre padre é hijo, se presume revocada ; y lo propio sucede entre marido y muger con el legado, n. 60 y nota : en la mejora revocable hecha en contrato procede lo mismo que en la que se hace en última voluntad, n. 61 : si la mejora revocable que hizo el padre á uno de sus hijos, se revoca por el nacimiento de otros, n. 62 : cuándo será irrevocable la mejora del tercio y quinto hecha en contrato, núms. 63 y 64 : cuándo la mejora del tercio es irrevocable aun respecto de los bienes adquiridos despues que

se hizo, n. 65: la mejora hecha en última voluntad pasa por la entrega á ser donacion pura é irrevocable, n. 66: si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes y consignándosele en cierta cosa qne no equivale á su importe, se le suplirá de los demas del mejorante, n. 67: aunque la mejora se haga simplemente sin espresar si es en el tercio ó en el quinto, no se vicia por la incertidumbre de la cuota, n. 68: no puede mejorarse en contrato á las hijas legítimas por razon de dote ó casamiento, n. 69: los padres pueden mejorar á sus hijas en última voluntad, pero se esceptuan dos casos, nn. 75, 76, y nota: deben cumplir los padres su promesa de mejorar ó no á algun hijo en los términos y segun la distincion que se espresa, núms. 77 y 78: pueden mejorar á un hijo, aunque hubiesen pactado lo contrario con otro, si éste lo remite y no deja descendientes legítimos; pero no, si fallece en vida del mejorante, dejándolos, n. 79: lo mismo pueden hacer, aunque hayan prometido mejorar á alguno de ellos, si éste hizo la remision, n. 80: aunque los padres prometan no mejorar á descendiente alguno, pueden disponer del quinto á favor de quien quisieren, núm. 81: prometiendo en escritura no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden tampoco mejorar á sus nietos, n. 82: sin embargo de que hayan prometido no mejorar á cierto hijo, podrán mejorar á otro, escepto en un caso, núm. 83: el mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, n. 84: desde cuándo pertenecen los frutos al mejorado revocable ó irrevocablemente en cosas ciertas, y al donatario si se entregó la posesion de ellas y no se revocó la mejora, nn. 93 y 94: de la mejora hecha en contrato de cuota de bienes ciertos y no entregada al mejorado, como tambien de la hecha sin señalamiento ni tradicion, desde qué dia se le deben los frutos, n. 95: desde cuándo tocan al mejorado los frutos de la mejora de cuota hecha en contrato y entregada al hijo emancipado mayor de 25 años, ó menor, ó que está bajo la pátria potestad, núm. 96: de la mejora de cierta cosa particular hecha en última vo-

luntad sin entrega tocan los frutos al mejorado despues de la muerte del testador, núm. 97: lo mismo procede cuando se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, y hubo tradicion pues no habiéndola se le deben desde la mora, n. 98: dejando el testador bienes fructíferos é infructíferos, y mejorando indistintamente en última voluntad á algun descendiente sin entregarle los de la mejora, si se tarda en hacer la particion cómo se dividirán los frutos percibidos durante la comunion entre el mejorado y herederos, sean mayores ó menores de edad, nn. 99, 100 y 101: cuando el padre dotó en vida á su hija, ó dió capital á su hijo, y la mejoró, ó le mejoró en última 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, n. 102: y qué, si el testador no deja al hijo el tercio como legado sino por via de institucion, n. 103 y nota: si el testador consigna la mejora en bienes señalados que la completan sin escederse de ella, qué percibirá el mejorado de los frutos que durante la comunion rentaron las fincas consignadas y los demas bienes del mejorante, n. 105: mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro hijo su legítima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel durante la comunion, no podrá el mejorado pretender mas que los que dió la suya, n. 106: mejorando un ascendiente á un descendiente en tercio y quinto, consignándolos en finca fructífera, y mandando que si el valor de ésta escede á la mejora lleve en cuenta de su legítima el esceso, si con efecto le hay, tarda en hacerse la particion y el testador deja otros bienes raices, cómo se dividirán los frutos que durante la comunion produjeron unos y otros bienes, vincúlese ó no la finca, nn. 107 y 108: si teniendo dos hijos mejoró al uno en tercio y quinto, consignándole el primero en ciertos bienes fructíferos mandando llevase el segundo en muebles ó dinero, señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices, y dejando algunos mas muebles y raices, y el mejorado

conforman en cuál ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel á quien toque, y egecutar lo que la mayor parte determine (*a*); si bien para precaver este inconveniente convendrá que el testador confiera á cada uno insólidum la facultad de practicarlo todo, y asi lo concluirá por sí solo el que principie, sin que los demas tengan que mezclarse en nada, como se practica.

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

§. XV.

De la declaracion de pobre.

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

220 Dudan algunos escribanos si en esta declaracion podrá el testador hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones y todo lo demas que en un testamento; pero no debe dudarse de que puede hacer todo esto, refiriéndose á bienes que tal vez adquiera en lo sucesivo, y de los cuales acaso no podrá disponer entonces por enfermedad ó incapacidad, pues á nadie se le prohibe prevenirse cuando se halla bueno. Por tanto, no se detenga el escribano en autorizar la declaracion de pobre con todo cuanto quiera el testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, que en ninguna pena incurrirá por ello.

(*a*) Ley 38 de Toro, que es la 12, t. 4, lib. 5 R, o 7, t. 19 cit. N. R.
(*b*) Ley 39 de Toro, que es la 13, t. 4, lib 5 R. ú 8, t. 19 cit. N. R.

se apoderó solamente del quinto, y todos los bienes raices estuvieron sin partir, ó cada uno se aposesionó de los raices consignados y percibió sus frutos, existiendo los demas proindiviso, cómo se han de dividir los frutos no divididos, n. 109: cómo han de dividirse los frutos pendientes en los bienes en que el testador consignó la mejora, sean los herederos legítimos ó estraños, n. 110: si el título de la mejora se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca en que lo fue, como sucede en la donacion condicional no cumpliéndose la condicion, n. 111: y sino se reduce á no título, sino que se revoca ha de hacerse la restitucion sin frutos para que se deba hacer ésta, basta, sepa el donatario el nacimiento de los hijos del donante, aunque éste nada diga de revocar la donacion, nn. 112 y 114: no tiene que restituir el donatario los frutos percibidos y consumidos antes de saber dicho nacimiento, n. 114: desde cuándo ha de restituir el mejorado los frutos de los bienes de la mejora, cuyo dominio se le transfirió con la entrega, si se revoca aquella por su ingratitud, n. 115: cuándo la donacion ó mejora se revocó en el todo, por haberse reservado el donante la facultad de revocarla, debe el donatario ó mejorado restituir los frutos desde su revocacion, n. 116: habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó á éste bienes redituables, dándole en dote bienes muebles y dinero, y quedandose con los raices, si restituyendo la hija muerto su padre los que recibió en dote, tendrá derecho á pedir los maternos con los frutos producidos desde su matrimonio, nn. 117, 118 y 119: propónese el caso de si haciendo el padre en vida á uno de sus hijos donacion simple que no completó el total de la mejora, y mejorando en última voluntad espresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes, se agregará la donacion al total de los que dejó para deducir esta mejora, lib. 2, capitulo 3, núm. 92: para la inteligencia y resolucion de este caso se forma la cuenta de cuatro modos, nn. 93 &c. y 96: se esplican al mismo intento las leyes 19, 23 y 25 de Toro, nn.

97, 98 y 99 : tambien se esplica la 26 de Toro y se resuelve el caso, n. 100, si mejorando espresa é indistintamente el padre en contrato irrevocable á un hijo en el tercio de todos sus bienes y entregándole parte de ellos á cuenta de la mejora, ó haciéndole donacion casual en vida y mejorándole despues en última voluntad en dicho tercio, se deberá para la deduccion de la mejora agregar lo dado en vida al hijo, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y unir luego el residuo con lo entregado para dividirlo igualmente entre todos los herederos, nn. 101, 102 y 103: si teniendo el padre cuatro hijos entrega á cada uno su legítima corta, quedándose únicamente con el tercio y quinto de los bienes que entonces posee, y despues mejora á uno de ellos no dejando mas bienes que los dichos, se habrá de deducir la mejora tan solo de éstos, ó agregarse numéricamente á ellos para su deduccion el importe de las legítimas entregadas, núm. 104: legando el padre á hijo suyo ó á estraño, ó por su alma el quinto de sus bienes, se ha de deducir solamente de los que deja, y no de los que sus hijos colacionan, n. 105: si habiendo casado y dotado los padres alguna hija suya, fallece la madre, y despues la hija, sin descendencia, se vuelve á casar el padre, y teniendo hijos de ambos matrimonios, mejora á alguno; de qué bienes se ha de sacar la mejora, lib. 2, cap. 5, num. 10: si muere un hijo del primer matrimonio que ya habia heredado á su madre, recaen sus bienes en su padre, se vuelve éste á casar, y despues fallece otro hermano suyo entero, dejando á alguno el tercio de los que adquirió su hermano, y usufructuaba su padre, y de los demas que poseia; de dónde se ha de deducir este tercio, n. 11 y nota.

Manda, véase *legados*.

Mandamiento de ejecucion, véase *ejecucion*.

Marido, véase *dote*.

Mejora, véase *derecho de acrecer*.

Mejora, véase *sentencia*.

Menor, véase *acreedores*.

Moratoria, véase *espera*.

Muger, véase *dote*.

Muger, véase *preferencia*.

N

Nobleza, véase *ejecucion.*

O

Obligacion, véase *ejecucion.*

Oponerse ú oposicion á la ejecucion: qué ha de hacer el juez despues de la citacion de remate y pasado el término prefinido al ejecutado para oponerse á la ejecucion, lib. 3, capít. 2, núm. 164: no es preciso especificar al tiempo de la oposicion la escepcion que compete contra la ejecucion, n. 165: cuántas clases de escepciones puede oponer el ejecutado, núm. 166: en qué término debe el ejecutado probar la paga: si podrá hacerlo por presuncion de derecho; y alegando el deudor que pagó por yerro, quién debe justificarlo si lo niega el acreedor, nn. 167 y 168: del pacto ó promesa de no pedir la deuda, n. 169: cuál ha de ser la escepcion de falsedad para que enerve la ejecucion, y en qué término se ha de probar, n. 170: de la escepcion de usura, n. 171: cuáles han de ser la fuerza y miedo para anular el contrato, y cuándo han de justificarse, n. 172: qué es compensacion, por qué se introdujo, á quiénes pasa, y cuáles efectos produce, n. 173: qué cosas se requieren para que tenga lugar y se haga rectamente, n. 174: en qué parte del juicio, ante qué jueces, y cómo ha de intentarse la compensacion, n. 175: si los herederos podrán compensar lo que debia el difunto, ó se le debia, nn. 176 y 177: qué pueden compensar los socios con la compañía, ó unos contra otros, n. 178: qué podrá ó no compensar el fiador con el acreedor del deudor principal y con lo que el mismo debe á éste, nn. 179 y 180: qué pueden ó no compensar el padre é hijo con su acreedor uno por otro, ó el acreedor con ellos, n. 181: qué podrán ó no compensar el procurador y cesionario con

el acreedor de su principal y del cedente, nn. 182 y 183: el deudor no puede oponer la compensacion habiéndola renunciado, n. 184: el deudor, aunque sea mancomunado no puede escepcionar la compensacion de lo que su acreeedor debe á otro, n. 185, si el prelado debe admitir la compensacion de su débito, con el que debe el demandado á su iglesia; y el poseedor del mayorazgo el suyo, con el crédito de éste, n. 186, y nota: si los créditos del tutor y curador se deben compensar con los de su menor, n. 187: el vendedor está obligado á admitir la compensacion de lo que debe al comprador en pago del precio de lo vendido, n. 188: de la compensacion del comprador contra el vendedor, ó el que ha ganado en juicio la cosa comprada, núms. 189 y 190: cuándo podrá el pariente compensar su crédito con el precio de la finca que retrajo, n. 191: esprésanse varias cosas que debe mirar el juez para admitir ó no la compensacion, n. 192: si tiene lugar la compensacion con el depósito y comodato, nn. 193 y 194: de la compensacion con los créditos del fisco, concejo, y administrador, nn. 195 y 196: si al demandado por alimentos se le admitirá la compensacion de lo que el alimentario le debe, n. 197: cuándo se admite con el hecho y con las obras ó servicios que alguno debe hacer, nn. 198 y 199: si tiene lugar en los delitos, en el dolo y en la culpa, n. 200: qué derecho tiene quien omitió mas de la compensacion, y el que paga dudando si es deudor ó no, n. 201, y nota: si la escepcion de transaccion impide la ejecucion, n. 202: qué es novacion de contrato, qué requisitos son necesarios para que la haga, y por qué actos no se hace, nn. 203, &c. y 206: qué es delegacion, qué se requiere para que por ella se haga novacion, y cuándo el deudor y el delegado, ó el uno solo quedarán obligados, nn. 207, 208 y 209: quiénes no pueden novar contrato ageno, n. 210: se admite contra la ejecucion la escepcion de nulidad del contrato, sentencia ó instrumento, en cuya virtud se pidió aquella, n. 211: cuándo la simulacion de contrato impedirá la ejecucion, de cuántos modos se comete, quién puede

alegarla, y cómo se ha de probar, n. 212: si impide la ejecucion la escepcion de no contener el instrumento la causa de deber, nn. 213, 214, y nota: qué es prescripcion, por qué razones se introdujo, si impedirá la ejecucion, y contra quiénes no corre, nn. 215, &c. y 218: desde cuándo se cuenta el tiempo de la prescripcion de la via ejecutiva, n. 219: desde cuándo si el instrumento es de censo ó de pagar legado, ó pension anual, número 220: y desde cuándo en los papeles simples para con el acreedor y fiador, nn. 221, 222, y nota: por qué actos se interrumpe la prescripcion en la via ejecutiva, y por cuáles se perpetúa la accion ejecutiva, nn. 223 y 224: cuánto tiempo tiene para pedir su deuda el acreedor que calla en los diez años despues de contraida, y cuánto los criados, boticarios, joyeros, especieros, abogados, procuradores, agentes y otros, n. 225: pidiendo ejecucion el acreedor dentro de los diez años por los réditos de un censo escepcionando el ejecutado la ilegitimidad del débito é instrumento, y convirtiéndose en ordinaria la via ejecutiva, declarándose válido el documento, y siendo condenado el reo al pago, se puede despachar la ejecucion no solo por los réditos de los diez años, sino tambien por los posteriores, precediendo liquidacion de estos, n. 226: si será legítima para impedir la ejecucion la escepcion de no ser público, auténtico, ni original el instrumento en cuya virtud se pidió, n. 227: y si lo será la de no estar registrada la escritura hipotecaria en la oficina de hipotecas que corresponde, n. 228, y nota: cuándo puede el acredor reconvenir al deudor no señalándose en el instrumento plazo para el pago, n. 229: impiden la ejecucion las escepciones que se dirigen contra la persona del demandante, n. 230: la declinatoria de fuero tiene lugar en la via ejecutiva, n. 231: y la escepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, n. 232: no es ejecutiva la obligacion con juramento que hace el lego en los casos en que está prohibido hacerle, ni aquella en que se somete al juez eclesiástico sin deber someterse,

n. 233: de las escepciones anejas, ó inherentes al contrato, n. 234: cuándo la escepcion de reconvencion impedirá la ejecucion, n. 235: si es admisible en la via ejecutiva la escepcion del dinero no entregado, y cuándo ha de oponerla el ejecutado, n. 236: la escepcion que se origina de la ejecucion, estorba su curso, n. 237: cuál se llama dolo bueno, y cuál malo, y cuándo la escepcion de éste se admite en la via ejecutiva, n. 238: de cuántos modos se comete el dolo: contra quiénes se puede oponer la escepcion de él, y á quiénes daña, ó no, nn. 239, 240 y 241: si habiendo habido dolo en un contrato que se confirmó por otro sin él, y usando el actor del segundo, podrá el reo oponer la escepcion de dolo, puede renunciarse el pretérito no el futuro, n. 242: cuándo impedirá ó no la via ejecutiva la escepcion de lesion n. 243: si serán admisibles en ella la escepcion de error de cálculo, y la de division entre los mancomunados, nn. 244 y 245: de nada sirve á un mancomunado escepcionar contra la ejecucion que se refundió en su sócio toda la utilidad del contrato, n. 246: si se admitirá la escepcion de la restitucion por entero que compete á los menores, n. 247: cuál escepcion despreciada por el juez inferior se ha de admitir en la causa de apelacion, n. 248: qué término se ha de conceder al reo para probar sus escepciones, desde cuándo empieza á correr, cómo se debe contar, y si se debe prorogar á instancia del deudor y del acreedor, nn. 249 &c. y 254, y nota: por qué medios pueden los litigantes hacer sus probanzas en la via ejecutiva; y haciéndolas el reo por testigos en qué término han de ser juramentados y examinados, nn. 255 y 256: qué debe practicar el reo, intentando probar sus escepciones por testigos, hállense ó no en el territorio del pueblo del juicio, n. 257: habiendo espirado el término puede pretender el reo que el actor jure de calumnia y posiciones, ó que reconozca algun papel, n. 258: si á instancia del reo se podrá suspender el término para probar sus escepciones por testigos, instrumentos, ó declaracion del acreedor, y examinar sus testigos durante la suspension, nn. 259, 260 y 261:

y nota: si pasado el término piden los autos las partes para instruirse de lo justificado y alegar qué se ha de hacer, n. 262: hay escepciones que pueden oponerse contra la sentencia ó contra su ejecucion, y otras que no se permiten oponer despues de aquella, n. 263: cuáles se llaman meros ejecutores y cuáles mistos, y si podrán admitir escepciones contra la ejecucion de la sentencia, nn. 264, 265 y 266: si el juez requerido podrá admitir y resolver las escepciones que oponga el tercero poseedor contra la ejecucion de la sentencia, n. 267: qué debe hacer el juez vistos los autos, nn. 268 y 269: si depositando el ejecutado parte del débito dentro de las 72 horas siguientes á la notificacion de estado, y consintiendo se entregue al acreedor, escepciona al mismo tiempo tener satisfecho el resto y lo prueba en el término de la ley, qué ha de practicar el juez, n. 270; y qué si despues de pasadas deposita toda la cantidad porque se le ejecutó, n. 271: qué suele hacerse, oponiendo el ejecutado por accion real escepciones contra la ejecucion, y probándolas en el término de la ley, n. 272: si el ejecutado por accion personal no se opone á la ejecucion ó aunque se oponga, si no prueba en los diez dias de la ley las escepciones que alegó, ha de sentenciarse la causa de remate &c. n. 273: qué deberá hacerse si el ejecutado alega que los testigos de que intenta valerse se hallan fuera del arzobispado, ú obispado, n. 274.

P

Particion ó division: qué es, con qué fin se introdujo, ante cual juez ha de solicitarse la de la herencia, y quiénes pueden pedirla, lib. 1, cap. 2, nn. 1, 2, 3, 4 y 5: quién podrá pretender la particion estando ausente alguno de los herederos, y cómo ha de proceder el juez, n. 6, la particion hecha sin el ausente ni defensor suyo no vale en cuanto á él, ni le perjudica, n. 7: no poseyendo uno de los herederos presentes al tiempo de la venida del ausente la parte que le cupo por haberla vendido ó no haber

podido conservarla; cómo y cuándo estará obligado á la solucion de lo que le toca ó de sus frutos, nn. 8 y 9: la accion para pedir la division de la herencia es mista de real y personal, núm. 10: por cuánto tiempo prescribe la de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, n. 11: qué tiempo se requiere para que la particion se entienda hecha entre mayores, n. 12: el estraño que compra á uno de los herederos su parte ha de intervenir en el juicio divisorio; y lo mismo procede en el fisco, si por delito de uno de los herederos recae en él la herencia, nn. 13 y 14: los coherederos pueden retraer por el tanto la parte que venda alguno de los herederos, n. 15: de qué cosas propias del difunto se puede hacer particion, núm. 16: qué heredero debe tener los papeles é instrumentos de la herencia, n. 17: en qué juicios debe el juez oir á las partes en via ordinaria, n. 18: cómo ha de proceder el juez, si el demandado confiesa ó niega al que pretende la particion, la cualidad de heredero: refiérese la práctica de esta córte, n. 19: en qué negocios debe procederse sumariamente, nn. 20 y 21: qué cosas deben partirse entre los interesados, n. 48: cómo se ha de proceder en la particion de las cosas individuas ó que no tienen cómoda division, nn. 49 y 50: cómo ha de hacerse la particion cuando hay en la herencia un pueblo ó mas con jurisdiccion, nn. 51 y 52: si los dueños tienen partes iguales ó desiguales en la jurisdiccion de algun pueblo, cómo la han de egercer, n. 53: si el testador tomó dinero á censo ó renta vitalicia, y vive el pensionista, cómo ha de procederse en la particion de su capital, n. 54: cómo han de dividir los herederos el predio enfitéutico hereditario, nn. 55 y 56: enagenando alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo la parte que le cupo en la cosa enfitéutica, sin requerir al señor del dominio directo si la queria por el tanto cuando caerá en comiso, n. 57: á quién pertenecen y cómo se han de dividir las mejoras hechas en la finca enfitéutica, n. 58: si liberándose la finca enfitéutica por tres laude-

nios y su duplo capital, y perteneciendo el enfitéusis á memoria ó capellanía, deberá el capellan imponerlo todo á favor de ésta, hábiase tambien del enfitéusis de mayorazgo, n. 59: de cuántas maneras se puede hacer la particion, lib 2, cap. 1, n. 1: no pueden ser compelidos el padre á entregar en vida á sus hijos las legítimas, ni éstos á dar al padre la suya: cuándo podrá éste entregar á aquellos en vida suya las legítimas y revocar la particion que hizo, nn. 7, 8 y nota: haciéndose ó no pacto jurado en la particion que hizo el padre entre sus hijos y aumentándose despues sus bienes, si podrán pedir el suplemento de su legítima, nn. 9 y 10: qué debe hacer el juez cuando se le presenten ya hechas las particiones, lib. 2, cap. 9, n. 1: las particiones se deben recindir por haberse hecho ante juez incompetente, ó sin citacion de los interesados, ó por haberse causado lesion en ellas, nn. 2, 3, 4 y 5: lo espuesto procede, aunque las partes hubiesen aprobado el cálculo y la division, n. 6: si por error, olvido, engaño, ú ocultacion se deja de colacionar y dividir alguna cosa que se ha de hacer, nn. 7 y 8: se pueden impugnar las particiones hechas con el que por ningun título es heredero, n. 9: pueden deshacerse los agravios hechos en las particiones apelando de la sentencia, n. 10: y por la restitucion por entero habiendo lesion en mas ó en menos de lo justo, contra el menor, nn. 11, 12 y nota: en qué casos no será restituido el menor leso, n. 13: cuándo se dió á un hermano mas de lo debido, se ha de resarcir el daño, n. 14: si los herederos que en virtud de la division nula recibieron sus partes en bienes que perecieron sin su culpa, pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella tienen obligacion de colacionar su valor, y el de sus frutos, cuando se hace nuevamente, núm. 15: si el heredero á quien se quita en juicio algo de lo que se le adjudicó en la particion ha de ser reintegrado por los coherederos, nn. 16 y 17: trátase de la eviccion en la division hecha entre hermanos, ó en la que el padre hace entre sus hijos, nn. 18, &c. y 21: en qué casos competirá ó no al legatario la accion de eviccion contra los

herederos, nn. 22 y 23: dos particiones estendidas, cabeza de particion de los bienes que dejó un marido entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion, lib. 2, cap. 10, n. 1: suposicion 1, sobre la dote de la viuda: suposicion 2, sobre el capital y herencia del marido: suposicion 3, sobre la dote que dieron los padres á una hija cuando se casó: suposicion 4, sobre el testamento del marido difunto: suposicion 5, sobre el inventario formalizado, liquidacion y division del caudal inventariado y colacionado, nn. 2, &c. y 6: cuerpo de hacienda y bajas comunes ó generales y baja de los gananciales, nn. 7, 8 y 9: haber del marido difunto y bajas de él, nn. 10 y 11: distribucion del caudal líquido del difunto entre sus hijos, n. 12: liquidacion y distribucion del quinto, n. 13: resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en la particion por todos sus derechos y comprobacion de esta cuenta, nn. 14 y 15: haber de la viuda, y su adjudicacion y pago, nn. 16 y 17: hijuela de una hija del difunto, y su adjudicacion y pago, nn. 18 y 19: advertencias sobre adjudicaciones y declaraciones que conviene hacer despues de hechas éstas, n. 20: se hacen dos advertencias y se espresa, qué papel sellado corresponde á las particiones, nn. 21, 22 y 23: cabeza de particion de los bienes de un marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con mejora, reserva y colacion, n. 24: suposicion 1, sobre la dote de la primera muger, n. 25: suposicion 2, sobre el capital que llevó el difunto á su primer matrimonio, n. 26: suposicion 3, sobre el testamento de la primera muger, n. 27: suposicion 4, sobre el inventario y distribucion de los bienes de la primera muger, n. 28: suposicion 5, sobre la dote de la segunda muger, el capital de su marido, y las arras que le ofreció, n. 29: suposicion 6, sobre el fallecimiento de una hija del primer matrimonio en su menor edad y la distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre, n. 30: suposicion 7, sobre lo que dió el difunto á los dos hijos de su primer matrimonio, durante el segundo, n. 31: suposicion 8, sobre el testamento del difun-

§. XVI.

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

221 Quien tiene en su poder el testamento cerrado de alguna persona que ha fallecido, debe presentarle á la justicia ordinaria del pueblo en que ha muerto dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento, y no haciéndolo, ó perderá la manda que se le haya dejado, y se empleará en sufragios por el alma del testador, ó en caso de no habérsele hecho pagará al interesado el daño que se le cause, y 2000 maravedís á la real cámara sin escepcion de personas; de cuya presentacion no puede eximirse el clérigo con pretesto de ser lego el juez, porque es competente para ello (*a*), aunque no para lo demas que ocurra, si se trata de su interés, pues sobre esto puede acudir al suyo (*b*).

222 El que tiene interés en el testamento ú otro en su nombre con poder especial puede pedir se abra, espresando haber fallecido el testador bajo de él, y jurando no pedirlo de malicia, sino tan solo por presumir que es interesado, ó que lo es la persona á quien representa. El pedimento debe presentarse al juez ordinario secular, no á otro, y estando en el lugar del testamento, hará el juez que se le lleve inmediatamente para abrirle, y si está en otro señalará plazo al sugeto que le tenga para que le presente (*c*).

223 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer en su presencia á los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá por sí mismo, pues la ley no permite cometer su exámen al escribano ni á otra persona, reconocerán sus firmas y las del testador, ó del que por éste ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento, por haberlo oido decir ó visto cadáver, y no sabiéndolo pondrá el escribano fe de aquel á continuacion del auto, con espresion de haber conocido vivo al testador, y

(*a*) Leyes 1 y 2, t. 2. P. 6, y 14 y 15, t. 4, lib. 5 R. y 5 y 6, t. 18, lib. 18 N. R. (*b*) Véase acerca de este punto la Real cédula inserta en el lib. y cap. 1 de la 2. parte, n. 10, en la cual se ordena lo que se debe hacer. (*c*) Ley 2, t. 2, P. 6.

to, n. 32: suposicion 9: sobre el inventario hecho por muerte del marido, y la liquidacion y distribucion de su caudal, n. 33: cuerpo del caudal inventariado por muerte del marido, y de lo que quedó por la de su primera muger, núms. 34, 35 y 36, liquidacion y distribucion del caudal inventariado por muerte de la primera muger, núms. 37, 38 y 39: haber de ésta, y liquidacion y distribucion del quinto de sus bienes, nn. 40, 41 y 42: resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en la particion y comprobacion de aquella, con varias advertencias, nn. 43, 44, 45 y 46: liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio con una advertencia, núms. 47, &c. y 53: cómo se forma la cuenta cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos del primero y durante aquel les dá el todo, ó parte de lo que les toca por su madre, ó algo mas á cuenta de la legítima paterna, nn. 54, &c. y 57: hácese una advertencia, n. 58: haber del marido, sus bajas, distribucion, &c. núms. 59, &c. y 66: resumen y liquidacion de lo que corresponde á cada uno de los interesados en la segunda division por todos sus derechos, y comprobacion de esta cuenta con una advertencia, nn. 67, &c. y 70: hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí el marido al tiempo de su muerte con dos advertencias, nn. 71, &c. y 76: no son necesarias la presencia ni aprobacion del juez en la particion de herencia, aun cuando sean menores los herederos, ó alguno de ellos, n. 77: particion estrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público, n. 78: se espresan varias particularidades que ha de contener esta escritura, n. 79 y 80: escritura de particion con una advertencia, núms. 81 y 82: qué papel sellado corresponde á éstas escrituras, n. 83.

Partidores: cuáles deben ser, y qué deben practicar antes de evacuar su encargo, lib. 1, cap. 2, n. 22: quiénes pueden serlo: si se les puede compeler á aceptar tal encargo y á evacuarle despues de aceptado: cuándo podrán ser recusados, y por qué causas, núms. 23, 24 y 25: si el hermano, primo ó

cuñado de la parte que nombró al partidor, podrá ser recusado por la contraria, estiéndese á los partidores la doctrina de los árbitros en punto á recusaciones, n. 26: el juez ha de nombrar de oficio tercero en discordia de los partidores nombrados por las partes, n. 27: qué partidores se han de nombrar quedando la viuda sin hijos, y habiendo instituido su marido herederos á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano: refiérese la práctica de esta córte, n. 28: los partidores y el juez pueden hacer las adjudicaciones á los herederos, nn. 29 y 30: espónense catorce reglas que debe tener presentes el partidor para hacer la division y adjudicaciones, n. 31, &c. 45 y nota: si pueden ser compelidos los partidores á hacer las adjudicaciones, y podrán enmendar el error que hubiesen padecido, nn. 46 y 47: qué debe hacer el partidor para la claridad de la particion, y cómo ha de formar el cuerpo del caudal, lib 1, c. 3, nn. 3 y 4: qué dote ha de deducir, previamente del cuerpo del caudal, y en cuales especies debe restituirla el marido, nn. 5, 6 y 7: cómo han de hacer el juez y el partidor la adjudicacion de bienes, lib. 2, cap. 1, n. 5.

Póstumos: quiénes se llaman asi, qué privilegios les están concedidos, cuáles circunstancias han de concurrir para gozarlos, y cuál, naciendo dos de un parto, se presume nacido primero, lib. 1, cap. 1, n. 41 y nota.

Preferencia ó prelacion: á qué acreedores es preferida la Iglesia por sus diezmos, y de quien puede exigirlos, si el dueño del fundo vende los frutos antes de recogerlos, n. 91; y á cuáles el que suplió dinero para enterrar al deudor, ó para los alimentos y gastos de su última enfermedad, ó satisfizo los derechos de su testamento, &c. n. 92: qué privilegio compete al fisco, y contra cuáles personas por la alcabala y tributos, y á qué acreedores será preferido, n. 93: de cuál 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, nn. 94 y 95: en los demas contratos y obligaciones qué reglas deben te-

nerse presentes para graduarle, n. 96: cuándo será preferido á los acreedores anteriores de hipoteca espresa en los frutos de los bienes del deudor hipotecados antes de contratar con él; y si militará lo mismo en la muger, iglesia, y causa pia, n. 97: concurriendo el fisco y otro acreedor no privilegiado, el uno por causa honerosa, y el otro por lucrativa, ó ambos por cualquiera de las dos, ó dudándose por qué causa, cuál será preferido, nn. 98 y 99: por el delito, por el que se confiscaron á alguno sus bienes, qué derecho compete al fisco en ellos, y qué debe practicar con los acreedores del delincuente, núm. 100: qué privilegio compete al fisco por los gastos necesarios y útiles que hizo en prender al deudor y recuperar sus bienes, n. 101: si el fisco será preferido en la cosa que se le vendió, aunque se hubiese vendido y entregado despues á otro, n. 102: cuándo se admiten tercerías ejecutando el fisco por alcabalas, ú otros derechos reales, n. 103: qué escepciones se admiten en la ejecucion intentada por el fisco, n. 104: en cuáles casos podrá el fisco ejecutar al deudor de su deudor, sin que le ceda sus acciones, n. 105: en qué bienes se ha de hacer la traba, y en qué término se han de dar los pregones cuando el fisco ejecuta á los arrendadores de sus rentas y á sus fiadores, n. 106: si puede el fisco ejecutar por el arrendamiento de alcabalas y demas rentas á los subarrendadores igualmente que á los arrendadores, n. 107: si en las ventas forzadas que se celebran para pagar al fisco, tiene lugar el remedio de la lesion; y suscitándose controversia sobre la eviccion de los bienes vendidos ú otra cosa, ante qué juez se ha de seguir, n. 108: concurriendo la muger por su dote con el fisco, ó con otros acreedores de hipoteca tácita, ó espresa especial ó general, anterior ó posterior, cuál será preferido en los bienes de su marido, nn. 109, 110 y 111: si la muger y el fisco serán preferidos al que prestó dinero al deudor para comprar alguna finca ó para reparar nave ó casa ú otro edificio, pagar su alquiler, ú para beneficio de la misma cosa, nn. 112 y 113: qué pruebas ha de hacer la muger si litiga contra los herederos de su marido sobre la restitu-

cion de su dote confesada, ó con sus acreedores sobre preferencia, n. 114: si la confesion del marido de haber recibido la dote hecha en contrato antes de casarse le perjudica á él y á sus herederos, n. 115: qué escepcion puede oponer contra dicha confesion, y dentro de qué tiempo, y si restituyendo la dote los herederos con error ó ignorancia podrán usar de dicha escepcion, n. 116: si la escepcion de no haber recibido la dote sufragará al marido que en la confesion de su recibo renunció la del dinero no entregado, y con cuál podrá defenderse, si aunque pereciese de presente el importe de la dote, no era de su muger, n. 117: si perjudica al marido su confesion reiterada de haber recibido la dote, n. 118: qué ha de decirse si la hizo con juramento, y se obligó con éste no solo á restituir la dote sino tambien á no oponer la escepcion de no haberla recibido, n. 119; y qué ha de decirse asimismo si precede al matrimonio promesa de la dote en escritura pública distinta de aquella en que el marido hace la confesion, n. 120: en qué concepto se estimará la dote, confesando el marido en testamento ú otra última voluntad haberla recibido, n. 121; y en cuál si constante el matrimonio hace la confesion en contrato, n. 122: el marido y sus herederos pueden repetir contra el que prometió la dote, y no la entregó en los casos en que los perjudica la confesion de su recibo, n. 123: si confesando erróneamente el marido haber recibido por dote mayor cantidad de la que se le entregó, le perjudica su confesion, n. 124: si la muger ha de reconvenir *in solidum*, ó á prorata á los herederos de su marido sobre la restitucion de la dote, y en qué fuero ha de usar de su derecho, n. 125: si pueden los hijos denegar ó retardar á su madre que fue su tutora, la entrega de su dote, ú oponerle la escepcion de compensacion, mientras no dé la cuenta de la tutela, n. 126: contra cuáles bienes del marido ha de dirigir la muger su accion sobre la restitucion de su dote, esten especialmente ó generalmente hipotecados á su responsabilidad, n. 127: la muger que pretende ser preferida por su dote al fisco que confiscó los bienes de

su marido, debe probar la entrega de aquella, n. 128: cuándo debe obtener la prelacion en el pago de su dote confesada, n. 129: si antes de casarse confiesa en contrato el marido haber recibido la dote perjudica á sus acreedores, n. 130: tambien les perjudica dicha confesion hecha antes ó despues del matrimonio: si precedió á éste promesa de ella, n. 131: siendo hecha la confesion constante el matrimonio, sin haber precedido promesa dotal, y los acreedores quirografarios del marido, anteriores ó posteriores á ella, cuándo serán ó no preferidos á la muger, n. 132: si dañará á los acreedores hipotecarios anteriores y posteriores del marido la confesion de haber recibido la dote sin haber precedido promesa, n. 133: la confesion adminiculada del marido prueba la recepcion de la dote, n. 134: hallandose en la herencia del marido algunos bienes dotales no pueden los acreedores impugnar en cuanto á ellos la confesion que hizo aquel de su recibo, n. 135: si perjudica á los acreedores del marido la confesion que constante su matrimonio hizo en contrato con ánimo de donar á su muger lo mencionado en éste; ó á favor del padre ó pariente de su muger ó de estraño; ó si dañará á los sócios lo que alguno hizo durante la sociedad, nn. 136, 137 y 138: muger que vivió en compañía de su suegro, en qué casos podrá repetir de él, ó solo de su marido, ó de ambos juntamente su dote, n. 139: si siendo ó no estimada la dote, podrá la muger reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, haya consentido é intervenido ó no en su enagenacion, nn. 140 &c. y 143: cuándo la muger debe hacer ejecucion en los bienes de su marido para demandar por su dote los que éste enagenó suyos, n. 144: cuándo corren el término y la prescripcion contra la muger para demandar sus bienes dotales y parafernales, nn. 145 y 146: en qué casos tendrá ó no derecho la muger al aumento de dote ó arras que su marido le ofreció, cuando la dote no se le entregó, ó el matrimonio no se consumó, nn. 147, &c. y 150: de qué privilegio goza la muger por las cosas que el novio le dá antes de casarse, si las incorpora en su

carta dotal: por aquello en que promete aumentar la dote de lo que mientras esté casada herede ó le donen: por las arras que el esposo ó marido le ofrece: por sus bienes parafernales: por los alimentos: por retardacion de la entrega de su dote: por los intereses pactados de la dote prometida; y por lo que se le debe por haberla desflorado, n. 151: si ocultando la muger bienes de su marido, ó de su dote, ó siendo la causa de que éste empobrezca, perderá el privilegio de prelacion, esté ó no obligada con él, n. 152, y dos notas: en qué bienes será preferida la dote de la primera muger á la de la segunda, n. 153: por los bienes estradotales que la muger entregó al marido, qué privilegio compete á sus hijos, y para que se prefieran á la dote de la segunda, qué debe hacer su padre antes de casar con ésta, n. 154: el acreedor que entregó sus bienes al deudor en comodato, ó de otro modo, sin transferirle su dominio, es preferido en ellos, y en su precio á todos los demas, n. 155: cuando el acreedor que vendió al deudor alguna cosa que no le pagó, será preferido en ella á los demas; y qué cláusula debe ponerse para que no se le traspase su dominio, nn. 156 y 157: á la iglesia, fisco, menores, comunidad y república, como que no pueden vender al fiado, les compete la prelacion de dominio, n. 158: el acreedor que prestó dinero sin interes al deudor para comprar alguna finca ú oficio con pacto de que habia de quedar hipotecado á su responsabilidad, será preferido en él á los demas hipotecarios anteriores, n. 159: cuándo y á qué acreedores será preferido el refeccionario en la cosa beneficiada, y entre muchos refeccionarios cuál ha de ser atendido, n. 160: á qué acreedores, y en qué bienes del arrendatario será preferido el arrendador por el arriendo y reconduccion tácita, n. 161: el acreedor de finca enfitéutica, ó dada á censo reservativo irredimible á cuáles se preferirá en ella por su principal y réditos, n. 162: formando concurso el censuario de censo vitalicio personal, qué debe hacer el juez para pagar al censualista su pension anual, n. 163: si prendiendo un acreedor al deudor que huye con sus bienes, será preferido á los de-

mas, n. 164: á qué acreedores se preferirá, quién dió fiadas al deudor algunas mercaderías, si éste las recibió con ánimo de huir y quebrar; y cómo se ha de acreditar, n. 165: cómo han de ser graduados los acreedores por varios depósitos de dinero hechos en el deudor, n. 166: por el depósito regular, qué privilegio tienen contra la cosa depositada que existe, y contra los bienes del depositario no existiendo: cuál se llama depósito regular, n. 167: qué privilegio compete al acreedor contra los bienes del depositario por depósito irregular, sea el fisco ú otro, y á quienes será preferido, haya recibido ó no intereses del depositario, nn. 168 y 169: el acreedor que hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun debe ser preferido á todos por su importe, n. 170: á qué acreedores se preferirán los jueces, abogados, escribanos y demas que ponen su trabajo en la defensa de los bienes concursados, n. 171: el acreedor que dió alimentos al deudor y á sus criados es preferido á los hipotecarios aunque sean anteriores, n. 172: qué prelacion compete al acreedor por los alimentos que se le dejaron en testamento, ó consignaron en los bienes del deudor, n. 173: concurriendo acreedores por causa onerosa y lucrativa, cuáles serán preferidos, n. 174: cómo se han de graduar los acreedores por cesion de los réditos de dos años, ó por una propia accion cedida en diversos tiempos, ó por un mismo débito: si estará obligado el cedente á resarcir al cesionario los gastos sobre la esaccion del crédito cedido, y qué es necesario para que el cesionario pueda repetir contra él, n. 175: es preferido el acreedor hipotecario posterior por cosa ó cantidad entregada al anterior por deuda confesada, n. 176: á qué acreedores ha de preferirse el fiador que pagó por el deudor, n. 177: si el acreedor hipotecario posterior, cuya deuda consta en instrumento público, será preferido á los anteriores hipotecarios de instrumento privado, reconocido por el deudor y por dos ó tres testigos presenciales que le firmaron, nn. 178, 379 y 180: el acreedor posterior que prestó y entregó dinero al deudor, es preferido al posterior en fecha que se lo entregó despues

de aquel, núm. 181: cuándo el acreedor del comprador de una cosa será preferido en ella á otros acreedores anteriores de éste, n. 182: contratando algunos acreedores con el deudor comun sobre finca feudal, ó dándole dinero sobre bienes vinculados que poseía, sin la competente facultad, y otros despues con ella, serán éstos preferidos, n. 183: si despues de haber hipotecado el apoderado sin poder bastante á favor de un sugeto la finca de su principal, la hipoteca esté á otro, y luego ratifica la obligacion constituida por su apoderado, cuál de los dos ha de preferirse, n. 184: de qué privilegio goza la deuda hipotecaria que procede de tutela, curaduría y administracion pública, ó de iglesia, comunidad, república, rentas reales, cambio, banco, ó depositario público ó privado, n. 185: si el acreedor por pension contra los frutos del beneficio que se dió con ella al clérigo ha de ser preferido en ellos á otros anteriores de éste; y concurriendo dos pensionistas á dichos frutos, cómo han de ser graduados: con este motivo se habla de pensiones sobre beneficios jurados, y sobre unas parroquias para reedificar ó reparar las iglesias de otras, n. 186: si mudando su estado ó forma, ó destruyéndose, ó deshaciéndose la cosa hipotecada tendrán ó no prelacion en ella los acreedores, números 187 y 188: si habrá prelacion por el precio en la cosa vendida é hipotecada, y vuelta á vender, ó en la que se comprare con él, ó en la comprada con dinero ageno, n. 189: si el acreedor posterior y menos privilegiado, y al mismo tiempo deudor por otra causa de su deudor, podrá compensar su deuda con lo que debe á éste en perjuicio de los de privilegio anterior, n. 190: cómo han de ser graduados los acreedores mere personales, y los personales privilegiados concurriendo entre sí, nn. 191 y 192: teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, cómo han de ser pagados, 193: qué requisitos son necesarios para que un tercero que prestó dinero al deudor para pagar á cierto acreedor, se subrogue en el lugar de éste, n. 194.

Procuradores: se habla de sus principios en Roma, y de sus progresos; y se hace la correspondiente division de ellos:

por qué se ha reputado vil su ministerio, lib. 3, preliminares, n. 55: qué edad deben tener, n. 56: háblase de los procuradores de los consejos, chancillerías, audiencias, vicaría de Madrid, y juzgados ordinarios del corregidor y sus tenientes, n. 57: quiénes no pueden ser procuradores, y cuándo los jueces supremos pueden privarlos de sus oficios, núm. 58: qué cosas no pueden hacer los procuradores, n. 59: refiérense varias obligaciones de ellos, n. 60, 61, 62 y 63.

Prueba: dentro de qué término ha de recibir el juez los autos á prueba despues de conclusos, libro 3, capít. 1, n. 233 y nota: á quién se debe notificar el auto de prueba, n. 234: si el juez ha de ver los autos por sí, ó puede tener relator; y sobre qué cosas no se puede recibir el pleito á prueba, n. 235: qué es prueba, y cuántas especies hay de ella, núm. 236: á quién incumbe hacerla, n. 237: hay negativa de derecho, de cualidad y de hecho, y ésta lo es absoluta é indefinida, que embebe en sí afirmativa y coartada, números 238, 239 y 240: sobre qué se ha de hacer la prueba judicial, y por qué medios puede hacerse, núm. 241: qué es confesion ó declaracion judicial: divídese en verdadera y tácita, en simple y cualificada, y en judicial y estrajudicial, números 242 y 243: qué circunstancias ha de tener, y en qué estado del pleito se puede pedir la confesion para que haga fe y aproveche al contrario, núms. 244 y 245: cuales se llaman posiciones y artículos: quién y cuándo puede hacer aquellas, y si hechas las podrá revocar ó enmendar, nn. 246 y 247: en qué se diferiencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones, n. 248: si los procuradores de los litigantes pueden hacer posiciones, y qué es lo que se practica acerca de éstas, nn. 249 y 250: cuándo debe ó no responder á las posiciones el preguntado, y cómo ha de hacerlo: en qué pena incurre si no lo hace, ó no quiere declarar, ó se ausenta, ó se le convence de perjuro, ó responde que ignora la pregunta; y si el juez ha de recibirlas por sí, núms. 251 y 252: no se ha de admitir prueba sobre lo confesado espresamente, aunque sí contra la confesion ficta: qué cláusula debe po-

ner el interrogante en el pedimento para que no le perjudique la declaracion del contrario, n. 253: cuándo perjudica la confesion estrajudicial en causas civiles, n. 254: cuándo hace plena prueba el juramento decisorio del pleito, n. 255: espresase un requisito para que hagan prueba los testigos, n. 256: quiénes no pueden testificar ni hacer fe en juicio, n. 257 y tres notas: quiénes no pueden ser apremiados á testificar, núms. 258, 259, 260 y nota: en qué casos hará fe el dicho del siervo, núm. 261: cómo han de ser juramentados los testigos católicos, n. 262: qué ha de observarse en la estension del juramento para que no se impugne el dicho del testigo con pretesto de no haber sido juramentado sobre lo que dispuso: muchos testigos pueden ser juramentados á un tiempo, núm. 263: cómo se ha de juramentar á los litigantes católicos seculares, n. 264: cómo á los judíos y á los moros, núms. 265 y 266: cómo á los eclesiásticos seculares, á los religiosos y á los caballeros de las órdenes militares, n. 267: cómo á los hereges, cismáticos, ateistas y gentiles, n. 268; y cómo á los arzobispos y obispos: y sobre cuáles cosas no se puede jurar, n. 269: qué preguntas generales y especiales y útiles deben contener los interrogatorios, y qué efectos causa la cláusula de admitirlos en cuanto son pertinentes, nn. 270, &c. y 274: en qué tribunales se comunican á las partes los interrogatorios de preguntas para hacer otros de repreguntas: en algunas provincias se estila nombrar acompañados que repreguntan á los testigos, n. 275: háblase estensamente de cómo debe el escribano examinar los testigos, nn. 276, &c. y 279: no se deben hacer preguntas sugestivas, las cuales son claras ó paliadas, núm. 280: cuándo el testigo despues de firmada su declaracion no puede corregirla, ni ampliarla: habiendo declarado ambiguamente, ó no dado razon de su dicho ha de declarar de nuevo, núm. 281: si el testigo juramentado puede apartarse del juez antes de evacuar su declaracion; y si se le ha de conceder término para hacer memoria, ó ver algunos papeles, cuando dice que duda ó no se acuerda del hecho sobre que se le pregunta, n. 282:

estar al parecer muerto, ó si no le conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto; pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada es sospechoso, ha de abrirle ante los testigos y el escribano, entregarle á éste para que le lea, y publique delante de todos, y despues hacer se reduzca á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se ha abierto, interponiendo en todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho; porque hasta que se abre no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es en realidad, por no haberse publicado su contenido que ignoran el escribano y testigos, ó al menos estos.

224 No pudiendo ser habidos todos los dichos testigos, basta que comparezca la mayor parte, y despues el juez ha de enviar el testamento á los demas para el mismo efecto, si estan en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por esto de abrirle. Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte, y el juez conoce que de esperarlos y retardar su apertura resultará perjuicio, debe llamar hombres honrados, abrirle ante ellos, mandarle trasladar y leer, firmar por dichas personas, volver á cerrarle y sellarle, y luego que vengan los testigos instrumentales manifestársele para que le reconozcan en la forma prevenida; despues de cuyas diligencias si no resultase cosa en contrario mandará unirlas á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que corresponda á cada uno. Hasta aqui una ley de Partida (*a*).

225 Pero si han fallecido todos los testigos, como puede suceder, ó se cree asi, ó estan ausentes sin saberse su paradero, se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del escribano ante quien se otorgó el testamento, si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y dignas de fe sus deposiciones; en cuya ocasion se comprobarán sus firmas, ó si alguno las conoce las reconocerá,

(*a*) La 3, t. 2, P. 6.

el testigo presentado para ciertas preguntas no ha de ser examinado sobre las demas del interrogatorio, n. 283: cómo debe ser examinado el testigo, y estender el escribano su dicho, n. 284: examinándose los testigos por intérpretes, qué han de jurar éstos, n. 285: qué espensas deben los litigantes satisfacer á los testigos, y cómo han de conducirse con éstos, n. 286: si pueden ser apremiados los testigos á declarar, y si el juez debe admitir su dicho enviado por escrito, ó cometer su exámen en ciertas causas al escribano, n. 287: estando los testigos fuera del territorio del juez de la causa se han de examinar por receptoria ó requisitoria: cómo ha de cumplimentarse ésta, n. 288 y nota: omitiendo las partes articular algo en su interrogatorio principal pueden hacerlo en otro, ó en pedimento, n. 289: cuándo hará plena prueba un testigo solo, y cuándo no la harán dos, nn. 290 y 291: cuántos testigos puede presentar cada litigante, y si en grado de apelacion y suplicacion se deben admitir interrogaciones sobre los artículos de la primera ó segunda instancia, ú otros directamente contrarios, n. 292: aunque despues de haber presentado la parte algunos testigos, diga que no quiere presentar mas, puede presentarlos, n. 293: cuáles testigos son singulares, y cuál se llama singularidad obstativa ó adversativa, n. 294: cuál singularidad adminiculativa, y qué prueba hace, n. 295: y cuál diversificativa, y si hará probanza, n. 296: qué ha de hacer el juez consistiendo en testigos la prueba de ambas partes, n. 297: si comprometiéndose las partes en árbitros, éstos reciben testigos, y aquellas pactan ó no sobre si el juez ha de sentenciar por sus dichos, que deberá éste hacer, n. 298: qué se debe practicar consistiendo la prueba en ciencia, arte ú oficio, n. 299: cuántas clases hay de instrumentos, cuál se llama público y por qué, y cuándo hará fe ó no en juicio: se hacen varias advertencias, n. 300: alegando que es falso el instrumento, la parte contra quien se produce, porque en el dia de su otorgamiento estaba fuera del pueblo, cómo se ha de probar su falsedad, n. 301: qué es falsedad y qué causas la inducen en los instrumentos, n. 302: si debe ser creido el

escribano de buena ó mala fama que afirma ó niega haber hecho el instrumento cuando los testigos afirman ó niegan, ó dicen que no se acuerdan de haber presenciado su otorgamiento, n. 303: si la parte niega estar autorizado el instrumento por el escribano que aparece estarlo, y éste niega ó confiesa, ó dice que le autorizó; pero que fue falso: si hará ó no fe: si ha muerto, ó está muy lejos, qué debe hacer el juez; y con qué se ha de cotejar el papel privado, n. 304: si se podrá probar con testigos el contenido del instrumento aunque no valga; y en qué idioma debe presentarse en juicio, n. 305: si el que produce el instrumento podrá usar de él solo en lo favorable; y si siendo producido antes de la contestacion deberá reproducirle en la prueba y en todas instancias, n. 306: cuando la prueba hecha en un juicio con el colitigante deberá quien la hizo producirla en otro que siga con él, n. 307: en qué casos hará fe el traslado sacado de la copia original ó del protocolo por el escribano ante quien pasó, ó por otros, nn. 308 y 309: cuál se llama instrumento auténtico, y cuándo y contra quién hará fé, n. 310 y nota: qué es instrumento privado, cuántas son sus especies, y cómo hará fe en juicio, nn. 311 y 312: qué es privilegio, en cuáles clases se divide, y cómo se adquiere, nn. 313, 314 y 315: cómo se ha de interpretar, y cuántas especies hay de interpretacion, n. 316: qué es confirmacion de privilegio, y de cuántas maneras se hace, n. 317: cuándo goza ó no del privilegio el privilegiado contra el que tambien lo es, n. 318: háblase estensamente de las causas por qué se estingue el privilegio, nn. 319, &c. y 322: cómo se despachaban antiguamente y se despachan hoy los privilegios, y qué requisitos deben contener para hacer fe, nn. 323 y 324: contra quién prueban los libros de cuentas: si contienen partidas en favor y en contra del que los tiene ha de aceptarlas, ó desecharlas en un todo, n. 325: en varios casos hace prueba la vista ocular, y el juez no ha de dar el pleito por probado sin que preceda, n. 326: qué es presuncion, y cuántas son sus especies, n. 327 y nota: qué se ha de tener presente para decidir el pleito por ley ó fuero, n.

328: háblase de la fama y de cómo se origina, n. 329: qué prueba hace la fama en causas civiles y criminales en hechos antiguos y otros casos, nn. 330 y 331: cómo se ha de probar por fama la vida ó muerte de alguno: qué prueba ha de hacer el que solicita pension ó réditos vitalicios, n. 332 y nota: qué cosas se requieren para que pruebe la fama, n. 333.

Pubertad: cuándo empieza en los varones y hembras, y por qué las leyes habilitan á éstas antes que á aquellos, lib. 1, cap. 1, n. 42 y nota: qué nombres tienen los menores antes de la pubertad, y hasta qué tiempo llega la mejor edad en los varones y hembras, n. 43 y cuatro notas.

Publicacion de probanzas: cómo y cuándo se ha de hacer, lib. 3, cap. 1, nn. 356, 357 y nota: de la solicitud de publicacion se ha de dar traslado, y á qué fin, n. 358: para qué sirve la publicacion, n. 359: qué juez ha de hacerla: á cuál de las partes se han de entregar primero los autos; y dentro de qué término debe cada uno alegar de bien probado, n. 360: á quiénes se puede conceder por via de restitucion mas término probatorio, y cuánto ha de ser, nn. 361, 362 y nota: para su concesion no se necesita justificar lesion: no ha lugar á la restitucion contra el lapso del término ultramarino: no es necesaria nueva publicacion por razon del término concedido al privilegiado: si el menor no lo es al tiempo de recibirse el pleito á prueba, no goza del privilegio, n. 363 y dos notas: qué cosas se requieren para que se conceda por restitucion la mitad del término probatorio, n. 364 y nota: del término concedido por restitucion goza tambien el no privilegiado, y sin el consentimiento de éste no puede renunciarle quien le obtuvo, n. 365: si puede el no privilegiado alegar falsedad ú otra escepcion nueva para probarla por testigos despues de la publicacion ó de ejecutoriado el pleito, n. 366: si compete el privilegio de restitucion á los menores, cuando coadyuvan como terceros el derecho de los que no son privilegiados, n. 367: en qué casos gozarán del privilegio los litigantes siendo ambos privilegiados, n. 368: cuando pertenece la cosa á dos, uno mayor y otro me-

nor, y ambos litigan sobre ella contra otro: si es individuo, gozará el primero del privilegio, éste compete al letrado menor de edad, n. 369.
Padre, véase *ascendientes.*
Padre, véase *testador.*
Padre, véase *hijos.*
Parientes y parentesco, véase *suceder y sucesion ubintestato.*
Parafernales, véase *bienes parafernales.*
Pobre, véase *sentencia.*
Postor y posturas, véase *remate.*
Posiciones, véase *prueba.*
Preguntas, véase *prueba.*
Pregones, véase *ejecucion.*
Presos por deuda, quiénes pueden ó no serlo, véase *ejecucion.*
Presuncion, véase *prueba.*
Prelacion, véase *preferencia.*
Próroga de jurisdiccion, véase *escepcion.*
Próroga, véase *término.*
Privilegio, véase *prueba.*
Prueba, véase *término.*
Puja, véase *remate.*

Q

Quarta marital, véase *viuda.*
Quita ó remision de acreedores: qué es, y si valdrá la que el Rey haga al deudor, lib. 3, cap. 3, n. 208 y 209: si pueden concedérsela sus acreedores, y qué se ha de observar en caso de discordia, haya ó no algun hipotecario, n. 210: siendo cambiante, mercader ó factor suyo el deudor qué se ha de practicar, alce ó no su persona, bienes y libros, ó huya, ó se refugie á la Iglesia, n. 211.

R

Reconvencion: qué es, y quién puede ó no hacerla, lib. 3, cap. 1, nn. 187, 188 y 189: en qué se diferencia la reconvencion de la compensacion, n. 190: la reconvencion causa cuatro efectos, n. 191: puede verificarse la próroga de jurisdiccion de parte del deman-

dante y demandado, n. 192: cuándo se verifican juntos en los juicios dos de los efectos de la reconvencion, y cuándo uno solamente, n. 193: en qué casos el actor clérigo ó lego puede escusarse á responder á la reconvencion, nn. 194, 195, 196 y nota: dentro de qué término debe proponer el reo la reconvencion, y qué diligencias se han de practicar despues hasta la conclusion, nn. 197, 198, 199 y nota: concluyendo llanamente el actor, ó solo sobre su demanda, y desentendiéndose de la reconvencion del reo, qué debe practicar éste, n. 200: si podrá hacerse la reconvencion ante el juez delegado, y apartarse el actor de su demanda despues de la reconvencion sin permiso del reo, n. 201; y si se podrá hacer ante los jueces particulares de algunas personas, y ante el prorogado, nn. 202 y 203: no puede el actor ser reconvenido ante el arbitrador, pero sí ante el árbitro de derecho n. 204: cuándo tendrá lugar la reconvencion ante el juez de apelacion, n. 205: si lo habrá ante el diputado, para conocer de cierta especie de causas, n. 206: la reconvencion tiene lugar en todas las causas aun de diverso género no habiendo repugnancia, ó prohibicion de ello, n. 207: si lo tendrá en las ejecutivas y sumarias, cuándo la una es sumaria, y la otra plenaria, y en las de depósito, nn. 208, 209 y dos notas: cuándo se admite la reconvencion en las causas criminales, n. 210: qué conviene esplicar para saber si se admite la reconvencion en las causas posesorias, n. 211: cuántos juicios posesorios hay, y para qué son, n. 212: el poseedor debe ser conservado en su posesion, n. 213: qué remedio compete al despojado por fuerza ó clandestinamente, y dentro de qué término ha de intentarle, nn. 214 y 215: contra qué personas le compete ó no, y sobre qué bienes, nn. 216, &c. y 219: quiénes no pueden intentarle, y en qué pena incurre el despojador, nn. 220 y 221: si se debe admitir la reconvencion del despojador cuando el despojado intenta el interdicto de recuperar, y aquel otro igualmente privilegiado sobre despojo de otra cosa, y no de la misma, como tambien si estará obligado á restituir el tercero poseedor, n. 222: no se admite la reconvencion de

interdicto de conseguir, ó el remedio petitorio sobre la misma cosa, aunque el despojador ó un tercero diga que es suya, ó sean menores, si confiesan que el despojado es señor de ella, n. 223: si el despojado debe responder á la reconvencion del interdicto de retener sobre la misma cosa que le hace el despojador, n. 224: si se admite la reconvencion del interdicto de recuperar contra el tercero que por via de accion intenta el de retener, n. 225: si intentando el actor la reivindicacion tendrá lugar la reconvencion sobre el despojo violento de otra cosa, n. 226: el despojado ha de ser restituido, aunque ademas del despojador pretenda un tercero la cosa como suya, n. 227: cuándo se pueden ó no acumular y seguir en un juicio las causas de posesion y propiedad, y tratarse ó no ante un mismo juez, nn. 228, &c. y 231: el que intenta el juicio petitorio, puede cesar en él, y volver al petitorio antes de la conclusion, n. 232.

Recusacion: qué es, en qué estado del pleito puede hacerse, y por qué causas, lib. 3, cap. 1, nn. 389, 390 y nota: cómo se ha de recusar al juez letrado, ordinario ó delegado, y con quién se ha de acompañar, nn. 391, 392 y dos notas: con quién deben acompañarse los alcaldes de córte que tienen provincia, siendo recusados, núm. 393: no conformándose en las causas civiles el juez ordinario secular y su acompañado, á quién ha de ir la causa, si se apela de la sentencia de alguno; y si no se apela, cuál y en qué casos valdrá, y si podrán nombrar tercero, n. 394: si el delegado y su acompañado discordasen, á quién se ha de recurrir: si pueden nombrar tercero, y han de dar juntos la sentencia, n. 395: si en las causas criminales, y en las de libertad y servidumbre discuerdan en la sentencia el juez ordinario ó delegado recusados y sus acompañados, qué se debe practicar, n. 396: el acompañado debe asistir con el recusado en su audiencia á dar la sentencia, y demas providencias: cuándo ha de jurar que ejercerá bien su encargo, y cómo se le ha de recusar: n. 397: el que impetró juez del Soberano para que conociese de negocio suyo, ó puso voluntariamente ante otro su demanda, por qué causas puede recu-

sarle, n. 398: para qué causas y providencias ha de nombrar el juez lego asesor letrado, y si éste debe jurar, y puede ser recusado, n. 399: cuántos letrados pueden recusar las partes para que el juez lego no se asesore con ellos, n. 400: cuál de los litigantes debe pagar los derechos de asesoría, n. 401: cuándo y cómo han de ser recusados los jueces eclesiásticos ordinarios y delegados: qué se ha de practicar, hecha su recusacion, sea delegado del papa ú obispo, ó subdelegado de aquel; y si el delegado recusado podrá subdelegar, núms. 402, 403 y 404: por qué causas, y cómo pueden ser recusados los jueces arbitros, n. 405: de la recusacion del juez mero ó misto ejecutor, n. 406: de cómo ha de ser recusado el juez de residencia, y con quién debe acompañarse, n. 407 y nota: qué requisitos son necesarios para recusar á los ministros de los consejos, chancillerías y audiencias, n. 408: por qué medios se pueden probar las causas de su recusacion: cuántos testigos pueden admitirse sobre cada pregunta: qué término se ha de conceder al recusante para probarlas, y contra quiénes corre, y cuándo puede recusarlos el tercero opositor, nn. 409 y 410: en qué pena incurre el recusante que no prueba causa legítima, aunque se parte de la recusacion, y en cuál el que pasados tres meses se aparta de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, n. 411: cómo se ha de recusar al relator, y quién debe pagar los derechos del acompañado, n. 412: qué es necesario para recusar al escribano originario del pleito, y cómo ha de recusarse al acompañado, n. 413: qué se debe observar en la recusacion de los escribanos reales donde actúan, nn. 414 y 415; quién debe pagar sus derechos al acompañado del escribano originario, n. 416: pidiendo informe el Rey ó tribunal superior al juez acerca del pleito que pende ante él, cuándo debe ó no suspender su curso, n. 417: y qué se ha de decir sobre este punto en el caso de que el deudor ejecutado, ó que puede serlo, pida moratoria al Consejo, n. 418.

Reconocimiento, véase *ejecucion.*

Remate: en dónde se ha de celebrar, cómo se ha de proceder en las posturas, y á

quiénes se pueden comunicar, lib. 3, cap. 2, números 284 y 285: en qué postor se ha de ejecutar el remate, y si admitida la postura de uno queda libre el anterior, n. 286: si el pariente del deudor podrá retraer los bienes abolengos de éste rematados en un estraño, y si le preferirá el acreedor, n. 287 y nota: si celebrado y aceptado por el postor el remate de bienes ejecutados, ó de rentas reales y de señores, podrá abrirse y admitirse puja, nn. 288, 289 y nota: á qué persona compete el beneficio de la restitucion, para que por lesion, dolo ó malicia en la venta de sus bienes se admita la puja, y dentro de qué término lo han de pretender, nn. 290 y 291: la puja que se admita por via de restitucion, se ha de hacer saber al sugeto en quien se celebró el remate, y no ha de admitirse otra, n. 292: aceptado el remate por el postor, qué diligencias se han de practicar hasta la venta judicial de los bienes rematados, n. 293: contra quién se ha de proceder si el precio de los bienes rematados no alcanza para pago del principal y de las costas, n. 294.

Remision, véase *quita de acreedores.*

Requisitoria, véase *citacion.*

Reservacion y reservar: cuáles bienes debe reservar la madre á sus hijos, y cuáles el padre, si vuelve á casarse, lib. 2, cap. 5, nn. 3, 4, 5 y 6: esta reservacion tiene lugar á favor de los nietos y viznietos, faltando sus padres, n. 7: por qué línea han de venir los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes, n. 8: habiendo frutos pendientes en estos bienes al tiempo de la muerte del que debia reservarlos, á quién corresponden, n. 8: no tiene lugar la reservacion en lo que el hijo no adquirió por sucesion de su ascendiente, n. 14: qué está obligada á reservar la madre de lo que hubo del hijo que murió testado, n. 15: no debe reservar lo que le dió su marido en premio de su virginidad, ó por otro motivo remuneratorio, n. 16: tampoco está obligada á la reservacion, cuando para casarse obtuvo licencia del Soberano, ó quedó viuda en su menor edad, nn. 17 y 18: ni cuando su marido ó sus hijos le dieron dicha licencia, nn. 19 y 20: en qué casos se perjudican los hijos con la concesion de esta licencia, y hace la madre enteramente suyo lo que hu-

bo de su marido, nn. 21, &c. y 26: no está obligada la madre á reservar los bienes que compre con el usufructo de lo que le dejó su marido, n. 27: aunque herede á un hijo, y otro se case, no tiene obligacion de restituir á éste el usufructo de los bienes de aquel que percibió despues de casada, n. 28: nada deben los padres reservar á sus hijos de los bienes gananciales, n. 29: muriendo sin descendencia legítima un hijo del matrimonio anterior despues de haber heredado á su padre, y habiendo dejado á su madre las dos terceras partes de sus bienes, y la otra á un hermano suyo; si este fallece abintestato sin descendientes, y su madre se vuelve á casar, no estará obligada á reservar á los otros hermanos enteros la tercera parte que heredó del hijo muerto intestado, n. 30: si enagenando la madre los bienes que debe reservar á sus hijos, podrán éstos quitarlos á sus poseedores, mientras vive, n. 31 y nota: cuándo y cómo los hijos que aceptaron la herencia de su padre, pueden reivindicar los bienes sujetos á reservacion que enagenó, n. 32.

Rebeldía ó contumacia, véase *citacion*.

Restitucion por entero, véase *publicacion de probanzas*.

S

Segunda suplicacion: se refiere la antigüedad y primera forma de este recurso, lib. 4, cap. 3, n. 1: para que tenga lugar es indispensable que el pleito haya principiado en las chancillerías ó audiencias, ó que no se haya contestado ante un juez inferior, nn. 2 y 3: en dos casos tiene lugar en las audiencias y chancillerías la segunda suplicacion, n. 2 cit. la han restringido las leyes á las causas árduas, ó de grande entidad, n. 4: no puede interponerse de sentencia interlocutoria: aunque tenga fuerza de difinitiva pare perjuicio al negocio principal y no pueda repararse por la segunda suplicacion, n. 5: se halla prohibida espresamente en los pleitos de la real hacienda, n. 6: no debe admitirse en causas de retencion de bulas, ni en pleitos sobre hidalguías, presedencia de asientos en los

tribunales, derecho de patronato, sino en cierto caso, ni en pleitos sobre privilegios de esencion, n. 7: tampoco debe admitirse en las causas criminales, ni aun respecto de los intereses que se pidan por incidencia, n. 8: de qué valor ha de ser para admitirla lo que se litigue asi en España como en las Indias, y asi en los juicios petitorios como en los posesorios, sea mueble, semoviente, raiz ó derecho, lo cual ha de tasarse por peritos, n. 9: nunca se admite en las causas posesorias de Indias, n. 9 cit. al fin: en dichas causas posesorias solo se admite cuando se trata principalmente de la posesion, y nunca ventilándose la de algun vínculo ó mayorazgo, n. 10: tampoco ha lugar á ella en los juicios posesorios contra dos sentencias conformes que han de ejecutarse dando el vencedor fianzas, n. 11; pero sí se admite contra dos sentencias conformes ventilándose la de propiedad aunque aquellas han de ejecutarse dando ciertas fianzas, con las cuales indistintamente se ha de llevar á ejecucion la sentencia de revista en causas de Indias, n. 12: en ella son indispensables las fianzas, aunque no las pida el contrario, n. 14: no se suplen en la segunda suplicacion las fianzas con la caucion juratoria del pobre y deberá secuestrarse la cosa litigiosa: en las Indias hay diversa práctica acerca de este punto, nn. 15 y 16: para admitirse ha de dar el suplicante en España é Indias fianzas de que si se confirmase la sentencia, satisfará cierta cantidad aplicada segun se espresa, n. 17: cuando la interpongan los fiscales de S. M. cómo y cuando deben afianzar, n. 18: si en la segunda suplicacion la sentencia confirmada en lo principal se modifica ó revoca en cosa accesoria, cuándo ha de satisfacer ó no el suplicante las mil y quinientas doblas, n. 19: en qué tiempo ha de apartarse de la segunda suplicacion el suplicante para escusarse de pagar dicha pena, n. 20: dentro de qué termino y cómo ha de introducir dicho recurso el suplicante, n. 21: á quiénes se ha de dar traslado de la segunda suplicacion, y en qué término se ha de presentar el suplicante á S. M. con el testimonio correspondiente, n. 22 y su nota: en la segunda

porque todo conduce para la mayor estabilidad del testamento: despues de lo cual el juez le mandará abrir en la forma espresada, y si quisiere, rubricará sus ojas, sin embargo de que no es preciso previniéndose asi en la diligencia de apertura. Si el escribano, ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma, bien que no es rigorosamente necesario, por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

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

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

228 Prohibiendo el testador, por motivos que le asistan y no necesita manifestar, que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, ha de observarlo asi el juez, y si entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido (*d*); por lo cual es buena precaucion que el juez sin separarse de la presencia de los testigos y escribano le lea para sí tácitamente antes de entregarle á éste para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los jueces doctos y espertos que saben desempeñar su ministerio.

229 Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos, la presentará el heredero al

(*a*) Ley 1, t. 2, P. 6. (*b*) Ley 25, t. 11, P. 3. (*c*) Las 103, t. 18, P. 3, y 5, t. 2, P. 6. (*d*) Leyes 5 y fin. t. 2, P. 6.

suplicacion se admite la adhesion del contrario ó colitigante para que se enmiende la sentencia en lo que le perjudique, n. 23: en donde se interpone la segunda suplicacion, han de espresarse las causas del agravio como en las súplicas ordinarias, de lo que se dá traslado á los colitigantes, habiendo de pasarse ademas el espediente á los fiscales de S. M. asi en España como en las Indias, n. 24: trátase del artículo sobre haber ó no lugar al grado de segunda suplicacion, refiriéndose por menor todos sus trámites, nn. 25, &c. y 30: cuándo las audiencias de América pueden declarar si ha de admitirse ó no dicho grado, y si se ha de remitir al Consejo el proceso original ó copia de él, n. 31: cómo se ha de hacer en este recurso la notificacion á S. M. n. 32: háblase de la cédula de comision que despacha la Cámara, y de los despachos de remision de autos y emplazamiento, n. 33: una ley recopilada prohibe nuevas probanzas en la segunda suplicacion; pero sin embargo está en contrario la práctica de admitir nuevos instrumentos, sobre cuyo punto se refiere estensamente lo que se observa, nn. 34, &c. y 39: qué deberá hacerse si despues de haberse interpuesto la segunda suplicacion muere quien la interpuso, n. 40: se refieren circunstanciadamente los trámites y diligencias que ocurren en la segunda suplicacion, desde que solicitan los interesados tomar los autos á fin de que se instruyan sus abogados para la vista hasta la sentencia, espresando al mismo tiempo lo que se practica en caso de discordia, nn. 41, &c. y 49: no hay recurso alguno contra la sentencia pronunciada en la segunda suplicacion, n. 50: por real cédula de 10 de Mayo de mil setecientos noventa y siete, cuyo contenido se inserta, se ha establecido la segunda suplicacion en el Supremo Consejo de Guerra, n. 51: el Consejo real de las órdenes no ha podido obtener la gracia de conocer del mismo recurso: n. 52: pedimento presentándose en grado de segunda suplicacion: n. 53: estiéndese la notificacion que se hace á S. M. de haberse interpuesto, n. 54: se copia la cédula que despacha la Cámara cometiendo al Consejo la determinacion de di-

cha instancia, n. 55: estiéndese el despacho que espide el Consejo para que se le remitan los autos que han de determinarse en dicho grado, n. 56: sentencia en grado de segunda suplicacion, n. 57: insértase lo que se practica cuando en los pleitos, ó instancias que se siguen en el Consejo, se imprimen los apuntamientos y escriben las partes en derecho, lib. 4, cap. 3, apendice, nn. 58, &c. y 66.

Sentencia: cuál se llama interlocutoria, y cuál definitiva, lib. 3, cap. 1, n. 419: por qué la sentencia se llama asi: dentro de qué término debe darla el juez, y qué solemnidad ha de preceder á su pronunciamiento, n. 420 y nota: en qué convienen y se diferencian las sentencias interlocutoria y definitiva, n. 421: en cuáles casos la interlocutoria tiene fuerza de definitiva, n. 422: cuando se ha de tener por interlocutorio ó definitivo el mandato de pagar, nn. 423 y 424: en qué debe conformarse la sentencia con la demanda, n. 425: habiendo condenacion de frutos ó intereses, ó siendo condenatoria en parte, y en parte absolutoria la sentencia, qué debe hacer el juez, n. 426: dónde se estila ó no el pronunciamiento de la sentencia, núm. 427: cuándo no es preciso se conforme la sentencia con la demanda, y qué se ha de decir, si ésta es inepta, n. 428: en qué lugar y tiempo se ha de dar la sentencia, n. 429: se espresan varios vicios que no debe tenerse la sentencia, n. 430: qué jueces deben ver por sí mismos los autos, n. 431: los jueces deben determinar segun la verdad sin pararse en las solemnidades, á no ser que alguna de las partes pida su observancia, n. 432 y dos notas: qué ha de hacer el juez cuando dude con fundamento de la sentencia que debe pronunciar, n. 433 y nota: si el litigante que pide una cosa por otra, puede corregir su error, y qué deberá hacer el juez probando el actor pertenecerle otra diversa de la que demandó ó no debiendo ser condenado el reo, núm. 434: cuándo debe ser condenado en costas el litigante, y si siendo pobre deberá estar preso ó dar fianzas por ellas, ó por los derechos que cause en defenderse; cuál ha de tenerse por pobre, nn. 435, 436 y 437: qué debe hacer el vencedor,

si habiendo pedido condenacion de costas no la hizo el juez, n. 438: qué autos y sentencias puede el juez reponer, reformar ó revocar, núm. 439: cuándo podrá el juez enmendar su sentencia no habiendo hecho condenacion de frutos ni costas debiendo hacerlo, ó habiendo juzgado sobre ésto mas ó menos que lo que debia; y si puede alzar la multa al que es pobre, núm. 440: á quién se debe notificar la sentencia, y con quién se han de entender los autos hasta que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, si las partes se defienden por procuradores, n. 441: notificada la sentencia á las partes, qué debe hacer la vencedora para que se declare en autoridad de cosa juzgada: cuando el agraviado apela y no presenta la mejora en el término competente, n. 444 y tres notas: conteniendo la sentencia varios capítulos se puede apelar de unos y no de otros, n. 445: si declarada la sentencia en autoridad de cosa juzgada presenta el vencido la mejora, queda sin efecto la declaracion, y qué se debe observar, si se presentó en grado de apelacion ante el superior sin apelar ante el inferior, n. 446 y nota: qué efecto surte la apelacion, y qué ha de espresar el escribano en el testimonio de ella, n. 447 y nota, efectos de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, núm. 448: en qué casos se puede rescindir y revocar, n. 449 y nota.

Sentencia de remate, cuál se debe ó no ejecutar, lib. 3, cap. 2, núms. 280 y 281: no produce escepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo, ú otro sumario, n. 282.

Subasta y bienes subastados: cuándo el comprador de los bienes subastados quedará libre del deudor y acreedores, lib. 3, cap. 2, núms. 295, 296 y 297: por qué deudas puede la justicia compeler á comprar los bienes que se subastan, núm. 298 y nota: qué circunstancias se requieren para que el acreedor sea compelido á tomar en pago de su crédito bienes de su deudor, n. 299: si se debe alcabala de la venta hecha en pública subasta, y de la adjudicacion hecha en pago, n. 300: á qué personas está prohibido comprar los bienes que se venden en almoneda, nn. 301 y 302: si el

acreedor podrá comprar por sí ó por interpósita persona los bienes que se subastan á su instancia, y pretender se le den en pago por la tasa en caso de no haber comprador, nn. 303, 304 y 305: si dándose en pago al fiador los bienes del deudor, ó comprándolos en almoneda deberá volverlos á éste ó á cualquiera acreedor, núm. 306: cuándo queda obligado el deudor á la eviccion ó saneamiento de los bienes que se le subastaron, núm. 307: en qué casos tendrá el deudor accion para recuperar los que se le vendieron judicialmente ó se adjudicaron al acreedor, núms. 308 &c. y 312.

Suceder ó sucesion abintestato: tres son las líneas de sucesion, lib. 2, cap. 7, núm. 1: los primeros que suceden al difunto son sus hijos legítimos, aunque sean póstumos, y los legitimados por el siguiente matrimonio: si el legitimado por el siguiente matrimonio anterior en nacimiento al legítimo habido de la muger primera, se preferirá á éste en la sucesion del mayorazgo, n. 2: despues de los hijos suceden del modo que se espresa, los nietos, biznietos, &c., habiendo nacido ó sido concebidos antes de la muerte del abuelo, visabuelo, &c. nn. 3, 4, 5 y nota: en qué parte de herencia suceden abintestato los hijos y nietos naturales á sus padres y abuelos, nn. 6 y 7: cuándo los hijos naturales son herederos forzosos abintestato de sus madres, núm. 8: cómo suceden los hijos naturales abintestato á los parientes naturales de parte de padre ó madre, concurran ó no parientes legítimos con ellos, nn. 9, &c. 14 y nota: los hijos espúrios no suceden abintestato á los parientes paternos, ni los de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes por línea materna, n. 15: entre los hijos naturales y espúrios, y sus padres y parientes es recíproca la sucesion abintestato, y la obligacion de darse alimentos, n. 16: á falta de descendientes legítimos suceden los padres, abuelos, &c. núm. 17: cómo se parte la herencia concurriendo dos abuelos por una línea y otros dos por otra, ó uno solo por la una de ellas, núm. 18: los hermanos del difunto no concurren con los ascendientes, n. 19: los ascendientes suceden á sus

descendientes en toda clase de bienes libres, n. 20: aunque no concurra mas que un ascendiente por una línea, y otro por la otra iguales en grado, no se hará separacion de bienes, escepto donde haya esta costumbre, núm. 21, concurriendo dos ó mas ascendientes á la sucesion abintestato de su descendiente, y teniendo el uno el usufructo de sus bienes le gozará toda su vida, nn. 22 y dos notas: cómo han de suceder los parientes al colateral intestado. n. 23: cómo se han de computar los grados de parentesco para la sucesion, núm. 24: en la línea transversal no hay grado primero, n. 25: hasta qué grado tiene lugar la sucesion abintestato entre los colaterales, núm. 26: el pariente en quien concurre mayor conjuncion de parentesco que en los demas del mismo grado escluye á estos núm. 27: esta mayor conjuncion no se atiende fuera de los primos carnales, n. 28: no dejando el difunto descendiente ni ascendiente le suceden sus hermanos enteros, n. 29: concurriendo hermanos enteros y sobrinos carnales del difunto, cómo le heredan, n. 30: cómo á falta de hermanos heredarán los sobrinos enteros, nn. 31 y 32: si dejando el difunto un hermano y sobrino, hijos de otro hermano muerto, repudiáre aquel su parte teniendo hijos, la heredarán estos, n. 33: dejando el difunto un tio hermano de su padre é hijo de un hermano suyo muerto, solo estos heredan, n. 34: el tio se prefiere al primo del difunto, núm. 35: los sobrinos hijos de un hermano son preferidos á un hermano del abuelo ó abuela del muerto, n. 36: los hermanos consanguíneos ó uterinos heredan indisintamente con preferencia al tio del difunto, n. 37: los sobrinos, hijos de hermano entero, escluyen al medio hermano del muerto, n. 38: cómo han de partir los bienes y pagar las deudas los hermanos consanguíneos y uterinos del difunto, n. 39: y cómo han de heredar los hijos y nietos de dichos hermanos, y los tios hermanos de padre ó madre, n. 40: muriendo alguno intestado qué deben distribuir por su alma sus herederos, sean descendientes, ascendientes ó transversales, nn. 41 y 42: instituyendo el testador herederos á sus hermanos, si

unos son enteros y otros medios, cuáles percibirán la herencia, n. 43 y nota: si instituye simplemente á un hermano vivo y colectivamente á los hijos de otro hermano muerto, ó á un estraño, y á los de otro estraño estando nacidos los hijos al tiempo del testamento, cómo se entienden instituidos, n. 44, y cómo si son póstumos, ya los llame en primer lugar, ya por substitucion, n. 45: instituyendo á un hermano y á los hijos de otro hermano muerto por sus propios nombres, cómo sucederán, n. 46: si instituyendo el testador herederos á sus hermanos se entienden instituidos los sobrinos; y si muriendo antes que él alguno dejando hijos, percibirán estos su parte, n. 47.

Sentencia, véase *ejecucion.*

Suplicacion ó súplica: sin embargo de que se asemeja á la apelacion, hay entre ellas muchas diferencias que se espresan, libro 4, capít. 2, n. 1: en esta instancia aun sin solicitarlo el vencedor, puede el tribunal superior reformar su sentencia en favor de aquel, núm. 2: cuándo en la instancia de súplica pueden los colitigantes usar del derecho de adhesion dando ciertas fianzas, n. 3: se refiere un privilegio de los vizcainos tocante á la instancia de súplica, núm. 4: tiene actualmente lugar en el Consejo de Ordenes la instancia de súplica que antes correspondia á la junta de comisiones, ya estinguida, n. 5: esprésanse los casos en que ha de admitirse la súplica, n. 6: dentro de qué término y cómo se ha de interponer, núm. 7: en Sala de provincia ha de admitirse la suplica de las causas que la admitan, n. 8: no tiene lugar la súplica si en las chancillerías ó audiencias se confirman en vista dos sentencias conformes; pero sí si se revocan, n. 9: no admite la súplica cuando el tribunal supremo confirma la sentencia de los jueces árbitros ó arbitradores, ó las transaciones de los particulares, aunque sí revocándose, n. 10: si se admite la súplica, y en qué términos de la sentencia revocatoria de la de remate y de la absolutoria de la en que se declaró no haber lugar á él, nn. 11: se admitirá la súplica de la sentencia revocatoria, y no de la confirmatoria de la sentencia del

juez inferior de la hermandad, lo cual milita en las rentas reales y en los propios de los pueblos, número 12: de dos casos que se espresan puede interponerse la súplica segunda vez en los tribunales superiores, n. 13: se admite la súplica de sentencias de vista ó revista con alguna nueva circunstancia de que no conoció el juez inferior, n. 14: se refieren circunstanciadamente muchos autos y sentencias de que es inadmisible la súplica, n. 15: qué se ha de hacer para interponerla de las sentencias con la cláusula *ejecútese sin embargo*, n. 16: cuando la súplica no tiene lugar tampoco la tiene el beneficio de la restitucion, ni el recurso de nulidad notoria, ni otro alguno, nn. 17 y 18: se espresan por menor la sustanciacion y trámites de la instancia de súplica, nn. 19, 20, 21 y 22.

Suspension del término de pruebaa, véase *término*.

T

Tachar y tachas: cuándo pueden los litigantes tachar á los testigos contrarios, y abonar los suyos: qué cosas se requieren de parte de quien pone las tachas para que se le admitan: dentro de qué término debe oponerlas, y en cuál debe probarlas: con qué testigos se han de justificar, y si se admiten tachas contra tachas, lib. 3, cap. 1, nn. 370, &c. 375, y seis notas: cuántos géneros de tachas se pueden oponer contra los testigos, n. 376: si es útil que al tiempo de juramentarlos se proteste que no deben admitirse, n. 377, y nota: si el litigante puede tachar las personas y dichos de los testigos que presentó en un juicio, ó que se presentaron en otro contra él; y qué protesta debe hacer para que sus dichos no le perjudiquen, n. 378: si el juez puede repeler de oficio los dichos de los testigos inhabiles, y qué especies de inhabilidad pueden concurrir en ellos nn. 379 y 380: cuándo han de alegar de bien probado los litigantes, y qué se ha de practicar si uno no quiere tomar los autos, ó tomándolos ambos, nn. 381 y 382: por qué motivos se alega de bien

probado, y cuándo se pueden comunicar á las partes las informaciones ó alegaciones en derecho, n. 383.

Tasacion: cuándo, cómo, y por qué ha de hacerse de los bienes inventariados: por cuáles personas; qué deben jurar; cómo se llama su juramento; y si podrá compelérseles á la admision de su encargo, y recusárseles, lib. 1, capit. 1, nn. 107, &c. y 114: ha de citarse á las partes para la tasacion, n. 115: cómo han de hacerla los peritos, nn. 116 y 117: de cuál tiempo debe mirarse el valor de los bienes de la herencia para ver si queda á los hijos su legítima, y para dividirlos, n. 118, y nota: qué ha de practicarse cuando los peritos discuerdan en la tasacion, nn. 119 y 120: si debe el tercero conformarse con uno de los peritos, ó puede dar su parecer separadamente, n. 121, y nota: distínguense siete casos para saber á qué peritos debe darse crédito cuando hay muchos y discuerdan, n. 122: no pueden delegar su encargo los peritos ni el tercero, n. 123: qué remedios competen al agraviado cuando los peritos proceden injustamente en la tasacion, n. 124: para deferir el juez á la reducion á arbitrio de buen varon no basta que un heredero solo afirme ser injusta la tasacion si otro lo contradice, núm. 125: siendo pobre el heredero 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, será preferido al estraño, n. 126, vendiéndose algunos bienes, y dando al contado por ellos uno de los herederos menor precio que el de su tasa, debe preferirse al que ofrece mas al fiado, no repugnándolo los demas, n. 127: si cuando una heredad de muchas fanegas de sembradura, unas de mejor calidad, que otras, se tasa por cierto precio una fanega con otra, y uno de los herederos puja algunas señalándolas, se le deberá admitir la puja; y si los herederos podrán pedir se haga la tasacion con separacion de fanegas, n. 128, y nota: cuándo ha de hacerse la puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, n. 129: ningun heredero, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion despues de hechas las adjudicaciones á todos, n. 130: si una cosa de la herencia se

tasa evidentemente en mucho mas de su valor, no hay otras tan subidas, y los partidores la aplican sin sortearla á uno de los herederos, puede reclamar la adjudicacion, n. 131: en qué casos no perjudican á los acreedores, legatarios, ni terceros poseedores las tasaciones que hagan los peritos nombrados por las partes, núms. 132 y 133: se ha de inventariar y tasar por lo justo la cosa que el testador legó á alguno, aunque hubiese dicho que valia menos, y mandado que se le diese por este inferior precio, n. 134 y nota: cómo han de inventariarse y tasarse los juros, n. 135: tasacion de bienes, y nombramiento de tasadores, núms. 159 y 160: notificacion á un tasador, y primer dia de tasacion con varias prevenciones, núms. 161, 162 y 163.

Término ó dilacion: se divide en legal, judicial y convencional: cuál es el término probatorio, lib. 3, capítulo 1, n. 334: cuánto término puede el juez conceder á las partes para hacer su prueba, nn. 335, 336 y nota: qué cosas se requieren para la concesion del término ultramarino ó estraordinario de parte de quien le pide, n. 337: qué término se puede conceder para probar un hecho acaecido en las Indias ú otros parages remotos estando en ellos los testigos, n. 338: qué deben hacer los litigantes para que se le conceda próroga del término probatorio, n. 339 y 340: cómo se cuenta, y desde cuándo corren el término probatorio y su próroga, sean útiles ó feriados los mas de sus dias; y qué deben hacer los litigantes para evitar que corran en los feriados, nn. 341, 342, 343 y dos notas: por qué los jueces reciben algunas veces los autos á prueba por vía de justificacion, n. 344 y nota: qué deben hacer las partes recibida las causa á prueba, y por qué órden han de tomar los autos, nn. 345 y 346: en qué tiempo han de ser juramentados y examinados los testigos: en cuál pueden declarar y esplicar sus dichos, y dar razon de ellos; y qué se debe practicar estando muertos ó ausentes, nn. 347, 348 y nota: de cuantos modos y por qué causas se pueden redargüir de falsos los instrumentos, y cómo se debe conducir el escribano en el cotejo de los redargüidos,

nn. 349 y 350: no deben sacarse de los archivos ni oficios públicos los padrones, protocolos, libros de iglesias, ni papeles originales para pruebas de hábitos ú otras: lo mismo se ha de decir de los libros de caja de los comerciantes y cambistas, n. 351: qué se puede ó no hacer mientras dura el término de prueba: si se introduce algun artículo y se suspende aquel, desde cuándo empieza la suspension; y si valdrá la prueba hecha durante ésta, nn. 352, 353 y 354: pidiendo suspension por ciertos dias una de las partes, y concediéndosele, vuelve á correr el término, concluidos que sean, sin necesidad de nuevo auto, n. 355: si pasado el término probatorio se pueden admitir testigos en primera instancia: cómo y cuándo se ha de hacer la publicacion de probanzas, números 356, 357 y nota.

Tercero opositor: cuál se llama asi, y cuántas son sus clases, lib. 3, cap. 2, n. 313: ante qué juez, y en qué estado de la ejecucion puede oponerse á ella el tercero: qué basta para que se le admita la oposicion; y cuándo estará ó no obligado á proseguir los autos en el estado en que se hallen, n. 314, 315 y 316: en que casos suspende el curso de la via ejecutiva la oposicion del tercero y se le han de entregar ó no los bienes ejecutados, nn. 317, 318, y nota: en cuáles le suspenderá la de un acreedor instituido heredero del deudor que como tal heredero es ejecutado por otro acreedor, núm. 319: y en cuáles se suspenderá ó no la ejecucion y venta de bienes, si estando ejecutando al deudor un acreedor hipotecario, ocurre antes de la sentencia, y su ejecucion otro tambien hipotecario ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le pague primero que á éste, nn. 320 y 321: si ejecutando al deudor un acreedor ocurre otro, cuyo crédito aunque anterior en la obligacion es posterior en el plazo de la paga, cuál será preferido, n. 322: admitida la oposicion, qué se debe practicar, y cómo se ha de seguir la causa, n. 323: cuándo se ha de ejecutar ó no sin embargo de apelacion y nulidad, la sentencia en el juicio ejecutivo en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, n. 324: cuándo han

juez con pedimento, espresando si el testador la escribió ó quién, lo que pasó en aquel acto, que por no haber escribano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido), formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella; á cuya consecuencia pretenderá que precediendo informacion de todo y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula; que se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes; que se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ellos y á sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en forma legal. En vista de este pedimento y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo dará otra providencia en que lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, defiriendo á todo lo demas (*a*). Si el testador dispuso el testamento de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á escepcion de que no hay cédula que presentar, y de que en el pedimento se ha de pretender *que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, lo cual hecho valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos. Todo esto es conforme á una ley de Partida (*b*), que no está derogada, y lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario, como diré al fin del n. 274.

§. XVII.

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

230 Aunque ha de observarse como ley la voluntad del testador, y por ser libre parece que puede testar y disponer á su arbitrio, no obstante, como á veces cree justas y permitidas cosas que no lo son, debe prevenírsele que si aquella fuese contra derecho ó las buenas costumbres, no se cumplirá, pues nadie tiene facultades para inmutar ni alterar la forma ó solemnidad que prescriben las leyes y costum-

(*a*) Con las diligencias estendidas en el §. final, nn. 269 y sig. se instruirá mejor de esto el escribano. (*b*) La 4, t. 2. P. 6.

de ser ejecutados los bienes de mayorazgo gravados con facultad Real, n. 325.

Testador: de cuántos modos puede instituir herederos, y qué percibirán éstos de la herencia: instituyéndolos sin especificar cuánto han de llevar, ó señalándoles la parte que han de percibir, lib. 2, cap. 1, n. 2: puede dividir su caudal, y señalar á sus hijos la legítima, n. 3: cuando no hizo la division ni señalamiento de bienes á sus hijos, podrá hacerlos el juez, n. 4: cuándo podrá el testador prohibir á sus herederos la division, n. 6: si el testador que tiene cinco ó mas hijos legítimos, podrá disponer del quinto entero de sus bienes á favor del natural ó espúrio, y de un estraño, n. 16 y nota: si teniendo hijos el testador, y disponiendo de dos quintos entre estraños, valdrán ó no entrambos, sea la primera disposicion irrevocable, ó sean ambas revocables, n. 17: si legando á un hijo el quinto, y en otra cláusula el mismo quinto á otro hijo, se revocará el primero, ó serán dos quintos, núm. 18: testando alguno ó alguna á favor de descendientes legítimos ó estraños, tenga ó no consorte; de dónde han de deducirse los gastos de su funeral y misas, los derechos de visitar su testamento, abrir y publicar el cerrado, los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder, y las misas celebradas en vida: quién debe pagar estos gastos cuando el quinto no alcanza para ellos nn. 19, 20, 21, 22, 23 y nota: cuando el testador lega dos quintos á dos hijos, valen y de ambos se han de deducir dichos gastos, n. 24: si teniendo el testador descendientes legítimos, les deja la propiedad del quinto de sus bienes, y á su muger ó á un estraño el usufructo de él; quién deberá pagar los referidos gastos y legados específicos, núm. 25: instituyendo herederos á sus hermanos por no tener otros mas próximos, dejando el quinto á un hijo ilegítimo, ó el usufructo de él á su muger ó á otro, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen los herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos, ni de su funeral, de dónde se deben deducir, n. 26 y nota: si el padre condenado en vida á alimentar á un hijo natural los deja legítimos, y á

uno de éstos, ó á un estraño lega el quinto, ó dispone de él por su alma, de dónde se deducirán dichos alimentos, n. 27: donando un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y legando otro á otro, de cuál se deducirán los legados, misas y gastos funerarios, n. 28: si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable á favor de hijo ó estraño, de dónde han de deducirse los gastos de su funeral, n. 29: si teniendo descendientes el testador, y donando irrevocablemente el quinto, deberá el donatario pagar las misas, legados, limosnas y demas de que dispuso, n. 31: si el padre mejoró á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y despues edificó ó compró una capilla que no satisfizo, dotándola con renta anual para la celebracion de cierto número de misas, de dónde se han de deducir estos gastos, n. 32: si legando el testador á su muger ó á un hijo el tercio y quinto de sus bienes, y consignándosele en un fundo le llevará todo el legatario con los frutos que produjo durante la comision de la herencia, n. 33.

Tutela: cuántas especies hay, y cuál se llama testamentaría, lib. 1, cap. 1, n. 50: cuál se llama tutela legítima, quiénes tienen derecho á ser tutores legítimos, y en qué pena incurren, si reusan serlo, nn. 53, 54, 55 y nota: cuál se llama tutela dativa, cómo y por quién se ha de dar, quiénes pueden pedirla, y si puede discernirse la tutela en dia de precepto, nn. 56 y 57: cuándo es precisa la confirmacion de la tutela por el juez, n. 58: el derecho de la tutela pasa *insolidum* á cada uno de los tutores, y la administracion puede dividirse: háblase de relevacion de dar cuentas, nn. 59 y 60.

Tutela y curaduría: por qué causas se acaban, lib. 1, capít. 4, nn. 66 y 67: quiénes están exentos de admitirlas, y qué han de hacer para que se les admita la escusa: cuándo el tutor testamentario pierde la tutela, si se escusa, nn. 71, 72 y dos notas: discernimiento de tutela y curaduría estendido, n. 176.

Tutores y curadores, cuáles se llaman así, á quiénes, por quiénes, en dónde y cómo pueden darse, y serlo ó no, nn. 44, &c. y 49, y siete notas: á qué hijos y estraños se puede dar tutor en testa-

mento, y cómo, n. 50 y nota: á cuáles hijos puede nombrar tutor la madre, y cuál será preferido, si ésta y el padre nombran tutor distinto á los suyos naturales: lo mismo que en la madre procede en los abuelos maternos, n. 51 y nota: á quiénes pueden dar tutor los abuelos paternos y estraños, n. 52 y nota: á quién toca proveer de tutor para el hijo primogénito de Grande, y para el del Señor del pueblo en que fallece, n. 57: por qué causas se reputan sospechosos, y deben ser removidos de su encargo, y quiénes pueden acusarlos, nn. 67 y 68, y dos notas: á quiénes deben dar cuentas cuando tienen obligacion de continuar los negocios de sus menores ya principiados, y si sus fiadores podrán compelerlos á que los exoneren de la fianza, nn. 69 y 70: que han de jurar antes de ejercer su encargo; cuáles tienen ó no obligacion de afianzar, y qué debe practicar el juez en la recepcion de sus fianzas, nn. 73, 74 y 75: cómo y en qué término han de hacer inventario de los bienes de sus menores: en cual pena incurren dejando de hacerle por dolo, ó haciéndole sin la pureza correspondiente: nada pueden practicar antes del inventario: esprésase un caso en que no se necesita curador para éste, nn. 76, &c. y 81: por el dolo del tutor tendrá lugar el juramento en pleito contra sus herederos, y si el testador podrá relevarle de dar cuentas, n. 82: qué deben hacer ó no los tutores y curadores por sus menores, nn. 84, 85 y nota: cuándo y cuáles podrán percibir décima, desde qué dia, y de qué frutos se les debe, nn. 86, &c. 91 y nota: á qué tienen derecho los tutores y curadores, y sus herederos, si hallándose en el campo separados ó no del suelo los frutos, espirare la tutela: si fallecen antes que ésta se acabe ó á aquellos se perciban, ó si son acreedores de los menores, nn. 86, &c. y 91: qué espensas hechas en la administracion de los bienes de menores se han de deducir ó no antes de exigir sus décimas los tutores y curadores: cuándo se estiende esta doctrina á otros administradores, nn. 93, 94, 95, y 96: pedimento solicitando una madre se le discierna el cargo de tutora de sus hijos, y auto correspon-

diente, nn. 172 y 173: notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la tutora, y advertencias sobre las fianzas del curador, nn. 174 y 175: cuáles son las facultades del tutor ó curador en órden á los oficios y patronatos eclesiásticos que goza el menor, n. 178: estiéndense varios pedimentos respectivos á tutores ó tutelas, nn. 179, &c. y 183.
Testador, véase *herederos.*
Testigos, véase *prueba.*
Traba de ejecucion, véase *ejecucion.*

U

Usufructuario, usufructo y uso: divídese el usufructo en legal y convencional, y la servidumbre en real y personal, lib. 1, cap. 7, nn. 1, 2 y nota: en qué cosas puede constituirse el usufructo, n. 3: en qué se diferencian y convienen el usufructo y el uso, y en qué se diferencian y convienen el usufructo y legado anual, nn. 4, 5 y dos notas: si se concede el usufructo de todos los bienes en contrato ó última disposicion, cuándo estará obligado el usufructuario á pagar deudas, legados, &c. nn. 6 y 7: instituyendo el testador á uno heredero universal de sus bienes por su vida y para despues á otro, qué cargas deberá satisfacer el primero, y qué podrá hacer el segundo, núm. 8: otorgando testamento marido y muger de conformidad, y nombrándose recíprocamente usufructuarios, si muerto el uno revoca el otro su testamento, debe restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia de aquel, n. 9: qué fianza ha de otorgar el usufructuario, y si podrá remitírsela el testador, nn. 10, 11 y nota: cómo ha de usar el usufructuario de su derecho, n. 12: qué frutos pertenecen al usufructuario y qué obligacion tiene, nn. 13, 14 y 15: cómo ha de constituir la fianza de los bienes que se consumen con el uso; y cómo la de los que se deterioran con el mismo uso, nn. 16, 17 y 18: qué precaucion se ha de tomar cuando el usufructuario sea pobre ó forastero, n. 19: si puede remitirse la fianza constituyéndose el usufructo

en contrato, n. 20: en qué casos no necesita el usufructuario dar la fianza, n. 21: el testador puede legar á uno ó á muchos, ó alternativamente el usufructo, n. 22: legando el testador simplemente á uno la propiedad de un fundo y á otro su usufructo, cómo dividirán éste, n. 23 y dos notas: y cómo si nombra á uno por usufructuario de todos los bienes, y despues lega á otro la propiedad de cosa determinada, y en otros casos, n. 24: qué es visto legar el testador, si lega al usufructuario el usufructo de un fundo, n. 25 y nota: nombrando el testador á sus hijos por herederos, y á su muger ó á un estraño por usufructuario, en qué cantidad tendrá cabimiento el usufructo, nn. 26 y 27: qué comprehende el legado de usufructo de todos los bienes, n. 28: si el testador dejó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre éstos alguna porcion de dinero que sus herederos emplearon en algun tráfico y dió utilidades; qué corresponderá á la muger, n. 29 y nota: si legando el testador á su muger ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se comprehenden en ellos las mercaderías destinadas para vender, n. 30: háblase del derecho de acrecer en el usufructo, n. 31 y nota: si tendrá lugar cuando marido y muger donan á alguno todos sus bienes reservándose el usufructo, y muere uno de los donantes, n. 32: por qué causas se acaban el usufructo y uso, n. 33: por muerte del usufructuario, qué frutos y rentas pertenecen á sus herederos y al propietario, nn. 34 y 35: en las rentas de casas, naves y otras cosas que se alquilan, tiene lugar el prorateo, n. 36: si el usufructuario de todos los bienes del testador podrá percibir los frutos de la herencia antes que el propietario la acepte, n. 37 y nota: cuándo se dirán percibidos los frutos por el usufructuario para que los adquieran sus herederos: diferénciase en ésto del poseedor de buena fe, n. 38.

V

Vale, véase *ejecucion.*

Viuda: si quedando preñada deberán alimentarla los herederos del marido, y cuándo han de dar alimentos á la madre del póstumo estraño instituido heredero, lib. 1, cap. 6, n. 31: qué deben practicar los parientes del marido para no ser perjudicados, si la viuda queda preñada, n. 32: no habiendo quedado embarazada, si vive con sus hijos, y todos gastan sin cuenta ni razon del cuerpo de hacienda, se ha de deducir de él lo gastado por todos en sus alimentos: cuándo no se deben éstos á la viuda, nn. 33 y 34: en qué término el marido ó sus herederos han de restituir la dote, consista en bienes raices ó en muebles y dinero; y si los herederos deberán alimentar á la viuda durante el tiempo prefinido por la ley ó pacto para la restitucion de su dote, nn. 35, 36, 37 y nota: qué debe hacer la viuda para tener derecho á que la alimenten los herederos de su marido: si éstos tienen obligacion de alimentar á la viuda pasado el término de la restitucion de la dote, nn. 39 y 40: si habiendo gananciales en su matrimonio y no llevado dote á él deberán los herederos darle alimentos de su propio caudal durante la comunion, n. 41: si estando ausentes los herederos del marido se apodera su viuda de los bienes, y sin poder suyo vende los muebles y semovientes, y cobra las deudas, ha de retener en pago de su dote el importe de lo percibido, bajados los alimentos, n. 42: habiendo costumbre en el pueblo de traer luto las viudas deben dárselo los herederos de los maridos, n. 43: quiénes han de costear los lutos de la viuda y de los herederos del marido: qué personas pueden ó no traer luto por otras, nn. 44 y 45: deben abonarse á la viuda los vestidos ordinarios y no los preciosos, n. 46: á quién corresponde el lecho cuotidiano: qué se entiende por tal, y de dónde se ha de deducir, nn. 47, 48, 49 y 50: si habiendo deudas contraidas durante el matrimonio ó antes, y ningunos gananciales, tendrá

el viudo ó viuda derecho al lecho con preferencia á los acreedores, nn. 51 y 52: en qué tiempo quien se casa segunda vez debe restituir el lecho cuotidiano á los herederos del cónyuge muerto; y en cuáles cosas se les debe aplicar, nn. 53, 54 y 55: en qué casos toca ó no á la viuda pobre la cuarta parte de los bienes de su marido rico, lib. 2, cap. 3, nn. 106 y 107: si corresponde á la viuda pobre menos de dicha parte habiendo mas de tres hijos, n. 108: con casarse la viuda pierde la propiedad de la cuarta marital, y aun el usufructo si vive deshonestamente, núm. 109: antes se deduce la cuarta marital que la mejora de tercio y quinto, aun cuando el padre la hubiese hecho irrevocable antes de casarse segunda vez, escepto que hubiese precedido al matrimonio entrega de parte de la mejora, nn. 110 y 111: en qué penas incurrian, é incurren las viudas que se vuelven á casar, lib 2, cap. 5, nn. 1 y 2: cuándo el padre y madre que se vuelven á casar, deben afianzar por los bienes de sus hijos, nn. 12 y 13: por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que le dejó el marido de sus bienes, ni por el contrario: lo mismo procede si se le lega con la condicion, *si viviere honesta y castamente*, n. 33: viviendo la muger lujuriosamente despues de viuda pierde los bienes que habia de reservar, y las arras y gananciales que han de aplicarse á los hijos de su difunto marido, n. 34.

FIN.

bres (*a*), aunque las renuncie espresamente y mande que se cumpla solamente lo que deja ordenado, porque todo hombre, escepto el Soberano, está sujeto á la ley. En esta atencion, para que por impericia de los escribanos no se fomenten discordias ni pleitos, pondré varios casos en que no puede cumplirse la voluntad de un testador.

231 Está reprobada por derecho la siguiente disposicion. »Prohibo á los arzobispos, obispos y sus vicarios, que zelen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía colativa ó memoria de misas que dejo fundada, y mando que si se entremetieren en su conocimiento, se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, para cuyo caso la revoco y anulo en todas sus partes." Esta cláusula es injusta, en primer lugar, porque los prelados eclesiásticos son por sus dignidades y empleos cumplidores de últimas voluntades pias (*b*), y ningun testador puede quitarles el conocimiento que el derecho canónico les permite tomar, y que por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo testador; bien que el juez secular puede asimismo hacer que se cumpla lo ordenado por el testador, aunque sea piadoso, no siendo espiritual, por ser de mixto fuero. Y en segundo lugar es injusta dicha cláusula, porque con ella se abriria la puerta á fraudes y usurpaciones, dando lugar á que los administradores de bienes destinados á obras pias consumiesen su producto, mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su administracion y empleo, y á que los interesados en ellos careciesen del alivio que tal vez estimulado de superior impulso quiso darles el testador. No obsta la revocacion de la cláusula inserta, porque como se funda primero la capellanía é inmediatamente la hace colativa el juez eclesiástico, ó por mejor decir la aprueba confirmando lo que el testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas á su jurisdiccion, y como ademas el capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita, cuando llega el caso de entrometerse á zelar sobre su cumplimiento y administracion de sus bienes, nada es del testador ni de sus herederos, y así no se observará su voluntad.

232 Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en cuanto »prohiben que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion y distribucion de su producto» pues por el dolo que pueden cometer, tendrian aun en este caso que

(*a*) Ley 32, t. 9, P. 6. (*b*) Concil. Trid. ses. 22, cap. 9 de Reform.

darla, como debe hacerlo el despensero ó mayordomo, aunque esto ha de entenderse de la administracion futura y no de la pasada (*a*), porque de ésta puede relevar al administrador, con tal que no haya engaño, pues si le hay no valdrá la relevacion (*b*).

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

234 Asimismo no se debe cumplir la voluntad del testador en cuanto manda, »que aunque su muger se case segunda vez, no pierda, ni se le quite la tutela ni administracion de los bienes de sus hijos (*c*), »pues suele amar tanto al nuevo marido que puede olvidar enteramente el cuidado de ellos, y aun procurar perjudicarle (*d*). Lo mismo ha de decirse en órden á la abuela, y así, no obstante el mandato del testador, se quitará á las dos la tutela, y aun se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido obligados tácitamente á la responsabilidad del deterioro que

(*a*) Leyes 29 y 30, t. 11, P. 5, y regla 17, t. 34, P. 7. (*b*) Ley 30, t. 11, P. 5. (*c*) Ley 5, t. 16, P. 6. (*d*) Ley 4, t. 16, P. 6.

hayan padecido los de sus hijos durante la tutela; y que si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos en caso que mueran intestados; lo cual procede tambien en los parientes que deben heredarlos abintestato (*a*).

235 El estrangero no domiciliado en el país en que se halla, debe testar en esta forma: si la ley, estatuto ó costumbre de aquel habla simple é indistintamente, se amplía y estiende á todos los que habitan en él, aunque no sean naturales ó vecinos, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida allí; pero si habla con cierto número de personas, solo deberán ceñirse á ella las que menciona, porque en lo respectivo á la solemnidad del juicio, siempre y únicamente se atiende al lugar en donde se celebra el acto, así como en lo concerniente á la substancia y decision de la causa se mira al lugar y fuero del actor, pues la ley no puede legitimar la persona del que no es súbdito suyo. Si está domiciliado, y tiene bienes en el pueblo de su domicilio y en su pátria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de aquel, y de éstos segun la de ésta, y no de todos de un modo, porque la ley ó estatuto no puede estender sus efectos fuera de los límites á que se estiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes sitos fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdito suyo, y esta misma doctrina ha de seguirse en cuanto á testar ó no el hijo de familia natural ó estrangero, haya de morir dentro ó fuera de su pátria, con bienes en su país ó en otro estraño (*). Lo propio deberá observar el testador por idéntica razon, aunque no sea estrangero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña; pues con arreglo á éste y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Y si el estrangero está naturalizado, el rescripto de naturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, porque el príncipe como legislador puede dispensarle de que teste de ambos modos de los bienes sitos en sus dominios.

236 Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: »quiero que sea mi heredero el su-

(*a*) Leyes 5 y 12, t. 16, P. 6. Gutier, de Tutel. part. 1, cap. 5 y 19.
(*) Vease la nota del núm.

geto ó persona cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que esta en tal gaveta, ó en poder de fulano, ó el que Pedro tiene instituido en su testamento; y concurre a su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta espresion, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en el papel, y no dudandose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán validos; pero no, si hablare de futuro, v. gr. »quiero que sea mi heredero, el que escribiere de mi puño, ó el que fulano instituyese." La razon es, porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro.

237 Puede prohibir el testador que su testamento cerrado, ó la parte que lo sea de él, se abra y publique hasta el dia que se prefine (*a*), y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco, ó fatuo, y lo sustituyen ó le dejan algun legado nombrando a otro para su goce, caso que fallezca antes de la adolescencia o incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto por heredarle (*b*). La clausula se ordena en el otorgamiento de esta forma: »mando que hasta tal dia de tal mes y año de ningun modo se abran, ni publiquen tales hojas cosidas (ó cerradas, segun esten) dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que dejo dispuesto en sus clausulas, y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescripta por derecho, incontinente despues de mi fallecimiento, en cuya atencion encargo al señor juez que conociere de su apertura, no altere ni permita se tergiverse en todo ni en parte esta disposicion, porque asi conviene y es mi deliberada voluntad."

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

259 El testamento como cosa y acto puramente estrajudicial

(*a*) Leyes 5 y 6, t. 2 P. 6. (*b*) Ley 6, t. 2 P. 6.

puede otorgarse de dia y de noche, así como los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para estenderle, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, se halle presente sin su espreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y para que pueda esplayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia; pues la esperiencia ha acreditado que de lo contrario suelen otorgarse unas disposiciones violentas, injustas, desarregladas y perjudiciales que solo sirven para ocasionar discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contenido, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento, y entonces únicamente los testigos, á no ser que se agrave la enfermedad en términos que no dé tiempo para tomar la razon y estenderle; pues en este caso podrán asistir aquellos á la toma de razon, y la firmarán, á fin de que precedidas sus deposiciones se reduzca á escritura pública, y declare por última voluntad del testador como el hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar tales gastos puede éste estenderle con arreglo á la minuta, leerle luego ante los mismos testigos, y hacer que le firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con aquella por lo que puede ocurrir, y por si se duda de su contenido; lo mas seguro es lo espuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de estendido en los términos prescriptos en el n. 12 de este capítulo y otros. Y sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador mientras vive, debe el escribano manifestarle ni revelar su contenido, no obstante que para ello se preteste que es instrumento público, pues se llama así, porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos, y no es público para otros mas que para estos, en cuya atencion tampoco debe dar copia ni testimonio de todo, ni parte de él á otro que el testador, y despues de su muerte mas que á los interesados de lo que les competa (*a*) en la forma prevenida en el núm. 226.

240 El escribano debe preguntar indiferentemente al testador: *á quién deja por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas; pues la pregunta ha de ser verbal, clara é indeterminada para que de esta suerte se conozca que la respuesta es hija de su libre voluntad, bien que aunque se le nombre el escribano ú otro cualquiera no sospechoso preguntándole, *si instituye por here-*

(*a*) Ley 103, t. 18, P. 3.

dero á fulano; si responde que sí á presencia de los testigos, bastará, porque ya manifiesta su voluntad y no la confiere en la de tercero (*a*), como espuse en el número 38; pero lo mejor es que no lo haga, para que no se le atribuya á pasion ó interés, de que debe estar enteramente desnudo, no haciendo propios los negocios agenos en ningun caso ni con pretesto alguno, porque su oficio es y debe ser absolutamente imparcial.

241 Si se le llama para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada hablára, porque no se le entiende; ó del que ha perdido enteramente el habla; no autorice semejantes disposiciones, porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (*b*); bien que algunos dicen que son suficientes, mas yo no seguiré esta opinion, por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion; y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento, segun se ha sentado en el n. 19. Lo mismo debe decirse de los codicilos.

242 Se dijo en el cit. n. 19 que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lucidos intervalos; y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él que acuda al juez relacionando la enfermedad del paciente y que algunas veces está en su acuerdo, y pretendiendo que dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda, esplore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que previamente declaren con juramento, si se halla ó no capaz, y que estándolo, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, y poniéndose todo por testimonio. Y obtenida la facultad judicial declararán conforme á la ley el médico y cirujano, si está ó no en su juicio, y constando estarlo y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte, (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para dar fe) á presencia suya y de los testigos prevenidos por la ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, especialmente al nombramiento de herede-

(*a*) Gom. Ley 3 de Toro, nn. 110 y sig. (*b*) Ley 19, vers. Si enim Cod. de Testament. Gom. en la 3 de Toro n. 110.

ro, y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad de su razon, y del juicio y firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia y conduzca á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de pasion ni interés, ó ira, estendiendo lo que le responda, habiendo puesto las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á estender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que firme el testamento con todos los concurrentes que supieren; luego le autorizará, y evacuado todo se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los circunstantes al acto.

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

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

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

245 Por dos razones no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero: la primera es, porque el heredero y fidecomisario universal tienen prohibicion de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el senado consulto Livoniano (*), y el escribano hace veces en él de dos testigos; y la segunda porque se requiere su aprobacion y autoridad por forma para su validacion. Pero puede autorizar su testamento cerrado ó nuncupativo por sí y ante sí con la solemnidad legal, porque como trata de asunto propio á nadie daña. Tambien puede autorizar el nuncupativo en que se le nombra por heredero, interviniendo la solemnidad de testigos y demas requisitos prescriptos por la ley, cuando no concurre escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su contenido, como si ante ellos solos le formalizará en cédula, á cuyo efecto firmarán el protocolo y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que sea contra sí, haciendo protocolo, y observando la solemnidad y formalidad prefinidas por derecho; pues en el escribano concurren dos personalidades, una pública y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, así como separadamente ó en distintos de cada una (*a*).

246 Se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento ú otra última disposicion que el escribano dé fe del conocimiento del testador, ó que depongan de él dos de los testigos ins-

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

(*a*) Parlad. lib. 2 Rer. quotid. cap. 20 n. 23.

trumentales, como lo es en los contratos con arreglo á una ley recopilada (*a*). Unos AA. dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que espresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros á cuya opinion me adhiero, opinan que ninguno de ellos es preciso, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda seguirse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de su última voluntad que el testador puede revocar hasta su muerte. Es verdad que la ley 54 tit. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar los testamentos, dice: »E deve ser muy acucioso (*solícito*) el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que no pueda y ser fecho ningun engaño:" es verdad tambien que la ley 14, t. 25, lib. 4, R. manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no le haga, á menos que presente dos testigos que digan que las conocen, espresando de dónde son vecinos; pero esto debe entenderse en los contratos, y aun en ellos mas diligencia conviene hagan los contrayentes por el perjuicio que les puede causar el ignorar con quién contraen, que el escribano que no sirve de otra cosa que de autorizarlos y ordenarlos conforme á derecho para su mayor estabilidad y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse, por lo que en diciendo, *que lo otorgaron así, y espresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fe de ello, parece que á nada mas estará obligado. Por tanto, si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se dá por contento aquel, á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no se anula, aunque carezca de este requisito, ni de no contenerle se hará cargo al escribano, porque como no hay engaño cesa el fin de la ley; y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero. Ademas sería cosa durísima que por no contener dichos requisitos fuese inútil el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad ni descargar su conciencia.

247 Se corrobora mi opinion con que si alguno de tales requisitos fuera esencial para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida (*b*) que

(*a*) La 14, t. 25, lib. 4 R. ó 4, t. 8, lib. 10 N. R. (*b*) Las 1 y 2, t. 4, lib. 5 R. y 103, t. 18, P. 3.

tratan de su solemnidad; y otras (*a*) que hablan de los peregrinos y romeros, no les permitirian que testasen, ni podrian testar, porque en tierra estraña no son conocidos de nadie. Asi pues, aconsejo al escribano que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, porque es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia que el que muera intestado. Para poder dar fe de su conocimiento en contrato ó disposicion última, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño; pues basta que le haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido (*).

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

248 *Testamento regular.* En el nombre de Dios Todopoderoso, Amen. Yo Don Francisco de Solís y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solís y Guzman, y de Doña María de Toledo, difuntos y naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la divina misericordia sano y en mi juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso, el altísimo é inefable misterio de la Beatísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas, que aunque realmente distintas, tienen unos mismos atributos y son un solo Dios verdadero con una misma esencia; y todos los demas misterios y sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo, protesto vivir y morir como fiel católico cristiano, tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen é Inmaculada Serenísima Reina de los Angeles María Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, y por medianero al Santo Angel de mi Guarda, á los de mi nombre y devocion, y demas de la corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su beatífica presencia; y temiendo la muerte que es tan precisa y natural en toda criatura humana como incierta su hora; para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue, resolver con maduro acuerdo todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y plei-

(*a*) Las 30, t. 1, P. 6, y 2, t, 12, lib. 1 R. ó 2, t. 30, lib. 1 N. R.

(*) En real cédula de 25 de Setiembre de 1798 se impuso una contribucion sobre los legados y herencias de los parientes transversales. Despues en otra Real cédula de 22 de Diciembre de 1799 se prescribió el método que habia de observarse en el cobro de dicha contribucion, haciéndose varias declaraciones. Y últimamente en otra real cédula de 24 de Noviembre de 1800 se ha insertado un reglamento sobre el mismo asunto que se manda observar, y es lo que únicamente ha de regir. (Notas 4, 5 y 6, t. 20, lib. 10 N. R.

tos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de esta algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios con todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo mi testamento en la forma siguiente:

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

Es mi voluntad que asistan á mi entierro, si fuere en público, y acompañen mi cuerpo hasta la iglesia el número completo de sacerdotes de mi parroquia, treinta religiosos observantes de esta Córte, otros tantos del colegio de Santo Tomás, del Orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, veinticuatro pobres del Real hospicio de San Fernando, y diez y ocho niños de la doctrina; y si fuere en secreto mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion sin perjuicio del derecho de la parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

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

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

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

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

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

Al criado mayor que me sirviere al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entonces tuviere: á la criada que me asista y hubiese en mi casa, la cama completa en que durmiere con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y asimismo cincuenta ducados en dinero por una vez; y si hubiere dos criadas,

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

perciba todo este legado la antigua, y á la moderna se den solo cincuenta ducados; y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legitimamente con Doña Gertrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos tenido por hijos á Don Alejandro, Don Antonio, Don José, Doña Manuela y Doña Maria Josefa de Solis, que aunque estan en la edad pupilar, de los cuales y de los demas que tuviésemos en adelante, usando de las facultades que me confiere la ley 3, tit. 16, p. 6, nombro á la referida mi muger por tutora y curadora ínterin permanezca viuda, y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y amor maternal que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor zelo y vigilancia de la conservacion y aumento de sus bienes, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion; y suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y le discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que asi es mi voluntad; pero en caso de volverse á casar, mando que aunque dé fianzas, se le quite la tutela, y se saquen de su poder mis hijos y bienes que les toquen, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciere á dicho señor juez, quien les ha de señalar para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, haciendo se deposite el sobrante, y se emplee cuando haya proporcion en aumento de sus legitimas, sobre todo lo cual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y partida.

Declaro que tengo un esclavo llamado Antonio de los Santos *(aqui se espresarán su color, edad y demas señales que tenga, y el título de su adquisicion)* al cual por haberme servido bien y convertídose á nuestra santa fe, tengo ofrecido manumitir *(dar libertad)*, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y que como tal pueda tratar, testar, comparecer en juicio por sí ó su procurador, y hacer todo cuanto se permite al que es naturalmente libre, y en consecuencia de lo que previene el derecho, renuncio enteramente por mí y mis herederos y sucesores el de patronazgo *(consiste en todos los obsequios, obras y presentes del que fue esclavo á su Señor quien tambien puede heredarle. Leyes 8, 9 y 10, t. 2, P. 4)* que tengo en el, para que de esta suerte sea mas firme su manumision *(dacion de libertad)* y jamas pueda yo reclamarla. Asimismo mando se le den cien ducados en dinero por una vez y toda su ropa, para que pueda grangear y ganar su vida; y le pido me encomiende á Dios.

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

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

Si entre mis papeles, ó en poder de mi confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha, firmada de mi puño, ó escrita por mí, aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él: que como tal se protocolice sin necesidad de mandato judicial en los registros del presente escribano: que su contenido se observe exacta é inviolablemente sin tergiversacion, como si aqui estuviese especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues asi es mi voluntad; pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni estrajudicialmente.

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

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

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

Diferentes cláusulas de testamento.

249 *Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de la que su marido le ofreció en arras.* Declaro que cuando casé con Doña F. mi muger, trajo á mi poder por dote y caudal propio en bienes muebles tasados tanta cantidad y tanta en dinero, que todo ascendió á tanto; y tambien declaro que le ofrecí tanto en arras, otorgando á su favor el correspondiente resguardo, en cuya atencion mando que se le pague enteramente su dote, y que en cuanto á las arras se tenga presente el capital que me tocare, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se le entregue sin descuento lo que le ofrecí, y no cabiendo se le satisfaga la parte que quepa.

250 *Declaracion del capital que llevó el marido.* Declaro que cuando contragé matrimonio con Fulana, llevé tantos mil reales, de que otorgué á mi

favor el capital correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano escribano real, y asi mando se tenga presente para la deduccion de las gananciales ó menoscabos que pueda haber.

251 *Otra de los hijos que el testador tiene y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima.* Declaro que del matrimonio que contrage con Fulana, tengo por hijos á Francisco, Pedro y Juan, de los cuales Francisco se ha casado y ha recibido de mi mano tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna, por lo cual mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella, y si escediere téngase la demasía por mejora.

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

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

254 *Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó.* Declaro que del matrimonio que contrage con Fulana, tenemos por hijos á Francisco y Juana: que esta se halla casada con Fulano, y cuando se casó, le dí en dote tanta cantidad; y mediante á no poder ser mejoradas las hijas en contrato por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que le entregué; pero en atencion á no estar prohibido que lo sea en disposicion última, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que le consigno en tales tierras, para que los herede á mas de su legítima; y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

255 *Mejora que hace el padre á un hijo á quien prometió mejorar en contrato oneroso.* Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarle en el tercio y quinto de mis bienes, obligándome á ello en la escritura de capitulaciones que precedieron, y cumpliendo la obligacion que contrage y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que le haya á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

256 *Revocacion por precaucion con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.* Y por la presente revoco y anulo todas las disposiciones testamentarias que antes de ahora haya formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna haga fe judicial ni estrajudicialmente. Mas porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no le tome, puede suceder que el miedo, el respeto reverencial, las eficaces persuasiones, ó amenazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré esteriormente

que condesciendo, estando privada del uso de mi libertad natural para testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago: á fin de que esta disposicion no se frustre ni en todo ni en parte, declaro que la ordeno con mi libre voluntad, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda revocada esta, sino es que la otra contenga literalmente la oracion del *Gloria Patri*, y se cite en ella este testamento; pues en tal caso ha de tenerse la segunda y no esta por mi última voluntad en la forma que mas haya lugar en derecho: en cuyo testimonio asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c. (*a*).

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

258 *Otorgamiento de testamento cerrado y diligencias de su apertura.* En la villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella y natural de, &c. (*se espresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo*), á quien, doy fe, conozco: hallándose enfermo y en todo su juicio, creyendo, &c. (*se pondrá la protesta de la fe y deprecacion como en dicho testamento*), dijo: »que tiene escrito su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto, que en él deja señalados entierro, hábito y misas, y nombrados herederos y albaceas:» que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y que despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal; y en fin que revoca y anula por él todas las demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna haga fe judicial ni estrajudicialmente: mandando que solo este testamento se tenga por su última voluntad, y se observe en la forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorgó y firmó, y rogó á los testigos presenciales, que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Esteban de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por los que espresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomas = Francisco Lopez = Fui testigo. Pedro de tal = Fui testigo. Tomas de tal = Fui testigo Antonio de tal = Fui testigo José de tal = Fui testigo Domingo de tal = Testigo á ruego de Juan de tal, Tomas de tal = Testigo á ruego de Diego de tal, Tomas de tal = Ante mí Fulano de tal = Yo Fulano de tal, escribano del Rey nuestro Señor y del número de esta villa de tal presencié el anterior otorgamiento, y

(*a*) En el núm. 185 estendí la cláusula para revocar el testamento de que habla esta, por lo cual omito aquí su estension, como tambien la de las cláusulas de sustituciones por hallarse en sus respectivos lugares.

en fe de ello lo signo y firmo = En testimonio de verdad: Fulano de tal.

259 *Pedimento para la apertura del testamento cerrado.* Pedro Fernandez vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que Francisco Lopez, vecino tambien de ella, estando enfermo otorgó el testamento cerrado que en debida forma presentó ante Fulano, escribano de este número en el dia tantos de tal mes y año, y bajo de él falleció hoy á las siete de su mañana poco mas ó menos; y mediante á tener entendido que me nombró por su testamentario (*ó lo que sea*), para que se cumpla lo que dispuso en él = A V. suplico, se sirva haberle por presentado, mandar se abra y publique con la solemnidad legal, se reduzca á escritura pública, y que practicado todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan, y les competan, interponiendo en ello para su mayor validacion la autoridad judicial cuanto haya lugar en derecho; pues asi procede de justicia que pido = *Auto* = Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, tráigase todo para proveer. El señor Don Fulano, Corregidor de esta villa de tal lo mandó en ella á tantos de tal mes y año, &c.

Informacion.

260 *Primer testigo.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez vecino de ella, cumpliendo con lo que se le ha mandado en el auto anterior, presentó por testigo á Fulano del mismo vecindario, de quien ante mí el Señor Don Fulano, Corregidor de esta villa recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuese preguntado, y siendolo por el referido Señor Corregidor al tenor del pedimento anterior, y habiendole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo es cierto que Francisco Lopez, vecino que fue de esta villa, estando enfermo y al parecer en todo su juicio, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado y rogado con los demas que constan en él; y que á vista de todos espresó con palabras claras que lo que dentro de dicho cuaderno cerrado estaba escrito era su testamento y ultima voluntad, que habia señalado en èl hábito, entierro y misas, y nombrado heredero y albaceas: que no queria se abriera hasta que falleciese, y que entonces precediera para ello la solemnidad prescripta por derecho, y asimismo que por él revocaba todas las demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun consta del otorgamiento: todo lo cual espresó ante el declarante y demas testigos instrumentales que á un propio tiempo lo oyeron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba enfermo, le vieron y concurrieron simultáneamente á dicho acto; y el declarante lo firmó como testigo con el testador y otros que supieron hacerlo, cuya firma, que dice: *Fulano de tal*, es suya, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el cuaderno, que está del mismo modo que cuando firmó; y por los que dijeron no saber, firmó Fulano, todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno. Igualmente dijo que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberle visto cadáver (*ú oidolo decir*): que no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito; y que lo espresado es todo lo que sabe y puede declarar con verdad bajo de dicho juramento en que se afirma, ratifica, y lo firma con el Señor

Corregidor, espresando tener tantos años de edad, de que doy fe=Don Fulano=Fulano=Ante mí Fulano.

261 Las deposiciones de los demas testigos, que al menos han de ser cuatro, irán conformes con la anterior mudando lo que convenga y sea preciso en cuanto á las firmas; pues si el testador ó alguno de los testigos que se examinaren, no firmaron, dirá quién firmó por ellos. Si el juez da comision al escribano para que reciba las declaraciones, se pondrá en el auto y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir á todo, como espuse en el núm. 222. Y si se quiere omitir algo del contenido del otorgamiento, puede hacerse remitiéndose á lo que consta de él, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad; y luego corresponde el siguiente = *Auto* = En vista de lo que resulta de la informacion anterior, y mediante á estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra alguna el testamento presentado, ábrale y publíquele en forma el presente escribano, y hecho se proveerá sobre lo demas que se ha solicitado. El señor Don Fulano, Corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

262 ***Diligencia de apertura.*** Incontinenti el espresado señor Corregidor quitó á presencia mia y de los testigos examinados el sello (*lacre, oblea, ó lo que sea*), con que estaba cerrado el citado cuaderno, y habiéndole abierto y leido para sí, me le entregó para que le publicase. Tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun (*ó sellado segun sea*), y al pie una firma que dice: ***Francisco Lopez*** (sino está firmado, se dirá *y está sin firmar*), y su contenido á la letra es el siguiente, de que doy fe=Fulano de tal.

263 Aquí se ha de insertar el testamento, cuando se saque copia de él. Primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por su órden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y por último el siguiente=*Auto*=En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano Corregidor de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que declara por testamento y última voluntad de Francisco Lopez todo lo que está escrito en las tantas hojas que contiene y rubriqué, á cuya consecuencia le reduce á escritura publica, y manda que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenezcan; pues para la mayor validacion de todo interpone su autoridad en forma legal, y lo firma, de que doy fe=Don Fulano=Ante mí=Fulano.

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

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

265 ***Pedimento.*** Francisco Perez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo, que Antonio Lopez de la misma vecindad, hallándose tal dia muy agravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural; y considerando que segun la fatal situacion en que se veia, podia morir abintestato: por evitar que esto sucediese, mediante á no haber escribano en esta villa (*ó por el motivo que haya*), dió órden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego,

Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fe, les dijo: que por si Dios era servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadáver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro siendo hora, y sino en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas misas rezadas, su limosna á tanto (*aquí se espresará lo demas que hubiere dispuesto*): que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, á cada uno insolidum, para que cumpliesen su voluntad dentro ó fuera del término legal: que me instituia por único y universal heredero de sus bienes: que revocaba y anulaba todas las disposiciones testamentarias que anteriormente hubiese hechas: y que pedia á los testigos referidos lo fuesen de como queria se estimase y cumpliese todo lo espuesto por su testamento nuncupativo y última voluntad, ó en la forma que mas hubiese lugar en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello eran preguntados; y mediante á haber fallecido hoy bajo de esta disposicion para que tenga efecto=A V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nombrados y constando la certeza de su contenido declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del espresado Antonio Lopez, y asimismo proveer que se protocolicen en los registros del presente escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, interponiendo en todo para su mayor validacion la autoridad judicial cuanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido = Auto = Recíbase á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma, y evacuada, tráigase para proveer lo que corresponda sobre lo que se pretende. El señor Don Fulano, Corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó á tantos, &c.

Informacion.

266 *Testigo primero.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano Francisco Perez vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida y se le ha mandado dar, á Pedro de tal, vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto anterior se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiese sobre lo que fuera preguntado, y siéndolo por mi al tenor del pedimento que la motiva, dijo: que en tal dia, á tal hora poco mas ó menos fue á casa de Antonio Lopez, difunto, por haberle enviado recado con un criado suyo, y á presencia suya y de Sancho, Diego, Martin y Juan de tal, todos vecinos igualmente de esta villa, espresó que corocia iba á morir segun lo agravado y decaido que estaba, y no queria fallecer intestado, sino antes bien disponer sus cosas del mejor modo que pudiese; y que los habia llamado para que fuesen testigos de su testamento y última voluntad; y con efecto dijo asimismo que creia y confesaba todos los misterios y Sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostolica Romana, en cuya fe y creencia habia vivido, vivia y protestaba vivir y morir como católico y fiel cristiano; que queria se enterrase su cadáver en su parroquia á tal hora, con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que en el dia de su entierro se celebrasen por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono y subdiácono, vigilia y responso, y tantas misas rezadas, su limosna á tanto, (*aquí*

continuará lo demas que hubiese declarado y mandado: que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, dando á cada uno insolidum ámplia facultad para cumplir todo lo que dejaba ordenado, y prorogándoles el término que necesitasen; que instituia por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Perez; y que revocaba todas las demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra ó de otra manera, para que ninguna valiese, ni hiciese fe judicial ni estrajudicialmente, escepto la que á presencia del declarante y demas testigos nominados manifestó verbalmente, y deja referida, la cual quiso se observase como su testamento y última voluntad, ó en la mejor forma que hubiese lugar en derecho: todo lo cual espresó clara y distintamente á los mencionados testigos á un propio tiempo, estando al parecer en su sana razon, aunque enfermo, previniéndoles lo tuviesen presente, y declarasen si eran examinados judicialmente; y por otra parte sabe el declarante que el referido testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra: que es lo que pasó en aquel acto: puede declarar con verdad bajo del juramento que ha hecho y en que se ratifica: lo firma y dijo ser de tantos años de edad poco mas ó menos, y que no era pariente de la persona que le habia presentado. Doy fe —Fulano —Ante mí —Fulano.

267 Las declaraciones de los demas testigos han de ser conformes á esta en todo menos en cuanto á las firmas y edad que variarán, segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente = *Auto* = En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano, Corregidor de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que mediante á resultar por las declaraciones contestes de los cinco testigos instrumentales examinados, la disposicion bajo de que ha fallecido Antonio Lopez, vecino que fue de esta villa, declaraba todo cuanto está espresado en ellas por su testamento nuncupativo y última voluntad: á cuya consecuencia manda que como tal se observe y cumpla entera é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente escribano, á que reduce dichas disposiciones: que por tal se estimen, y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fe; pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio cuanto ha lugar en derecho, y lo firma, de que doy fe = Don Fulano = Ante mí Fulano.

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

269 *Codicilo abierto.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí

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

el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, dijo: que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante F. escribano real, en el cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniéndolo en egecucion, por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, manda y declara lo siguiente.

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

Revoca enteramente el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro.

Lega el residuo del quinto de sus bienes á su hija, para que le haya á mas de su legítima

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

Quiere que todo lo espresado valga en la forma que mas haya lugar en derecho, y manda se cumpla inviolablemente, revocando y anulando dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y ratificándole en lo que sea conforme con él y en todo lo demas, para que se estime por su última voluntad, y con ningun motivo se contravenga á ella. Así lo otorga y firma, siendo testigos &c.

270 Si el testador no tuviere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de éste la cláusula de revocacion y aprobacion que contiene; y téngale ó no otorgado, podrá el escribano poner en el codicilo abierto la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y asimismo la clausula codicilar en ambos.

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

272 En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como se ha espuesto en el núm. 191, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito, sin embargo de que la ley no lo prevenga ni mande; pues por ser instrumento de la propia naturaleza que éste hay igual razon para ello, y así se requiere en su apertura la misma solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion &c. véase el núm. 275.

273 *Poder para testar.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante

mi el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco &c. (*Aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, protestacion de la fe, é imploracion del divino ausilio, como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá.*) dijo: que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que se desea y se requiere lo concerniente á su última voluntad, y tiene suma confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su intimo amigo, lo desempeñará con el acierto y eficacia correspondientes, por habérselo comunicado, y estar bien cerciorado de ello; estando como lo está por la infinita misericordia de Dios bueno y en sana razon, temeroso de la muerte, deuda tan forzosa de todos los hombres, como incierta la hora de satisfacerla, para que cuando llegue no le halle desprevenido sin disposicion testamentaria, en la forma que mas haya lugar en derecho= Otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad (*ó declaracion de pobre si no tiene de qué testar*), haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de vínculo de tercio y quinto, ó cualquiera de ellos por via de mejora en cualquiera de sus hijos varones con las sumisiones, substituciones y gravámen de restitucion y fideicomiso en el tercio, que prescribe la ley 27 de Toro, y con arreglo á lo prevenido en la real cédula de 14 de Mayo de 1789, señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dejáre, sustituyendo á sus hijos pupilos sus propios hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicará en lo sucesivo, pues aprueba todo lo que practicáre con arreglo á dichas facultades, y quiere tenga la misma validacion que si aquí se hubiese espresado á la letra; y para ello, otorgar su testamento ú otra disposicion, y evacuar enteramente todo lo que disponga y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prefine, hasta el que necesite sin limitacion; y solo reserva en sí el disponer lo siguiente. *Aquí se pondrá su entierro, misas y otras cosas, si quiere, y elegirá mas testamentarios; y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, como se ha sentado en el núm* 208, *por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.* Y en el remanente de todos sus bienes y derechos, instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, Maria, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviese al tiempo de su muerte, y deban heredarle por su órden y grado, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reinos, previniendo que el quinto no ha de esceder de la legítima que toque a cada uno, y que si sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubieren muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos ni en otro descendiente de estos.

Y por la presente revoca y anula todas &c. escepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere se tenga por su última voluntad, y que se cumplan en la forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, siendo testigos &c.

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

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe, y asegurando el otorgante, como lo asegura, que no se le ha revocado, suspendido ni limitado, y que le tiene aceptado, en uso de sus facultades, dijo: que el mencionado Francisco Lopez falleció tal dia bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que dejó ordenado en él, y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia &c. se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono y subdiácono, vigilia y responso, y se pagarán por todos los correspondientes derechos.

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

Quiso igualmente que para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen, redencion de cristianos cautivos, y demas mandas forzosas, se diesen tantos reales por una vez, y otros tantos á los reales hospitales de esta córte, y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen.

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

Dió facultad al otorgante en el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos é Josefa Lopez, su hija, de edad de seis años, para que le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio conforme á la ley 24 del Estilo, de que ha de agregarse su residuo, si lo hubiere, al resto de la herencia, y de que de este se ha de sacar el tercio, y no en otros términos.

Asimismo se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ó como le pareciese; y usando de ella, nombra por tutora y curadora de la mencionada Josefa Lopez á María Rubio, su madre, relevada de aquellas, para que la eduque y cuide de la conservacion de sus bienes, y para el caso de que se vuelva á casar, ó muera antes que la espresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez, su tio, vecino de esta villa, y por su previo fallecimiento á Roque Rodriguez, persona integra y abonada, y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la justicia. (*De esta suerte irá estendiendo el escriba-*

no las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, espresará el motivo.

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

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocasen algunos bienes muebles ó raices, derechos y acciones por cualquier título, instituye por sus universales herederos á Pedro y José Perez, sus hijos legítimos, y de María Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden y grado, segun lo prescripto por derecho real.

276 Los protocolos de los testamentos y codicilos abiertos, y demas disposiciones testamentarias se han de estender en papel del sello cuarto mayor, y los de los cerrados pueden escribirse en el comun, con tal que despues de abiertos saque el escribano ante quien se publiquen, copia íntegra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo cual no es necesario, si lo están en él) y las copias de todos deben sacarse en papel del sello tercero; pero si contienen fundacion de vínculo, mayorazgo, memoria perpetua, capellanía, aniversario ó mejora de tercio ó quinto, ó de ambos, se han de dar en el del sello primero. No se deben llamar mejora el tercio ni quinto, cuando el testador los deja al que no instituye heredero suyo por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo cuando los deja á uno de los herederos legítimos ó estraños, pues el primero no es mas que un mero legatario.

Así pues, cuando son mejora corresponde á las copias del sello primero, y cuando legado el tercero, y en el intermedio papel comun, lo cual tendrá presente el escribano, porque muchos ignorantes no distinguen y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo, porque las de todos, escepto de el que es para pleitos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en los hospitales, y los testamentos que se hacen en favor de causas pías pueden escribirse en papel comun, y sus copias deben darse en el del sello tercero, á menos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que entonces se sacarán en el de pobres; pero si dichas declaraciones se otorgan en esta córte. (donde las hacen muchos, porque la parroquia no lleve á sus herederos crecidos derechos) deben escribirse sus protocolos en papel del sello cuarto, y las copias segun sea el otorgante ó heredero: todo lo cual es conforme á la ley 45, tit, 25, lib. 4 R. ó 2, tít. 24, lib. 10 N. R. y á la instruccion inserta en la real cédula de 23 de Julio de 1794, ó

11, t. 24 cit. N. R. que tratan del que corresponde á los instrumentos, juicios, despachos y otras cosas.

277 *Aceptacion de herencia.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, dijo, ha llegado á su noticia que Juan Lopez, su padre, fallecio en tal dia, dejando algunos bienes y deudas, y mediante ignorar á cuánto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que alcancen, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que acepta con beneficio de inventario y no en otros términos la herencia y bienes de su padre, á cuya consecuencia pide al señor corregidor de la referida villa la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion, eligiendo á este fin los tasadores prácticos é inteligentes que les pareciere; pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á pasar por la que hiciesen, protestando pedir en su vista lo que le convenga, practicada que sea, y queriendo ser compelido á lo espuesto por todo rigor de derecho &c.

278 *Repudiacion de herencia.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, dijo: que Juan Lopez, su hermano, falleció en tal dia bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes y año ante N. escribano, en que le instituyó por heredero á causa de no tenerlos forzosos; y mediante á que no le conviene la adicion de herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le pueden ocasionar, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que no quiere ser heredero del espresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que le puede tocar por su muerte, renuncia el derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, le traspasa á los otros coherederos, y permite que sin su intervencion hagan inventario, tasacion y partición del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes, ó no hubiese sido instituido, y que se apoderen y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con justo título; en cuya atencion se obliga á no revocar ni en todo ni en parte esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial ni estrajudicialmente ha de poder ser condenado en costas, &c. (*Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, ha de renunciar el derecho que le compete para recuperarla en los tres años despues de repudiada, y ha de jurar no reclamar la renuncia. Asi no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro.*)

279 Las aceptaciones y repudiaciones de herencias, si hay cantidad, se han de escribir en el papel correspondiente á ella, segun se dirá de las ventas, y no habiéndola en papel del sello segundo.

Varios pedimentos.

280 ***Pedimento de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion.*** F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que M. hermana legítima de mi parte, segun acreditan los documentos que asimismo presento, instituyó por su heredero universal á P. su marido en el testamento que otorgó en tal dia ante B. escribano público y del número de esta ciudad, de que

tambien presento copia testimoniada; pero habiéndole aquel dispuesto absolutamente por sí con tal dolo y preocupacion que le escribió de su puño, no puede dudarse que semejante disposicion testamentaria es nula y reprobada por derecho, y de consiguiente que mi parte como hermano legítimo de M. debe sucederle en calidad de heredero abintestato en todos los bienes y efectos que hubiesen quedado por su fallecimiento. En esta atencion = A V. suplico que teniendo por presentados los instrumentos referidos se sirva declarar por nulo el espresado testamento, y en su consecuencia á mi parte por heredero abintestato de M. su hermana, condenando á P. á que le restituya toda la herencia de ésta con los frutos, rentas y emolumentos que haya producido y podido producir hasta hoy. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Por presentados, y traslado.

281 *Pedimento de nulidad de un testamento por exheredacion, sin espresion de causa.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que segun resalta de la partida de bautismo que tambien presento, mi parte es hijo legítimo de C. y D. quien en su testamento otorgado en tal dia y ante tal escribano, que asimismo presento, instituyó por su único y universal heredero á P. hermano de mi parte, exheredando á éste sin espresion de causa contra lo prevenido por derecho; y mediante á que esta disposicion testamentaria, con arreglo á él padece el vicio de nulidad = A V. suplico, que habiendo por presentado dichos poder, partida y testamento, se sirva declarar éste por nulo, y á su consecuencia á mi parte por coheredero abintestato con P. de los bienes y efectos de su padre. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Por presentados y traslado.

282 *Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho. = Digo: que T. del mismo vecindario, espresó á presencia de G. J. y S. que dejaba á mi parte por su único universal heredero, sentándolo en un papel, y falleciendo bajo esta disposicion, segun acredita la cédula que presento; y conviniendo al derecho de mi parte, corroborarla ó autorizarla para éste ó aquel efecto = A V. suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, me admita informacion de los testigos de la cédula, con citacion de los interesados, y que evacuada aquella, se sirva mandar se reduzca á instrumento público, y protocolice en la forma ordinaria dando á mi parte los traslados necesarios, y corroborándolo V. todo con su autoridad y decreto judicial Pido justicia. = *Auto* = Dé la informacion, y hecha, autos.

283 *Pedimento de un heredero solicitando la posesion de los bienes hereditarios.* F. en nombre de N. vecino de &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante = Digo: que por muerte de B. que le instituyó por único y universal heredero, segun acredita el testamento que asimismo presento, quedaron tales bienes suyos en estos ó aquellos sitios: por lo que = A V. suplico, que teniendo por presentados el poder y testamento me admita informacion al tenor de este escrito que ofrezco hacer incontinenti, y que dada en cuanto baste, se sirva mandar se le dé á mi poderdante la posesion ó cuasi posesion de los espresados bienes. Pido justicia. = *Auto.* = Por presentados, dé la informacion, y hecha, autos.

284 *Pedimento de un tercero contradiciendo la posesion.* F. en nombre de N. de quien presento poder, en los autos principiados á instancia de N.

sobre la posesion de los bienes y efectos que quedaron por el fallecimiento de B. contradigo en forma la que por auto de tantos mandó V. darle, y digo: que en justicia se ha de servir, reponiendo por contrario imperio, ó como mas haya lugar, hablando debidamente, el espresado su auto, mandar dar á mi poderdante la posesion ó cuasi posesion de los referidos bienes con recudimiento de frutos desde el dia de la muerte del mencionado B. pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se espondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico, que habiendo por contradicha la posesion se sirva proveer, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto* = Por contradicha y traslado.

285 *Pedimento solicitando la herencia un substituto pupilar.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que estando casado J. con A. y teniendo por su hijo único á T. de edad de diez y seis meses, otorgo testamento cerrado J. &c. bajo cuya disposicion falleció en tantos, ordenando que si su hijo infante muriese en la edad pupilar, le sucediera mi poderdante en todos los bienes, herencias y legítimas que le perteneciesen, como primo hermano suyo, hijo de hermana del testador, y despues de sus dias su descendencia varonil en infinito, á cuyo favor instituia un mayorazgo regular para toda su casa y familia. Posteriormente fallecieron J. y dicho su hijo en la edad de veinte meses quedando en cinta A. su madre, quien dió á luz pasados ocho meses á C. hija póstuma de J. segun todo se acredita con el testamento, y partidas de bautismo y entierro que asimismo presento, de lo cual procedió se introdujese A. como madre y tutora de C. en todos los bienes y efectos pertenecientes á J. sin hacer diferencia, segun debia, de la parte que tocó á T., en que mi poderdante como su substituto pupilar debe suceder conforme á la voluntad del testador. En esta atencion = A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos se sirva declarar pertenecen á mi poderdante los bienes y efectos que correspondan á T. en la particion que debe hacerse por fallecimiento de J. condenando á A. como madre y tutora de C. á que los entregue libremente á mi poderdante con los frutos y rentas que hayan producido desde la muerte del testador. = Pido justicia y costas. = *Auto* = Traslado.

286 *Pedimento de contradiccion por la hija póstuma.* F. en nombre de A. vecina de esta ciudad, por sí, y como madre y tutora de la persona y bienes de C. su hija, de quien presento poder, respondiendo al traslado que V. en proveido de tantos ha conferido á mi poderdante de la demanda puesta por N. en que refiriendo &c. concluye, &c. = Digo: que sin embargo de cuanto espone y alega el contrario, V. en justicia se ha de servir declarar por nula la substitucion pupilar hecha en el testamento de J. con perjuicio de mi poderdante, madre indubitada del instituido heredero, ó al menos que aquella caduco por el nacimiento de C. heredera genérica é indistintamente de todos los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de su padre, acaecido el de T. su hermano; pues asi es de hacerse por lo que se va á esponer (*se alega*) Por tanto = A V. suplico, que teniendo por presentado el poder se sirva proveer &c. = *Auto.* = Traslado.

287 *Pedimento solicitando la subsistencia de un codicilo.* F. en nombre de N. de este vecindario, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que despues de haber otorgado D. su testamento cerrado en tantos ante E. escribano del número de esta ciudad, instituyendo á mi poderdante como á su hijo único por universal heredero, y haciendo varias mandas,

otorgó en el dia tantos pasado un mes un codicilo ante E. mandando que cumplido su testamento distribuyese mi poderdante lo que sobrase del quinto en limosnas y obras pias á su voluntad, segun lo acreditan todos los instrumentos que asimismo presento. Pero con motivo de haber á los veinte dias de otorgada esta disposicion declarado el testador ante siete personas vecinas de esta ciudad, era su voluntad que se entendiera haber de ser entre sus parientes las limosnas y obras pias en que habia de distribuirse el quinto; ha ocurrido la novedad, acaecida la muerte de D padre de mi poderdante, de que R. S. y T. sus primos hermanos y únicos parientes conocidos pretendan, no obstante ser notoriamente hacendados, se distribuya el quinto entre ellos, dejando á los pobres defraudados é ilusoria la voluntad del testador, que no se revocó, por la que quiere conceptuarse voluntad suya en la clase de codicilo nuncupativo: en cuya atencion. = A V. suplico, que teniendo por presentados los documentos referidos, se sirva mandar se cumpla el único codicilo verdadero que otorgó D. padre de mi poderdante, en todas sus cláusulas, especialmente en la respectiva á la distribucion del quinto entre los pobres de su eleccion, apremiando en caso necesario á R. S. y T. á que pasen por la espresada voluntad sin hacer cosa en contrario. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

CAPITULO VI.

De las herencias abintestato y cuarta marital.

§. ÚNICO.

1 Si el padre, madre, abuelos, ó algunos de los demas ascendientes legítimos muere intestado, herederán sus bienes el hijo ó nieto suyo legítimo, ó los que lo sean en mucho ú poco número sin distincion de agnados ni cognados, que es de parientes por parte de varon, y parientes por parte de hembra, esten en su poder ó fuera de él (*a*). Si los hijos son muchos, heredarán todos por personas, que es con igualdad, y lo propio sucederá, si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de éste, pues habiéndolos heredarán por personas y los nietos por estirpe, quiero decir, que cada uno de los hermanos llevará tanta legítima como todos los hijos de su hermano difunto, porque éste á quien representan, no llevaria mas si viviera. Y si deja un nieto solo, hijo de un hijo muerto, y dos ó mas de otro, le heredará aquel por persona representando á su padre, y estos por estirpe en representacion del suyo (*b*):

(*a*) Leyes 3, tit. 13. p. 6. y 6 de Toro, que es la 1, tit 8, lib. 5, R. ó 1, tit. 20, lib. 10, N. R. (*b*) Leyes 3, tit. 13, p. 6 y 5, t. 8, lib. 5, R. ó 2, t. 20, cit. N. R.

2 Si el hijo legítimo muere abintestato sin dejar descendientes, corresponde á sus padres como mas inmediatos consanguíneos heredar todos sus bienes con esclusion absoluta de sus abuelos (*a*), porque entre ascendientes no se sucede por representacion como entre descendientes, sino por la proximidad de parentesco; y aunque el muerto deje hermanos, no han de concurrir con sus padres ni demas ascendientes á la division de la herencia, segun lo manda una ley de Toro recopilada (*b*) que corrige en esta parte otra de Partida (*c*).

3 Si alguno fallece sin dejar descendientes ni padres, pero sí abuelos, sean por línea paterna ó materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si hubiere un abuelo por una línea y dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, quedando escluidos enteramente los hermanos y sobrinos del muerto (*d*), porque los parientes de la línea transversal no concurren con los de la línea recta. Y si deja un abuelo por una línea, y un bisabuelo por la misma ó por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propincuo pariente, y el bisabuelo no tomará nada, así como cuando concurren padres y abuelos, no herederán estos cosa alguna.

4 Si deja solamente hermanos por cualquiera de las dos líneas paterna ó materna, y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos por personas: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguíneos, y el sobrino por el de representacion de su padre que se estima como vivo; pero si los sobrinos son dos ó mas, heredarán por estirpe, es decir, partirán igualmente entre sí la porcion que su padre ó madre si viviera heredaria (*e*). Lo mismo se deberá practicar por testamento, cuando sobreviven al testador los hermanos que instituyó, y antes de partir sus bienes fallece uno de ellos dejando hijos; y cuando el que entra en religion no tiene herederos forzosos, hace renuncia á favor de sus hermanos sin otra prevencion ni limitacion, y despues que profesa muere uno de estos con hijos; pues en uno y otro caso como los hermanos adquirieron derecho, se dividará su parte entre sus hijos y se observaran las reglas del abintestato sin la mas leve diferencia.

(*a*) Leyes 4 t. 13 P. 6 y 6 de Toro. (*b*) La 7 de Toro que es la 4 t. 8 lib 5 R. o 2 cit. N. R. (*c*) La 4 tit. 13 P. 6. (*d*) Leyes 4 tit. 13 P. 6 y 7 de Toro. (*e*) Ley 5 t. 13 P. 6.

5 Pero sucederá todo lo contrario por testamento, cuando el testador nombra por herederos, v. gr. á tres hermanos que entonces tiene, si al tiempo que fallece no vive mas que uno de ellos; pues este llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que murieron antes, no entrarán á patir con él ni por personas ni por estirpe, alegando que sus padres vivian cuando testó, y fueron instituidos juntamente con su tio, y por su representacion ó subrogándose en su lugar, deben heredarle como éste: lo primero, porque los sobrinos no fueron instituidos específica ni genéricamente, ni tuvieron derecho á serlo, ni el mas leve á los bienes de su tio contra su voluntad: lo segundo, porque las palabras se deben entender segun su propio y verdadero significado, no impropiamente; y en el nombre apelativo de hermanos se comprehenden los que están en segundo grado civil, no los ulteriores, y el derecho no concede representacion por testamento entre los transversales sino abintestato, y esto en el caso y grados referidos, no en otros: lo tercero, porque á proporcion de la mayor proximidad en grado es mayor el afecto del testador á sus parientes: lo cuarto, porque si hubiera querido que á falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos, los hubiera llamado y substituido previniendo este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos de un modo colectivo, heredarian por estirpe como en el abintestato; ó los hubiera instituido en disposicion posterior al fallecimiento de sus padres, mediante haber tenido tiempo para ordenarla; y lo quinto, porque como del que está vivo no hay legados, herencia, ni heredero, por la mera institucion no se adquiere derecho á los bienes del que la hace, y de consiguiente el instituido que muere antes que el testador, no tiene ninguno que poder transmitir.

6 No dejando el difunto ascendientes, descendientes, ni hermanos, y sí sobrinos carnales, hijos de dos ó mas hermanos muertos por linea masculina ó femenina, le heredarán por personas repartiendo entre sí los bienes de su tio con igualdad sin distincion de agnacion ni cognacion. Asi lo dispone una ley de Partida (a) que dice: »mas si este que muriesse sin testamento, non habiendo ascendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre ó de su madre, é fuessen los hermanos ambos muer-

(a) La 5 t. 13 part. 6.

tos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente.„ Esta ley y otra de Toro recopilada (*a*) no distinguen, ni dicen si esto ha de tener lugar aun siendo muchos los hijos de un hermano y pocos los del otro, por lo cual parece que deben entenderse en el caso de ser iguales en número; y que no siéndolo han de suceder por estirpes, representando á sus padres; mas no obstante se observa la disposicion legal segun suena, y solo se admite el derecho de representacion para que sucedan con algun tio carnal, entrando á heredar, si estan solos, por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado; en cuya atencion no distinguiendo las leyes ni estando derogadas, debemos arreglarnos á ellas, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

7 Si el difunto deja hermanos carnales ó enteros y medios hermanos, sean consanguíneos ó uterinos, esto es, por parte de padre ó de madre, nada llevarán estos, y aquellos partirán entre sí los bienes del difunto de cualquiera suerte adquiridos. Lo propio sucederá, aunque los hermanos carnales no vivan, si dejan hijos, pues estos los percibirán con absoluta esclusion de sus medios tios (*b*): lo cual no procede en el feudo, enfitéusis eclesiástica concedida no solo para los agnados, ni en la sucesion por fideicomiso paterno.

8 Si deja solamente medios hermanos, v. gr. uno consanguíneo y otro uterino, heredará aquel los bienes que habia adquirido el difunto por parte de su padre, y éste los que habia adquirido por parte de su madre, partiendo ambos igualmente los adquiridos por industria, arte, oficio, ó de otra suerte. A falta de los referidos ascendientes, descendientes y transversales, le sucederá el pariente mas propinquo por cualquiera línea, sin diferencia de agnacion ni cognacion; y si hubiere dos ó mas de un grado, dividirán entre sí con igualdad la herencia (*c*).

9 Segun una ley de Partida (*d*), si hasta el décimo grado no hay parientes del difunto, y éste deja muger legítima ó ella marido, se heredarán recíprocamente, y si son solteros ó viudos, llevará sus bienes el fisco; pero otra ley recopilada (*e*) no hace mencion del marido ni muger viudos sino del fisco, y conforme á otras dos leyes

(*a*) La 8 de Toro ó 5 tit. 8 lib. 5 R. y 2 t. 20 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 5 al fin n. 13 P. 6. (*c*) Ley 6 tit. 13 P. 6. (*d*) La 6 cit. (*e*) La 12 tit. 8 lib. 5 o 1 t. 22 lib. 10 N. R.

tambien recopiladas (*a*), faltando parientes transversales dentro del cuarto grado civil, debe suceder el fisco en los bienes del difunto, Esta variedad de disposiciones ocasionaba dudas que en el dia no puede haber, pues en el capit. 7 de la instruccion de 27 de Agosto de 1786, á consecuencia de real decreto que precedió, se dispone que cuando alguno muriere sin hacer testamento y no dejáre parientes conocidos dentro del cuarto grado, el alguacil ó alguaciles ordinarios de la subdelegacion, ú otra cualquiera persona á cuya noticia venga, haga denuncia de su muerte ante los jueces subdelegados para el secuestro de sus bienes, y su aplicacion á los parientes que parezcan ó á los fines espresados en la instruccion (*), por manera que hoy solo heredan los parientes dentro del cuarto grado civil á los que mueren intestados, sin que haya porque dudar de ello (**). En órden

(*a*) Las 3 t. 6 y 9 y t. 10 lib. 1 7 t. 17 lib. 1 y 1 t. 11 lib. 2 N. R.

(*) En real decreto de 27 de Noviembre de 1785 (*ley 6 t. 22 lib. 10 N. R.*) que se mandó guardar en cédula de 6 de Diciembre del mismo año, fue nombrado el primer secretario de estado, que es superintendente de correos y caminos, superintendente asimismo de bienes mostrencos y de los de personas que mueran sin testar ni parientes conocidos dentro del cuarto grado, con facultad de nombrar un subdelegado general y los demas particulares que tuviese por convenientes con los dependientes que le parecieran, para que conociesen privativamente en primera instancia de las causas de dichos bienes, y en segunda instancia el superintendente general, reservándose S. M. nombrar jueces de revista, cuando se suplicase de las sentencias del superintendente. Este y el sudelegado en virtud de sus facultades podrán transigir cualesquiera derechos dudosos, enagenar los espresados bienes y conceder titulos de pertenencia á quienes no los tuviesen legítimos para la detentacion de aquellos, dando cuenta de todo á S. M. para la aprobacion. Estos intereses se han de aplicar á la construccion y conservacion de caminos, de obras públicas y de policía; y fomento de la industria sin perjuicio de las regalias y con absoluta inhibicion de todos los tribunales.

(**) En lo que no hay ya duda, es en lo contrario. Es verdad que ni en los capitulos 7 y 9 de la instruccion citada, ni en ninguna otra real órden se espresa, si el cuarto grado ha de entenderse segun la computacion civil, ó la canonica; pero no obstante el cap. 2 del real decreto inserto en la real cédula de 25 de Septiembre de 1798 demuestra que debemos atenernos á la segunda, porque despues de haber dicho que *siendo la sucesion por testamento ó abintestato entre hermanos, hermanas, tios, tias, sobrinos y sobrinas contribuirán uno y medio por ciento*; añade: *si entre parientes de los demas grados hasta el cuarto inclusive dos por ciento, si entre, &c.* La espresion *si entre parientes de los demas grados hasta el cuarto inclusive* manifiesta claramente que desde el grado en que se hallan los tios y tias con los sobrinos y sobrinas, hasta el cuarto inclusive, median varios grados, al menos dos, y esto solo puede ser siguiendo la computacion canonica, porque segun la civil los tios y sobrinos estan en tercer grado, y segun la canonica lo estan en pri-

á los bienes de los peregrinos que mueran intestados, se ha de observar lo dicho en el cap. 1 §. 1 n. 27, pues se hallan esceptuados y no recaen en el fisco (*)

10 Con motivo de entremeterse los jueces eclesiásticos y seculares á inventariar, sacar y distribuir el quinto de los bienes de los que morian abintestato, ya fuese por no haber hecho testamento ni poder para testar, ya porque el comisario no le hacia dentro del término legal, ya por otros motivos, sin hacer distincion de descendientes legítimos y transversales, siendo así que la ley 36 de Toro que es la 10 t. 4 l. 5 R. ó 13 t. 20 lib. 10 N. R. impone solamente á estos la obligacion de distribuirle, y ninguna facultad de las referidas concede á los jueces (**), lo cual servia de turbar la buena armonía y tranquilidad pública, y cedia en notable detrimento de los herederos; para esterminar y cortar de raiz estos abusos, haciéndose cargo S. M. de la ley citada, estableció una pragmática á 2 de Febrero del año pasado de 1766, que es la ley 16 tit. 4 lib. 5 R. ó 14 tit. 20 cit. N. R. y dice así: »Por cuanto los jueces así eclesiásticos como seculares con abuso de lo dispuesto por la ley 10 tit. 4 lib. 5 de la Recop. la estienden indebidamente á herederos que en ella se esceptúan, y casos de que no habla con perjuicio de mis vasallos, quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y espreso de ella; y mando que los bienes y herencias de los que mueren abintestato, absolutamente se entreguen íntegros sin deduccion alguna á los pa-

mero con segundo. En esta reflexion se apoyaria por ventura el superintendente general de abintestados, cuando en 15 de Julio de 1802 declaró pertenecer los bienes de un tio que murió intestado, á dos sobrinas suyas que estaban con el en quinto grado, por ser hijas de dos primos hermanos suyos, cuyo caso refiere el Paborde D. Juan Sala en su ilustracion del derecho real de España (*lib. 2 t. 8 n. 11*).

(*) Las reales órdenes modernas sobre los abintestatos y bienes mostrencos no hacen mencion ninguna de los bienes de los peregrinos que mueren intestados sin parientes conocidos, sino que hablan en general de los que fallecen sin testar ni parientes conocidos dentro del cuarto grado, por manera que los bienes de los peregrinos ni son esceptuados ni comprehendidos en dichas órdenes.

(**) La ley solo dice en substancia: cuando el comisario para testar no cumpla su encargo, ó no disponga de los bienes del testador, sucedan en ellos abintestato sus parientes, quienes, no siendo descendientes legítimos, deben invertir el quinto en bien del alma del testador; y si pasado un año desde la muerte de éste no han cumplido con aquella obligacion, las justicias han de compelerles á ello.

rientes que deben heredarlos, segun el órden de suceder que disponen las leyes del reino, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que les encargo sus conciencias: y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Todo lo cual se guarde y cumpla, sin embargo de cualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales: pues en caso necesario las derogo y anulo como opuestas á razon y derecho.» Pero si los herederos estan ausentes, ó son menores y no tienen tutor que pida el inventario, podrán los jueces respectivos nombrarles defensor ó tutor, y mandar inventariar y depositar con asistencia de estos en personas segura los bienes de los que mueren intestados, mediante no prohibírselo la pragmática, y convenir esta diligencia para evitar su ocultacion y estravio; mas no sacar quinto de ellos sino antes bien entregarlos sin desfalco á los interesados, luego que parezcan; ni tampoco asistir al inventario, por no ser precisa su asistencia, como se dirá en la segunda parte.

11 En los nn. 70 y 71 espliqué cómo y que pueden heredar los hijos naturales de sus padres y madres por testamento y abintestato: resta saber como se heredarán entre sí muriendo intestados, para lo cual basta insertar la ley últ. t. 13 P. 6. »Fijo natural, que non es nascido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, non aviendo fijos nin nietos, nin madre, entonces sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben aver todo lo suyo: é si otros hermanos oviere de parte de su padre tan solamente, non heredarán ende (*de esto*) ninguna cosa. E esto es porque los hermanos que le pertenescen de parte de su madre, son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, oviesse otros hermanos naturales que le pertenesciessen de su padre tan solamente, é non oviesse de los otros que fuesen nacidos de su madre como él; entonce estos atales bien heredarian lo suyo, porque son los mas carcanos parientes. Fueras ende (*fuera de*) si el que assi muriesse, oviesse hermano natural é legitimo de parte de su padre. Ca entonce éste ha mayor derecho en la herencia, que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí dezimos, que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los

parientes otros que les pertenescen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenescen de parte de su madre, que muriesen sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinco parientes » Esta ley no está derogada, y se esplicará en la segunda parte (*a*).

12 Antes de concluir este capítulo será muy oportuno hablar de la cuarta marital, puesto que es una especie de herencia abintestato, sino lo es contra el testamento del marido. »Páganse los omes á las vegadas (*á veces*) de algunas mugeres, dice una ley de Partida (*b*), de manera que casan con ellas sin dote, maguer (*aunque*) sean pobres; porende guisada (*por tanto justa*) cosa é derecha es, pues que las aman, é las honran en su vida, que non finquen (*queden*) desamparadas á su muerte. E por esta razon tuvieron por bien los sábios antiguos, que si el marido non dexasse á tal muger, en que pudiesse bien, é honestamente vevir, nin ella lo oviesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la cuarta parte de los bienes dél, maguer haya fijos; pero esta cuarta parte non deve montar mas de cient libras de oro (*), quanto quier que sea grande la herencia del finado (*difunto*). Mas si tal muger como esta oviesse de lo suyo con que pudiesse vevir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon desta quarta parte.»

13 Pero sin embargo de que esta ley habla únicamente de las madres pobres, quieren los espositores que tengan igual derecho los viudos ó padres necesitados, apoyándose en una disposicion del derecho romano, (*c*) que hablando de dicha cuarta parte no distingue entre marido y muger, y usa de la voz *conjuge* que comprehende á los dos. Y á la verdad no obstante el silencio de la ley de Partida, inserta en órden al marido me adhiero al dictámen de los AA. que conformándose con la citada auténtica, la ampilan haciendo mutuo é igual en caso idéntico el derecho del viudo con el de la viuda, mayormente atendiendo á que los mas de los hijos se desdeñan de que sus padres sean pobres, y por eso los abandonan sin hacer caso de la obligacion natural que tienen de alimentarlos pudiendo, ni de que por derecho real se les manda que lo egecuten (*d*); mas sin embargo no he visto decision judicial en beneficio de los viudos, antes sí

(*a*) Lib. 2 cap. 7 nn. 9, &c. y 14. (*b*) La 7 t. 13 P. 6.
(*) Sobre el importe de estas véase la 2 part. lib. 2 cap. 3 núm. 116.
(*c*) Auténtica Præterea. Cod. Unde vir. et uxor. (*d*) Proemio, y leyes 1 y 2 al fin t. 19 P. 4.

haber perdido años pasados en primera instancia un viudo de Talavera semejante pretension, y confirmándose por la chancilleria de Valladolid; pues la ley de Partida que debemos observar, favorece solamente á la muger, y es visto corregir y limitar dicha auténtica.

14 Tambien segun los mismos espositores tiene derecho á la cuarta el cónjuge que sobrevive, aunque por su industria y trabajo tenga con que alimentarse, pues la cuarta *se le concede por honor y para consuelo del matrimonio perdido* (*); pero no le tendrá, si el cónyuge muerto le dejó algun legado, ó el usufructo de sus bienes con que pueda mantenerse. Finalmente segun los espositores, la muger pierde el derecho á la cuarta, si estando viuda vive deshonestamente, y ambos cónyuges, si vuelven á casarse, perderán la propiedad que ha de reservarse á sus decendientes (*a*).

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

15 *Pedimento en que un heredero abintestato pretende la posesion de los bienes.* F. en nombre de N. vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que F. hermano de mi poderdante murió en esta corte sin descendientes ni ascendientes ninguno dejando tales y tales bienes en estos ó aquellos sitios: en cuya atencion. = A V. suplico que habiendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y dada en cuanto baste, se sirva declarar á mi poderdante por heredero abintestato del espresado su hermano, y mandar por consiguiente que se le dé la posesion ó cuasi posesion de dichos bienes. Pido justicia, &c. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

16 *Pedimento solicitando una viuda la cuarta marital.* F. en nombre de N. vecina de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho. = Digo: que mi poderdante contrajo en tal dia matrimonio con P. de la misma vecindad sin llevar ningunos bienes, ni los ha adquirido despues; y habiendo fallecido P. no dejó á mi poderdante cosa alguna, sin embargo de que en su testamento otorgado en tantos, &c. que tambien presento, instituyó heredero á C. á cuya instancia está V. practicando el correspondiente

(*) Si aunque la ley de Partida habla solo de la viuda necesitada, quieren los espositores favorecer con la cuarta al viudo pobre por lo que se ha dicho de la auténtica que para nosotros es lo mismo que sino la hubiese, nada tiene de estraño, llegue á tanto su osadía en interpretar que digan, se debe la cuarta al conyuge viudo, aun cuando pueda mantenerse con su industria y trabajo.

(*a*) Castill. ley 6 de Toro vers. Ex hoc. Gut. lib. 2 pract. 61 n. 4.

inventario por ante el presente escribano que principió en tal dia. Pero aunque hasta el de hoy se han inventariado tales y tales bienes, estos y aquellos efectos, y tanta cantidad de dinero, no ha podido conseguir mi poderdante ni aun el menor socorro, á pesar de los oficios políticos y urbanos que por medio de sugetos condecorados ha pasado á este fin al heredero que es sabedor de todo; en cuya atencion.=A V. suplico, que habiendo por presentados los instrumentos referidos se sirva condenar á C. á que entregue á mi poderdante la cuarta parte de todo el caudal que hubiese quedado por fallecimiento de P. y resulte del inventario y liquidacion que despues de concluido éste debe hacerse: á cuyo fin nombro por perito á M. para que con el que nombre el heredero, se haga solemnemente á su tiempo la aplicacion á mi poderdante de la cuarta parte de todo el haber hereditario. Pido justicia y costas.

Por un otrosí se piden alimentos y litisexpensas, sobre que se forma artículo.=*Auto*=Traslado sobre todo.

CAPITULO VII.

De las renuncias en general y en especial de las que hacen los religiosos y religiosas.

§. I.

1 La materia de las renuncias no se ha esplicado en castellano hasta ahora con el acierto, la claridad y estension que exige, y así la ignoran los escribanos, quienes por esta causa no ordenan las renuncias segun corresponde á su clase y naturaleza, resultando de semejante confusion costosos pleitos en los que suele haber decisiones contrarias.

2 La renuncia *es una dimision voluntaria, ó un apartamiento de alguna cosa, derecho ó privilegio que se tiene ó se espera tener*. Puede hacerla el que tiene facultad para testar, ceder y tratar, y se restringe por su naturaleza á las personas, cosas y derechos espresados en ella: de suerte que la renuncia de un derecho no se amplia á la de otro, aunque sea en la misma cosa, ni perjudica mas que al renunciante.

3 Sin embargo de que la renuncia es especie de cesion, y ámbas convienen en las cláusulas que se requieren para su validacion, se diferencian, lo primero, en que en la segunda (que regularmente y con propiedad se hace de derechos incorpóreos, aunque á veces se hace tambien los corpóreos, y entonces es tradicion de estos) deben concurrir indispensablemente la voluntad del cedente, la del cesionario, y causa justa por la que se transfiera en este el derecho cedido; y en la renuncia basta la voluntad del renunciante, con la cual

se perfecciona; y lo segundo, en que el fin y efecto principal de la renuncia es la privacion y abdicacion, y el de la cesion es la traslacion del derecho en el cesionario por la causa justa que impele al cedente á hacerla; bien que de consiguiente hay privacion y abdicacion de éste. Tambien es especie de repudiacion; pero se diferencian en que esta es de cosa ó derecho deferido, traspasado ó dejado al que la hace, por manera que suponiendo adquisicion, y despues privacion y renuncia de la cosa, ó herencia deferida; y la renuncia lejos de suponer adquisicion es solo privacion y abdicacion del derecho ó cosa no adquirida, aunque se espera adquirir.

4 Han discurrido y sutilizado tanto los escritores, especialmente los regulares y otros nimiamente adictos á los monasterios, sobre las renuncias, que como afirma el cardenal de Luca, las han hecho una materia sumamente implicada y oscura, por detenerse en generalidades sin hacer la debida distincion de casos, por aplicar á todos la doctrina vulgar de que la renuncia debe interpretarse con la mayor restriccion y no estenderse de caso á caso, ni de persona a persona, y mucho menos á los derechos futuros por causa futura, y por otras proposiciones que, aunque en algunos casos son verdaderas, no lo son en otros por la variedad de circunstancias. Una de estas, que como mas esencial debe tenerse siempre presente, es la causa ó motivo que influyó ó pudo influir en la renuncia, pues es muy considerable y digna de atencion por egemplo la diferencia que hay entre la que hace una muger que se casa, y la que hace una novicia que profesa. Aquella, como no deja al siglo y espera tener hijos, no es verisímil ni creible quiera desprenderse de los bienes que le son indispensables para mantenerse y mantenerá su familia con decencia, en cuya atencion su renuncia debe entenderse como suena ó literalmente, y faltando las personas contenidas en ella cesa del todo. Lo contrario se ha de decir de la que otorga la que entra en religion, porque como ésta abandona el mundo y se desprende de sus bienes, votando la mas estrecha pobreza, á fin de que estos no la preocupen, distraigan, ni impidan servir mejor á Dios; y sabe por otra parte que no ha de tener posteridad, ni le ha de faltar en lo sucesivo lo necesario para su precisa manutencion, nada se presume que reserva á no espresarlo en la renuncia con claridad. Fundados en estos principios los mas clásicos AA. y aun la sacra Rota han establecido como máxima inconcusa que las renuncias hechas por causa de ingreso en religion y dote recibida deben reputarse reales, extinctivas y abdicativas,

no constando claramente lo contrario en ellas, é interpretarse latamente comprehendiendo todas las herencias, aunque sean futuras por causa futura, y con especialidad si se hallan estendidas con palabras ámplias y generales que denoten esta verisímil voluntad de los renunciantes (*a*).

5 La renuncia es *translativa ó transmitiva; y abdicativa ó extinctiva* (*b*). Se llama *translativa la que comprende á los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos y que por una especie de donacion ó cesion implícita transfiere en la persona por quien se hace la renuncia, que es á la que aprovecha solamente* (*c*). Esta renuncia ó repudiacion mas es cesion que renuncia, puesto que en nada se diferencia de ella.

6 Por *extinctiva ó abdicativa* se estima *aquella en que el renunciante nada cierto y determinado da ni transfiere de presente, porque nada tiene ni posee, y solamente se aparta para siempre de cualquiera derecho que en lo futuro pueda adquirir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna*, que se le conceptúe como no existente en el mundo, y de consiguiente, que aunque esté vivo, no se le tenga por parte en las herencias testamentarias ni abintestato que puedan recaer en él; y que pasarán entonces á sus parientes inmediatos. Esta es la propia y verdadera renuncia, porque en ella se verifica una simple y nuda privacion, esclusion y absoluto desapropio ó desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos sin tranferirlos ni cederlos á persona determinada (*d*).

7 La renuncia se subdivide en *real* y en *personal*. Se entiende por *real la que el renunciante formaliza, no por miramiento y amor á ciertas y determinadas personas sino por un motivo general y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene y pueden recaer en él por testamento y abintestato de parientes y estraños, ya sea con la mira de servir mejor á Dios, ya sea por otra causa absoluta y universal*: de suerte que por esta renuncia abdica y se desapropia el renunciante de todos sus bienes y derechos, presentes y futuros, y de la esperanza de estos, y pasan al renunciatario tan plena y eficazmente, que aunque este muera intestado y aquel viva, no reviven ni vuelven á él, esceptó que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renuncia, ni tampoco se transfieren á otra persona

(*a*) Card. de Luc. de Renunt. disc. 3, n. 10. (*b*) Card. de Luc. de Renunt. disc. 1, núm. 5. Olea de Cesion. jur. tit. 1, quæst. 2, nn. 15 y sig. (*c*) Card. de Luc. núm. 5 cit. y disc. 7, núm. 2. (*d*) Olea quæst. 2 cit. nn. 17 y 18, Card. de Luc. núm. 5 dich.

ni comunidad por su representacion, ni éstas tienen el mas leve derecho á ellos. Por personal se entiende *la renuncia hecha á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se limita en tanto grado que faltando estas antes que el renunciante, y habiendo capacidad en éste para adquirir entonces, le queda el libre regreso á los bienes que ha renunciado*, y la renuncia es tan inútil é ineficaz en este caso, como sino la hubiera hecho, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, escepto que en ella disponga otra cosa, por lo que conviene manifieste claramente su voluntad á fin de evitar interpretaciones siniestras y decisiones arbitrarias. Todas las espresadas renuncias pueden hacerse por causa presente y futura como las cesiones, con las cuales se confunden en la práctica, y de consiguiente se pueda renunciar al modo que ceder, el derecho futuro por causa futura y la esperanza de él; mas para que este derecho se realice y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga dicha capacidad al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ella, ó está muerto civil ó naturalmente, asi como no puede adquirirle, tampoco puede transmitirle á otro.

8 Por lo que hace á las renuncias de los regulares, antes de hablar de ellas no será fuera de propósito referir las principales disposiciones de derecho acerca de heredar los conventos á sus individuos y á los parientes de éstos. Los monges al principio no eran gravosos ni perjudiciales á nadie, porque conformándose esactamente con los consejos ó preceptos del Evangelio, dejaban todos sus bienes á sus parientes antes de retirarse á los yermos ó desiertos, para que no les impidiesen dedicarse enteramente á Dios (*a*); de suerte que se mantenian con poco, y para no estar ociosos ni carecer del preciso alimento, se ocupaban en algun trabajo manual (*b*). Pero luego que Constantino concedió la paz universal á la Iglesia Católica; perseguida y tiranizada hasta entonces por los idólatras: luego que los monasterios se acercaron á las poblaciones y se les permitió la adquisicion de bienes que antes les estaba prohibida (*c*), soltaron los diques de la codicia sus monges y se llenaron de riquezas, con las cuales, como que les llamaban la atencion, se fueron relajando y distrayendo paulatinamente del espíritu y primitivo fervor de su ins-

(*a*) Fleur. 8, discours sur l' Histoir. Ecclesiastic. Nicephor. lib. 8 cap. 20 cerca del fin. (*b*) Van-espen in Jus Ecclesiast. part. 1, t. 29 de Voto pauperiat. cap. 3, nn. 1 y 7. (*c*) Ley 1, Cod. de Sacrosanct. Eccles. Can. Futuram 15, caus. 12, quæst. 1.

tituto, y del desprendimiento de los bienes terrenos que exige la pobreza evangélica y habian votado; en tanto grado que olvidandose enteramente de ésta los monges de algunos monasterios, y habiendo escandalizado á la Iglesia, fue indispensable contener sus ilimitadas adquisiciones, prohibiendo con leyes hacer donaciones y legados á los clérigos y monges (*a*): lo cual hizo lamentarse á San Gerónimo de que su hidrópica avaricia hubiese dado lugar á que los Príncipes cristianos se viesen en la dura necesidad de refrenarla (*b*).

9 Sin embargo, aunque en tiempo de Constantino se permitió dejarles libremente sus bienes (*c*), no sucedian abintestato los monasterios en los de sus individuos sino á falta de padres, hijos, agnados, cognados y muger legítima que el monge hubiese tenido antes de su ingreso en el cláustro, como se ve en una ley del Emperador Teodosio (*d*). Pero este Príncipe nimiamente propenso á publicar leyes nuevas, alterando ó derogando las anteriores con la mayor facilidad, invirtió en esta parte el órden que se observaba, estableciendo que el que entrase en religion, pudiera disponer de sus bienes antes de profesar del modo que quisiese y le pareciese: que si entonces no disponia ni tenia hijos, los adquiriese el monasterio, en quien se transferia su dominio, y despues de profeso no pudiese testar de ellos: que teniéndolos les dejase su legítima, y en caso de no habérsela dejado pudiese no obstante su profesion testar á favor suyo, con tal que reservase en sí una parte igual á la de cualquiera de ellos para el monasterio que se debia tener en lugar de hijo; y en fin que no fuese lícito á los padres exheredar á sus hijos por haber entrado en religion, pues habian de instituirlos precisamente en su legítima, y muriendo sin testar les habian de suceder ó solos, ó con los demas hermanos en caso de tenerlos: todo lo cual disponen tambien otros testos (*e*).

10 El §. 1 de la ley 56 Cod. de Episcop. & Cleric. que estableció el Emperador Justiniano, permite á los monges heredar abintestato á sus padres, sin que les sirva de impedimento la profesion religiosa, concurran solos ó con otros hermanos, cuya ley estendieron los acérrimos defensores de los monasterios á toda clase de he-

(*a*) Leyes 20 y 21. Cod. Teodosiam de Episcop. & Cleric. (*b*) Epist. 2 ad Nepotian. (*c*) Ley 1 Cod. de Sacrosanct. Eccles. (*d*) La 20, Cod. de Ep. & Cler. (*e*) Ley 55 y Autent. Nunc autem Cod. de Episcop. & Cler. Nov. 5, cap. 5, 76, cap. 1 y 123, cap. 38 y Authent. Siqua mulier. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

rencias, siendo así que habla únicamente de la de los padres, y milita en la de estos diversa razon que en la de los colaterales ó transversales.

11 Pocos años despues que Justiniano promulgó sus leyes, estableció una (a) en España Leovigildo que dice: "Los clérigos, é los monges é las monjas que no han heredero ata séptimo grado, é non mandan nada de sos cosas, la Iglesa á quien servian lo debe haber todo." Si segun esta ley no pueden la iglesia y monasterio suceder al clérigo y monge teniendo parientes dentro del séptimo grado, mucho menos podrán suceder á sus padres y parientes. Asimismo otras dos leyes (b) del mismo Fuero establecidas por Recesvinto y Egica escluyen al monasterio habiendo parientes, cuya legislacion estuvo en observancia no solo durante el imperio de los Godos sino tambien despues de la irrupcion de los Sarracenos en estos dominios, y la confirmaron varios señores Reyes y el Concilio de Coyanca, hoy Valencia de Don Juan. Ademas el Santo Rey Don Fernando dió dicho fuero á la ciudad de Córdoba en el año de 1241, en cuyo tiempo se hizo la traduccion del que usamos y publicó el Doctor Villadiego.

12 En la coleccion de fueros ó leyes mandada hacer por el Conde Don Sancho García, se halla una que dice: "Esto es fuero de Castilla: que ninguna monja ni monge de religion, sil muriere algund pariente mañero (*sin sucesion*), que non haya fijos, los parientes mas propinquos del muerto deven eredar los suyos bienes, mas el pariente de religion monge, ó monja non deve eredar ninguna cosa en la buena (*hacienda ó bienes*) del pariente mañero, mas deve eredar en la buena del padre, ó de la madre igualmente con sos hermanos; é si se avinier con suos hermanos, que den renta conoscida por la sua suerte, puede levar toda sua renta en sua vida é servirse della en toda la sua vida, é arrendarlos á los estraños si non se avinier con sus parientes: mas no lo pueden vender, ni enagenar en sua vida si non por tres cosas: por debda del padre, ó de madre, ó por sua debda cual hublese fecho ante que entrase en la orden, é por mengua (*necesidad ó falta de bienes*) de comer, ó de vestir: é á la fin puede dar el quinto por sua alma, é lo al que finque (*quede*) en sus parientes." Esta ley es la 2, tit. 2, lib. 5 del Fuero viejo que mandó observar 8 años despues de la publicacion de las leyes de partida el Rey Don Pe-

(a) Es la 12, t. 2, lib. 4 del Fuero Juzgo. (b) Las 2 y 3, t. 5, lib. 3.

dro el Justiciero; y lo mismo mandaron posteriormente los Reyes Don Enrique II, y Don Juan el II. (*a*). Por ella se limita el derecho de suceder el monge á sus padres, se le escluye de el de heredar á sus hermanos y parientes, y se gravan los bienes que herede de aquellos con la obligacion de reversion á sus hermanos y parientes sin permitirle disponer de mas que del quinto por su alma.

13 Despues de la compilacion de las leyes y fueros referidos se hizo la del real ó de las leyes de órden del Rey Don Alonso el Sábio, en cuyo cuerpo se hallan tres concernientes al asunto. La primera que es la 10, t. 5, lib. 3, prohibe que se dé ó mande cosa alguna á hombre de religion despues de profeso: de cuya prohibicion se deduce que si no puede ser instituido heredero, menos podrá heredar abintestato, porque la sucesion testamentaria como que proviene de voluntad espresa y determinada, es mas recomendable que la sucesion abintestato que se apoya en una mera presuncion legal. La segunda es la 11, t. 6 del mismo lib. 3 y dice: »Todo ome é toda muger que orden tomare, puede facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido: é si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pueda facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo; é si fijos, ó nietos, ó dende ayuso (*abajo*) no hubiere, herendenlo los parientes mas propincuos.» Y la tercera que es la 1, t. 6, lib. 4 y trata de los monges que despues de haber profesado apostatan, ó se escapan del monasterio, escluye á éste de su herencia y la da á los parientes de aquellos. La ciudad de Baeza goza de un fuero que le concedió el Rey Don Alonso el VII, en el que se halla esta notable constitucion: »El que entrare en órden, lleve con él el quinto del mueble, é non mas, é lo que fincare (*quedare*) en raiz, seya de los herederos; cá non es derecho, ne comunal (*arreglada*) cosa por desheredar á los suyos, dar mueble ó raiz á los monges.» Todas las espresadas leyes que llaman á los parientes de los religiosos para heredar sus bienes con esclusion de los monasterios, son verdaderas leyes, están establecidas por legítimos Soberanos nuestros, se han mandado observar como tales en varias córtes, codicilos y reinados, y en nada se han derogado en esta parte.

14 Al mismo Rey Don Alonso que hizo la coleccion del Fuero Real, se atribuye la de las siete Partidas, obra por su grande erudi-

(*a*) Discurso preliminar de los DD. Asso y Rodriguez al Fuero viejo de Castilla.

ciyn y sabiduría sumamente celebrada y aplaudida; mas para su admision hubo mucha repugnancia en estos reinos, y asi aunque intentó publicarlas en el año de 1263 no lo consiguió, porque derogaban y alteraban algunas leyes y fueros antiguos, eran sacadas del derecho y auténticas romanas, y no se acomodaban á las costumbres españolas, por cuya razon quedaron sin uso ni autoridad, hasta que hechas enmendar por Don Alonso XI su viznieto logró en las córtes celebradas en Alcalá de Henares el año de 1348 que se admitiesen en cuanto no derogasen ni alterasen las leyes antiguas, fueros y costumbres de España, como lo declaró en una del ordenamiento recopilada (*a*), y lo mandaron tambien los Reyes católicos en las córtes celebradas en Toro el año de 1505 en otra en que les señalaron en cuarto lugar para la decision de los negocios (*b*). La única que trata de la presente materia es la 17, t. 1, P. 6 que fue sacada de la auténtica Si qua mulier Cod. de Sacrosanct. Eccles. Y dice: »que el hombre ó muger profesos no puedan hacer testamento: que todos los bienes que posee, han de ser de su monasterio, escepto que tenga hijos ú otros descendientes legítimos, á quienes debe dejarles á la legítima y no mas; y si mas quisiere darles, ha de dar al monasterio tanta parte cuanta toque á cada uno de sus hijos ó descendientes; y que lo mismo se ha de observar, si falleciere sin testar.« En esta ley no se concede al monasterio el derecho de suceder á los parientes del monge por testamento ni abintestato (*c*), ni á este en otros bienes que en los que tiene cuando profesa, lo cual dice tambien espresamente una auténtica (*d*); pues únicamente son nuestros aquellos en que tenemos dominio, y que poseemos con buena fe y justo título, como lo dice una ley de Partida (*e*), y no los que esperamos recaigan en nosotros.

15 Finalmente en 15 de Julio de 1758 se espidió á la chancillería de Granada para la decision de un pleito pendiente en ella por apelacion y respectivo á la materia de que se trata, una real cédula que para que llegue á noticia de los jueces y letrados, y sepan qué han de resolver y aconsejar, inserto con la representacion que la motivó.

16 EL REY. Presidente y oidores de mi real audiencia y chan-

(*a*) La 3, t. 1, lib. 2. (*b*) Ley 1 de Toro en que está inserta la del ordenamiento. (*c*) Tampoco en el derecho canónico se halla testo que conceda á los monasterios heredar á los hermanos y parientes del monge que mueran intestados despues de la profesion. (*d*) De Monachis t. 5, cap. 5 collat. 1. Lo mismo se repite en el cap. 6. (*e*) La 3, t. 33, P. 7.

cillería que reside en la ciudad de Granada : Sabed que en 14 de Noviembre de 1785 remitió á mi Consejo de mi real órden el conde de Floridablanca, para que me consultase su parecer , una representacion que dirigieron á mis reales manos los oidores de su tribunal D. José de Pineda, D. Benito Hermida , D. Pedro Montilla y D. Francisco Carrasco, relativa á las dudas que se les ofrecieron para la decision del pleito que se seguía en su tribunal por recurso de apelacion entre el convento de Trinitarios Calzados de la villa de la Membrilla , y Manuel Lopez Arévalo como marido y conjunta persona de Josefa Ruiz, y de otros parientes de Fr. Juan del Moral, religioso profeso que fue del referido convento , sobre sucesion de los bienes patrimoniales que quedaron por muerte de dicho religioso ; y el tenor de la citada representacion es el siguiente.

17 »Señor. Los oidores de vuestra chancillería de Granada D. José de Pineda , D. Benito Hermida, D. Pedro Montilla y D. Francisco Carrasco hacen presente á V. M. con el mas profundo respecto y deseo del acierto que siempre se vincula en vuestras reales resoluciones, las dudas que embarazaron su juicio en la decision del pleito seguido por Manuel Arévalo , cuñado y otros sobrinos de Fr. Juan Ruiz del Moral , religioso profeso en su convento de Trinitarios calzados de la villa de Membrilla, con dicho convento sobre la sucesion y herencia de los bienes paternos de dicho religioso , y el importe de cierto legado hecho á su favor , con motivo de su muerte acaecida en 8 de Diciembre de 1780: cuyo pleito fue traido en apelacion de la justicia de Almagro por el referido convento á la sala primera de esta chancillería, en que se ha visto por los jueces que representan. Los padres de Fr. Juan murieron por los años 1733 y 759, y por ambas legítimas le tocaron 12@701 reales , de los cuales bajados 4@400 que habia recibido á cuenta de ellos anteriormente, y 248 en varios muebles, se le adjudicaron los restantes 8@53 en bienes raices. El legado de que se trata, consiste en 3@ reales que le dejó una hermana por su testamento otorgado en 15 de Julio de 1768 ; pero no consta su recibo ni el efecto de esta disposicion testamentaría. Segun es costumbre , dejó al religioso el goce y usufructo de dichos bienes paternos el convento ; pero al mismo tiempo resulta que este los miraba como propios de la órden y se versaba como verdadero dueño: vendia parte de ellos, arrendaba otros, los declaraba por suyos para la única contribucion , pagaba sus cargas reales, los incluia por mas caudal en la justificacion del que poseia

para mantener su existencia contra la estincion decretada en la visita de D. Pedro Pobes; y que Fr. Juan reconocia este mismo dominio en su comunidad: aparece tambien del desapropio de dichos bienes que consta en autos hizo el año de 1778, como suelen practicar los demas regulares de los efectos que de hecho disfrutan precariamente con permiso de los superiores para salvar el voto de pobreza. La regla y constituciones del órden de Trinitarios calzados disponen en el §. 2 cap. 54 que los bienes hereditarios del religioso sean de la casa ó convento en que haya profesado; y en los capítulos de la visita de D. Pedro Pobes aprobados por el Consejo en 28 de Septiembre de 1779 se reconoce y contesta este mismo derecho, por cuanto solo propuso á la provincia de Trinitarios se impusiese voluntariamente una ley que limita su facultad sucesiva de adquirir, contentándose con las adquisiciones hasta entonces hechas como suficientes para su manutencion; y asi en efecto se concibió la acta capitular en términos de una voluntaria renuncia de sus derechos de adquirir mas, con la limitacion de poder ejecutarlo, cuando sin omision culpable de los conventos viniesen á menos sus fondos. La costumbre universal de España, la opinion comun de los autores, y la ley de Partida conforman en conceder á las ordenes regulares el derecho de suceder á los religiosos profesos; y el privilegio últimamente acordado á los que sirven de capellanes en el egército y armada, para testar libremente del peculio, ó bienes adquiridos en aquel egercicio, es una limitacion que confirma la regla general en los casos que no comprehende. Los sobrinos del padre Moral pretenden sin embargo la esclusion del convento á la sucesion de sus bienes hereditarios, aunque hubiese profesado sin haber hecho renuncia alguna en el año de 1713, apoyados en dos provisiones del Consejo, la una de 27 de Septiembre de 1771 por la que se previno á la justicia de Manzanares que con arreglo á la ley 12 t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo y demas del reino procediese sobre la herencia de los bienes de Fr. Francisco Camarena, religioso de la misma órden y convento, oyendo a los interesados y adjudicándolos á sus parientes; y la otra de 27 de Julio de 1781, en la que á instancia de dichos sobrinos se manda á la justicia de Almagro determine su pretension conforme á las leyes del reino citadas en el egemplar del padre Camarena. La ley del Fuero Juzgo se insertaba en la primera provision á la letra como se sigue: *Los clérigos, é los monges, é las monjas que non han heredero ata septimo grado, é non manda nada de sos cosas, la iglesa á quien servian*

lo debe haber todo. La cita que en general hace el Consejo de otras leyes del reino, no se individualiza en la provision referida; pero puede creerse relativa particularmente á las 11 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real en que se lee: *Todo home, é toda la muger que orden tomare, pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido, é si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pueda facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo: é si fijos é nietos, ó donde ayuso* (abajo) *non hubiere, heredenlo los parientes mas propincuos.* La ley 17 tit. 1 P. 6 previene por el contrario, que con esclusion de los parientes hayan de heredar los monasterios al religioso que no tuviere hijos o descendientes por linea recta, y la practica comun adoptó su doctrina contra la ley del Fuero Real que por consiguiente se halla sin el uso de que pende todo su vigor. Por lo que toca al Fuero Juzgo, la fe de sus codices vulgares, su autoridad, la estentension de la ley citada, su verdadero sentido, é interpretacion (quizá mas favorable que adversa á las iglesias y monasterios) exigirian discusiones tan delicadas como prolijas; pero ciertamente inutiles á la sabiduría, penetracion y talento de V. M., y así reduciéndose con respetuoso silencio á una concisa brevedad sobre asunto tan vasto, solo esponen á V. M los ministros que representan, que en las leyes que juraron guardar, y segun las cuales se les manda librar los pleitos en la 3 t. 1 lib. 2 de la Recopilacion, no se comprehende el Fuero Juzgo, cuya autoridad legislativa espirando en la dominacion goda, solo ha recibido posteriormente, segun fue dado en fuerza de nuevas leyes, ó privilegios de los Soberanos por fuero particular de algunos pueblos; por lo cual prescindiendo de la rectitud y utilidad de las leyes que encierra, se creen sin la competente facultad para adoptarlas en juicio; y dudando por otra parte llenos de veneracion y respeto por las decisiones del vuestro Consejo, que segun el espíritu de las leyes que ordenan la forma que ha de guardarse en hacerlas é interpretarlas, sea de bastante autoridad una provision ordinaria de justicia, despachada sin aquellos requisitos para restablecer la citada ley del Fuero Juzgo, no solo para la decision de los negocios futuros sino tambien de los anteriores: antes de pasar á revocar, ó confirmar la sentencia de la justicia de Almagro, por la que con arreglo á lo prevenido por el Consejo declaró tocar y pertenecer los bienes que disfrutaba Fr. Juan del Moral á sus herederos abintestato con esclusion del convento de la Membrilla: = Suplican á V. M. se digne decidir, si en efecto se halla el tribunal obligado á conformar sus determina-

ciones con la enunciada ley 12 t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo, mirándola como verdadera ley del reino para la decision no solo del presente caso sino tambien de los demas de esta clase que con frecuencia podrán presentarse, con limitacion, ó estension de sus efectos á los tiempos y negocios anteriores á la declaracion que se solicita, y provisiones referidas del Consejo: ó si no obstante estas queda espedita á los jueces la facultad de dirigir su dictámen como antes segun los principios de equidad y leyes de la nacion, en la forma que se halla prevenida su observancia por la ley recopilada con arreglo á las circunstancias de los casos ocurrentes y espíritu de justicia con que anhelan el acierto y feliz desempeño de sus pesadas obligaciones en beneficio del público y servicio de V. M. Dios guarde la C. R. P. de V. M. dilatados años. Granada 26 de Octubre de 1785 D. José de Pineda Tabáres = D. Benito Ramon de Hermida = D. Pedro de Fonseca y Montilla = D. Francisco Eugenio Carrasco.»

18 Y vista por el mi Consejo esta representacion, teniendo presente la resultancia del estracto de dicho pleito que se acompañó con ella, y lo espuesto por el mi fiscal, acordó se comunicase órden, como se hizo en 14 de Septiembre de 1786, á vos el presidente, para que remitieseis al mi Consejo íntegros y originales los citados autos, y en su virtud los egecutasteis en 26 del propio mes. Y visto en el mi Consejo, teniendo presentes los antecedentes que se citan y causaron las providencias del mi Consejo en 17 de Octubre de 1771 y 28 de Junio de 1781, y lo que sobre todo espuso el fiscal, en consulta de 29 de Abril de este año, me espuso su parecer, y por mi real resolucion á ella, conformándome con él, que fue publicada y mandada cumplir en 25 de este mes, se acordó espedir esta mi real cédula, por la cual os mando, que asi en los citados autos seguidos en este tribunal por Manuel de Arévalo y consortes con el convento de Trinitarios calzados de la Membrilla sobre la sucesion y herencia de los bienes maternos de Fr. Juan Ruiz del Moral, que he mandado devolverlos, y acompañan á esta mi real cédula, como en los demas que ocurran de la misma naturaleza, debeis conformar vuestra determinacion con el estatuto acordado por la provincia de Trinitarios calzados de Andalucia, y su visitador D. Pedro Pobes y Angulo en el capítulo celebrado en 16 de Mayo de 1777, aprobado por mí y por la Santa Sede, estendiéndola y restringiéndola cuando mas, con respecto á la anterioridad y posterioridad de los casos y cosas, al mencionado estatuto, el cual es arreglado y conforme á la ley 12

t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo y á las demas leyes del reino mandadas guardar en las provisiones del mi Consejo de los años de 1771 y 1781. Y por cuanto dicha ley del Fuero Juzgo no se halla derogada por otra alguna, y antes bien es conforme con lo posteriormente dispuesto en el cap. 2 lib. 1 del Fuero viejo de Castilla, declarado por el que dió el Señor Rey D. Alonso el Sabio en el año de 1252 á la villa de Alarcon, y por el cap. 2 lib. 5 t. 2 del mismo Fuero de Castilla, como tambien por la ley 11 t. 6 lib. 3 del Fuero Real, por la ley 7 t. 9 lib. 5 del Ordenamiento, por las de la nueva Recopilacion que acerca de la sucesion forzosa *extestamento & abintestato* de los ascendientes y colaterales no hacen distincion de los bienes de los legos á la de los eclesiásticos seculares y regulares, y por otras leyes de varios Señores Reyes, de que el mi Consejo hizo espresion al Señor D. Cárlos II, de que se compone el auto acordado 4 lib. 4 t. 1, son las que comprehendió el mi Consejo en sus provisiones de 1771 y 1781 bajo la espresion genérica, *y demas leyes del reino*; debereis igualmente arreglaros á ellas en la determinacion de este y semejantes negocios sin tanta adhesion como manifestais á la de Partida fundada únicamente en las auténticas del derecho civil de los romanos y en el comun canónico, y que por lo mismo solo deben regir á falta de la de estos reinos, que asi es mi voluntad. Dada en Madrid á 15 de Julio de 1788. = YO EL REY = Por mandado del Rey nuestro Señor=Manuel de Aizpun y Redin.

19 Esta real cédula espedida á impulsos del zelo de unos ministros sensatos y rectos corrobora y hace revivir con leyes pátrias no derogadas las de los Fueros Juzgo y Real, y demas mencionadas en ella, las cuales estaban sin uso ni observancia: desvanece toda duda, y disipa las densas nieblas que con sofismas y ficciones ridículas formó la codicia cegando en siglos oscuros y de ignorancia á los AA. regnícolas y estrangeros. Asi que, ya no pueden menos nuestros jueces y letrados de resolver y aconsejar en lo sucesivo con arreglo á dichas leyes. No faltará quien diga que esta cédula es peculiar y privativa para la chancillería á quien se dirigió, y que se ha de juzgar por las leyes y no por egemplares, pero á mas de ser leyes verdaderas y generales las que cita y manda observar; de comprehender á todos, y de no haberlas quitado su vigor el no uso; siempre que el Príncipe manda alguna cosa á cierto juez ó tribunal, es visto mandarla por una misma razon á todos los de sus dominios en casos de iguales circunstancias: de manera que la cédula inserta es ley, no

egemplar, y deberia observarse generalmente, aun cuando no hubiese otra mas que ella.

20 A vista de cuanto queda espuesto, nadie debe ya dudar que los conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, aunque estos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las herencias futuras; ni tampoco de los padres y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen tambien sin disponer, hayan hecho renuncia á su favor, ó profesado sin renunciar, (que es lo mismo que morir intestados) porque despues de profesos, como estan muertos para el mundo, carecen de capacidad y aptitud para adquirir, y por consiguiente de facultad para disponer y transmitir á sus conventos lo que no tienen, ni fue suyo jamas. No sufragan á los monasterios sus estatutos, que les conceden la sucesion en los bienes de sus individuos, pues como son leyes puramente privadas económicas dictadas por ellos para su gobierno y utilidad; y carecen de autoridad para derogar las establecidas por los legitimos Soberanos, á quienes como vasallos suyos estan sujetos en lo temporal; solo deberán regir y entenderse respecto de aquellos bienes que estando profesos sus individuos les donan, ó dejan, porque es visto ser donados, ó dejados á sus conventos, mas no respecto de los que antes de profesar no tuvieron ni adquirieron.

21 Por lo tocante á los que el novicio posee como propios a tiempo de profesar, se ha de distinguir. Si tiene ascendientes, ó descendientes legítimos, se debe arreglar indispensablemente en estos reinos de Castilla á las leyes 6 y 25 de Toro, como si hiciera testamento, y no arreglándose será de ningun valor la renuncia, como lo fue la que formalizó fray Joaquin Carnicero, religioso lego en el monasterio de San Basilio de esta corte á su madre doña Isabel Gomez, pretendió se declarara su nulidad, porque para despues de sus dias dejaba á su monasterio los bienes que habia heredado de su padre; y con su audiencia y la del señor fiscal del Consejo se substanció el pleito en su sala primera por la escribania de gobierno á consecuencia de real órden que precedió, y en 5 de Octubre de 1772 se dió sentencia, »declarando nula la renuncia, y haber recaido *pleno jure* en la doña Isabel desde la profesion de su hijo los bienes legítimos; y para la providencia que se debia tomar por punto general en esta materia, se mandaron pasar los autos a los señores fiscales;" la que no se ha tomado todavia por los muchos, graves y mas

urgentes negocios á que tiene que atender el Consejo. (Véase la nota del n. 149 cap. 1.) Ademas en 30 de Agosto de 1787 en el pleito que por la escribanía numeraria de D. Diego Benigno Gonzalez siguió D. Juan Francisco de los Heros, como segundo marido de doña Teresa Salazar contra D. Salvador José de Muro su hijo, habido en su primer matrimonio con el marques de Someruelos, sobre nulidad de la renuncia que á favor de dicho D. Salvador otorgó su hermana entera doña Maria de la Encarnacion y Muro, religioso en el convento de Descalzas Reales de esta corte; declaró D. Juan Antonio de Santa Maria, teniente corregidor de ella, *nula la renuncia, y que la parte de legítima paterna litigiosa de la citada doña Maria pertenecia á su madre, y apercibió al escribano ante quien pasó, que en semejantes instrumentos se arreglase á las disposiciones de derecho que era de su cargo saber, instruyendo de ellas á los otorgantes para que no se escediesen de sus facultades.* Esta sentencia se confirmó por el Consejo en 17 de Octubre siguiente; pues para disponer libremente en vida ó por muerte los ascendientes y descendientes novicios de estos reinos de Castilla á favor de sus conventos, ó de otras personas parientas ó estrañas de todos los bienes que poseen y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son herederos forzosos, como diré en el n. 31, la cual pueden concederles estos en la misma renuncia concurriendo á ella, ó en instrumento separado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente el tercio, ó quinto de ellos segun las citadas leyes, de modo que no renunciando asi se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufructo sin su licencia, porque toca como la propiedad á sus herederos legítimos, y por estar muertos civilmente despues de profesos tienen imposibilidad legal de adquirir los frutos, si espresamente no se lo permiten los herederos, y por consiguiente de transmitirlos: de suerte que pertenecen en un todo á sus ascendientes y descendientes, los cuales pueden testar y disponer de ellos del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los hubieran tenido; y no disponiendo, pasarán á los existentes en el siglo que deban heredarles abintestato, y no á sus conventos, aunque los religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, no pueden disponer de ninguna manera, sin embargo de que tengan esperanza de que á estar en el siglo recaerian en ellos, porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, sino se los dejan sus

dueños para sus urgencias; y asi aunque el padre del novicio esté loco ó fatuo, no podrá disponer de sus bienes á favor de su madre ni de otro para el caso de que muera en su demencia despues de profeso; pues por la demencia no le privan las leyes de su dominio sino solamente de su administracion, ni le conceden á su hijo, por lo que pasarán á los que deban heredarle abintestato falleciendo en ella, y no á su muger, porque ésta no tiene ningun derecho á ellos, ni el hijo puede transmitírsele á causa de no haberle adquirido viviendo su padre. Pero si el novicio renunciante carece de herederos forzosos, podrá reservarse en la renuncia el todo ó parte de los frutos de los bienes que entonces posee, para subvenir á sus necesidades religiosas, (pues no le está prohibido poseerlos precariamente con permiso de su prelado, con el que dicen los religiosos, se salva el voto solemne de pobreza) y para mandar que pasen dichos bienes despues de su vida para siempre en propiedad y usufructo á la persona ó personas que nombre, ó tambien á su convento mientras no haya ley prohibitiva; ó para distribuirlos en legados, ó donaciones y fundaciones pias ó profanas, como si fuera por testamento sin diferencia, pues su renuncia viene á ser como una última voluntad. Tendrá presente todo esto el escribano para instruir á los renunciantes, y no cometer absurdos ni esponerse á sonrojos de los jueces.

22 Ningun profesor de derecho duda que un particular puede escluir al monge de suceder en el mayorazgo que funda (*a*), como regularmente se hace, y se ven precisados á confesar hasta los escri-

(*a*) Segun la práctica de los tribunales observada hasta ahora suceden los monges en los fideicomisos y mayorazgos no habiéndolos escluido los fundadores espresa ó tácitamente, aunque no falta quien les niege y con justísima razon tal capacidad; pero hay notable diferencia entre la sucesion en los mayorazgos y la sucesion abintestato en los bienes libres. En aquellos se sucede por la voluntad del fundador que llamando á su linea, no escluyó, como pudo al monge, y abintestato se sucede con arreglo á los llamamientos que hace la ley apoyada en la presunta voluntad del difunto, quien por el afecto que es natural profese á su sangre y con especialidad á sus mas próximos parientes, es de creer quisiera preferir su parentela á un estraño, cual lo es un convento ó monasterio, que es el que hereda en realidad. Por otra parte el daño que causa al estado el obtener los monges mayorazgos, es de poca entidad comparado con el que se le sigue de que adquieran herencias; pues con el fallecimiento de aquellos vuelven á circular estos en los demas sucesores seculares, y las herencias con dificultad, y tarde ó nunca vuelven á salir de los monasterios, por cuya razon el erario carece de los derechos que causarian las ventas que se hiciesen estando en poder de legos, con detrimento de los seglares que tienen que soportar las cargas de que estan eshonerados los monasterios y sus individuos.

tores mas adictos á las máximas ultramontanas (*a*); por lo que con superior razon puede hacerlo el Príncipe, en quien sin comparacion reside mayor potestad que en el particular; y asi exigiéndolo las circunstancias y el bien público, una vez que se deje al monasterio lo suficiente para la cóngrua sustentacion de sus individuos en conformidad de los preceptos del evangelio y del derecho natural que compete á cada ciudadano para que la sociedad en que vive, no le impida, y antes bien le proporcione los medios honestos de adquirir lo necesario para su subsistencia; compete al Soberano y no al Papa la facultad de moderar la adquisicion de los bienes temporales en los eclesiásticos, asi como la de concederles justos privilegios y esenciones tocantes á ella para que se les profese el debido respeto, y puedan con mayor decoro egercer las funciones de su alto y sagrado ministerio (*b*).

23 Tocante á la edad que han de tener las personas de uno y otro sexo para entrar en religion, al tiempo de probacion ó noviciado, á los requisitos que deben preceder á la profesion y renuncia, y á las solemnidades que exigen hoy las renuncias para su estabilidad, debo decir, que el Emperador Justiniano en la novela 76 ordenó que los que hubiesen de profesar en religion, fuesen varones ó hembras, tuviesen facultad antes de su ingreso en ella para disponer de sus bienes como quisiesen, lo cual les concedieron tambien nuestras leyes antiguas, el derecho canónico y las reglas ó estatutos religiosos (*c*), y asi se observó hasta la celebracion del Concilio de Trento.

24 Se hicieron presentes en este santo Concilio los gravísimos daños que se originaban por estas disposiciones, y á fin de evitarlos mandó que para entrar en religion tuviese el varon 14 años cumplidos y la hembra 12, y ambos uno de probacion ó noviciado antes de profesar; y que antes que cumpliesen los 16 de su edad, no se les permitiese la profesion bajo la pena de nulidad, á no ser que estuviesen en peligro de muerte (*d*). Mandó tambien á los conventos de monjas que nada recibiesen por las dotes de estas hasta que hubieran profesado, para que tal vez por miedo de no recobrarlas si dejaban el hábito, no profesasen contra su voluntad; pero no les prohibió to-

(*a*) Card. de Luc. disc. 12, núm. 4, y de Regul. disc. 19, núm. 2.

(*b*) Ley 50, t. 6, P. 1. Div. Aug. tract. 6 in Joann. cap. 6 relat. á Grac. in cap. 1, dist. 8 Div. Thom. in Epist. cap. 13. (*c*) Leyes 7, tit. 7, P. I, 88, t. 18, Part. 3, y las de los fueros insertas en los nn. anteriores. Can. 9, caus. 19, quast. 3, Regla de S. Francisco y otras. (*d*) Conc. Trid. sess. 25, cap. 15 y 17 de Regular. y leyes 3 y 4, tit. 7, P. 1.

mar en este caso lo que importasen el vestido y la comida del tiempo que estuviesen enellos (*a*). Asimismo mandó á las preladas que un mes antes de espirar el año de probacion de las novicias avisasen al Ordinario eclesiástico para que esplorase la voluntad de éstas, bajo la pena de suspension arbitraria de su oficio si lo omitian (*b*).

25 La esploracion (que regularmente se hace en la puerta reglar del convento, ó donde parece conveniente á la novicia para tener mas libertad) se reduce á seis preguntas: la primera es cómo se llamaba en el siglo y se llama en la religion: de dónde es natural, de quién es hija, y qué edad y estado tiene: la segunda, si en el sitio y lugar en que se halla haciendo esta declaracion, tiene bastante libertad, si quiere mas, y si es, ó ha sido inducida, violentada, ó intimidada por alguna persona para ser religiosa y profesar: la tercera, cuanto tiempo hace se halla en el convento y de novicia, si ha esperimentado en él la vida religiosa, si el sustento que se suministra en el convento es bastante para pasar la vida humana, y si se halla con fuerzas para profesar y perseverar: la cuarta, si padece enfermedad perpetua ó contagiosa, y si tiene algun impedimento para profesar: la quinta, si sabe que para profesar ha de haeer votos de pobreza, obediencia y castidad, y de guardar perpetua clausura; y la sesta es, si quiere profesar de su libre voluntad en aquel convento, y licencia para ello, y para disponer y renunciar sus legítimas paterna y materna, y demas bienes y derechos que le pertenecen, y puedan pertenecer en lo sucesivo de cualquier manera y por cualquier título, conforme á derecho. A estas preguntas, precedido juramento de decir verdad, va satisfaciendo, y concluidas le concede el Ordinario la licencia que pide, de cuyo acto pone testimonio á la letra el notario ante quien pasa en el libro de profesiones del convento, y de lo concerniente á la licencia se saca copia testimoniada con la relacion competente para insertarla en la escritura de renuncia: aunque á los religiosos se entregan originales la licencia y el pedimento ó memorial que la motiva, y todo se une á la escritura. Pero no obstante la esploracion y licencia, si los religiosos ó religiosas entraron y profesaron violentados, pueden reclamar ante el Ordinario con justa causa la profesion dentro de cinco años contados desde el dia de ésta, permaneciendo en el convento hasta la decision (*c*).

26 Por lo respectivo á las renuncias, ordenó el mismo Santo

(*a*) Conc. lug. cit. cap. 16. (*b*) Conc. cap. 17 cit. (*c*) Conc. Trident. sess. 25, cap. 19 de Regul.

Concilio que los novicios y novicias (fuesen mayores ó menores de 25 años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del Ordinario diocesano ó de su Vicario, y que no surtieran ningun efecto hasta que hubiesen profesado, aun que se corroborasen con juramento, y contuviesen renuncia espresa de este ausilio; cuya nueva forma mandó observar inviolablemente, bajo la pena de nulidad (*a*) Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de dichos dos meses últimos del año, contado desde el dia de su ingreso en el convento, no obstante que despues de cumplidos se defiriese mucho ó poco tiempo la profesion; ni las donaciones, testamentos, ni otras últimas voluntades formalizadas antes de entrar en religion sin la citada licencia, sino solamente las renuncias hechas despues de haber tomado el hábito; y asi para la validacion de éstas, y no para las demas, es indispensable observar la forma que prescribió (*b*). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes de cada reino ó provincia, en cuanto al modo de suceder y heredarse los ascendientes y descendientes legítimos, y los parientes de los religiosos, por ser esto como cosa profana, peculiar y privativo de la potestad secular.

27 Siendo real, abdicativa y estinctiva la renuncia han de renunciar los que la hacen, sean ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen y se les han diferido entonces, (y si son ascendientes ó descendientes, sus legítimas) sino tambien los que por cualquier título, causa ó razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo por testamento y abintestato de parientes y estraños, por causa presente y futura; pues para que se entienda comprehendido todo esto en la renuncia, es preciso que se especifique, y no se estimará incluido en ella ni en la general de legítimas, y de otros bienes y derechos.

28 Igualmente han de conceder facultad á la persona en cuyo favor se hace la renuncia, para que luego que se haga la profesion, (si son religiosos, y no siéndolo, incontinenti ó desde el dia que señalen) disponga de los bienes renunciados como dueño propietario y absoluto en contrato, ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, espresando que si dicha persona falleciere antes que ellos sin testar, pasen los bienes á los que deben heredarle abintestato, con cuya espresion se evita la duda de

(*a*) Conc. cap. 16 cit. (*b*) Gallemart. in Declar ad Conc. sess. 25, cap. 16 de Regul. Card. de Luc. de Renunt. disc. 1, n. 15.

si la renuncia fue translativa personal, ó real estinctiva, de si hubo ó no caducidad, de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben ó no hacer reversion los bienes á los renunciantes. Si quisieren que sea translativa personal, esplicarán su voluntad con tal claridad que no haya lugar á siniestras interpretaciones; pues con lo esplicado tiene bastante luz el escribano para instruirlos y proceder con distincion de casos.

29 Por ser este contrato como de enagenacion uno de los que la ley (a) permite corroborar con juramento, no solo pueden hacerle en él los menores de 25 años, sino tambien los mayores de ellos, obligándose bajo de él unos y otros á tener por firme la renuncia, á no revocarla en todo ni en parte, ni oponerse á su contenido con pretesto de menor edad, (si fueren menores) lesion en sus legítimas, (siendo ascendientes ó descendientes) miedo reverencial, (si hay motivo para tenerle) dolo ni violencia para renunciar en aquellos términos, ni con otro motivo, sea el que fuere, sin la mas leve escepcion ni reserva; y asi conviene se haga á fin de que sea estable y no pueda el renunciante revocar la renuncia con otra, como ya se ha visto, ni alegar que es pacto de no suceder, que está reprobado por derecho, porque con el juramento se corrobora, segun diré en el núm. 31. El hijo de familia que entra en religion, no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como creen algunos poco instruidos; pues para este efecto se le contempla fuera de ella y basta la licencia del Ordinario diocesano, que es su juez.

30 Puede prevenir en la renuncia el novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entonces posee, en los casos de que pase de su religion á otra igual ó menos estrecha, de que le den obispado ú otra dignidad, ó en el de que se secularice con dispensa: bien que en este puede disponer libremente con arreglo á las leyes de estos reinos, segun he sentado en el cap. 1, núm. 25, haya renunciado á favor de su convento, ó profesado sin renunciar; mas por si éste resiste á devolverle sus bienes, alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia á su favor se esprese; »que la hace para que sea dueño de ellos, si falleciere en la religion y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profeso por enfermedad ú otro motivo, sea el que fuere sin

(a) La 12, t. 1, lib. 4 R. 6 t. 1, lib. 10 N R.

escepcion, se los ha de restituir todos incontinenti, á cuyo fin le prohibe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos mientras viva.» Tambien puede prevenir qué se ha de hacer, si renuncia á favor de su convento, caso que éste se suprima ó se estinga la religion, ó cuando la persona por quien se hace la renuncia no quiere admitirla, ó siendo esta translativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante; ó á quién, muriendo dicha persona testada ó intestada antes que él, estén ó no en poder de ella, ó pasar á los herederos que haya instituido, ó deben heredarle abintestado, el renunciante puede conceder al estraño en cuyo favor hace la renuncia, facultad para disponer libremente á favor de quien quisiere en vida y por muerte de los bienes que posee y le cede, aunque este tenga ascendientes ó descendientes legítimos; pues no militan en este caso las leyes que hablan de las legítimas de estos. Asimismo puede imponer como donante al que no sea su heredero forzoso, los gravámenes y condiciones posibles y honestas que le parezca.

31 El pacto ó renuncia que hace un hijo de sus legítimas y sucesiones futuras, hállese ó no bajo el poder de su padre, está reprobado en el derecho romano, y por lo mismo es nulo, aunque le haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente ó consanguíneo á quien debia heredar, en premio y compensacion de la renuncia; pero si esta se corrobora con juramento, será firme é irrevocable, porque este hace válido el contrato que puede revocarse sin él, siempre que no se convierta en detrimento de tercero, ni ceda en dispendio de la salud eterna, ni sea contra buenas costumbres (*a*), como sucede en el presente. Lo mismo se ha de decir con mayor razon de la licencia jurada que los ascendientes legítimos conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser una renuncia de la legítima que por su fallecimiento les puede corresponder, ó un pacto de no suceder; sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar tal licencia ó renuncia, porque carecen de accion á los bienes de su hermano contra su testamento. Asi vemos que se admite llanamente en los tribunales, aunque perjudica tan solo al que la da, no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su descendiente legítimo, los cuales percibirá enteramente siendo único.

(*a*) Cap. 2 de Pact. in 6, y en él Covar. y Gutierr.

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

TRATADOS DE MONJAS.

32 *Tratado primero.* Estando en el locutório bajo del convento de Santa Catalina del Orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos comparecierou de la parte de adentro de la reja las Madres, Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, Sor Antonia, Juana y Eustaquia, discretas, y Sor F. F. y F. &c. á quienes, doy fe, conozco, todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en este convento; por sí y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y de las que lo fueren en lo sucesivo; por quienes prestan caucion, de que tendrán por firme todo lo que aquí se contendrá, obligando espresamente á ello los bienes y rentas presentes y futuras de este convento; y estando congregadas como lo acostumbran, cuando han de conferir asuntos concernientes al servicio de Dios y utilidad de este convento, propuso la referida abadesa á las demas que D. N. de tal, vecino de tal parte, tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la cual quiere ser religiosa de coro y velo negro en este convento: de que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado en esta forma: (*se espresará en cuál y á qué plazos la ha de pagar*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerle este convento á sus legítimas y sucesiones futuras, sino que lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre: en cuya atencion les manda que vean si conviene ó no recibirla, y qué dén su voto libremente; y enteradas respondieron, que mediante á estar informadas de la virtud y recogimiento de la mencionada Narcisa, y á ser competente la dote que su padre ofrece, les parece útil y conveniente admitirla; pero que sin embargo lo reflexionarán mejor, y resolverán lo que mas convenga, por cuya razon suspenden dar ahora su voto decisivo. Así lo dijeron y firman, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa (*Conforme á este tratado se han de estender los otros dos, relacionando el primero en el segundo, y ambos en el tercero, en el cual resolverán que se le dé el hábito y admita por religiosa, obligándose su padre á cumplir su promesa en los plazos propuestos: despues impetrarán la patente ó licencia de su superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion. En muchas partes no se hace escritura de nada de esto, sino tan solo de la renuncia y entrega de la dote; pero sin embargo lo estenderé para que sirva de modelo al escribano, por si le ocurre*).

33 *Escritura de recepcion.* Estando en la portería del Convento de Santa Catalina del Orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, &c. á quienes, doy fe, conozco, todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en él: por sí, y en nombre de las impedidas le-

gitimamente para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes prestan caucion, de que aprobarán el contenido de esta escritura, dijeron: que Don F. de tal, vecino de esta villa, en atencion á la firme vocacion que desde su tierna infancia ha tenido Doña Narcisa, su hija legitima, de ser religiosa de coro y velo negro en este convento, para servir mejor á Dios y á su Santísima Madre, solicitó con dicha Madre Abadesa se la recibiese por tal, ofreciendo á este fin tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado segun estilo, siempre que en el término prefinido por el Santo Concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renunciase á su favor sus legitimas y sucesiones futuras; y habiéndolo hecho presente la Madre Abadesa á las demas religiosas, y conferidolo éstas entre sí, celebrando los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y dieron parte de su deliberacion al Ilustrísimo Señor Don N. Obispo de esta diócesi su superior, quien en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes y año, refrendada de D. N. su Secretario, que con los tratados se une original á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados, y su contenido á la letra es el siguiente. (*En seguida y §. aparte se ponen los tratados y licencia por su órden.*)

Concuerdan los tratados y licencia insertos con los que están en el protocolo de esta escritura, de que doy fe, y usando las mencionadas religiosas de la dicha licencia, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgan; que reciben por Monja de coro y velo negro á la referida Doña Narcisa de tal que se halla presente, y se obligan á que dentro de los dos meses inmediatos á su profesion renunciará á favor de su padre sus legítimas y sucesiones futuras, formalizando la escritura correspondiente, y este convento la de aprobacion, si fuere necesaria; y si por olvido ú otro motivo no se formalizaren, y profesase sin haber renunciado, desde ahora por lo que toca á este convento la han por hecha todas las Madres otorgantes con todas las firmezas legales renuncian para siempre el derecho que podia tener á ellas este convento, y lo traspasan enteramente para siempre en el citado D. F. y en quien le suceda y represente, para que las goce y disponga á su arbitrio de ellas y su importe como de cosa suya adquirida con legítimo título: mediante á que en la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer á este convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas espuestas en su introduccion, con lo cual se dan las otorgadas y este convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la Doña Narcisa, y de todo cuanto le puede corresponder por sus legitimas y sucesiones futuras por testamento y abintestato, ó por contrato de padres, parientes y estraños por causa presente y futura; y se obligan á no pedir mas con este ni otro pretesto al espresado Don N. su padre, ni á sus herederos en ningun tiempo. Asi pues, habiendo oido á la letra y entendido esta escritura dicho Don N. dijo: que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este convento queda formalizada, y se obliga á satisfacerle en su consecuencia á los plazos referidos los tantos reales que ofreció á la Madre Abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la mencionada su hija, á cuyo puntual pago y al de las costas que por falta de este se le causen en su esaccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de esta en la relacion jurada, de quien sea parte legitima para su percibo, y le releva de otra prueba. En esta atencion, todos por lo que les incumbe, prometen no tergiversar ni reclamar este contrato, ni alegar por sí ni por interposita persona escepcion alguna, aunque sea admisible en juicio; y

si lo hicieren, á mas de no ser oidos, quieren se le condene en costas, para cuyo cumplimiento obligan el citado Don N. todos sus bienes, y las referidas religiosas los de este convento, y derechos presentes y futuros, &c. (*Aquí se pondrá la renuncia de leyes, del beneficio de menor edad y ausilio de restitucion por entero que compete al convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato y nada mas*).

34 *Renuncia de Monja.* Estando en el locutorio bajo (ó puerta reglar) del convento de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Soror, ó Doña Francisca de tal, novicia en él, á quien doy fe, conozco, menor de veinte y cinco años, natural de tal parte, é hija legítima de Don F. y Doña F. de tal, vecinos de la referida villa = dijo: que desde su tierna infancia ha deseado con ansia ser religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de su razon, ha conocido los escollos y peligros del mundo, que son obstáculos para servir á Dios, y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que se halla presente, pasó éste á tratar del particular con la Madre Abadesa de este convento, y le ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene, y puede tener á sus legítimas y sucesiones futuras, asi por línea recta como transversal, por testamento y abintestato de parientes y estraños, por causa presente y futura, y por otro cualquier motivo, obligándose en este supuesto á su pago en escritura que otorgó en tal dia, mes y año, ante N. escribano, y precedidas las solemnidades acostumbradas, fue admitida por religiosa de coro y velo negro en este convento, que condescendió en todo con la proposicion de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del señor Vicario general de esta diócesi, en tantos de este mes, refrendada de F. notario de su tribunal, la cual se une á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados y su contenido á la letra es el siguiente. (*En seguida y § aparte la licencia del Ordinario*).

Concuerda esta licencia con la que se halla en el protocolo de esta escritura, de que doy fe; y usando de ella la otorgante, mediante á estar dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, que prefine el Santo Concilio de Trento, en la forma que mas haya lugar en derecho, de su libre voluntad = Otorga; que desde ahora para cuando haga su profesion, y desde ésta para siempre renuncia á favor del mencionado su padre todos los bienes y derechos que actualmente le pertenecen y pueden corresponder en adelante, asi por muerte de sus padres, como por otras herencias, por testamento y abintestato, por legados y donaciones puras, ó por causa de muerte, de parientes y estraños, por causa presente y futura, y la esperanza de ellos sin limitacion ni reserva: se aparta absolutamente, y aparta á su convento de cualquier derecho que tenia y podia tener á ellos, y éste por su representacion, transfiriéndolo todo con cuantas acciones le competen en el mencionado su padre, para que dé su autoridad ó judicialmente, verificada que sea su profesion, tome la posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le corresponden, y sin su intervencion los enagene y disponga de ellos como dueño á su arbitrio, en contrato ó última voluntad á favor de parientes ó estraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, á las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado á dejarlos á sus hermanos; pues para esto le subroga

en el que tiene y tendria si se hallára en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues que su padre; y para que no necesite tomar la posesion formaliza á su favor esta escritura, y me pide que le dé de ella las copias autorizadas que quisiere, con la cual, como legítimo y justo título, sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado, puesto que con la dote que le ofreció se da por satisfecha de todo cuanto por las razones espuestas le corresponderia á permanecer en el siglo; en cuya atencion declara no haber lesion alguna, y caso que la haya, le hace del esceso en poca ó mucha cantidad, donacion pura é irrevocable, renunciando á mayor abundamiento la ley 1, tit 11, lib. 5 de la Recopilacion, que trata de los contratos en que hay lesion, y los cuatro años que prefine para pretender su recision ó el suplemento á lo justo. Asi pues, se obliga á no revocar ni en todo ni en parte esta renuncia abdicativa, real y estintiva, aunque para ello tenga escepcion legítima favorable, y si lo hiciere, á mas de ser nulo y no deber oírsela judicial ni estrajudicialmente, ha de ser condenada en costas; y no obstante que por enfermedad ú otro motivo se difiera mucho tiempo su profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, á causa de deberse tener ésta por irrevocable, de suerte que aunque su padre muera intestado, ó intervenga nueva causa y derecho, ó cese aquella porque formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion, ni recaer en ella ni en su convento los bienes que posee, ni los que heredaria estando en el siglo, si no pasar á los parientes que debau heredarla, para lo cual formaliza desde ahora la renuncia abdicativa y estinctiva mas eficaz que se requiere legalmente, y renuncia las leyes que la favorecen con el ausilio de la restitucion por entero que por ser menor la compete. Ademas jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como esta ✠ que cumplirá esacta y literalmente todo cuanto ha prometido en esta escritura; que con el pretesto de ser éste un contrato celebrado entre padre é hija, con el de menor edad, con el de lesion en mas ó menos de la mitad de lo que la tocaria por sus legítimas y herencias futuras, si sus padres fallecieran antes de profesar, y podria tocar en adelante; con el de preterícion y exheredacion, con el de dolo, sugestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre (pues nada de estas cosas interviene), ni con otro motivo, sea el que fuere, sin escepcion ni limitacion, no reclamará ni contravendrá á esta renuncia; que contra ello no tiene hecha ni hará protesta, y si pareciere, ú otra renuncia posterior, las revoca y anula; que no ha pedido ni pedirá relajacion de este juramento á ningun prelado eclesiástico, y que aunque se le conceda de motu propio, no usará de ella, pena de perjura, y de incurrir en las demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes; y en fin, que para la perpetua firmeza de este contrato quiere que en cuanto al efecto de heredar por testamento ó abintestato, y á los demas civiles, se la tenga desde su profesion en adelante por estraña y muerta naturalmente. Asi lo otorga y firma, siendo testigos &c.

35 Con arreglo á la renuncia anterior podrá el escribano estender todas las de religiosas novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner cuanto aquella contiene, por lo que si la renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio que le compete por tal; si su padre no le da dote, nada se ha de tocar de ella; si no tiene ascendientes no viene al caso hablar de legítimas; si carece de bienes propios es necedad mencionarlos, y poner espresiones ó cláusulas correspondientes á su posesion; si se gobierna por sí sin dependencia de nadie no hay motivo para hacer es-

presion del miedo y respeto reverencial, &c. pues el ponerlo todo en todas es un absurdo, y asi, para que el escribano no sea tenido por necio omitirá lo que no sea conducente, conformándose con las circunstancias que concurran en la renunciante, y con lo que quiere renunciar. Si su prelada asiste al otorgamiento puede firmar la renuncia solo por su concurrencia, aunque no es nada necesaria para su validacion. Las renuncias de religiosos novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar, ni propinas, ninguna espresion se hace de ellas.

36 *Licencia para testar.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, dijo: que Fernando Lopez, su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante á ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y abintestato, en caso de no dejar hijos legítimos ni naturales, á no necesitar sus bienes para mantenerse, y á no permitirle la ley sesta de Toro disponer de mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dejarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor que profesa al citado su hijo, á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y á otros justos motivos que le impelen, han deliberado condescender á su súplica, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar por derecho de su libre voluntad=Otorga y concede amplia licencia al espresado Fernando Lopez, su hijo, para que disponga por testamento, codicilo, donacion, ó en otro cualquier instrumento de todos los bienes y derechos que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios y otros parientes y estraños, y adquiriere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, abintestato, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa presente y futura sin restriccion, á favor de la persona ó personas que le pareciere, exheredando y escluyendo al otorgante de su sucesion en uno ó mas testamentos y contratos, y usando de ellos y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tuviera ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En esta atencion renuncia desde ahora enteramente por sí y sus descendientes el derecho que tiene y puede adquirir á dichos bienes, escepto que su hijo muera intestado, y le traspasa para siempre á dicha persona ó personas para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato que el espresado su hijo formalizáre, les correspondan, y los gocen y enagenen, haciendo de ellos lo que quisieren como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título, sin intervencion del otorgante, quien jura por Dios nuestro Señor y una cruz como esta ✠ que no revocará ni reclamará ni en todo ni en parte esta licencia y renuncia con pretesto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque no se mencione ni inserte en ellos, y por estatutos legales le sea permitido, mediante á no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda espuesto. Asimismo jura que de este juramento no tiene pedido ni pedirá absolucion ni relajacion á quien puede concedérsela, y que aunque de motu propio se le conceda no usará de ella, pena de perjuro, de incurrir en infamia y demas impuestos por derecho á los infractores de los juramentos. Finalmente, jura que no tiene hecho juramento de no hacer renuncias, cesiones, ni conceder licencias para testar, ni protesta, ni reclamacion contra ésta. Por tanto, para subsistencia de este instrumento y de los que se otorguen en su vir-

tud obliga todos sus bienes y derechos, &c.

37 Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legítimos en escritura como la anterior, sino tambien en el propio testamento ó poder para testar que estos otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligandose á no reclamarlos, ni tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas correspondientes en los propios instrumentos; pues no basta que el escribano ó los otorgantes aseguren que se la conceden, sino que es preciso que los mismos ascendientes lo digan y juren no revocarla, firmándolo si saben, ó un testigo por ellos, como si la dieran en escritura separada, lo cual tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

38 Las recepciones de religiosas, renuncias de legítimas y herencias futuras y sus ratificaciones se han de escribir en el papel del sello primero; los tratados se estenderán en el del sello cuarto, y la licencia para testar en el del sello segundo.

CAPITULO VIII

De la reservacion que tiene que hacer el viudo ó viuda que se vuelve á casar.

§. ÚNICO.

1 La muger que contrae segundas nupcias está obligada á reservar para los hijos de su primer matrimonio todos los bienes que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion pura ó por causa de muerte, y por otro cualquier titulo lucrativo, aunque antes de casarse se los hubiese donado francamente, á cuya donacion llaman en latin *sponsalitia largitas* (*). En esta atencion no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos ni disponer de ellos entre los hijos del segundo matrimonio, ni entre otros parientes, ni estraños, y ademas los suyos estan afectos é hipotecados tacitamente á su responsabilidad ó á la de su importe, debiendo dar suficiente caucion y seguridad de restituírselos, y usar de ellos á arbitrio de buen varon, que es como buen administrador y padre de familia (*a*), pues por el hecho de volverse á casar pierde su dominio, quedándole solo el usufructo mientras viva, y consiguientemente tampoco puede dejar mas porcion de ellos á uno de los hijos de su primer matrimonio que á los otros, quienes deben dividirlos entre sí con igualdad ó á prorata de su haber con arreglo á la institucion y testamento paterno; lo cual prevendrá el contador en las particiones para que conste á los interesados, y usen á su tiempo de su derecho.

2 No solo está obligada la muger á reservar para los hijos del primer matrimonio los mencionados bienes, sino tambien los que he-

(*) Liberalidad *esponsalicia* ó de esposos.

(*a*) Leyes 26, t. 13, P. 5, y 1, t. 2, lib. 3 del Fuero Real.

rede por muerte abintestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará unicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, no los que le donó otro pariente ó estraño, aunque fuese por contemplacion de su padre, ni los que adquirió con su industria y trabajo, ó le dió, vendió ó permutó; recayeron en ella por otro título que no sea de sucesion; ni cuando queda viuda antes de los 25 años, aunque dentro del de la viudedad los cumpla, pues la menor edad la exíme de la pena de reservacion; ni tampoco los que el hijo le dejó en testamento, porque en el abintestato sucede meramente por ministerio y disposicion de la ley, y por testamento sucede por la de ésta y mediante la voluntad de su hijo, como si fuera estraño; bien que en mi concepto lo mismo debe proceder por testamento que abintestato, escepto en aquello de que el hijo puede testar; y asi deberá reservar las dos terceras partes, y la otra tercera no, porque de ella puede disponer á favor de quien quisiere en virtud de la ley 6 de Toro, y no disponiendo, se verifica que suceden en ella mediante su voluntad, como sucederia un estraño. Pero en atencion á ser esto opinable se adherirá cada uno al dictámen que mas le convenza.

3 Procede esta obligacion, no solo cuando la muger se casa segunda vez, sino dos, tres ó mas, por lo que debe reservar á cada hijo ó hijos los bienes que hubo de su respectivo padre; mas si el marido ó maridos le concedieron licencia para volverse á casar, ó despues de viuda la impetró del Rey ó de sus hijos, no está obligada á reservárselos, y antes bien se dividirán entre todos con igualdad (*a*).

4 En todos los casos en que la muger está obligada á hacer la reservacion para sus hijos, en los mismos sin limitacion ni escepcion lo está el marido si vuelve á casarse (*b*); pero los bienes que multiplican y adquieren con su industria constante el matrimonio nada tienen obligacion de reservarles, aunque se casen muchas veces y de tal matrimonio ó matrimonios en que adquirieron los bienes hayan hijos, y asi podrán disponer de ellos como de los patrimoniales, porque los adquieren con su industria y trabajo, que es título oneroso (*c*).

5 Todo lo espuesto procede y ha lugar cuando por muerte del cónyuge que sobrevive quedan bienes suficientes para satisfacer á los hijos del matrimonio anterior el importe de los heredados del hijo ó hijos muertos, y á la muger última su dote, arras y demas derechos

(*a*) Ley 3, t. 12, P. 4. Gom. ley 14 de Toro, n. 6. (*b*) Ley 15 de Toro, que es la 4, t. 1, lib. 5 R. ó 7, t. 4, lib. 10 N. R. (*c*) Ley 6, t. 9, lib. 5 R. ó 6, t. 4, lib. cit. N. R. Gutier. lib. 2, práct. q. 95, n. 21.

que llevó, y constante el suyo heredó, ó cuando existen los bienes; pero en caso que no haya para todos, que la madre haya dejado, v. gr. tres hijos, y el padre heredado de dos de ellos que murieron abintestato sin sucesion ó en la edad pupilar las legítimas maternas que les tocaron é importó la dote de su madre, y despues de muertos, ó antes vuéltose á casar; se pregunta, ¿si muerto el padre y no esistiendo los bienes maternos será preferida la muger última ó sus hijos por su dote al hijo que sobrevive del matrimonio precedente que solicita la herencia ó parte materna de sus dos hermanos difuntos que su padre debió reservarle, y de que perdió la propiedad por haber pasado á segundas nupcias?

6 Parece que debe ser preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino tambien á sus herederos legítimos, y en concurrencia de dos dotes, la que es primero en tiempo lo es en derecho por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion, aunque tendrá preferencia la segunda en sus bienes dotales conocidos que esistan. Pero en mi concepto lo contrario debe seguirse; lo primero, porque el hijo que sobrevive á su madre no tuvo mas derecho como uno de tres que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirle despues por estar satisfechos de ella, y asi la accion que le compete no es dotal sino hereditaria por la muerte abintestato de sus hermanos, de quien es heredero; pues incontinente que ellos, ó su padre como su legítimo administrador, se apoderan de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no transmitirse éste al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró; y solo será dotal cuando el hijo ó descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna ó abolenga la pretende: lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente hipoteca tácita sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo que la de la dote segunda, como la de ésta tiene el de antelacion segun derecho (*a*) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe tenerle tambien por su dote la muger segunda á quien compete; y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro, y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los numeros precedentes, no es otra cosa que una pena

(*a*) Ley 33, t. 13, P. 5 y 7, Cod. Qui potior in pignor. hab.

que le imponen porque vuelve á casarse (pues se presume que amará mas á la segunda muger y á sus hijos, y que por enriquecerlos defraudará á los de la primera), y asi pierde su propiedad y pasa al hijo que sobrevive, quien por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos como consanguineo mas propincuo, y viene á ser lo mismo que si murieran despues de su padre sin testamento ni tener mas bienes que los maternos, por manera que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la hipoteca tácita. Mas lo referido se litimita, si los bienes reservables esisten, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dejó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado á devolverlos (*a*).

7 La viuda que se casa está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho cuotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse; y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverle enteramente á los hijos del primer matrimonio, pues por ser hacienda de su padre les pertenece en posesion, propiedad y usufructo (*b*); y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservársele, y que ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictámen, porque la ley del Fuero Real (*c*) que trata de esto y está en uso, no lo dice. He aqui sus palabras. »Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habien cotidiano finque (*quede*) al vivo, é si casare, tornenlo á particion con los herederos del muerto" (*d*). La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar, por lo cual si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue) no se les debe abonar; y aunque el testador legue á su consorte el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se le concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales. (*)

(*a*) Sobre esto y otras cosas concernientes á la reservacion se trata mas espresamente, lib. 2, cap. 5, II P. (*b*) Ley 6, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real. Gutierlib. 2, pract. quæst. 93, 94, y 95. (*c*) La 6, tit. 6, lib. 3. (*d*) Véase sobre esto la P. II. lib. 1, cap. 6.

(*) Se omite aqui un breve cap. *de los bienes gananciales*, porque en la P. II. se trata de ellos con mucha mayor estension.

CAPITULO IX.

De los mayorazgos y sus agregaciones.

§. I.

1 El mayorazgo es *un derecho que tiene el primogénito mas próximo de suceder en los bienes dejados con la condicion de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia* (*a*). Tambien se llama mayorazgo por estension cualquiera derecho de suceder en bienes vinculados por fideicomiso ú otra disposicion segun las reglas que prescriba el fundador, como asimismo el conjunto de bienes vinculados. (*) Puede ser *temporal y perpetuo*; temporal es *cuando se funda únicamente para ciertas líneas ó personas, mandando el fundador que acabadas ó muertas cese la vinculacion de sus bienes, y pueda el último poseedor disponer de ellos á su arbitrio, ó los dé á otro sin aquel gravámen*; y perpetuo es *cuando espresa ó manifiesta el fundador de algun modo que lo sea*, en cuyo caso

(*a*) Molina de Hispan. primog. lib. 1, cap. 1, nn. 5, &c. y 22.

(*) La ignorancia que ha adoptado tantas veces como verdades inconcusas los errores mas funestos para la humanidad, ha permitido y aun fomentado los vínculos y mayorazgos creyéndolos útiles al estado sin embargo de ser muy contrarios á la poblacion. Esta es en toda sociedad proporcionada á su subsistencia, la cual disminuyen sobremanera las vinculaciones, por destinar á uno solo lo que corresponde y debe distribuirse entre muchos. Cáusame admiracion ver propagada por casi toda la Europa una tan fatal institucion como la de los mayorazgos, cuando á primera vista choca y ofende á todo corazon humano y sensible que muchos hijos menores hayan de ser sacrificados á su hijo mayor, y que aquellos hayan de pasar su vida en la miseria é indigencia, para que éste pueda hacer ostentacion de su lujo, de sus facultades y aun tal vez de sus vicios. No es lo que importa al estado el que unas pocas familias conserven su lustre y esplendor á costa de infinitas sumergidas en la desdicha y oscuridad, sino el que por medio de la mejor distribucion de las riquezas puedan todos los ciudadanos vivir con desahogo y comodidad. Estas verdades que los escritores económicos nos han demostrado con la mayor evidencia, y que debieran ser mas conocidas del vulgo, no se han escapado de los ojos perspicaces de nuestro ilustrado gobierno, quien al mismo tiempo ha conocido otros perjuicios considerables que han hecho y hacen al estado las vinculaciones. Prueba manifiesta de todo esto son las varias reales órdenes insertas al fin de este capítulo que oponiendo diferentes obstáculos á la institucion de mayorazgos y vínculos, y concediendo ciertas facultades para la enagenacion de sus bienes conspiran sabiamente á impedir su aumento, y aun á disminuir el número de los ya establecidos.

no solo pasará despues de los llamados á otros parientes, sino tambien á los estraños que nombre el último poseedor (*a*).

2 Tantas son las especies de mayorazgo cuantas son las maneras de instituirle que pueden ocurrir al hombre (*b*); pero la principal division que se hace es en *regular* é *irregular*. El primero es *aquel en que se sucede segun el órden prescripto para la sucesion del reino por la ley* 2, *tit.* 15, P. 2, *esto es, aquel para cuya sucesion se nombra primero al hijo varon mayor y á sus descendientes legítimos, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues á los demas por el mismo órden, guardándose entre ellos la prelacion, atendida la línea, grado, sexo y edad, y observándose lo mismo en los transversales*, porque la voluntad del instituidor no apetece cualidad alguna en el primer llamado ni en los siguientes.

3 Es regular el mayorazgo en estos casos. 1. Cuando dice el fundador: *Instituyo mayorazgo de tales bienes, ó lego ó dono á Pedro tales bienes, para que los tenga y posea con título de mayorazgo.* 2. Cuando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de Pedro, y despues de él sucedan sus hijos ó descendientes, prefiriendo el mayor al menor y el varon á la hembra*; ó cuando hace muchos llamamientos y concluye diciendo *que el varon suceda á la hembra.* 3. Cuando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de tal hijo ó pariente mio, y mando que despues de sus dias se suceda en él por líneas, ó que se suceda de línea en línea.* 4. Cuando dice: *que funda mayorazgo*, y habiendo llamado á su obtencion á algun varon manda *que despues de este sucedan todos sus hijos y descendientes por línea recta*: *ó cuando llama á la sucesion á todos los varones suyos por línea recta* 5. Cuando dice: *Mando que en este mi mayorazgo se suceda por línea recta: ó instituyo mayorazgo en favor de mis hijos y descendientes por línea recta.* 6. Cuando por carecer tal vez de hijos el fundador dice: *suceda en este mayorazgo Pedro ó tal pariente mio, y despues de él todos mis parientes por mi línea paterna*, en el cual caso nunca sucederán los de la materna. 7. Cuando aunque llame primero á su sucesion á algunos varones manda *que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido, ó los que fueren de su familia, ó dice que le funda para la conservacion de su linage, ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia ó parentela*; en cuyos tres ultimos llamamientos se comprenden asi los parientes de parte del padre co-

(*a*) Molina, dicho lib. 1, cap. 4, nn. 15 y 16. (*b*) Alv. Pegas de mayorat. tom. 2, cap. 11, n. 1.

mo los de parte de la madre del mismo fundador. 8. Cuando dice: *que sucedan en el mayorazgo su hijo Pedro, despues su hijo primogénito varon, y en defecto de estos su nieto primogénito varon y los demas descendientes suyos varones*; ó cuando habiendo llamado á algunos concluye diciendo, que asi se proceda siempre en la sucesion de su mayorazgo. 9. Cuando llama á su hijo varon mandando que despues de él suceda el hijo heredero legítimo de su hijo, á falta de éste el segundogénito del propio fundador, en seguida sus hijos herederos legítimos, y asi sucesivamente su legítima posteridad sin hacer mencion de las hembras (*). 10. Cuando teniendo el fundador tres ó mas hijos varones manda *que el mayor suceda en el mayorazgo, despues el segundo y últimamente el tercero*, en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor se han de acabar ántes que entren las del segundo, y las de este primero que entren las del tercero. 11. Cuando hizo muchos llamamientos de varones y entre estos de alguna hembra ó hembras, habiendo algunos otros varones agnados ó cognados que podria nombrar y no nombró. 12. Cuando la hembra funda el mayorazgo; pues aunque llame á muchos varones, no es visto haber querido que no sucediesen hembras, ni aborrecido á su propio sexo. 13. Cuando llamó á algun hijo, sobrino, ó pariente varon, y al hijo, nieto y viznieto mayores de cualquiera de aquellos, y mandó que asi sucediesen todos sus parientes con el gravámen de llevar el nombre y apellido suyo, y sus armas é insignias. 14. Cuando al principio hizo fundacion de agnacion rigorosa, y despues llamó en general para cuando se acabasen los agnados, á los demas parientes suyos, ó indefinidamente á su pariente mas cercano y demas con el gravámen referido; pues faltando los agnados llamados espresamente cesa la agnacion y el mayorazgo empieza á ser regular, porque las hembras pueden llevar el apellido, armas é insignias del fundador. 15. Cuando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí sobre si el mayorazgo es *regular*, *agnaticio*, *ó de masculinidad*, pues en caso de duda se ha de tener por regular. 16. Cuando el fundador instituye mayorazgo perpetuo y llama á todos los agnados que tiene sin hacer despues mencion de nadie; pues faltando los llamamientos del hombre entran los de la ley. 17. Cuando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular en el mayorazgo des-

(*) En este caso y en el anterior es regular el mayorazgo, porque aun no se entienden escluidas las hembras.

de su fundacion, cuya escritura no se encuentra, pues á falta de ella se ha de estar á la costumbre de suceder y al órden prescrito por la ley; de suerte que si se sucede en los términos regulares, se debe estimar por regular, si se acostumbra suceder por vía de agnacion, se tendrá por agnaticio, &c. (*a*).

4 El mayorazgo irregular es aquel *que en la forma, modo ú orden de suceder se aparta del que se observa en la sucesion del reino, segun dicha ley 2 de Partida* (*). Divídese en mayorazgos *de verdadera y rigorosa agnacion, de agnacion fingida ó artificiosa, de mera, pura, simple ó nuda masculinidad, de feminidad ó contraria agnacion ó masculinidad, de eleccion, de naturaleza alternativa, de segundagenitura, y de incompatibilidad* (**). El mayorazgo irregular de *rigorosa ó verdadera agnacion es el que solo pueden obtener los agnados ó varones de varones*, como sucede en los casos siguientes: cuando el fundador llama precisamente á su goce á los varones de varones, y escluye perpetua y espresamente á las hembras y sus descendientes varones: cuando dice especificadamente *que funda mayorazgo perpetuo agnaticio para sus parientes*; ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion, y nombra á un agnado; cuando llama á alguno, ó á algunos hijos suyos, é si no tiene hijos, á sus sobrinos varones agnados, y manda que despues de ellos sucedan todos los demas descendientes varones de varones de los llamados, ó todos los consanguíneos del mismo fundador por línea masculina, ó que en su mayorazgo jamás sucedan hembras ni varones de ellas: cuando llama á todos sus hijos agnados por sus propios nombres, y á todos los descendientes varones de ellos, y omitiendo nombrar las hembras y cognados, pasa á llamar otros varones transversales suyos; y cuando habiendo llamado primero á un sobrino suyo agnado y á todos los hijos varones agnados de él, dice que si el sobrino muriese sin hijo varon y con hijas, suceda la hija mayor con la obligacion precisa de casarse con varon agnado del fundador: que si al tiempo de la vacante estuviese casada con varon no

(*a*) De estos casos trata latamente Rojas de Almansa, disp. 1, q. 1, §. 1, nn. 5, &c. y 64, donde trae varias ampliaciones y limitaciones, y espone los fundamentos porque con todos estos llamamientos se instituyen mayorazgos regulares.

(*) Esceptuando aquello en que el mayorazgo es irregular, debe considerarse como regular, y han de tenerse presentes los principios y doctrinas que se adaptan al mayorazgo regular.

(**) ¡Graciosos caprichos y estravagancias de los fundadores se encontrarán en las instituciones de estas diversas clases de mayorazgos!

agnado, pase el mayorazgo á la hija segunda soltera con la propia obligacion: que no cumpliendo con ella pase al varon agnado mas cercano del fundador; y que asi se proceda en todas las demas vacantes (*a*).

5 El mayorazgo de *artificiosa ó fingida agnacion es aquel para cuya sucesion llama primero el fundador á algun varon cognado suyo ó á alguna hembra, y manda que despues de él ó de ella solo sucedan los hijos y descendientes varones de varones de dicha hembra ó del referido cognado.* Llámase de *agnacion ficta*, porque regularmente le funda quien no teniendo varones agnados finge y quiere conservar del modo dicho cierta especie de agnacion (*b*).

6 El de *pura, nuda, ó simple masculinidad es aquel á cuyo goce solo se admiten varones parientes del fundador, sean agnados ó cognados.* Es de masculinidad el mayorazgo en los siguientes casos. 1. Cuando llama el fundador á algun varon, y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y descendientes varones, porque quiere que el mayorazgo sea para estos y no para hembras. 2. Cuando habiendo llamado á alguno ó algunos varones, manda que no sucedan hembras, mientras haya varones, ó que sucedan varones y no hembras, ú otras palabras semejantes. 3. Cuando teniendo muchos hijos ó sobrinos varones llama primero á su hijo ó sobrino primogénito, y manda que si falleciere sin hijos varones, pase el mayorazgo al hijo segundo del fundador, pasando en silencio las hijas del primogénito, y que si el segundo hijo muriese sin hijos varones, pase al tercero y á sus descendientes varones. 5. Cuando llamando á alguno ó algunos varones manda que su mayorazgo vaya siempre de varon en varon, ó pase de un varon á otro. 5. Cuando el fundador que no tiene agnados, llama á muchos varones, ó hace muchas substituciones en los varones y descendientes varones de estos sin hacer mencion alguna de las hembras. 6. Cuando teniendo agnados y cognados llama alternativamente á unos y otros, como si llamase en primer lugar á un agnado, y á sus hijos y descendientes varones de estos, despues á un cognado y á los suyos, y asi á otros y á sus descendientes varones. 7. Cuando manda despues de instituir el mayorazgo, habiendo llamado á varon ó á nadie que suceda primero en él la línea de los varones, y despues la de las hembras, en cuyo caso estinguidas las de aquellos en-

(*a*) Rojas lug. cit. nn. 2 y 3, y 70, &c. y 101. (*b*) Rojas lug. cit. nn. 102, 103, 104 y 105.

trararán las de estas y no antes. 8. Cuando llama á sus hijos y descendientes, ó á algun colateral y á los suyos, imponiendo á todos los poseedores cierto gravámen que consiste en hacer ó egercer algun ministerio que ninguna muger puede desempeñar. 9. Cuando habiendo fundado un mayorazgo agnaticio manda que á falta de agnados sucedan los demas parientes suyos varones sin hacer mencion de las hembras, en cuyo caso acabada la agnacion queda de nuda masculinidad. 10. Cuando despues de llamar á alguno ó algunos varones manda que pase siempre el mayorazgo de heredero en heredero varon. 11. Cuando hechos algunos llamamientos de varones en sus propios hijos ó transversales manda que siempre que el último poseedor fallezca sin hijos varones ó con una hija, suceda en el mayorazgo otro hijo ó descendiente varon con obligacion de dotar ó dar alimentos á aquella (*a*).

7 Si el poseedor tiene una hija, y ésta un hijo varon que vive al tiempo de la muerte de su abuelo, sucederá el hijo de la hija, porque presume el derecho que existe el poseedor, y no se hace mérito de la hija; y si por no tenerle ésta pasa el mayorazgo, como debe pasar á otra línea, y le pretenden dos varones, uno descendiente de dos ó mas hembras continuadas ó sin interpolacion de varon, y otro de una sola, le llevará éste, aunque su línea sea posterior, porque cuando hay interposicion de dos hembras continuadas, no finge el derecho que el varon está en el vientre de la una, ni puede fingirlo, y sí cuando es una sola, pues se prescinde de ella como si no la hubiera, segun se ha determinado varias veces; mas para quitar dudas será mejor espresarlo en la fundacion (*).

8 El mayorazgo de *femineidad es aquel para cuyo goce llama el fundador á las hembras.* Es de dos maneras: de femineidad *propia é impropia*: el de femineidad *propia y verdadera es, cuando el fundador escluye de la sucesion á todos los varones, y manda que indispensablemente lo posean siempre las hembras de su familia.* Entiéndese que el mayorazgo es de femineidad, cuando el fundador llama primero á una hembra, luego á otra, y omisos los varones mas cercanos llama tambien despues de aquellas á otras hembras mas remotas. Llamase de *contraria agnacion* el mayorazgo el de femineidad, *cuando el fundador*

(*a*) Rojas Ing. cit. nn. 106, &c. y 146.

(*) Estamos muy mal con las ficciones de derecho, en el cual solo quisieramos ver realidades, que son las que nos bastan; pero aun tenemos por desgracia innumerables discípulos serviles de unos jurisconsultos, divididos en varias sectas que fingieron mucho.

llama á hembra, mandando que despues de la primera suceda siempre hembra de hembra y de *contraria masculinidad, cuando manda que le posea siempre hembra, sin espresar si ha de ser hembra de hembra, ó hembra de varon* (*a*). El mayorazgo de femineidad *impropia ó limitada* es, *cuando le funda en favor de hembras, y manda que teniendo varones y hembras el poseedor sucedan éstas en él y no aquellos; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon y despues de sus dias la hembra mayor*; de modo que habiendo hembras y varones hayan de preferirse siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas pueda obtenerle el varon, sin que por falta de ellas pase á otra línea.

9 El mayorazgo de *eleccion* es *aquel á cuyo poseedor confiere el fundador la facultad de elegir por sucesor á alguno de sus hijos, y á falta de estos al pariente suyo que mejor le parezca.* Conceden los fundadores esta facultad para que los sucesores sean mas humildes y obedientes á sus padres y mayores, no los traten con desprecio, y antes bien tengan emulacion en ser virtuosos y de loables costumbres (*b*). Para que se llame propiamente de eleccion, no solo han de conferir la facultad de elegir al primer sucesor sino tambien á los demas.

10 El mayorazgo de eleccion debe pasar al primogénito del poseedor siempre que éste no haga uso de su facultad (*c*), la cual no se estiende á nombrar estraños, sino que se limita precisamente á los parientes, y teniendo hijos á éstos, á no ser que el fundador diga lo contrario.

11 El poseedor no debe escederse en su eleccion de los límites ó facultades conferidas, pues si se escede, no gozará el mayorazgo el nombrado; y caso que tenga amplia y libre facultad para elegir, podrá nombrar de la familia al que quiera, aunque sea el mas remoto, y á dos ó mas sucesivamente, porque esto no repugna á la naturaleza del mayorazgo.

12 La facultad de nombrar sucesor al mayorazgo, así como la de nombrarle á capellanía es personal y limitada á la prudencia y discrecion del poseedor, y por lo mismo no puede cederse ni transmitirse á los herederos (*d*).

13 Pueden ocurrir dudas sobre si una vez concedida dicha facultad al primer poseedor se entiende meramente personal, ó real y trans-

(*a*) Rojas lug. cit. nn. 147, &c. y 152. (*b*) Molin. de Primog. lib. 2, cap. 4. (*c*) Molin. lug. cit. n. 42. (*d*) Olea de Cesion jur. tit. 3, quæst. 1, nn. 49, 50 y 51.

cendental á todos los demas poseedores: sobre si teniendo hijos varones y hembras puede llamar á estas con esclusion de aquellos: sobre si hecha la eleccion por cualquiera poseedor podrá variarla, háyase ó no entregado al electo la escritura en que se hizo; y sobre quién, muriendo alguno ó algunos sin elegir, ha de suceder por su muerte con esta facultad ó sin ella: en cuya atencion advertirá el escribano al fundador que manifieste claramente su voluntad para evitar pleitos y gastos (*a*). Tambien le advertirá por igual motivo, declare, si el último poseedor del mayorazgo de otra cualquiera clase á quien se concede facultad espresa para elegir sucesores no parientes del fundador podrá ó no revocar, alterar, variar ó aumentar con causa ó sin ella el nombramiento de sucesor ó sucesores que una vez haga en contrato ó en última voluntad, haya entregado ó no la escritura al electo; y asi consintiendo en ello el fundador pondrá en la fundacion la cláusula siguiente. »Porque algunos últimos poseedores á quienes se concede facultad para elegir sucesores, varian y revocan la eleccion que hacen, tal vez sin tener motivo, ó por causas leves y despreciables, originándose de esto discordias ó pleitos, que detesto; para evitarlos mando que los que en los casos en que les permito elegirlos, hicieren el nombramiento en última voluntad, puedan siguiendo la naturaleza de la disposicion, revocarle y variarle con causa ó sin ella; pero si fuere en contrato, se lo prohibo, escepto que intervenga, y antes de la revocacion ó variacion justifiquen alguna de las causas porque el sucesor de este mayorazgo puede perderle, ó de aquellas porque segun nuestro derecho pueden los ascendientes exheredar á sus descendientes legítimos, las cuales deberán espresar en la revocacion; por manera que lo que se haga en contrario, ha de ser nulo, háyase ó no entregado al electo el nombramiento. Mas no les prohibió añadir á éste otros que despues de acabada su posteridad legítima posean el mayorazgo (*b*)."

13 El mayorazgo de *naturaza alternativa es aquel á cuya sucesion llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, para despues de ellos al segundo por los suyos, y asi sucesivamente alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, y á falta de esta*

(*a*) Rojas lug. cit. nn. 153, &c. y 180. (*b*) Tocante á si el hijo primogenito que por muerte de sus padres eligio uno de los mayorazgos unidos por causa del matrimonio, podrá variar la eleccion, y tomar el otro, véase á Rojas de Almansa disp. 3, quæst. 8 que defiende la sentencia negativa.

con otro de la del tercer hijo: ó es aquel para cuyo goce llama á uno de una línea por sus dias, á otro de otra, ó á otros de otras, y acabada alguna ó algunas retrocede, si no hay mas líneas, y manda que entre las que haya se alterne siempre por este órden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el órden del llamamiento, hasta que no quede mas que una (a).

16 El mayorazgo *saltuario ó de hecho es aquel en cuyos llamamientos no se atiende á la prerogativa de primogenitura ni á la línea del primogénito sino unicamente á la mayor edad entre todos los de la familia del fundador*; de manera que muerto el poseedor no ha de entrar precisamente á su goce su hijo primogénito, ni el segundo, ni otro de su línea sino el que de dicha familia tenga entonces mas edad, sea ó no el mas próximo pariente del último poseedor. Este mayorazgo no se gobierna por las reglas de los demas ni de alguno de ellos, sino por las de las capellanías, para cuya obtencion se llama al pariente mayor en edad; y es muy perjudicial á causa de que por pretenderle en cada vacante todos los parientes se originan muchos pleitos: en cuya atencion procure el escribano disuadir al fundador de hacer semejante institucion. Se llama *saltuario*, porque en su sucesion se va saltando y pasando de línea en línea, y porque se desvia enteramente de todas las reglas y del órden de suceder que prescriben el derecho comun y real. Tambien se llama mayorazgo *de hecho*, porque en su sucesor solo se busca el hecho de la mayoría de edad natural entre todos los de la familia del fundador; de suerte que no tiene lugar en él el principio de que no pase el mayorazgo de una línea á otra hasta que se haya acabado aquella, como ni tampoco el derecho de representacion ni la regla de la sucesion abintestato (b).

15 El mayorazgo de *segunda genitura* es de dos maneras: de *segunda genitura propia é impropia*. El de *segunda genitura propia* es aquel *á cuya obtencion y goce son llamados espresa y perpetuamente los hijos segundos de los segundos, de tal suerte que muerto el poseedor pasa siempre el mayorazgo no á su hijo primogénito, aunque no tenga, ni espere tener otro mayorazgo, sino al segundo, y asi en todos tiempos y vacantes*; pues el llamamiento del segundo es esclusion del primero y de su posteridad,

(a) Rojas lug. cit. nn. 181, &c. y 199. (b) Rojas lug. cit. nn. 200 &c. y 210. Hay duda en órden al derecho de representacion y sobre si la mayoría de edad se ha de entender mayoría de edad natural ó civil, esto es, si ha de suceder en el mayorazgo el que tenga mayor representacion ó edad; y asi instruya de ello el escribano al fundador, para que manifieste bien su voluntad.

por manera que si el primogénito ha muerto al tiempo de la vacante, y de consiguiente queda el segundo en el órden del nacimiento por primogénito, no obtendrá el mayorazgo, sino que pasará á otro, y si no le hay, á otra línea de la del último poseedor. El de *segunda genitura impropia es aquel para cuyo goce son llamados el hijo segundo, porque el primogénito tiene ó espera tener prontamente otro ú otros mayorazgos, y despues por el órden regular los hijos y descendientes del mismo segundo primero llamado*, de modo que solo con respecto á este es de segunda genitura (*a*). Tambien concibo se podrá llamar de *segunda genitura impropia*, cuando el fundador llama á los segundos sin prohibir que le obtenga el primogénito siendo único; como asimismo cuando escluye al primogénito siempre que tenga ó recaiga en él otro mayorazgo de primogenitura, mandando que en este caso pase al segundo; y que si el primogénito fuese unico, le obtenga el segundo de otra línea.

16 Cuando el mayorazgo es de segunda genitura propia, suele dudarse, sino dejando el último poseedor mas que un hijo ó hija, le obtendrá, y si teniendo dos hijos este hijo único pasará al segundo, ó serán escluidos ambos y su posteridad, aunque no tenga ningun mayorazgo: en cuya atencion hágalo presente el escribano al fundador, y ponga con claridad lo que se ha de hacer en este caso.

17 El mayorazgo de *incompatibilidad es aquel en cuya institucion prohibe el fundador que le posea el que tenga otro, ó al menos otro de idéntica cualidad, por no poder cumplir las condiciones de ambos, ó porque no quiere que quien tenga el suyo, goce otro* (*b*). Hay diez clases ó especies de incompatibilidad en los mayorazgos: una se llama *legal*, porque la establece la ley: otra *de hombre*, que es la que pone el fundador para siempre ó por tiempo en su última disposicion, ó en contrato: otra *tácita*, y es la que se infiere de los dichos ó hechos, ó de las condiciones ó gravámenes puestos por él, aunque nada hable de incompatibilidad: otra *espresa*, como cuando el instituidor dice espresamente que tal, ó tal mayorazgo sea incompatible, ó que no se junte con otro el que funda, ó que no pueda concurrir en persona que posea otro, ú otras espresiones semejantes: otra *absoluta*, porque no permite la union de un mayorazgo con otro de cualquier género y calidad que sea: otra *respectiva*, y es la que solo impide que un mayorazgo se

(*a*) Roj. lug. cit. nn. 211, &c. y 215, y quæst. 13. (*b*) Roj. disp. y quæst. cit. nn. 216, 217 y 218.

junte con otros ciertos y determinados, no con todos: otra consiste *en la adquisicion*, y es cuando un mayorazgo no puede pasar al que obtenga otro: otra consiste *en la retencion*, porque no impide al poseedor del mayorazgo que la tiene adquirir otro que vaque, si no el retenerlos ambos, por lo que debe dejar uno de ellos: otra se llama *personal*, porque se impone solamente á la persona, como cuando el fundador manda que quien posea su mayorazgo no tenga otro; y otra en fin se llama *real y lineal*, que es la que se impone en el mismo mayorazgo, v. gr. cuando su instituidor dice que no quiere se junte con otro, de tal suerte que no solo es escluido de su sucesion el poseedor de otro sino tambien toda su línea, que son sus hijos y descendientes, si en la familia hay alguno capaz de obtener el incompatible, lo cual no sucede cuando la incompatibilidad es personal, porque ésta escluye únicamente al poseedor de otro, no á su posteridad legítima, y así teniendo el padre un mayorazgo puede su hijo obtener el incompatible que vaque (*a*). Por la oscuridad de las fundaciones é impericia de los que las hacen y estienden, ocurren graves dificultades acerca de cuando es real ó personal la incompatibilidad, y para evitarlas adviértalo el escribano al fundador, y ponga la incompatibilidad con toda claridad, y si quiere instruirse de ellas vea á Rojas de Almansa (*b*).

18 Sin embargo de que cualquiera persona hábil para testar y contratar podia antes libremente instituir mayorazgo ó vínculo en contrato ó última voluntad, con facultad real ó sin ella, de parte ó de todos sus bienes, no perjudicando en su legítima á los herederos forzosos, sábia y recientemente se ha coartado mucho semejante facultad. Ya no se pueden fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente por medios directos ó in-

(*a*) Rojas, quæst. 3, §§. 1, 2, 3, 4 y 5, disp. 1. cit. (*b*) Disp. 1, quæst. 4 y 5. El poseedor de mayorazgo incompatible puede administrar otro de su pariente ausente ó de su muger, hijo ó menor, como sólida y nerviosamente defiende contra otros Rojas, disp. 2, quæst. 9, donde se podrá instruir á fondo el jurista aplicado. Sobre si poniendo el fundador la incompatibilidad al primer poseedor, ó á otro del medio ó fin, se entiende tambien puesta á los demas sucesores anteriores ó posteriores, véase en la quæst. 8 y 9: en órden á si una vez aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas, ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela, ú otro gravamen y condicion en otro instrumento en la quæst. 10; y por lo tocante á quién debe probar la incompatibilidad, en la disp. 2, quæst. 1, donde distingue tres casos.

directos la enagenacion de bienes, raices, ó estables sin permiso del Soberano, el cual ha de concederse á consulta de la cámara precediendo informe ó conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó escede, como debe ser, á 3@ ducados de renta; de si la familia del fundador puede por su situacion aspirar á esta distincion para emplearse con utilidad del estado en la carrera política ó militar; y de si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices, lo cual ha de moderarse disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de réditos fijos, como censos, juros, efectos de villa, acciones de banco ú otros semejantes, á fin de que quede libre la circulacion de bienes estables para evitar su pérdida ó deterioracion; y permitiéndose solo lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de grande utilidad pública; por manera que toda vinculacion, mejora ó prohibicion de enagenar sin real permiso es nula, y los parientes inmediatos del fundador ó testador tienen derecho para reclamarla y suceder libremente; si bien no por esto se hallan prohibidas las mejoras del tercio y quinto sin vinculacion perpetua. La facilidad de vincular para siempre toda clase de bienes, el fomento de la ociosidad y soberbia de poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos ó parientes, privándose asi de muchos brazos al egército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios; y el grande abandono de edificios y terrenos vinculados ó prohibidos de enagenar con grande perjuicio del estado, han sido las justísimas causas de tan sábia é importante resolucion (*). Pero en ésta

(*) Real céd. de 14 de Mayo de 1789, ó ley 12, t. 17, lib. 10 N. R. Con esta misma fecha se espidió una real cédula, estendiendo á todo el reino lo dispuesto con respecto á Madrid en los arts. 5 y 6 de otra de 14 de Octubre de 1788, en las cuales se manda que en los solares ó casas bajas de mayorazgos, capellanias, patronatos ú obras pias puedan sus poseedores hacer nueva obra, quedando vinculado y propio de los unos y de las otras *sobre la misma casa nueva, ó aumentada el importe de la renta que ahora produzca, lo cual pudiera producir su capital á réditos de censo redimible, y pertenezca á la libre disposicion del poseedor todo lo restante que pueda rendir demas por razon de lo nuevamente edificado:* que no haciendo la nueva obra los poseedores ó patronos dentro del término de un año, se concedan los mismos solares, ó casas bajas á censo reservativo á quien quisiere obligarse á hacerla; y que para todo lo dicho no sea necesario acudir á la cámara ni á otro tribunal eclesiástico ó secular para obtener permiso, sino que haya de ser bastante el que dé el corregidor de Madrid en virtud del proceso informativo que se forme, lo cual ha de entenderse en el reino con los corregidores de los partidos de Realengo, aun respecto del territorio de las villas eximidas.

no se comprenden las vinculaciones hechas antes de la citada real cédula, y cuyos fundadores hubiesen fallecido despues (*a*).

19 Por otra parte, de todos los bienes raices ó estables, derechos ó acciones reales que se vinculen en lo sucesivo, ó cuya enagenacion se prohiba de cualquier modo con licencia real, y precedida la consulta de la cámara ha de satisfacerse el 15 por 100 de su total importe, comprendiéndose en esto aun las vinculaciones ó mejoras de tercio y quinto con cláusula de no enagenar hechas en última voluntad, ó testamento otorgado antes de la citada real cédula de 14 de Mayo de 1789, y esceptuándose solo de la tal contribucion con la calidad de por ahora los fondos que se impongan, aunque sea con estos destinos, sobre la real hacienda, ó que se empleen en vales reales. Para que sean válidas semejantes vinculaciones ó mejoras anteriores al real decreto de 28 de Abril de 1789, inserto en dicha cédula, el primer llamado á la sucesion ha de presentar dentro de dos meses despues de la muerte del testador el testamento ó codicilo original, ó sea la primera copia, en la intendencia de egército de la provincia, y pagar el importe de este derecho para que en la contaduría respectiva se tome la razon y ponga á continuacion del original, ó traslado la correspondiente nota de haberse hecho así, y pagado la contribucion (*b*). Esceptúanse de ésta los capitales impuestos en los cinco gremios mayores de Madrid y en la compañía de Filipinas, y destinados á la fundacion de mayorazgos; como asimismo cualesquiera otras imposiciones de la misma naturaleza; pero quedan sujetas al pago de aquella »las vinculaciones de bienes raices de cualquiera donacion, las de los censos, á que son juntamente aplicables las razones de la real cédula de 24 de Agosto de 1795, y las de todos los demas efectos civiles de la propia clase en que la translacion de dominio de una accion sobre cosa real ó hipoteca; con la prevencion de que cuando se verifiquen las fundaciones de vínculos sobre tales imposiciones, se pongan las correspondientes notas en todas las acciones, escrituras, libros &c. á fin de que en caso de que se redima y reimponga su producto en censos, ó se invierta en la compra de bienes raices, se contribuya el espresado derecho bajo las penas establecidas (*c*) (*).

(*a*) Real céd. de 3 de Julio de 1795, ó ley 13, t. 17, lib. 10, N. R.
(*b*) Real céd. de 24 de Agosto de 1795, ó ley 14, t. 17, lib, 10 N. R.
(*c*) Real resolucion de 8 de Octubre de 1802, ó ley 15, t. 17, l. 10 N. R.
(*) La misma contribucion del 15 por 100 se halla impuesta sobre todos

20 Para que el instituidor pueda vincular todos sus bienes teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, es preciso que impetre facultad real, y que ésta preceda á la institucion del mayorazgo; porque si la obtiene despues no valdrá la vinculacion, sino es que en la misma facultad se apruebe y confirme (*a*); y aunque el Rey que la conceda muera antes de instituirse el mayorazgo, valdrá la fundacion que en su virtud se haga como si viviera (*b*). Pero aunque no intervenga facultad real, si el fundador tiene solo ascendientes, y estos prestan su consentimiento renunciando en su favor la legítima que por derecho les pertenece, puede vincular todos sus bienes. Lo mismo puede hacer teniendo descendientes legítimos en tres casos. El primero es, si los tales descendientes renuncian con juramento la legítima que les corresponde y puede corresponder sin perjuicio de sus alimentos ni de la dote de las hembras, y el fundador instituye el mayorazgo á consecuencia de la renuncia á favor de su hijo mayor y su legítima posteridad. El segundo caso es, si los hijos siendo mayores de 25 años se conforman en que el de mas edad suceda en la herencia paterna, quedándoles los precisos alimentos, jurando su padre el consentimiento ó licencia que les dé para ello, y no revocándole, como ni tampoco ellos la renuncia que hagan á favor de su hermano. El tercer caso es, cuando el hijo único mayor de 25 años consiente y aprueba espresamente la fundacion del mayorazgo y gravámen que su padre le impone en su legítima (*c*).

los bienes raices y derechos reales que adquieran las manos muertas en los reinos de Castilla y Leon, y demas donde se halla establecida la ley de amortizacion por cualquier título lucrativo ú oneroso, por última voluntad ó acto entre vivos. Los foros ó enfiteusis, las rentas judiciales, y á carta de gracia ó con pacto de retro que se hagan en favor de manos muertas, las permutas ó cambios, las cargas ó pensiones sobre determinados bienes de legos, y aquellos con que se funden capellanías eclesiásticas ó laicales, perpetuas o amovibles á voluntad, todos quedan sujetos á la contribucion, puesto que por todos se escluyen del comercio temporal, ó perpetuamente los bienes ó parte de ellos, ó de su valor, y solo se han esceptuado por ahora de satisfacerla los capitales que impongan los cuerpos eclesiásticos ó manos muertas sobre las rentas reales, ó que se empleen en vales reales. En órden á la contribucion han de entenderse por manos muertas los Seminarios conciliares, casas de enseñanza, hospicios y toda fundacion piadosa que no esté inmediatamente bajo la real proteccion, ó cuyos bienes administre comunidad ó persona eclesiástica. Real cédula de 24 de Agosto de 1795.

(*a*) Ley 3, t. 7, lib. 5 R. ó 2, t. 17 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 2, t. 7, lib. 5 R. ó 3, t. 17 cit. N. R. (*c*) Véase el cap. 5, §. 4, n. 110 de esta obra, y el lib. y cap. 2, nn. 8 y 9, P. II.

21 Si el padre teniendo hijos y nietos funda mayorazgo de todos sus bienes, no puede, aunque intervenga facultad real, llamar al nieto con esclusion de los hijos, sino es que aquella se lo permita espresamente, y el tal nieto sea hijo del nombrado en ella, porque se hace perjuicio á éste; pero si la facultad es para llamar á cualquiera de sus hijos, puede elegir de ellos al que quisiere, y no preferir al primogénito, dejando á los demas los correspondientes alimentos.

22 La muger casada puede fundar mayorazgo en testamento y última voluntad sin licencia de su marido, vinculando el tercio y remanente del quinto de sus bienes entre sus descendientes legítimos por via de mejora, y si obtiene para ello real permiso, podra estenderse á todo lo que en éste se le permita; mas para fundarle en contrato ha de intervenir precisamente dicha licencia, á no ser que la facultad real derogue la ley 55 de Toro y las del Fuero Real que prohiben á la muger casada tratar y comparecer en juicio sin ella.

23 El hijo de familia teniendo edad para testar puede fundar mayorazgo de la tercera parte de sus bienes en testamento y última voluntad sin licencia de sus ascendientes, y con facultad real de todos, perjudicando á estos en la legítima que por la ley 6 de Toro les pertenece. Asimismo el Obispo, aunque sea fraile, puede instituir mayorazgo de sus bienes patrimoniales é industriales en favor de su hijo natural, ó de su sobrino, pariente ó estraño, y con beneplácito apostólico y real de los adquiridos por razon de la iglesia.

24 Como si los comisarios, apoderados ó mandatarios se esceden en sus comisiones, es nulo aquello en que se esceden propondré seis casos, á fin de que se instruya el escribano en órden á las facultades que se confieren para fundar mayorazgo. El primer caso es, cuando el testador da facultad á algun amigo suyo *para que de todos sus bienes ó de parte de ellos funde mayorazgo en los terminos que le tiene comunicado.* En este caso puede hacerle incompatible, regular ó irregular, y declarando habérselo comunicado y ordenado así el testador, valdrá esta declaracion aun sin juramento, con tal que no tenga inverosimilitud ó repugnancia grande de hecho ni de derecho (*a*). El segundo caso es, cuando en el poder ó última voluntad dice, *que le concede libre facultad para instituir el mayorazgo*; en cuyo caso puede hacerle igualmente incompatible, regular ó irregular; y se entiende conferida

(*a*) Rojas Almans. de Incompat. disp. 2, q. 2, nn. 1, &c. y 10.

esta libre facultad, siempre que el poderdante usa de estas ú otras espresiones: *que se la concede para que le funde ó no; para hacerle regular, ó de agnacion ó eleccion; para fundarle del modo que quiera y le parezca;* ó *para que en su nombre le instituya en los términos que él mismo puede practicarlo por sí* (*a*). El tercer caso es, *cuando el testador le da simple facultad para fundarle*, y entonces puede instituirle del propio modo, porque se subroga en su lugar, y puede practicar lo que el propio mandante, mayormente cuando de lo contrario será inútil la facultad que le confiere, y visto que nada comete á su voluntad (*b*). El cuarto es, cuando le confiere facultad *para fundarle á su arbitrio ó como arbitrador*, en el cual caso puede hacerle regular solamente, porque aquel arbitrio se ha de conformar con el derecho, con la prudencia y equidad; y aunque por ser libre la comision conferida en la mera voluntad del comisario, puede obrar éste con libertad, no asi cuando se confiere en su arbitrio, por lo que debe ceñirse á lo que la mayor parte de los hombres suele hacer. Pero si la facultad es *para que le instituya á su libre ó pleno arbitrio, ó á su arbitrio y voluntad*, podrá instituirle incompatible, regular ó irregular (*c*). El caso quinto es cuando se le da *para fundarle segun las leyes de este reino ó segun su costumbre*; y entonces carece de facultad para hacerle irregular é incompatible, porque las leyes fundamentales de él establecen por regla general y suponen que debe ser regular y sin el gravámen de incompatibilidad (*d*). Y el sesto caso es, cuando en vida funda mayorazgo el poderdante, y en última voluntad comisiona á alguno *para que de los bienes libres que tiene instituya otro nuevo*; en cuyo caso este mayorazgo debe ser de la misma naturaleza y cualidad que el erigido por el testador sin diferencia, no obstante que le conceda simplemente la facultad, porque debemos creer que el testador quiso que despues de su muerte hiciese su comisario lo que él hizo mientras vivió (*e*).

25 No prefinen término las leyes al comisario para fundar un mayorazgo como para ordenar un testamento, por lo que podrá instituirle cuando quiera, sino se le limitó el poderdante; y si el comisario fallece antes de usar de su comision, se tendrá el mayorazgo por hecho, y se estimará regular no apareciendo otra cosa de la voluntad del mandante (*f*). Pero el comisario con facultad para elegir sucesor

(*a*) Roj. lug. cit. §. 1, nn. 12, &c. y 28. (*b*) Rojas, lug. cit. §§. 2 y 3, nn. 29 &c. y 70. (*c*) El mism. lug. cit. §. 4, nn. 71, &c. y 80. (*d*) El mismo lug. cit. n. 81. (*e*) El mismo, disp. y q. 2 cit. §. 4, nn. 82 y 83. (*f*) El mismo lug. cit. §. 5.

debe hacer la eleccion siendo requerido, sin esperar á que cumpla el año concedido por derecho para hacerla de lo legado en testamento, porque la ley (*a*) habla de la eleccion de bienes, y no de la de personas (*b*).

26 Para que el escribano principiante sepa qué es *consanguinidad, línea y grado*, cuántas son las líneas de parentesco natural, y comprehenda fácilmente el modo y diferencia de contar los grados por derecho civil y canónico, y qué nombres dan los AA. á las líneas mas esenciales de los mayorazgos, esplicaré todo esto con la claridad posible. La consanguinidad es union por parentesco natural de varias personas que descienden de una raiz ó tronco, y se llama asi porque con el ayuntamiento ó union de la sangre del padre y de la madre se procrean los hijos. La *línea de parentesco natural* es enlace y conexion que algunas personas tienen entre sí por descender unas de otras, y todas de una raiz ó tronco, haciendo grados distintos (*c*). Y *grado* es distancia de personas, por la cual se conoce la que hay entre los consanguíneos para que puedan unirse entre sí reciprocamente (*d*) (*).

27 Las líneas son dos, una *recta* y otra *transversal*: la *recta* comprende á los ascendientes y descendientes. Los primeros son padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta la raiz ó tronco; y los segundos son los que nacen de estos, como hijos, nietos, biznietos, tataranietos, ó nietos terceros y demas que bajan derechamente por la línea. La *transversal* que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la cual se incluyeu y comprenden los hermanos, tios, primos, sobrinos y cuantos provienen de estos; y se llama asi porque todos los que estan comprendidos ó incluidos en ella, no nacen uno de otro como en las dos anteriores (*e*), ni son de la línea recta sino de las de los lados. Esta línea no tiene entrada hasta que se acaben las de ascendientes y descendientes (*f*), y en el mayorazgo fundado por un hermano se preferirá su hermano menor entero al mayor consanguineo, ó uterino como en el abintestato (*g*) En la línea de ascendien-

(*a*) La fin. §. 1, Cod. Commun. de leg. (*b*) Molin. de primog. libro 2, cap. 4, nn. 43 y sig. Castill. lib. 4, Controv. cap. 36, nn. 11. (*c*) Leyes 1 y 2, t. 6, P. 4. (*d*) Ley 3, t. 6, P. 4.

(*) Llámanse grados la misma série de las generaciones, porque con estas ó la descendencia de unas personas de otras se forma cierta especie de grados ó escalones.

(*e*) Leyes 2, 3 y 4, t. 6, P. 4, y 2, t. 13, P. 6. (*f*) Ley 2, t. 13, P. 6, verb. La tercera. (*g*) Rojas, de Incompatib. Part. 3, cap. 6, §. 17. nn. 253 y sig.

tes se empieza á contar segun el arbol siguiente por el n. 15 subiendo línea recta, y para saber los grados se dice: el n. 15 está en primer grado con el 10, en segundo con el 5, en tercero con el 2, en cuarto con el 1, y asi de todos los demas que haya subiendo de grado en grado. En la línea de descendientes se empiezan tambien á contar desde el mismo n. 15 hácia abajo línea derecha, y por tanto el n. 15 está en primer grado con el 20, en segundo con el 25, en tercero con el 30, en cuarto con el 35, y sucesivamente con los demas que haya descendiendo; porque son cinco personas, y quitada la que hace tronco quedan cuatro.

28 Para conocer en qué grado de parentesco por derecho civil, con el que se conforma el nuestro se hallan entre sí los transversales ó colaterales, se cuenta de esta manera: dos hermanos entre sí estan en segundo grado, porque cada uno forma una línea, y cada persona un grado; los hijos de ambos, que son primos carnales, estan en cuarto, y los hijos de estos en sesto (*a*); de suerte que se han de contar todas las personas que se hallen en las dos líneas de los colaterales, de cuyo parentesco entre sí se trata. Por egemplo, he dicho que dos hermanos se hallan en segundo grado por derecho civil, pues se ha de contar desde uno de ellos hasta su padre, y luego bajando desde éste al otro hijo, en cuya cuenta se advierte haber tres personas, que son el padre y los dos hijos, de los cuales suprimida la del padre que es el tronco, quedan dos, y por esto se dice que estan en segundo grado, puesto que segun dicho derecho es regla general tanto en línea recta como en la transversal que hay tantos grados como personas, quitada la del tronco. El propio órden se observa entre los hijos de los hermanos y de sus descendientes.

29 Para que el lector no se confunda, vea con atencion el árbol genealógico, por donde haciendo la cuenta que llevo espuesta, no dudará cuál es la línea recta y cuál es la transversal, ni qué grado de parentesco tienen entre sí las personas que se hallan en él; y así en la línea recta empezando á contar desde el n. 1 hasta el 35 hallará nueve personas, de las cuales quitada la del tronco, que es el n. 1, quedan ocho, y por consiguiente se dirá que el n. 1 está en octavo grado con el 35. Lo mismo viene á ser subiendo desde éste hasta aquel.

30 La línea transversal es de dos maneras: *igual y desigual*. Igual se llama cuando dos ó mas consanguíneos distan igualmente del tron-

(*a*) L. 3, t. 6, P. 4.

co de todos como dos hermanos; y desigual, cuando uno está mas remoto de él que el otro como el hermano y su sobrino. En esta línea tanto igual como desigual se puede empezar á contar por cualquiera de las personas de cuyo parentesco se trate, subiendo hasta encontrar con el tronco de donde todas descienden, y bajando despues desde él hasta la otra persona: v. gr. si se quiere saber en qué grado de parentesco se hallan entre sí los nn. 13 y 15, se empezará a contar por cualquiera de ellos y subirá hasta el n. 5, que es el tronco, y luego se bajará desde este hasta el otro igual, y se hallarán cinco personas, de las cuales quitada la del tronco quedaran cuatro, y por consiguiente estarán entre sí en cuarto grado los nn. 13 y 15.

31 Todo lo esplicado en cuanto al modo de contar los grados de parentesco natural en las líneas recta y transversal, igual y desigual, procede segun derecho civil y real, como se ha espuesto, para el efecto de suceder y heredarse los parientes abintestato (*a*); y por la misma razon milita lo propio en la sucesion á mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías, no mandando su fundador otra cosa: porque el acto de testar y heredar es puramente profano, temporal y civil, sujeto á las leyes de los Príncipes seculares, las cuales tocante á suceder en bienes temporales se han de observar esactamente sin atender al derecho canónico. Lo mismo deberá observarse tambien en la computacion de los grados para la recusacion de ministros togados, en las elecciones de oficiales de república, en el retracto por consanguinidad, y en cualesquiera otros actos civiles y profanos, mientras no haya ley que mande otra cosa. Mas porque algunos poco ó nada versados en ambos derechos dicen, que cuando el testador deja todos sus bienes, ó cierta parte ó legado á parientes suyos dentro del cuarto grado sin mas espresion, se ha de contar este por derecho canónico y no por el civil á pretesto de ser causa pia, cuyo error origina pleitos que por injustos no debian admitirse, pues cuando nada previene ni distingue el testador, es visto conformarse, segun debe, con el derecho que trata de las sucesiones; para evitarlos le advertirá el escribano que declare, si se han de comprehender solamente los primos y sobrinos carnales, que son los que están dentro del cuarto grado contado por derecho civil y real, y á quienes como mas cercanos es presumible y natural tenga mas afecto, porque participan mas de su sangre; ó tambien los

(*a*) Dicha ley 3, y leyes del t. 1, lib. 4 del Fuero Juzgo.

ulteriores hasta los primos terceros que están en el cuarto por el canónico: ó en una palabra, que diga, si el cuarto grado se ha de contar por éste, ó por aquel derecho, y asimismo si los de grado mas cercano, ó los que tengan parentesco doble con él, deberán llevar mas, ó ser iguales todos.

32 Nuestra Santa Madre la Iglesia considerando los gravísimos daños que se ocasionaban de permitir á los parientes contraer matrimonio entre sí, los cuales especifica el prólogo del t. 6, P. 4, concordante con las disposiciones canónicas, prohibió justísimamente los casamientos entre ellos dentro del cuarto grado, sean consanguíneos ó afines, provenga la afinidad de matrimonio consumado, ó de la cópula ilícita fuera de él, pues por la cópula, sea lícita ó ilícita (*), se contrae la afinidad, no por los esponsales ni matrimonio rato (*a*), y así para el efecto de conceder dispensas á los parientes que quieran celebrar matrimonio y no para otro, se computan los grados por derecho canónico, segun el cual se constituye un grado en cada generacion, y cada dos colaterales forman un grado, de suerte que los hermanos, aunque se hallan en líneas diversas, estan en primer grado; bien que en la linea recta convienen ambos derechos, y no se conceden dispensas á los consanguíneos ni afines (*b*). En la línea igual se empieza á contar desde una de las personas de cuyo parentesco se trata, y se sube hasta el tronco y no mas; y el grado de parentesco en que se halla con éste, tiene entre sí: v. gr. se quiere saber en qué grado se hallan segun esta regla los nn. 9 y 11 del arbol, que son primos carnales: se cuenta por cualquiera de ellos hasta el n. 2 que es el troneo de ambos, y se hallan dos grados, porque descontando el tronco que es dicho n. 2 su abuelo, quedan dos personas, y esto es el grado que tienen y distan entre sí dichos nn. 9 y 11. Lo propio se observa entre los descendientes de estos en dicha línea transversal igual; pero es de advertir que conocido el grado segun esta cuenta se ha de bajar desde el tronco hasta la otra persona, contando los grados que baja para saber, si están en primero con primero, ó en segundo con segundo, ó en tercero con tercero, v. gr. el n. 9 dista dos grados del n. 2 que es el tronco: desde éste al 11 hay otros dos grados: con que diremos

(*) Por razon de la cópula ilícita no pasa el impedimento de afinidad del segundo grado. Concil. Trident. ses. 24 de Reform. cap. 4.

(*a*) Leyes 4 y 5, t. 6 P. 4. cap. 6 de eo qui cognov. consang. uxor. suæ, cap. 12 de Sponsalib. y cap. 10 de Probation. (*b*) Leyes 3 y 4 al fin, tit. 6, P. 4, y ley 5 sig.

que están entre sí en segundo con segundo, y por esta misma regla se sabrá en qué grado se hallan entre sí los nn. 13 y 16, que es en tercero con tercero; y los 18 y 21, que es en cuarto con cuarto, y así todos los demas transversales iguales.

33 En la línea transversal desigual se empieza á contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de éste tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate: por egemplo, se quiere saber qué grado de parentesco tienen entre sí los nn. 9 y 16: se ha de empezar á contar por el 16 que es el mas remoto del tronco n. 2, del cual dista dicho 16 tres grados: despues se bajará desde el referido tronco al n. 2, y se hallarán dos grados, por lo que diremos que el n. 16 está en tercero con segundo grado de parentesco con el 9. Lo mismo debe observarse en todas las líneas transversales desiguales del árbol, y así si se intenta saber, v. gr. en qué grado de parentesco se halla el n. 26 con el 18, se contará desde el 26 hasta el 2 que es tronco, y se hallará que dista de este cinco grados; luego se bajará desde el tronco hasta el 18, y se encontrarán cuatro grados, (pues el tronco jamás se incluye en la cuenta) por lo cual se dirá que el n. 26 está con el 18 en quinto con cuarto grado de parentesco natural transversal desigual, y que el 26 está en quinto, y el 18 en cuarto recto con el 2, que es el tronco de donde todos provienen.

34 Tambien se pueden sacar los grados por las generaciones, y se dirá que hay tantos grados como generaciones. Para conocerlos en la línea recta se ha de mirar siempre al tronco de aquel que intenta tener parentesco con él, como v. gr. el n. 35 con el 1 del arbol, y se dirá que estos se hallan en octavo grado por línea recta, porque hay ocho generaciones. En la transversal igual y desigual se cuentan estas del mismo modo; pero sin variar el orden y regla que se ha espuesto, hágase la cuenta por derecho civil, ó por el canonico. En la transversal igual se hallan los nn. 18 y 21. Por derecho civil estan entre sí en octavo grado, porque desde su tronco que es el n. 2, hay ocho generaciones que son las cuatro de cada lado. En la transversal desigual estan los nn. 18 y 26, los cuales se hallan entre sí en noveno grado por derecho civil, porque son nueve no mas las generaciones, aunque hay diez personas desde el n. 2 que es el tronco, de donde las dos líneas descienden. Por derecho canónico los mismos nn. 18 y 26 están entre sí en quinto con cuarto grado, porque las generaciones se cuentan desde el mas remoto que es el 26, hasta el tronco que es el n. 2, y son cinco, y despues se desciende

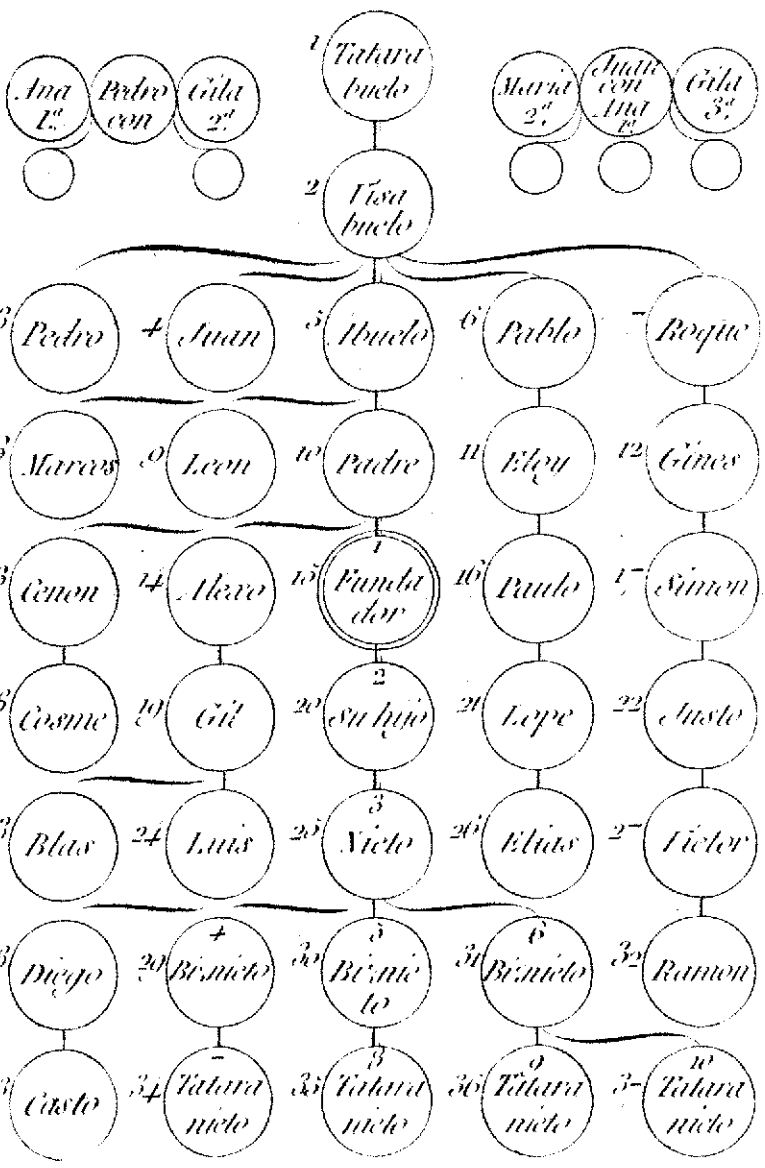
desde el propio n. 2 hasta el 18 que son cuatro, por lo cual se debe decir que se hallan entre sí en quinto con cuarto, porque el referido tronco n. 2 dista del 26 cinco generaciones, y el 18 solo cuatro.

35 Con el espresado arbol se puede enterar el escribano principiante no solo del modo de contar los grados de parentesco sino tambien el de formar los arboles para la sucesion en mayorazgos, patronatos, vínculos, aniversarios y capellanías; y comprehenderá asimismo, si los parientes que intentan casarse, se hallan ó no dentro del cuarto grado, fuera del cual estando ambos no necesitan de dispensa. Mas para mayor inteligencia de él y para evitar confusion debo prevenir: en primer lugar, que los números que están al lado de cada casilla ó círculo, no se han puesto con otro fin que el de que en caso de disputa se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco, ó fundador, ó último poseedor, y así no los tenga el escribano por grados: en segundo lugar, que los sugetos puestos al lado diestro (que es el de los nn. 3 y 4, aunque como se mira al frente, es el siniestro) son los mayores en edad, y por consiguiente la línea predilecta, y así se deberán poner siempre, y á los menores en el siniestro por el órden de su nacimiento en todas las líneas, y á los que tengan iguales grados, en seguida enfrente unos de otros, segun se figura: en tercer lugar, que si se hace algun arbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el órden del nacimiento así los varones como las hembras de cada línea sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femeneidad, deben estar en mejor lugar por el órden espuesto los varones, aunque hayan nacido hembras interpoladas entre ellos, ó antes, porque como son llamados primero á su obtencion, deben ocupar el lado principal: en cuarto lugar, que si el fundador del mayorazgo, ó alguno ó algunos de los sucesores se casaron dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio ha de salir su descendencia del modo que se figura en los dos ángulos ó estremos superiores del arbol: en quinto lugar, que los numeros que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad, se han puesto con el único fin de distinguir á ésta de los demas que incluye el arbol: pues á no ser por este motivo no hubiera puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, como se estila, por cuya razon, y porque la del fundador hace centro, la he distinguido, y así no se debe tener por otra familia sino por una misma que desciende por línea recta del n. 1 y

concluye en el 35; en sexto lugar, que aunque algunos en la formacion de arboles ponen el tronco abajo, y de él suben naturalmente por su órden las ramas, yo siguiendo la costumbre de esta córte, para que se perciba mejor, he formado al contrario el mencionado: en séptimo lugar, que si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta, ó descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla del tal ascendiente á la de la hembra una línea sutil, (que llaman oculta) ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, espresando dentro, ó á su margen ser la misma puesta en la otra línea, para que se conozca, que es lo mejor; y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demas como en el fundador; y en octavo y último lugar, que si alguno de los pretendientes, ó el sugeto de donde dice que proviene, no prueba su parentesco con el fundador, ó se duda de él, no se ha de unir y enlazar su casilla con la otra con quien solicita emparentar, sino que ha de dejarse suelta sin enlace alguno (*a*).

(*a*) Con estas prevenciones y lo esplicado arriba podrá el escribano entender el arbol siguiente, formar los que le ocurran, y contar los grados de parentesco; y si quiere mayor instruccion, vea las leyes 3 y 4, tit. 6, P. 4, y el arbol genealogico con su esplicacion que está á continuacion de la ley 2, t. 6, P. 4.

ARBOL GENEALOGICO.



36 Aunque las líneas son solamente dos, como se ha dicho, á saber, *recta y transversal*, los AA. que tratan de los mayorazgos, dan diversos nombres á las que contemplan mas esenciales en ellos. A una llama *paterna y efectiva*, y es la que tiene por cabeza y principio al padre, y comprehende solo los descendientes de éste, y llamados los de ella ó la misma línea no suceden los de la hembra provenientes del mismo padre, porque por la hembra se rompe la línea paterna de la que trae su origen la agnacion, como que la hembra es el fin de la propia familia. A otra llaman *materna*, porque su tronco cabeza ó raiz es la madre: á otra *masculina*, porque su origen proviene de varon: á otra *femenina*, porque principia y dimana de hembra que constituye línea, la cual se divide en dos clases ó especies: la una se llama *inceptiva*, porque tiene su principio en hembra, y asi todos los que descienden de ella, aunque sean varones se llaman de línea femenina, porque proceden de aquella primera hembra como de tronco; y la otra se llama *inceptiva y continuativa*, porque se compone solo de hembras sin mezcla de varon alguno, y tiene lugar, cuando por la estincion de la línea masculina entra la femenina, ó cuando son llamadas las hembras á la sucesion con esclusion espresa de los varones, pues en el llamamiento de aquellas de ningun modo se incluyen estos, aunque suceda lo contrario, y asi en la sucesion de este mayorazgo se deben observar las mismas reglas que en el de los varones solos porque versa igual razon: á otra se da el nombre de *actual ó posesoria*, y es la que constituye el actual poseedor, que como sucesor legítimo la ocupa verdadera y realmente: á otra, el de *contentiva ó comprehensiva*, y es la que tiene principio en el superior que hace la agnacion y generacion del padre, por lo que no solo comprende á éste, sino tambien á sus ascendientes, descendientes y transversales, y á los del fundador y último poseedor en lo que toca á la parte del mismo fundador, pues para que sea *contentiva*, se ha de tener parentesco con ambos, y no basta que se tenga solamente con el último poseedor: á otra el de *substancia*, y es la que comprende á los ascendientes, descendientes y transversales sin distincion de varones ni hembras, mediando entre ellos la preferencia solo por respecto á la línea, grado, sexo y edad: cuya línea como irregular y por su variedad de difícil comprehension se encuentran en los mayorazgos en que no se observa el orden regular de llamar y suceder; y á otra se da el nombre de línea de *cualidad*, y es la que se compone de las personas que tienen

las cualidades naturales ó accidentales que exigió el fundador, v. gr. si quiso que los sucesores fuesen agnados, ó de simple masculinidad, nobles, doctores, licenciados, hembras, &c.

37 A otra llaman línea de *agnacion*, la cual es de tres maneras, *rigorosa ó absoluta* que es la verdadera y para, *limitada y artificiosa ó fingida*: á otra *masculina*, ó de *simple*, *pura*, *ó nuda masculinidad*, porque en ella se incluyen solamente los varones, séanlo de varones ó de hembras: á otra *habitual de primogenitura*, y es la que cualquiera primogénito constituye para sí y sus descendientes al punto que nace con esclusion del segundo hijo, aunque muera en vida del poseedor, ó antes ó despues de la institucion del mayorazgo: á otra *electiva*, y es la que comprehende á las personas que eligen aquellos á quienes el fundador dió facultad para elegir, ó nombrar sucesores en el mayorazgo (*a*): á otra *postergada*, y es cuando por carecer una de varon pasa el mayorazgo á otra, y faltando varon en ésta vuelve á la atrasada que por no tener varon le perdió entonces; y á otra en fin llaman línea *defectiva*, y es cuando se llama á alguno, porque se estinguió, ó faltó la de otro, pues la de aquel entra en la sucesion del mayorazgo, y ocupa *por defecto* el lugar de la de ésta (*).

38 El llamamiento regular se hace nombrando primero á los varones y sus líneas, y por su estincion á las hembras y las suyas, prefiriendo aquellos á estas y el mayor al menor, y mandando el fundador que acabada la del mayor pase el mayorazgo á la del segundo, y despues á las de los demas por el órden de su nacimiento; de suerte que el hijo y sus descendientes representen siempre á sus padres y demas ascendientes, aunque estos no hayan sucedido en el mayorazgo, y las hembras de mejor grado y línea precedan á los varones que le tengan mas remoto con el fundador. Este órden de llamar y suceder se estiende á los mayorazgos fundados por transversales y estraños, y á todas las líneas, personas, casos y tiempos en que los ascendientes mueran antes de entrar al goce y posesion del

(*a*) De todas estas líneas trata Rojas de Incompat. part. 1, cap. 6, nn. 144, &c. y 370.

(*). Lejos de ser necesario que los intérpretes inventasen ó diesen nombre á tantas líneas, mas bien sirven estas en mi concepto para causar confusion que para dár claridad á la presente materia. Con los principios sentados en este capítulo, con la perfecta inteligencia de nuestro idioma, y con la atenta reflexion sobre las espresiones de los fundadores para conocer su voluntad, no con voces estrañas ni abultados volúmenes se han de resolver los casos y litigios que se ofrezcan acerca de mayorazgos.

mayorazgo, aun cuando preceda su muerte á la institucion de él sin que para escluirlos de la sucesion basten presunciones, argumentos, ó conjeturas, por precisas claras y evidentes que sean; pues para ello es indispensable que el fundador quite espresamente la representacion disponiendo lo contrario, como puede hacerlo (*). Todo esto procede no solo en la sucesion regular de los mayorazgos sino tambien en la de patronatos, vínculos y aniversarios, como lo mandan nuestras leyes (*a*): pero no en la de capellanías colativas, pues en éstas se atiende á la proximidad de parentesco con el fundador, y á la línea, grado y edad de los pretendientes, no habiendo en su fundacion cláusula que disponga otra cosa; por manera que muerto el poseedor de capellanía colativa, aunque un hermano suyo pida la posesion de ella, lejos de dársela se fijan edictos llamando á los parientes del fundador: lo cual no sucede en el mayorazgo, porque inmediatamente se le da sin perjuicio de tercero de mejor derecho, á causa de atenderse en aquel al parentesco con el fundador, é inmediacion de él con el último poseedor por lo tocante á la familia del fundador, no á otra, y á la representacion si éste no la prohibe; y á causa asimismo de que la posesion del mayorazgo se transfiere ipsojure por ministerio de la ley 45 de Toro sin acto alguno de aprehension en el siguiente llamado como persona incierta de línea cierta, por lo que nunca está vacante (*b*); mas en las capellanías colativas, como no hay representacion, porque ningun derecho la induce, ni translacion de posesion, ni se atiende al parentesco del pretendiente con el último poseedor sino con el fundador, y á la línea, grado, edad y demas cualidades apetecidas por éste: es indispensable llamar á sus parientes para saber quien las tiene, y aplicar la capellanía al que esté adornado de ellas, sin cuyo llamamiento y formal audiencia es imposible saberlo. Tampoco debe darse al poseedor de un mayorazgo la posesion de bienes que un tercero está detentando, á pretesto de que se incluyeron en la fundacion y le pertenecen, pues

(*) En mi concepto la sucesion en los mayorazgos no puede llamarse con propiedad como la sucesion en las herencias abintestato por disposicion de la ley *sucesion por representacion*, puesto que cada poseedor sucede por su propio derecho como llamado directamente por el fundador, y que cuantas sucesiones hay, tantos fideicomisos, sucesiones y llamamientos se entienden hechos por éste.

(*a*) Las 2 tit. 25 P. 2 y 5, 13 y 14 tit. 7 lib. 5 R. ó 5, 8 y 9 tit. 17 lib. 10 N. R. (*b*) Véase sobre esto al señor Molina lib. 3 cap. 9.

como el detentador se presume poseedor de buena fe con título legítimo, se le ha de comunicar traslado de la demanda de reivindicacion y oir en via ordinaria sin despojarle de dichos bienes hasta que sea vencido en juicio, de suerte que si se hace lo contrario, se le restituirá ante todas cosas á la posesion, y restituido se seguirá el pleito sobre la reivindicacion.

38 Asi como en el mayorazgo del reino sucede la línea recta hasta su estincion sin pasar á otra, y entra el pariente mas propinquo contándose la proximidad desde el último poseedor segun la ley fundamental de estos reinos de Castilla (*a*); asi tambien se observa este órden en los mayorazgos particulares de sus moradores no mandando el fundador lo contrario (*b*): de manera que hasta que se acaben todas las personas de la línea del último poseedor que tengan con él parentesco mas cercano por parte del fundador, y no exista ninguna de la línea efectiva, real y directa ó de la contentiva, no puede entrar en la sucesion del mayorazgo otra persona, aunque esta tenga con el mismo fundador mas inmediato parentesco. La razon es, porque el hermano que sucedió, abrió la entrada en el mayorazgo á sus descendientes no solo de la línea efectiva sino tambien de la contentiva, como son los hijos de sus hermanas, en tanto grado que ni los descendientes de otra, aunque sea anterior como primogénita ó de cualidad predilecta, cual lo es la de varon, pueden pretender la sucesion hasta que fallezcan todos los contenidos en la del último poseedor, de suerte que verificado el ingreso legítimo de la sucesion en la línea de uno toma ésta la cualidad de predilecta (*c*).

39 El llamamiento de rigorosa agnacion se hace escluyendo entera y perpetuamente el fundador á las hembras y á los varones de ellas, mandando que sucedan precisamente asi por línea recta como transversal varones de varones sin interpolacion de hembra, ni de varon de ella, y que se dé á las hembras que por llamamiento regular entrarian á gozar el mayorazgo, dote competente para tomar estado,

(*a*) Ley 2 t. 15 P. 2. (*b*) Ley 14 tit. 7 lib. 5 R. ó 9 cit. N. R.
(*c*) Molin. de Hisp. primog. lib. 1 cap. 6 nn. 6 y 47, y lib. 3 cap. 4 n. 13 cap. 6 n. 19 y cap. 9. Castill. Controv. lib. 5 cap. 93 §. 13. En cuanto asi para suceder en el mayorazgo cedido ó renunciado se debe atender la proximidad al tiempo de la renuncia, ó al de la muerte del renunciante, véase á Olea de Cesion. jur. tit 3 quest. 4, que propone dos sentencias con sus fundamentos, y defiende como mas arreglada la de que se ha de atender la proximidad al tiempo de la muerte del renunciante

de los frutos y rentas del mismo mayorazgo, ó de los bienes del sucesor. Y porque suelen suscitarse dudas por la falta de claridad con que los escribanos no instruidos ordenan este llamamiento, debo prevenirles que se ciñan á esta cláusula; pues para que las hembras, cuya esclusion es odiosa, se entiendan escluidas, es preciso que el fundador las escluya espresa y literalmente, y de no hacerlo así entrarán á la obtencion del mayorazgo, patronato y aniversario, sin que para privarlas de suceder en los fundados desde el año de 1615 y de los que se fundaren en adelante, basten presunciones, argumentos, ni conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, de suerte que siendo de mejor línea y grado serán preferidas á los varones mas remotos, sean varones de varones, ó varones de hembras, como lo manda espresamente una ley Recopilada (*a*).

40 El llamamiento de simple masculinidad se hace llamando siempre á los varones, sean varones de varones, ó varones de hembras, por su órden y preferencia de mayor á menor escluyendo entera y perpetuamente á las hembras, pero no á sus hijos varones nacidos antes de la vacante y no despues. Sobre este llamamiento hago igual prevencion al escribano, pues no ordenándose la cláusula en esta forma, aunque á la verdad llamando el fundador á varones y no á hembras, pero sí á los hijos varones de éstas, ó haciendo cualquiera llamamiento de los espresados en el n. 6 de este cap. es visto que quiere sucedan siempre varones con esclusion de las hembras, no obstante para evitar dudas y pleitos estenderá la cláusula en los términos espuestos. Asimismo advertirá al fundador por igual motivo, que por si llegase el caso de haber dos ó mas parientes que pretendan el mayorazgo, y alguno de ellos, aunque sea mas cercano, provenga de dos ó mas hembras, y el mas remoto ó igual en el parentesco de una sola, esprese cual quiere que suceda.

41 Si el fundador quiere instituir mayorazgo de agnacion limitada, ó artificiosa y fingida, ó de segunda genitura ó eleccion, ó de alguna otra de las demas especies mencionadas, se arreglará el escribano á la naturaleza de cada una ordenando la cláusula con la claridad correspondiente, pues bastante luz le he dado para no errar ni dejar en duda la voluntad del instituidor. Y si quiere que el mayorazgo sea perpetuo, que sus bienes sean inagenables, que nunca falte sucesor en él, y que por si el último poseedor no elige, jamas se

(*a*) La 13 t. 7 lib. 5 R. ó 8 cit. N. R.

vea acabada la sucesion; mandará que por tal se tenga, y que lo sea siempre el mas propinquo pariente del último poseedor por línea paterna ó materna, ó el que tenga parentesco doble con él, (que es por ambas líneas) en concurrencia del que le tenga por una sola, ó el que posea tal mayorazgo determinado, ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes; pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion en el último de las líneas llamadas, puede disponer éste de los bienes del mayorazgo, segun le parezca, porque quedan libres y los hace suyos, del mismo modo que si el fundador le hubiera nombrado por su heredero.

42 Algunos fundadores de mayorazgo quieren que sus poseedores sean habidos y procreados constante el matrimonio, y para instruccion del escribano prevengo que el hijo natural legitimado por el subsecuente matrimonio es tan legítimo y capaz de suceder en el mayorazgo como el que nació y fue engrendrado durante él, en cuya atencion no se observará su voluntad respecto á dicho legitimado, lo cual debe hacerse presente á los fundadores para que desistan de esta ridiculez; pero si por carecer de herederos legítimos llaman á estraños, pueden hacerlo y como dueños de sus bienes disponer de ellos á su arbitrio. Ademas por si hay algun hijo legitimado por el matrimonio subsecuente, ó por rescripto del Príncipe, y otro habido y procreado posteriormente de matrimonio legítimo que pretenden la obtencion del mayorazgo (*), advertirá el escribano á su fundador que para este caso esplique quien debe obtenerle, y estenderá la cláusula con arreglo á su voluntad, sino se conformase con la que estiendo en la escritura. Asimismo porque suele haber disputas sobre si siendo los hijos incestuosos han de entrar ó no al goce del mayorazgo, prevendrá igualmente al fundador que declare su voluntad, ya sea mandando que sucedan, con tal que antes de su nacimiento esten sus padres libres del impedimento impediente, ó que se casen

(*) El hijo legitimado por el siguiente matrimonio no ha de preferirse en el mayorazgo al hijo legítimo de matrimonio anterior, aunque haya nacido antes que éste. Es verdad que el matrimonio se retrotrae ó considera efectuado al tiempo del nacimiento del hijo natural; pero seria una iniquidad admitir esto en perjuicio del derecho de primogenitura que adquirió el hijo legítimo antes del segundo matrimonio. (Góm. ley 9 de Toro nn. 63, 64 y 65. Molina lib. 3, cap. 1 n. 7.) En órden al hijo legitimado por el Soberano, todos los parientes del fundador le escluyen. (Hermen. de Rox. part. 1 cap. 6 §. 6.) El hijo arrogado ó adoptivo nunca sucede. (El mismo Rox. lug. cit. §. 10.)

despues y se estimen por naturales legitimados, ya sea escluyéndolos espresamente.

51 Sucede algunas veces que de un parto nacen dos ó tres varones, ó hembras, y que por falta de cuidado en las comadres se duda cual de ellos nació primero, en cuyas circunstancias debe dividirse el mayorazgo entre los gemelos, como lo dispone la ley fin. tit. 33 Partid. 7 que dice: »E si fueren amos varones, ó non puede ser sabido cual de ellos nasció primeramente, estonces ambos deben aver aquella honra, é el heredamiento que avria el que antes naciesse, á quien dicen en latin primogénito(*).» Pero como no conviene que los bienes del mayorazgo se dividan (**), para que no llegue el caso de su desmembracion, prevenga el escribano al fundador que declare, si han de repartirse entre los dos y pasar luego enteramente por muerte de ambos, al hijo varon que primero nazca de algunos de ellos con arreglo al llamamiento, ó si han de echar suerte ante la justicia, haciéndose acto formal por escrito de ella para que no se dude á quien tocó, ó que haga eleccion su padre por escritura antes que cumplan los tres año», para evitar de este modo que por inclinacion elija tal vez al que no le toque por su nacimiento, ó qué se ha de practicar en dicho caso, pues ocurren grandes dudas sobre esta sucesion (*a*).

44 Igualmente se duda, si por el hecho de fundar mayorazgo se entiende ó no perpetuo: si llamando el fundador á alguno y á sus hijos sin mas espresion, se conceptuan tambien llamados todos sus descendientes y parientes por su línea, puesto que no los escluye: si llamando á ciertas líneas para el mayorazgo ó agregacion, y despues de ellas á alguna memoria ó comunidad, y no diciendo *que el mayorazgo sea perpetuo, ó que se conserve en su familia*; ó aunque lo diga, no escluyendo espresamente á sus parientes, pasará el mayorazgo ó agregacion á estos por estincion de las líneas llamadas antes que á la memoria: si el último de los llamados hace suyos y puede disponer libremente de sus bienes, ó han de pasar estos con la propia vincu-

(*) Naciendo de un parto varon y hembra, en caso de duda se presume que aquel nació primero, *pues que non se puede averiguar el contrario.* (Ley citada al principio.) Y la verdad entre los gemelos ó trigemelos es forzoso señalar de modo que se conozca al que nazca primero, porque de otra suerte es imposible decidir con seguridad; y si salen á luz por medio de la operacion cesárea, ha de tenerse por primogénito al que reciba antes el comadron en sus manos. Foderé medicina legal, tom. 2 cap. 10 §. 7.

(**) ¡Gran mal por cierto seria para el estado la tal division!

(*a*) Molin. de Hispan. primog. lib. 3 cap. 1 n. 22.

lacion y condiciones á los demas parientes del instituidor por su órden hasta su estincion; y si el último de la familia podrá instituir herederos de ellos libremente á estraños, ó deberá llamarlos á su goce con el mismo gravámen y condiciones, ó si sin real permiso será árbitrio de ponerlas nuevas, y de fundar por consiguiente nuevo mayorazgo á su eleccion, ó recaerán como monstrencos en el fisco, segun lo he visto pretender. Estas dificultades tocan al señor Molina (*a*) y otros, y las hago presentes al escribano para que las proponga al fundador, á fin de que con la manifestacion de su voluntad evite los costosos pleitos que suelen suscitarse por no hacerla ni haber decision legal.

45 Pueden suceder en el mayorazgo el clérigo, el mudo y sordo, el loco el mentecato, y el ciego no habiéndoselo prohibido espresamente su fundador, sino es que sea reino, ducado ú otra dignidad que tenga aneja jurisdiccion (*b*); y el poseedor debe cumplir las condiciones posibles y honestas puestas en la fundacion bajo la pena de perderle, aunque sea el primogénito y primer llamado á su obtencion, y de pasar al siguiente en grado, como lo disponga asi el fundador (*c*).

46 Los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles al tomar posesion de él, y repararlos y conservarlos con su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor de las líneas espresamente llamadas, si por culpa de éste se aniquilaron ó deterioráron siendo el mayorazgo perpetuo; y porque en esto suele haber mucha desidia á causa de que los poseedores, especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarle y destruirle: para que ninguno alegue ignorancia, conviene que todo se ponga por condicion y cláusula espresa en la fundacion, como lo verá el escribano en la escritura que estenderé para su instruccion (*).

47 El poseedor del mayorazgo puede perderle y pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion, por incurrir en infamia

(*a*) De primog. lib. 1 cap. 4 y 8. (*b*) Góm. ley 40 de Toro nn. 66 y 69. Molin. de Hispan. primog. lib. 1 cap. 13 nn. 23, 25, 41, 96, 97 y 101 (*c*) Leyes 5 y 6 tit. 4 P. 5.

(*) Los poseedores del mayorazgo, háyase fundado en contrato ó en testamento, no estan obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, á menos que los disipen ó empeoren. (Góm. ley 40 de Toro.)

de hecho ó de derecho, por ingratitud, por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda espresamente, ó por cometer alguno de los tres delitos esceptuados que son *lesa magestad divina y humana*, *sodomia y heregia*, auuque no lo mande, y la pena de estos delitos se estiende á los hijos de los delincuentes procreados despues de la perpetracion, sea en línea recta ó transversal, pues estando infecta la raiz han de estarlo tambien las ramas, por participar de la misma substancia, lo cual convendrá prevenir en la fundacion (*a*) (*).

48 Las fincas del mayorazgo no deben confiscarse por delito de su poseedor; bien que su atrocidad puede hacer preciso el demolerlas y sembrarlas de sal para abolir enteramente su memoria y dar al público un terrible egemplo (**). Puede ponerse para mayor claridad la prohibicion perpetua de enagenacion y confiscacion, aunque si se funda con facultad real, y se declara en ella que se ha de poder imponer tal pena por alguno de dichos delitos, de nada servirá la prohibicion del fundador.

49 El que funda mayorazgo con facultad real ó sin ella, puede revocarle, añadir, variar y mudar sus llamamientos, ó poner el gravámen de incompatibilidad ú otro cualquiera, escepto que habiéndose instituido en contrato, haya dado la posesion de sus bienes al primer llamado, ó á quien le represente; pues por este acto es visto darla á todos los llamados, y asi se les transfiere ipsojure la civil y natural, como diré en el num. 64: ó que le haya entregado su fundacion ante escribano, ó que le haya instituido por causa onerosa con tercero, v. gr. de casamiento, u otras semejantes, en cuyos casos no puede

(*a*) Ley 6 al fin. tit, 27 Partid. 2.

(*) La ley 2 tit. 2 P. 7 que impone á los hijos varones de los traidores la pena de infamia, y la de no poder heredar ni percibir mandas, debe entenderse solamente de los que vivian al tiempo de la traicion, si se consideran estas palabras. »Pero la fijas de los traidores bien pueden heredar fasta la cuarta parte de los bienes de sus madres. Esto es, porque non deve ome asmar (*juzgar ó pensar*) que las mugeres ficiessen traicion, nin se metiessen á esto tan de ligero á ayudar á su padre como los varones. E por ende (*por tanto*) non deven sofrir tan gran pena como ellos.» Asi que, parece hay una inconsecuencia entre esta ley y la citada ley 6; pero háyala ó no, lo cierto es que ambas leyes son injustas ó rigurosas con los hijos de los traidores, vivan ó no al tiempo del crímen. Véase la Práctica criminal, tom. 3, cap. 2, nn. 6 y 7.

(**) Con mucha dificultad podrá ofrecerse caso á nuestro entender en que haya tal precision, ó no pueda encontrarse una pena equivalente, tanto ó mas útil.

hacer lo dicho, á menos que se hubiese reservado en la fundacion la facultad para ello, como puede y conviene lo haga, ó que se le permita en la licencia real (*a*). Lo mismo debe decirse del último poseedor que por la fundacion tiene facultad para nombrar sucesores en el mayorazgo, vínculo ó patronato; pues una vez hecha irrevocable la eleccion, no podrá revocarla, variar, añadir ni mudar los llamamientos, sino se lo permite la fundacion, á menos que por ignorancia nombre al indigno, ó que el nombrado se constituya tal despues; y para evitar dudas y pleitos se espresará en la fundacion lo que deberá hacer el último poseedor, teniendo presente lo esplicado y la cláusula puesta en el núm. 12 de este capítulo. Ademas habiéndose hecho irrevocable el mayorazgo al principio, puede el fundador imponerle en otro instrumento la incompatibilidad; como cuando manda que los poseedores usen precisamente de su apellido, armas, &c. y despues dice por declaracion, *que cuando lo hizo, fue su ánimo que llevasen sus armas al lado derecho, ó solas sin mezcla de otras*, y que á él se le olvidó espresarlo ó al escribano ponerlo; pues valdrá esta declaracion, y siendo verosímil se deberá estar á ella, aunque se haga sin juramento, porque el que hace un acto irrevocable puede declararle despues (*b*).

50 Se hace irrevocable el mayorazgo por el juramento de no revocarle, aunque la escritura no tenga la cláusula de constituto (*), ni se haya entregado al primer llamado la posesion del mayorazgo por acto verdadero ó ficto, ni la escritura de su institucion; y una vez hecho irrevocable no puede su fundador variar, mudar, ni adicionar sus llamamientos ni condiciones, ni imponerle el gravámen de incompatibilidad ni otro alguno sino en la forma espuesta, aun cuando reserve para sí el usufructo de sus bienes por toda su vida (*c*).

51 Corresponden al mayorazgo todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las ciudades, villas, lugares y heredamientos de él, por lo cual ha de suceder en todo el llamado á su goce, sin que se le pueda compeler á dar parte del valor de lo espresado ni de las espensas hechas en ello á las mugeres, hijos, herederos, ni

(*a*) Ley 4 tit. 7 lib. 5 R. ó 4 tit. 17 lib. 10. N. R. Molin. de Hisp. prim. lib. 1 cap. 9. (*b*) Rojas de Almans. disp. 1. q. 10 nn. 13, &c. y 24.

(*) Véase qué es constituto en el núm. 88 cap. 13.

(*c*) Rojas Almans. dich. q. 10 nn. 6 y sig.

sucesores del que lo hizo, si el fundador no lo mandó (a) (*).

52 El poseedor del mayorazgo que deterioró, ó deja perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó deterioracion con las mejoras hechas en otras de

(a) Ley 46 de Toro, que es la 6, tit. 7, lib. 5 R. ó 6, t. 17 cit. N. R. Molin. de Primog. lib. 1, cap. 26, nn. 14, 15 y 16.

(*) Para evitar ó decidir con acierto muchos litigios que pueden ofrecerse, conviene espresar aqui qué aumentos ó mejoras ceden ó no al mayorazgo. Puede haber tales aumentos naturalmente ó por casualidad, ó puede haberlos por el hecho ó industria del poseedor. En el primer caso, como si por aluvion tuviese incremento alguna finca vinculada, ceden al mayorazgo, sin que haya obligacion de dar al poseedor el valor de lo aumentado, de donde se infiere que si en las cosas amayorazgadas el dominio útil, ó el usufructo se consolida con el directo, ó la propiedad por muerte del enfiteuta ó usufructuario, se acrece al mayorazgo. Si el aumento se hace por hecho ó industria del poseedor, debe considerarse, si lo aumentado puede subsistir ó no por sí, y separarse de las mismas cosas vinculadas. Si puede subsistir por sí, lo cual se llama *aumento estrínseco*, no sigue la naturaleza del mayorazgo, ni corresponde á los sucesores en él, sino que ha de aplicarse al poseedor como cualesquiera otros bienes libres, bien sea cosa principal, bien sea accesoria, de suerte que se haga una misma cosa con la vinculada. Si el poseedor prescribe alguna cosa próxima á las del mayorazgo, y la agrega á ellas, corresponderá á éste; si se hizo la prescripcion por título de mayorazgo, y como cosa de mayorazgo, y no si fue por otra causa diversa del mismo mayorazgo, en cuyo caso ha de tenerse por libre. Si el poseedor retrae una cosa comun con otra del mayorazgo, censual ó enfiteuticaria, no pertenecerá al mayorazgo, aun cuando el poseedor ofrezca el precio, por reputarse este retracto fruto ó emolumento del mismo mayorazgo, á no ser que se hubiese retraido la cosa con la calidad de haber de ser perpetuamente del mayorazgo, ó incorporada á él despues por el retraente, ó comprada con dinero del mayorazgo destinado á la compra de fundos. Si el poseedor redime el usufructo perteneciente á otro en cosa vinculada, para que se consolide con la propiedad viviendo el usufructuario, gozarán del usufructo, no solo el poseedor, sino tambien sus herederos, y por muerte del usufructuario se consolidará el usufructo con la propiedad, y pertenecerá al poseedor y á sus sucesores. Lo mismo ha de decirse en la renuncia del usufructo, teniéndose presente si se hizo por contemplacion del poseedor, ó del fundador o familia. Tambien tiene lugar lo mismo en los censos, réditos anuales y demas pensiones á que está sujeto perpetuamente el mayorazgo; pues si el poseedor los redime, continuará gravado el mayorazgo con ellos, y habrán de satisfacerse al poseedor y sus herederos, á no ser que se hubiese hecho la redencion con la mira de que el mayorazgo quedase libre de dichas cargas, lo cual procede asimismo en la redencion del usufructo, con cuya doctrina podrán decidirse muchas cuestiones semejantes. Si la cosa agregada al mayorazgo por hecho del poseedor no puede subsistir por sí, como sucede en la servidumbre adquirida en cosa vinculada, ó en el edificio construido en solar de mayorazgo; ha de atenderse por lo que respecta á la servidumbre, si se compró é impuso, en cuyo caso se acrece al mayorazgo pagando el importe al po-

él, pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y las disfrutó. Asi pues, el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á menos que el poseedor

seedor, á no haberse hecho la compra, para que perteneciese perpetuamente al mayorazgo; si se donó y si fue por contemplacion del poseedor, para que le correspondiese á él y á sus herederos, ó del mayorazgo y familia del fundador ó simplemente, pues en el primer caso ha de satisfacerse el importe de la servidumbre á los herederos del poseedor, y no en el segundo ni tercero; y en fin, si se adquirió la servidumbre por prescripcion, ha de distinguirse, segun se ha distinguido hablando de la prescripcion de cualquiera otra cosa por el poseedor; bien que en punto á dicha satisfaccion parece debe decirse lo mismo que vamos á decir de los edificios construidos en los solares de mayorazgo, por no haber una razon de diferencia congruente.

Dichos edificios de tal suerte ceden al mayorazgo, segun la ley 46 de Toro, que ni la muger, hijos, ni otros herederos del poseedor que los hizo, pueden repetir su importe de los sucesores. Esta disposicion que á varios autores ha parecido inicua, se funda sin embargo en tres no despreciables razones. El poseedor de un mayorazgo no está obligado á mejorar sus fincas, y por lo mismo si lo hace debe ser á su costa, y no ha de poder obligar al sucesor al pago de su importe. Ademas sería injusto que el sucesor que no adquiere los bienes del mayorazgo como cosas libres, de que pueda disponer á su arbitrio, sino que por su muerte ha de restituirlos forzosamente á quien corresponda segun los llamamientos de la institucion, fuese precisado á dicha satisfaccion, con lo cual podia acontecer, que importando mas el valor del edificio ó edificios que todos los frutos que percibiese en el curso de su vida, fuese asi privado indirectamente de los emolumentos del mayorazgo. Finalmente, si el inmediato sucesor de quien hizo el edificio estuviese obligado á satisfacer su importe, tambien tendria la misma obligacion de satisfacérselo á él el siguiente sucesor, y á éste otro, de suerte quo sobre el pago del valor del edificio se procederia en infinito A vista de estos fundamentos parece no debe estrañarse, que aunque la citada ley hable solo de lo que se edifique en las cosas vinculadas, la hayan estendido generalmente los intérpretes á toda especie de mejoras, creyendo que la ley habia mencionado solamente las primeras, por ser mas frecuentes, no por circunscribirse á ellas, puesto que en todas tienen lugar igualmente las espresadas razones. No puede negarse que semejante estension, al parecer muy contraria á la ley, que hablando solo de una especie de mejoras, hubo de querer escluir de su disposicion todas las demas, ha sido muy funesta en general para la agricultura y el estado, y en particular para los hijos segundos de los vinculistas; pero el legislador, constituido en un conflicto de razones, hubo de creer mas fuertes las referidas que la de privar á la consorte y herederos del último poseedor del importe de las mejoras, aunque parecia muy justo el haber de satisfacérselas. No hubo de concurrir al legislador el único medio justo que debió tomarse á favor del mejorante, su muger y herederos; que era el de constituir censos á favor de ellos con el capital del importe de las mejoras de una utilidad perpetua ó duradera. Por lo tanto, creemos que incontinenti despues de publicada la ley taurina debió haberse consultado al So-

hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entonces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda (*).

55 Puede probarse que los bienes son de mayorazgo por la es-

berano, proponiéndole las dudas é inconvenientes que ofrecia su disposicion, y no habiéndose hecho todavia por no haber entendido nunca los intérpretes, de semejantes consultas, sino de interpretar bien ó mal sin cortapisa alguna, debiera hacerse en el primer caso que se ofreciese. (Esto es un estracto del cap. 26 cit. de Molina).

(*) Espresaremos en este lugar como el mas oportuno las cargas ú obligaciones á que está sujeto el poseedor de un mayorazgo. Si sus fincas han padecido alguna pérdida, desmejora ó deterioro, los herederos del último poseedor tienen obligacion de resarcirle, aunque no hubiese tenido culpa alguna en él; si los gastos son cortos, y si son grandes solo deberán abonarse cuando haya habido en el último poseedor no solo dolo ó culpa lata, sino tambien leve y no levísima, puesto que instituyéndose un mayorazgo por favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se hace una disposicion en beneficio de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por la primera culpa y no por la segunda. Al arbitrio del juez atendida la cualidad de las cosas y personas queda el calificar de grandes ó pequeños dichos gastos. Pero si el poseedor que por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas, mejoró otras, es muy justo ó equitativo que se compense la mejora con el daño, mayormente cuando el no hacerse así podria ceder en perjuicio del mismo mayorazgo, puesto que los poseedores se retraerian entonces de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados. Tambien está obligado el poseedor de un mayorazgo al pago de todos los censos, pensiones, tributos y cargas reales que deben satisfacerse anual y perpetuamente de los bienes vinculados, ya las hubiese impuesto el fundador, ya alguno de los poseedores anteriores con facultad real, lo cual procede aun en las pensiones correspondientes á dichos poseedores; si bien el último puede reconvenir á los herederos de ellos. Y si éste tiene que dar alimentos á otros hermanos, no tendran estos que pagar á prorata dichos tributos. En órden á las espensas que el poseedor tenga que hacer en pleitos por causa del mayorazgo ó fincas suyas, debe distinguirse si se hicieron aquellas solo por beneficio del poseedor, ó por la perpetua utilidad del mismo mayorazgo; en el primer caso, como si se hubiese litigado con otro la pertenencia del mayorazgo, ó únicamente sobre sus frutos, son de su cargo los gastos grandes ó pequeños; y en el segundo, si son pequeños, tambien deben ser de cargo suyo, y si son grandes, deberán satisfacerse del mismo mayorazgo, por lo cual se ha visto á veces conceder real facultad para hipotecar los bienes vinculados, ú obligarlos con pensiones anuales, por habersé hecho gastos considerables en pleitos sobre mayorazgos. En fin, el poseedor tiene obligacion de suministrar alimentos á sus hermanos pobres, y de dotar á sus hermanas. (Esto se ha estractado del cap. 27 de Molina.)

Sobre los frutos pendientes en las fincas vinculadas al tiempo de la muerte, del poseedor, está en práctica que sus herederos perciban la parte de frutos correspondiente al tiempo que los hubo, y mientras vivió, y al sucesor la que corresponde al que pasó desde dicho fallecimiento hasta la recoleccion de frutos.

critura de su institucion, y la licencia ó facultad impetrada para ellas ó por testigos idóneos y fidedignos que depongan contestes de su tenor, ó de costumbre inmemorial é inconcusa que acredite los obtuvieron los poseedores como de mayorazgo, esto es, que los hijos mayores de legítimo matrimonio y sus descendientes legítimos sucedian en ellos como vinculados, y que aunque el poseedor dejase otros hijos legítimos, nada les daban los mayores de dichos bienes ni su equivalente, para lo cual han de jurar los testigos haberlo visto asi por espacio de 40 años, oido decir á sus mayores y mas ancianos, que asi lo habian visto y oido decir tambien á los suyos sin cosa en contrario, y que todo ello es pública voz y fama entre los vecinos y moradores de la tierra en que estan situados los bienes (*a*); todo lo cual se ha de articular y declarar para probar la costumbre inmemorial sobre cualquiera otra cosa. Tendrá esto presente el escribano por si se le ofrece hacer probanza de costumbre inmemorial, pues el buen letrado debe articular en la forma espuesta con arreglo á la ley sin mas prosa ni confusion. Pero lo dicho no prueba la pertenencia de la propiedad de los bienes vinculados al mayorazgo, sino tan solo su vinculacion para que sean indivisibles, pues la propiedad se ha de acreditar con otros títulos de adquisicion (*b*)

54 Sobre los bienes de mayorazgo no se puede imponer censo ni otro gravamen sin real permiso, como consta del cap. 17 de las córtes celebradas en el año de 1602, y publicadas en el de 1610, por manera que quien dé dinero sobre ellos sin preceder este requisito solo podrá repetir contra el que le recibe y sus propios bienes. Tampoco podian darse en enfitéusis, trocarse, venderse, ni enagenarse por el poseedor sin el mismo requisito y aprobacion; pero acerca de este punto han hecho mucha novedad varias reales órdenes, cuyas disposiciones vamos á referir.

55 A todos los poseedores de mayorazgos, vínculos ó patronatos de legos y de cualesquiera otras fundaciones, sea la que fuese su denominacion, y en que se suceda por el órden observado en los mayorazgos de España, se ha concedido permiso para que no obstante cualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de

(*a*) Ley 40 de Toro, que es la 1, t. 7, lib. 5 R. ó 1, tit. 17, lib. 10, N. R. la cual no escluye otros géneros de probanza que se puedan hacer para acreditar la vinculacion de los bienes. (*b*) Sobre si la costumbre que tiene fuerza de ley, debe estenderse á otros casos en que milite igual razon, véase á Vela, disert. 3, n. 53, que defiende la afirmativa.

sus dotaciones por mas especiales que sean, puedan vender sus fincas, con tal que los productos líquidos de sus ventas se apliquen al empréstito patriótico abierto en real decreto de 27 de Mayo de 1798, (nota 7, tit. 17, lib. 10, N. R.) »por acciones de 1@ reales de vellon un interés reintegrable por suerte en los diez años siguientes á los dos primeros de paz, y bajo la condicion espresa de que á medida que toque la suerte de ser reintegradas las acciones, que quepan en dichos productos, se reciba é imponga su valor sobre la real Hacienda en la caja de amortizacion al rédito anual de 3 por ciento; si bien á fin de no perjudicar á los sucesores que no presten su consentimiento para lo espresado, se les abonarán puntualmente en la propia real caja los réditos asignados desde el dia siguiente é inmediato al del fallecimiento de los poseedores que hubiesen hecho dichos préstamos, aun cuando no se hayan pasado los plazos prescriptos en el mencionado real decreto." La misma facultad para enagenar que á los subscriptores al préstamo patriótico se ha concedido á los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos, siempre que hayan de imponer el producto de las fincas enagenadas en dicha real caja, y habrán de pagárseles los mismos réditos por tercios, semestres ó años enteros, como mejor les acomode, empezando á correr desde el dia que entreguen el dinero en la tesorería mas inmediata, por la que se darán en este caso los recibos de cargo á favor del director de la misma caja, quien otorgará inmediatamente la escritura de imposicion á favor del vínculo, sin cuyo requisito será de ningun valor todo lo actuado (*a*).

56 Ademas se concedió á todos los poseedores de cualesquiera bienes vinculados que espontáneamente los enagenasen en el transcurso del año de 1799 con arreglo á lo dispuesto en la citada real cédula de 98, dejando ileso el derecho de sus sucesores á la totalidad de los capitales procedentes de tales ventas y á la de sus réditos, la gracia de que entregando el director de la caja de amortizacion la escritura de la imposicion de toda la cantidad líquida, que deducidos gastos y cargas resultase á favor de los vínculos, se entregue á los mismos poseedores por via de premio la octava parte de la propia cantidad en igual especie de moneda en que se hubiese percibido (*b*). Asimismo á los referidos poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de

(*a*) Real cédula de 24 de Setiembre de 1798, ó ley 16, t. 17, lib. 10 N. R.
(*b*) Real céd. de 13 de Enero de 1799, ó ley 17, t. 17, lib. 10 N. R.

legos que tengan dispersas las fincas de ellos, se permite, á fin de que puedan reunirlas en beneficio suyo y de la agricultura, enagenar las que se hallen en los pueblos distantes de sus domicilios, y subrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en éstas las cargas de las vinculaciones, con tal que mientras se hace la subrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la real caja de estincion de vales, donde ha de devengar un 3 por ciento á favor de sus dueños; si bien en estos casos no han de gozar los poseedores de la gracia de dicha octava parte, sino tan solo la escepcion de alcabalas (*a*).

57 Finalmente, considerándose entre otras cosas que aun debia promoverse mas la circulacion de los bienes vinculados en beneficio de la agricultura, puesto que muchos terrenos abandonados proporcionarian en manos libres y laboriosas la felicidad de muchas familias con ventajas de la real Hacienda, se ha concedido á todos los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos y de cualesquiera otras fundaciones, como quiera que se intitulen, y en que se suceda por el orden observado en las vinculaciones de España, facultad para que no obstante cualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones puedan comprar las fincas que les acomode de sus propias vinculaciones sin perjuicio del premio de la octava parte antes espresada, segun el valor de la tasa, puesto que no ha de haber subasta, ni alguna otra formalidad despues de justipreciadas las fincas, sino la de la aprobacion de sus ventas por el intendente de la provincia en que se hallan situadas. La tasa se ha de hacer con autoridad judicial y citacion del comisionado administrador de la caja de consolidacion por los peritos que elijan el comprador vinculista y el sucesor inmediato, á quien no ha de admitirse contradiccion ó instancia que no sea respectiva á dicha valuacion. Si el sucesor es menor de edad, ó se halla ausente por tiempo dilatado, ha de entenderse la citacion con el procurador síndico general del pueblo en que se halle cada finca: el nombramiento de perito lo hará un curador judicial que se elija con citacion de dicho comisionado, y el juez que autorice las diligencias, nombrará tercero en caso de discordia, á fin de evitar hasta el mas mínimo motivo de fraude. Los réditos al 3 por ciento del capital en que se hagan las espresadas enagenaciones, no han de bajar nunca por regla general del importe del producto líquido de sus mismas fincas, regulado por el últi-

(*a*) Real céd. de 3 de Febrero de 1803, ó ley 18, t. 17, cit. N. R.

mo quinquenio, y deducidos todos los gastos de cultivo, conservacion, derechos reales, administracion y demas de que están esentos los réditos de la imposicion subrogada. El pago de los bienes asi vendidos se ha de hacer en el término de cinco años ó plazos iguales, »satisfaciendo la caja de consolidacion, en la que ha de entrar el importe de aquellos, los réditos correspondientes, asi como el comprador y sus sucesores han de abonar el interés respectivo á la cantidad del capital que no haya satisfecho" (*a*)

58 Habiendo tratado, aunque ligeramente de los mayorazgos, paso á tratar tambien con brevedad de la agregacion de bienes á los mismos mayorazgos, para que cuando se le ofrezca el caso al escribano, no dude de lo que puede hacer. En nuestra legislacion castellana no hay ley que hable de intento de dicha agregacion ó incorporacion, y asi los AA. (*b*) que hablaron de ella, se gobernaron por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos, fundándose en que cuando un caso, cuestion ó artículo no se halla decidido en ninguna ley, debe arreglarse el juez á las que en otros semejantes determinan lo que se ha de practicar.

59 La agregacion de bienes á un mayorazgo puede hacerse de tres maneras: la primera es por incorporacion ó union de uno con otro, y entonces se considera como uno solo, y como una sola la fundacion ó disposicion: la segunda es accesoriamente, en cuyo caso los bienes que se le agregan siguen la naturaleza de los de la fundacion principal, y se estiman como incluidos en ella; y la tercera es igual y principalmente, y entonces el mayorazgo unido retiene su propia naturaleza, y permanece en su primitivo estado (*c*). Ademas la agregacion puede ser perpetua, y limitada ó temporal como otras agregaciones (*d*), estenderse hasta ciertas líneas solamente, por escluir espresamente á las demas quien la hace, hacerla éste con condiciones compatibles con la fundacion, ó contrarias y repugnantes á ella, y verificarse por tres títulos ó de tres modos. El primero es el de la

(*a*) Real céd. de 10 de Junio de 1805, ó ley 20, t. 17, lib. 10 N. Rec.
(*b*) Aguil. ad Roj. Part. 1, cap. 7, núm. 27. Carden. de Luc. de Fideicom. in adiction. ad. disc. 12, Roj. de Alman. de Incomp. disp. 1, q. 11, n 1.
(*c*) Rojas de Incompat. part. 1, cap. 5, núm. 34, Rojas de Alman. dis. 11 cit. cit. n. 2. (*d*) Conc. Trident. sess. 21 de Reformat. cap. Ut etiam 4 Rojas, dicha disp. 11, nn. 6 y 11.

ley, como por egemplo, en el aluvion (*), pues lo que por este medio se agrega á una finca vinculada, pertenece al mayorazgo (*a*). El segundo título ó modo es el de la costumbre, cuando la hay de que una cosa se tenga y posea como parte de otra; v. gr. si alguno compra una heredad y despues otra contigua á ella, las cultiva, arrienda y posee como una sola, dándolas un solo nombre, y luego lega la primera y principal, pues se entiende legar tambien la accesoria y unida (*b*). Y el tercero es el que motiva la disposicion del hombre, cuya agregacion puede ser *voluntaria, ó necesaria y coactiva* Se llama voluntaria cuando el mismo fundador ó algun poseedor, ú otro pariente ó amigo hace la agregacion de su libre voluntad; y necesaria cuando el fundador manda á algunos ó á todos los llamados que la hagan (*c*), y de ésta paso á tratar.

6o Como la intencion de los fundadores de mayorazgos es que sus poseedores conserven su memoria (**) y el esplendor de sus familias con la opulencia, pues si falta decae su lustre y se eclipsa su nobleza; suelen agregar á las fundaciones despues de hechas algunos bienes para su incremento, en cuyo caso su agregacion como cosa accesoria se ha de hacer bajo de las condiciones y reglas de la fundacion sin innovar ni alterar su naturaleza, modo, cualidades, ni llamamientos, y de lo contrario no será agregacion pura ó simple sino fundacion diversa. Lo mismo procede, cuando otro la hace voluntariamente, y por tanto, si el que funda mayorazgo irrevocable sin gravámen de incompatibilidad, le agrega luego algunos bienes por otra escritura, no puede por sí solo imponerle tal gravámen, á menos que lo haga con beneplácito del primer llamado, quien sino tiene otro mayorazgo, ni le espera, deberá aceptar el aumento con el gravámen para no perjudicar á su posteridad ni familia, y sus sucesores no podrán impugnar su aceptacion, aunque posean otro ú otros ma-

(*) Aluvion es aumento paulatino que hace el rio en algun predio quitando á otro.

(*a*) Roj. Almans. disp 1. y q. 11 cit. nn. 59 y 60 (*b*) Castill. tom. 5. Controv. cap. 62, nn. 3 &c. y 50, y de Usufruct. lib. 1, cap. 22. (*c*) Adicionadores del Molina, lib. 1, cap. 8, nn. 35 y siguient. Mostaz. de Caus. piis lib. 3, cap. 5, nn. 49 y 50.

(**) Es cosa de la mayor importancia para el estado y para los mismos fundadores de mayorazgos que se conserve su memoria hasta la mas remota posteridad por la grande hazaña y heróica accion de haber vinculado sus riquezas, y motivado, como regularmente suceder muchos y dilatados pleitos, tan conducentes para el bien estar y tranquilidad de las familias.

yorazgos; pero si posee otro, ó es inmediato sucesor á él, no está obligado á admitirle, porque se le causa perjuicio (*a*).

61 Tocante á la agregacion necesaria digo que el fundador puede mandar que el primer llamado agregue al mayorazgo cierto fundo suyo y deberá agregarle. Tambien le puede mandar que agregue el ageno, y deberá comprarle y agregarle; pero si su dueño no quiere vendérsele, ó le pide un precio exorbitante por él, ó no puede ser vendido por alguna causa, queda libre de la obligacion de comprarle, y cumple con comprar otro de igual valor para su agregacion (*b*). Asimismo puede imponer á todos los poseedores, ó á alguno ó algunos el gravámen de agregar al mayorazgo sus legítimas, á el tercio ó quinto, ó ambos, ó de que con las rentas de tantos años compren hasta en cierta cantidad fincas raices y las incorporen á él: en cuyos casos y otros semejantes permitidos por derecho, si cada poseedor acepta simplemente y toma posesion del mayorazgo, manifiesta con su silencio y admision haber consentido en el gravámen, por lo que está obligado, y puede ser compelido á efectuar la agregacion mandada por el fundador sin la mas leve alteracion ni imposicion de gravámen ni condicion; bien que su obligacion no llega hasta el dia de su muerte, porque de lo contrario seria privarle del uso de sus bienes, y precisarle á dividirlos y desprenderse de ellos en vida, á cuya consecuencia deberán hacerla sus herederos deduciéndose el importe de sus bienes como deuda contra la herencia (*c*). Pero al modo que el donante no puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes, tampoco puede imponer el fundador á los poseedores el gravámen de que agreguen al mayorazgo todos los suyos (*d*). Y si el poseedor de varios mayorazgos hace voluntariamente agregacion á alguno de ellos, debe especificarse á cual y no decir solamente *al mayorazgo que poseo*, para que no se originen dudas ni pleitos.

62 La agregacion á mayorazgo así como á patronato ó capellanía se puede calificar y probar en juicio en primer lugar: con instrumento público de alguna disposicion entre vivos ó por temor de muerte en que conste que el mismo fundador despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor, ú otra persona la hizo (*e*): en se-

(*a*) Rojas disp. 1, q. 10, nn. 25, &c. y 44. (*b*) Rojas disp. 2, q. 7, nn. 2, &c. y 8. (*c*) Surd. de Alim. t. 2, q. 15, n. 181, Roj. disp. 1, q. 11, núm. 31, y disp. 2, q. 7, nn. 2, &c. y 36. (*d*) Roj. disp. 2, y dich q. 7, nn. 22 y 41. (*e*) Garcia de Benefic. tom. 2, part. 12, cap. 2, §. 3, n. 224. Alvar. Pegas de Majorat. tom. 1, cap. 3, n. 83.

gundo lugar habiéndose perdido ó quemado el instrumento, con testigos fidedignos que depongan contestes haberle visto y leido, y qué contenia la agregacion (*a*): en tercer lugar no habiendo instrumento ni testigos, con otras escrituras otorgadas por quien hizo la agregacion, en que se esprese haber agregado al mayorazgo tales bienes ú otorgadas por sus poseedores en las que se hable de la agregacion, y se diga que poseyeron aquellos como agregados y vinculados (*b*); y en cuarto lugar, á falta de los tres medios espuestos, con la justificacion de que los poseedores del mayorazgo los tuvieron por agregados y vinculados, aunque no sea por tiempo inmemorial, y que por esta causa no se dividieron nunca entre los herederos de cada uno (*c*).

63 Siempre que por alguno de estos medios se pruebe la agregacion de bienes al mayorazgo, surtirá los efectos siguientes: el primero, que los bienes agregados sean parte del mayorazgo á que se agregan, y sigan regularmente su naturaleza, órden, modo y forma (*d*): segundo, que para reivindicarlos competa al poseedor la misma accion que para la recuperacion y obtencion del mayorazgo (*e*): el tercero, que si alguno mueve pleito sobre la sucesion ó posesion del mayorazgo y obtiene sentencia favorable, aunque nada se esprese en ésta acerca de los bienes agregados por distintos poseedores ú otros, se puede ejecutar respecto á ellos del mismo modo que con respecto á los demas (*f*): el cuarto, que asi como por muerte del poseedor se transfiere ipsojure en el siguiente en grado la posesion civil y natural de estos, asi tambien la de aquellos (*g*); y el quinto, que si el poseedor impone censo con real permiso sobre los bienes del mayorazgo, quedan tambien obligados los agregados, aunque no los hipoteque espresamente ni haga mencion de ellos (*h*).

64 En el capítulo de mayorazgos no se pueden pasar en silencio el famoso juicio de tenuta y su artículo de administracion. En los mayorazgos no sucede lo que en las demas cosas, cuya posesion natural se adquiere por la tenencia de ellas, y la civil por ministerio de

(*a*) Cap. 12 de Priv. y ley 1, tit. 7, lib. 5 R. (*b*) Larrea tom, 2, decis. 56, nn. 4, 5, 8 y 10 Alvar. Pegas lug. cit. n. 11. Mier. de Majorat. part. 1, q. 64, n. 78. (*c*) Dich. ley 1, Roj. disp. 1, q. 11, n. 33 y 34. (*d*) Rojas Almans. lug. cit. nn. 28 y 61. (*e*) Ley 8, Cod. de jure dot. y en ella Barbos. núm. 4. (*f*) Salg. de Reg. prot. part. 4, cap. 10, nn. 88 y sig. Mier. de Mayor. part. 1, q. 10, n. 124. (*g*) Alv. Peg. tom. 4. Ordenam. lib. 1, tit. 50, glos, 1. nn. 10, y 14. (*h*) Ley 15, t. 13, P. 5, verb. Otrosi decimos, y su glos. 6. Mier. q. 10 cit. nn. 36, 47 y 91.

la ley precediendo la toma de aquella, y habiendo ánimo de conservarla; pues en ellos solo con fallecer el poseedor, y sin ninguna aprehension ni aceptacion se transfieren en el siguiente en grado ambas posesiones conforme á los llamamientos de su fundacion, aun cuando otro haya tomado en vida del poseedor, ó éste le haya dado la posesion real ó corporal: por manera que aunque despues nazca otro que por ser de mejor línea y grado hubiera obtenido el mayorazgo viviendo al tiempo de la vacante, no puede privar de él al que le tiene adquirido legítimamente ni á su legítima posteridad, por lo que no retrocede á otra línea, mientras no se estinga la suya, escepto que el fundador mande espresamente lo contrario. Pero como puede dudarse quien es el siguiente en grado, y sucede frecuentemente que contiendan muchos sobre la pertenencia del mayorazgo, solicitando que declarándoseles por poseedores legítimos se les dé la posesion real, actual, ó corporal ó cuasi, cuyo acto como personal no suple la ley, á fin de que se les contribuya con sus rentas, es indispensable el referido juicio de tenuta, del que pasamos á tratar, refiriendo antes lo que se practica en el artículo de administracion que se forma por un otrosí en la demanda de tenuta.

65 Luego que se devuelva á la escribanía de cámara el despacho de emplazamiento de dicha demanda con las notificaciones hechas á los interesados, debe ponerse una nota del dia de la presentacion, porque se cuentan desde este los 40 prefinidos por el auto acordado para la vista y determinacion del artículo de administracion y prueba, dentro de los cuales pueden tomar los autos todos los litigantes para deducir lo que les convenga, y concluidos, cualquiera que sea su estado, se pone en la escribanía de cámara el decreto de *pasen al relator*, mediante haberse cumplido los dichos 40 dias. Con este decreto se lleva la pieza corriente á la secretaría de la presidencia para el señalamiento de relator, y luego que éste se ha instruido y hecho el apuntamiento de los autos, cualquiera de los interesados pide señalamiento de dia por un pedimento, en que pone nota el relator, espresando estar corriente el pleito, si es corto ó largo, y los nombres de los procuradores de todos los litigantes, con la cual pasa el escribano de cámara á dar cuenta en la sala de Mil y Quinientas, porque en ella sola, y cualquier dia se vé y determina el artículo de administracion. Entonces se señala dia para la vista de éste mandando pase al relator, y el auto que se provee, bien encargando la administracion de los bienes del mayorazgo ó estado á alguno de los liti-

gantes, bien mandándolo poner en secuestro, lo estiende el relator sin firmarlo, como lo hace en las demas providencias, á causa de ser auto real que rubrican todos los señores que lo acuerdan.

66 Dicho auto con el proceso debe en cualquiera de los dos casos espresados entregar inmediatamente el relator en la escribanía de cámara á que corresponde, la cual tiene obligacion de notificarle á los interesados dentro de los ocho dias siguientes á su fecha, para que corran los del término de prueba, de la que y de los demas trámites del pleito hablaremos despues.

67 A fin de que no se detenga el curso del pleito en lo principal, por haber de espedirse el despacho para la administracion, cuando se encarga libremente, ó de la presentacion de fianzas, cuando se mandan dar, ó se pone en secuestro el mayorazgo litigioso, se forma respecto á este particular pieza separada con copia literal del auto y de sus notificaciones. Formalizada esta diligencia, si se encarga la administracion libremente y sin fianzas á alguno de los interesados, se estiende desde luego un despacho en que hablándose con él se espresan todas las facultades y obligaciones que tiene como tal administrador. Si se encarga la administracion bajo de fianzas, debe el interesado darlas y presentarlas por un escrito, y de ellas da cuenta el escribano de cámara á quien corresponde, en la Sala de Mil y Quinientas, donde se acuerda dar traslado á los demas litigantes para que espongan lo que juzguen conveniente; y concluído se pasa al relator, quien da cuenta de todo en la misma Sala, y no habiendo reparo se aprueban las fianzas presentadas mandándose despachar el título de administrador en la forma ordinaria, que es igual al que se despacha al administrador secuestrario, porque tiene obligacion de presentar anualmente las cuentas y depositar los productos. Finalmente si el estado, ó mayorazgo litigioso se pone en secuestro, se pasa la pieza que se forma con separacion de este particular á la secretaría de la presidencia, á fin de que el señor Presidente ó Gobernador nombre para administrador la persona que tenga á bien (*), á quien se

(a) Solo dicho señor y no la sala de Mil y Quinientas puede nombrar administradores de los mayorazgos litigiosos, mandados secuestrar, y otras personas para servir los demas empleos pertenecientes á ellos que vaquen durante la administracion, y hacer la presentacion para piezas eclesiásticas, y todo lo demas anejo á dichos mayorazgos, de suerte que se equipará á su poseedor; asi como por el auto 93, tit. 4 lib. 2; tambien le corresponden privativamente todos los nombramientos ó elecciones que dimanen de providencias de la Sala de gobierno y de la comision de hospitales, de quienes es el principal pro-

despacha el correspondiente título, y debe presentar las fianzas correspondientes hasta la cantidad espresada en el auto, con las cuales se practican las mismas diligencias ya mencionadas, que cuando las presentan los interesados en la tenuta encargándoseles la administracion (*a*). Pero teniendo presente con especialidad lo que escribió el citado autor (*b*) y aun el señor Elizondo (*c*) digamos ya cuanto sea útil acerca de la tenuta, que en el dia es lo mismo que posesion, aunque antes era una mera tenencia de los bienes vinculados que correspondia al Consejo dar, mientras se determinaba en las chancillerías en quien se habia transferido por ministerio de la ley 45 de Toro la verdadera posesion civil y natural.

68 Por tres medios puede quien pretende suceder en el mayorazgo vacante obtener su posesion: el primero pidiéndola ante la justicia ordinaria del pueblo en donde están sitos los bienes: el segundo contradiciendo alguno semejante posesion y solicitando se le ponga en ella con esclusion del que la tomó, cuyo juicio debe seguirse ante la misma justicia que dió el primer decreto, si es competente; y el tercer medio es el del interdicto de tenuta con el previo artículo de administracion.

69 La demanda de tenuta debe presentarse en el Consejo dentro de los seis meses siguientes al dia en que por la última vacante del mayorazgo se dió su posesion á alguno de los interesados (*d*), justificandolo con la fe de muerto, ó testimonio correspondiente, autorizado de escribanos publicos, y presentando poder especial. Y aunque pasados los seis meses se haga saber la demanda al actual poseedor del mayorazgo, no puede por esto solicitar su repulsa. Contra dicho término de los seis meses no se concede absolutamente á nadie el beneficio de la restitucion, ni contra la omision en hacer pruebas ni para tachar testigos, ni tampoco hay en el juicio de tenuta publicacion

tector. Dichos nombramientos los pasa la escribanía de cámara, en que pende la tenuta, y por esta se da cuenta á la sala de Mil y Quinientas, que acuerda espedir los títulos competentes en la forma ordinaria; y si como suele tambien suceder, las justicias o administradores de secuestros remiten propuestas ó avisos á la escribanía de cámara en que se halla el pleito; dándose cuenta al Consejo, acuerda que pasen al señor Presidente ó Gobernador para la eleccion de las personas que le parezcan convenientes, á quienes se da la correspondiente certificacion ó despacho.

(*a*) Puede verse á Escolano, práctica del Consejo, tom 2, cap. 19.

(*b*) Lug. cit. cap. 15. (*c*) Práct. univ. for. tom. 1, pág. 218 y sigs. tom. 2, pág. 380, y tom. 5, part. 1, cap. 6, nn. 6, 7, 8 y 18. (*d*) Ley 9, t. 7, lib. 5 R. ó 2, t. 24, lib. 11 N. R.

de probanzas; bien que siempre queda salvo el derecho para deducirle en el juicio de propiedad. En la demanda debe pedirse la restitucion de frutos, porque se sucede por título universal en el mayorazgo, del cual son parte; como tambien por un otrosí que se encargue al demandante la administracion de todos los bienes, frutos y rentas del mayorazgo, formando, segun se ha dicho, artículo sobre ello. Asimismo ha de solicitarse se libre real provision, para que se remitan al Consejo originales todos los autos que se hubiesen formado ante cualesquiera justicias sobre la posesion del mayorazgo con emplazamiento á los que creyesen pertenecerle. La tenuta contra el clérigo que se halla en posesion del mayorazgo, ha de intentarse tambien en el Consejo y no ante el eclesiástico. De los reinos de Aragon, Cataluña y Mallorca no hay juicios de tenutas; pues el primero se gobierna por sus fueros civiles, el segundo por sus constituciones, y el tercero por las prácticas y recursos antiguos; pero sí las hay de Valencia, por hallarse abolidos sus fueros antiguos y reducidos á los de Castilla. El juicio de tenuta viene á ser en la actualidad un juicio mixto de posesorio plenario, y petitorio ó de propiedad, por lo que son rarísimas las sentencias que reforman en este las chancillerías.

70 Puede intentar el juicio de tenuta, que aun tiene lugar en mayorazgo instituido sin facultad real, el sucesor inmediato del que se considere con derecho á él, si éste se cree muerto por ausencia dilatada en pais muy distante, ú otro motivo; y si principiado el pleito en tiempo y forma presenta en él despues del semestre prefinido por la ley, demanda de tenuta algun tercero, bien coadyuvando el derecho de alguno de los litigantes, bien escluyendo el de todos, caso al parecer omitido en la citada ley, porque segun se colige de ella, solo escluye á quien pasados los seis meses le instaura, ó empieza de nuevo; está en observancia, como lo acreditan repetidos egemplares, admitir el Consejo por su grande equidad, ó por otras razones »la nueva demanda ó tercería mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta sin perjuicio del estado del pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la vista, y especialmente cuando aparece por los instrumentos un derecho en el tercero claro y superior á los demas.

71 Presentada en la escribanía de cámara la demanda de tenuta, pone el oficial mayor una nota espresando el dia, mes y año de su presentacion, y se da cuenta de ella en la sala ordinaria de Mil y Quinientas, donde se provee el correspondiente decreto que abajo se es-

presa, y despachada la real provision y devuelta se pone la nota del dia en que se presenta en la escribanía de cámara: para que, segun se ha dicho, empiecen á correr desde él los 40, prefinidos para decidir el artículo de administracion, y dentro de ellos pueden los interesados tomar los autos para alegar lo que convenga á su derecho, solicitándolo por medio de pedimento y poder firmado de procurador, del que tambien se da cuenta en la sala de Mil y Quinientas, la cual acuerda el decreto siguiente: "Hásele por parte, y entréguensele los autos por el término ordinario, que es el de tres dias contados desde la fecha del conocimiento.» Pasados éstos puede el actor solicitar apremio para la vuelta de los autos, y si se hace ésta pidiendo término, ha de firmar tambien el abogado defensor la peticion, y de ella y de la contradiccion que suele hacerse, se da cuenta en la Sala donde pende el negocio, espresando el dia en que se tomaron los autos, el en que los devolvieron, el nombre del abogado que firma, y el término que se pide, cuya concepcion se notifica inmediatamente al procurador, porque corre desde el dia siguiente al de la notificacion, y si pasado no se hubiesen vuelto los autos, se saca otro apremio; pero si se devuelven alegando, se da traslado Al dia siguiente de cumplido el término que previene el auto acordado, se pone en el último pedimento de cualquiera interesado el decreto de que pasen los autos al relator mediante ser pasados dichos 40 dias: y á continuacion se llevan para su señalamiento á la secretaría del señor Gobernador, donde se nombra alguno de los cuatro de las tres Salas de justicia por turno para no perjudicar á ninguno de ellos. Dada cuenta por el relator se determina el artículo, y al mismo tiempo se recibe el pleito á prueba por el término de los 80 dias de la ley, de cuyo auto no se admite súplica ni otro recurso, y debe notificarse de oficio á los interesados por la escribanía de cámara en el término de 8 dias (*a*).

72 Notificado el término de prueba se pasa certificacion al número de receptores, que devuelve otra con espresion de aquel á quien ha tocado hacer las probanzas. En seguida se toman los autos para formar el interrogatorio, que se presenta con pedimento solicitando la comision para la prueba, y por otrosíes la comprobacion ó compulsa de instrumentos, lo cual se acuerda. El modo de presentar el interrogatorio y pedir la comision para las probanzas y compulsa, ó

(*a*) Auto acordado del Consejo de 20 de Julio de 1750.

cotejo de instrumentos y espedicion de los despachos es uno mismo para todas partes.

73 Cuando en la escribanía de cámara se entregan ó reciben por correo cualesquiera pruebas de los litigantes, deben tenerse en ella reservadas, para que no las vea ninguno de estos, hasta que hecha la publicacion de probanzas se unan á los autos para entregárselos; pero en el juicio de tenuta, por ser posesorio, no se hace publicacion como en los demas pleitos, y las pruebas se entregan desde luego á los interesados sin este requisito, para que aleguen de bien probado hasta su conclusion, y estándolo legítimamente se pasan al relator, quien forma el arbol y memorial ajustado. Si los litigantes quieren se imprima, se concede á costa de quien lo pide, ó de todos ellos segun las circunstancias, y lo que estime el Consejo, lo cual evacuado, señalan las tres Salas dia para la vista y determinacion, en el que si alguno ó todos los litigantes piden licencia para escribir en derecho, y el Consejo lo tiene á bien, se practica lo mismo que en los grados de segunda suplicacion, y segun la fórmula general sobre el seguimiento y sustanciacion de los pleitos en el Consejo.

74 Los de tenuta deben verse y determinarse por los trece señores ministros de las tres Salas de justicia, ó de los que de ellos pudiesen ser jueces, con tal que no sean menos de nueve: pues en el caso de no haberlos, el señor ministro mas antiguo de dichas salas pasa un recado por medio de un portero al señor Presidente, Gobernador, ó ministro que en aquel dia preside el Consejo, para que se envien de la Sala primera los que faltasen (*a*). Si en la tenuta hubiese discordia, deben dirimirla tres señores ministros de las tres Salas, si los hubiese hábiles, y de lo contrario ha de nombrarlos de las de gobierno el señor Presidente, ó Gobernador del Consejo, lo cual se hace en virtud de memorial que presentan los interesados, refiriendo el caso, y pidiendo el nombramiento de ministros.

75 Luego que han firmado los señores la sentencia de tenuta, la entrega el relator para su publicacion al escribano de Cámara originario del pleito, quien, si el mayorazgo no tiene aneja la grandeza de España, la lee á la puerta de la Sala, ó en cualquier otro sitio del salon del Consejo; pero si la tiene aneja, se hace la publicacion en la posada del señor Presidente, ó Gobernador á su presencia, pasan-

(*a*) Aut. acordado 108, t. 4, lib. 2, R. ó ley 31, t. 7, lib. 4 y nota 3, t. 24, lib. 11, N. R.

do á este acto el señor ministro que preside aquel dia las tres Salas; y el relator y escribano de Cámara originario, yendo aquel á la testera del coche y estos á los caballos. Dicha sentencia no se notifica á los litigantes, porque no se admite suplicacion de ella, é incontinenti se despacha la egecutoria para remitir despues los autos á la chancillería ó audiencia en que ha de ventilarse el juicio de propiedad; si bien hay varios egemplares de haber resuelto S. M. en algunos pleitos de tenuta se siga y determine aquel en el Consejo por los señores ministros que no hayan sido jueces en la tenuta; como en efecto se ha egecutado substanciándose y resolviéndose en la Sala de justicia.

76 Entregados los autos en la escribanía de Cámara se pone en ellos una copia certificada de la sentencia, porque la original se custodia en el legajo destinado á este fin; y como el litigante que obtiene desea tomar inmediatamente posesion del mayorazgo, y esto se dilataría si esperase á la estension y formacion de la egecutoria, presenta un escrito solicitando que sin perjuicio de los derechos de ella se le dé certificacion incluyendo la sentencia para poder tomar la posesion. Del escrito se da cuenta en la Sala ordinaria de Mil y Quinientas, y se acuerda el siguiente decreto. »Madrid &c. *Désele* la certificacion que pide sin perjuicio de los derechos de la egecutoria, que deberá depositar, ó hacer obligacion de satisfacerlos." A consecuencia de este decreto se estiende la certificacion refiriendo por mayor el pleito, nombrando los litigantes é insertando la sentencia; y entregada la egecutoria al procurador del interesado bajo de recibo, el que pretenda la remision de autos á la chancillería ó audiencia para seguir el juicio de propiedad debe solicitarlo pagando las dietas correspondientes al portero; pues tales autos los conducen personalmente y por turno los del Consejo, de lo cual para no perjudicar á ninguno se lleva razon en un libro que por providencia del Consejo se halla en la escribanía de Cámara de gobierno.

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

77 *Fundacion de mayorazgo regular con facultad real.* D. Francisco Solís, vecino de esta villa, digo: que he resuelto erigir mayorazgo perpetuo de todos los bienes que me pertenecen, y para su mayor estabilidad he impetrado facultad de S. M. (que Dios guarde), firmada de su real mano en tal parte, á tantos de tal mes y año, y refrendada de don F. su secretario, cuyo literal tenor dice así. (*La facultad real en §. á parte*)

Y usando de esta facultad y de la que me conceden las leyes de estos reinos, en la forma que mas haya lugar en derecho = Fundo mi mayorazgo perpetuo de todos los bienes raices, juros, censos, efectos y derechos que poseo, y son los siguientes. (*Se pondrán por menor en §. á parte los bienes con sus linderos, cabida, sitio, valor y demas señales por donde sean conocidos, con relacion clara y especifica de sus títulos, para que conste de su vinculacion en lo sucesivo, y proseguirá la escritura.*)

Declaro que estos bienes me pertenecen en posesion y propiedad, y que estan libres de tributo, memoria, capellanía, patronato, censo, y de toda especie de gravámen y responsabilidad, (*si tuvieren algunas se espresarán, y dirá que no tiene mas*) y con ellos instituyo mayorazgo con las condiciones y llamamientos siguientes.

1 Despues de mis dias han de poseer y gozar perpetuamente este mayorazgo don F. mi hijo mayor, y sus descendientes legítimos, sean procreados y nacidos constante el matrimonio, ó legitimados por el subsecuente, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, aunque ésta sea mayor de edad, la línea del último poseedor á todas las otras, y la hembra de mejor línea y grado á los varones mas remotos, con arreglo á las leyes segunda, título decimoquinto de la Partida segunda, y quinta, trece y catorce, título séptimo, libro quinto de la Recopilacion; y si fueren hijos de parientes en grado prohibido, habiendo nacido antes de casarse sus padres, entrarán á su sucesion, con tal que al tiempo de nacer se hubiese removido el impedimento canónico, y no de otra suerte, sino es que carezcan de hermano varon, en cuyo caso los tales hijos incestuosos han de ser tenidos por naturales legitimados, y preferirse á las hembras legítimas y á su posteridad, aun cuando en el espresado tiempo esté por remover dicho impedimento, si despues se quitáre y no en otros términos. Pero si concurrieren un hijo legitimado por el subsecuente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe, y mayor en edad, y otro nacido de matrimonio legítimo menor, se han de preferir este y su posteridad legítima, no obstante su menoría, al primero y á la suya en todos tiempos, casos y líneas indistintamente, lo cual ha de observarse tambien en el legitimado por el subsecuente matrimonio, respecto al que lo fuese por rescripto.

2 Faltando la descendencia legítima varonil y femenina del citado mi hijo mayor, han de suceder en este mayorazgo don F. mi hijo segundo, y la suya bajo de los mismos términos y reglas sin diferencia; por su estincion doña F. mi hija, y la suya segun el órden espuesto; en defecto de todos don F.

mi hijo natural, y los suyos de legítimo matrimonio; y á falta de legítimos los naturales, y los legítimos naturales de estos y de los otros nombrados, mas no los naturales de los demas que se nombrarán, pues los escluyo espresamente á ellos y á su posteridad, habiendo de guardarse en todos el prepio órden y preferencia sin alteracion ni tergiversacion.

3 Acabados todos los referidos y sus líneas, ha de suceder en este mayorazgo el pariente legítimo transversal mas propincuo que hubiere á la sazon por el mismo órden, considerándose siempre así en los legítimos como en los naturales é incestuosos que quedan espresamente llamados, la proximidad respecto del último poseedor, y representando el hijo ó descendiente legítimo del hijo mayor la persona de su padre ó ascendiente muerto en vida, ó despues de la muerte del poseedor, sea descendiente ó transversal, aunque esté fuera de los grados en que el derecho permite la representacion en los transversales. Si hubiere dos transversales en igual grado, y el uno tuviere parentesco doble conmigo, ha de ser preferido como mas pariente mio al que le tenga por una línea sola, aun cuando lo sea por la de hijo mayor y tenga mas edad; y hasta estinguirse la descendencia legítima de aquel, no ha de entrar al goce la de éste.

4 Si faltaren los descendientes legítimos, y los incestuosos y naturales llamados, y todos los parientes transversales mios, doy facultad al último poseedor para que llame al mayorazgo á quien quisiere, con arreglo y segun el orden de esta fundacion, y no de otra suerte, ni con nuevas condiciones, siempre que no sea á comunidad eclesiástica ni secular, ni á otra mano muerta semejante, ni á dos personas para que le gocen á un mismo tiempo; y al último de todos los que elija concedo igual facultad, y así sucesivamente á los demas últimos poseedores en su caso y lugar, de modo que este mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes esten siempre unidos en un poseedor lego; pero despues de hecho el llamamiento ó llamamientos ningun elector los ha de poder revocar, variar, ni añadir otros, aunque los llamados los ignoren, y el nombramiento no sea jurado. Y si alguno en el concepto de ser último poseedor hiciere la eleccion, y despues de entrar el electo al goce del mayorazgo apareciere algun pariente mio, ha de ser preferido éste, por poco parentesco que pruebe, y desposeer al electo enteramente estraño y á su posteridad, anulándose para siempre dicha eleccion.

5 Como por ignorar las vacantes algunos parientes á quienes toque este mayorazgo, no ocurrirán á pretenderle, y le obtendrán otros remotos que vejarán á aquellos, si despues le pretenden, con pleitos, artículos, dilatorias maliciosas y gastos crecidos para que desistan, y aun cuando sean condenados á la restitucion de frutos desde la contestacion, no tendrán tal vez con que reintegrarlos: para evitar todos estos daños, que no se deben permitir, mando que con sola la presentacion de la demanda del que se diga sucesor legítimo, sin otra diligencia alguna, proceda de oficio ante todas cosas el juez ante quien se ponga á secuestrar todas las rentas de este mayorazgo; y á nombrar administrador enteramente estraño, lego, seguro y abonado con fianzas seguras y cuantiosas; pues no ha de serlo el poseedor, aunque las dé, ni el pretendiente; y el tal administrador ha de cuidar de su cobranza, y las ha de retener hasta que se concluya el pleito, y se entreguen sin desfalco alguno á quien se declare pertenecer, en lo cual no quiero haya tolerancia ni interpretacion.

6 Los poseedores de este mayorazgo no han de tener obligacion con ningun motivo de dar alimentos á los sucesores inmediatos, escepto que sean des-

cendientes suyos, legítimos ó naturales, ó hermanos legítimos y naturales, á quienes han de alimentar con la decencia posible, atendidos el producto líquido de los bienes de este mayorazgo y familia precisa de sus poseedores, y poner en estado; pero llegado el caso de que por dignidad, empleo, casamiento, ú otro motivo tengan los varones lo necesario para su manutencion regular y decente, ha de cesar la obligacion alimentaria; y si las hembras se casaren, les han de dar en dote tantos mil ducados de las rentas de este mayorazgo en una ó mas partidas, segun se convengan; y si entraren en religion, cumplirán con entregarles la competente. Si por no desembolsar dicha cantidad (que será el verdadero motivo, aunque aparenten otro) intentáren los poseedores impedirles tomar estado á su eleccion, mando que en pena les entreguen otro tanto mas, y que sean compelidos á ello por todo rigor de derecho.

7 Igualmente han de tener obligacion de dar á las viudas pobres de los poseedores de este mayorazgo, aun cuando no hayan tenido sucesion, tanta cantidad anual de sus rentas por razon de alimentos, mientras lo esten y no mas, aunque en las capitulaciones matrimoniales lo pacten y obtengan para ello facultad real; y no lo haciendo, han de poder dichas viudas secuestrarles la renta correspondiente á su importe, y al de las costas y daños que se les ocasionaren en su esaccion; á no ser que gocen otra tanta renta de bienes suyos libres ó vinculados, en cuyo caso no han de tener derecho á pretenderla de los de este mayorazgo; y no teniendo tanta líquida solo podrán pedir que se les complete de la de ellos lo que falte al cumplimiento del total que les dejo asignado; pero si fueren dos ó mas viudas de uno ó mas poseedores, no han de tener derecho todas mas que á la tercera parte líquida de la renta de este mayorazgo, aunque sean pobres, y toque á cada una enteramente la asignacion anual que queda hecha á una sola; y la tal tercera parte se ha de distribuir entre ellas segun su mayor ó menor indigencia, con arreglo á lo que se ha prevenido. Si sobrare algo, sea porque alguna fallezca ó se case, ó por otro motivo, pertenecerá al poseedor de este mayorazgo, de modo que con ningun pretesto se le ha de precisar á dar mas que dicha tercera parte, aun en caso que no sufrague á la asignacion hecha en los términos propuestos, ni aun ésta integra, en el de que esceda á ella por cualquiera causa ó razon; y la viuda que se vuelva á casar perderá para siempre el derecho á pedirla.

8 Si alguno de los llamados á la obtencion de este mayorazgo naciere loco, mentecato, ó mudo y sordo juntamente, ó despues de nacido, y antes de entrar á poseerle le sobreviniere alguna de estas fatalidades, y segun declaracion judicial de médicos y personas prácticas fueren perpetuas, no pueda suceder en él, y pase al siguiente en grado, quien ha de estar obligado á alimentarle decentemente; bien que para ello ha de ser tambien preciso que tenga cumplidos los 25 años, hasta los cuales careciendo de padre ó madre que cuide de la administracion de sus fincas, ha de nombrar la justicia ordinaria de esta villa, sugeto lego, llano y abonado, con fianzas raices saneadas y suficientes, que las administre y vaya depositando anualmente el sobrante para su aumento. Si despues de haber sucedido en este mayorazgo le sobreviniese alguna de dichas desgracias, y estuviere casado, continuará en su goce, como tenga descendientes legítimos, y si no lo estuviese, ó se hallase en edad y estado de no poder tenerlos, pasará al siguiente en grado, el cual en este caso ha de tener obligacion de contribuirle con la mitad de la renta para sus alimentos, y no menos.

9 Tampoco ha de poder suceder en este mayorazgo clérigo de órden sa-

oro, canónigo reglar, monja ni fraile profesos, ni sus hijos ni descendientes, ni tampoco religioso de órden militar, si segun el instituto de su religion no pudiese ser casado; pero si este tuviese dispensa para casarse, podrá poseerle con tal que contraiga matrimonio antes de entrar en su goce, no de otra manera; y mientras que lo hace se han de depositar las rentas que produzca, y emplear con intervencion judicial en aumento de sus fincas, no en sus reparos; y en caso de poseerle, no en otros términos, han de gozarle tambien sus hijos y descendientes legítimos y naturales por el órden prefinido.

10 Si los sucesores en este mayorazgo tuvieren 25 años cumplidos al tiempo de la vacante, y no estuviesen casados, han de casarse precisamente dentro de los cinco primeros siguientes, de modo que á los treinta de su edad han de estarlo, sin que se les pueda prorogar este termino, y no lo haciendo pase al siguiente en grado. En el mismo término y bajo de la propia pena han de estar obligados á hacerlo si enviudaren una ó mas veces sin sucesion, ó si el hijo ó hija que tuviesen falleciere sin ella, habiendo de contarse los cinco años desde el dia del fallecimiento de sus mugeres ó hijos, todo lo cual se ha de entender, á menos que esten imposibilitados por enfermedad, ó en guerra contra infieles, ó el mayorazgo en litigio, en cuyos casos ha de empezar á correr el término desde que cese la causa ó impedimento, porque mi ánimo es que todos tengan sucesion legítima, y que este mayorazgo se perpetúe en ellos y en su posteridad.

11 Antes de tomar posesion de este mayorazgo han de hacer juramento en manos de la justicia que se la diere, de observar inviolablemente sus condiciones; teniéndose presente para ello esta fundacion; y no haciéndolo asi perderán por el mismo hecho su goce, y pasará al siguiente en grado, sin mas sentencia ni declaracion, en lo cual no ha de haber ninguna dispensa, aunque aleguen y justifiquen haber ignorado esta condicion, escepto que tengan alguno de los impedimentos espresados en la condicion anterior, y no otro.

12 Los bienes de este mayorazgo no se han de poder dividir, vender, donar, legar, acensuar, dar en enfiteusis, empeñar, enagenar en ninguna manera, ni gravar en todo ni en parte, ni los capitales de los censos han de invertirse en reparo ó aumentos de ellos con pretesto de utilidad del mayorazgo, ó de reparar sus fincas arruinadas por terremoto ú otro accidente muy contingente, ó de dote, arras, alimentos, redencion de cautivos, ú obra pia ó publica, ni por otra necesaria ó voluntaria de cualquiera calidad, aunque sea inopinada, y aqui no se esprese; pero no prohibo se permuten alguna ó algunas de sus fincas por otras, con tal que preceda facultad real, por seguirse un beneficio conocido á este mayorazgo y sus poseedores, acreditado en forma con la debida intervencion y consentimiento del inmediato sucesor.

13 Los sucesores de este mayorazgo han de inventariar precisamente á costa de sus rentas ante escribano, dentro de los dos meses siguientes al dia en que tomen posesion de él, todos los papeles y bienes que le corresponden, y han de hacer apeo de estos dentro del año, y luego cada diez, todo con autoridad judicial; y no lo haciendo pase al siguiente en grado, sin que sea necesaria otra interpelacion, ni diligencia judicial ni estrajudicial; pues por el mismo hecho y omision los escluyo de su goce, á menos que sean menores, en cuyo caso no ha de correr el término, hasta que cumplan los 25 de su edad, aunque deberán hacerlo sus tutores.

14 Los poseedores de este mayorazgo han de tener obligacion de reparar con sus rentas todos los bienes de él, y de levantar y poner en el estado ac-

tual las fincas que se arruinaren ó quemaren, aunque sea por caso fortuito y muy contingente, sin que con este pretesto puedan gravarlas en manera alguna; pues han de hacerlo todo á costa de su producto, y no de los censos referidos ni de parte de sus capitales; y si hicieren lo contrario pierdan su posesion, y pase al siguiente en grado, quien no necesitará para despojarlos mas declaracion ni sentencia que la manifestacion del decremento, ruina ó gravamen, aun cuando justifiquen mejora ó aumento en ellas por otra razon, porque no ha de haber ni admitírseles compensacion en esta parte; mas para que pierdan la posesion y goce del mayorazgo, se les ha de requerir primero judicialmante, y han de pasar seis meses despues del requerimiento sin haberlo cumplido, cuyo término ha de ser perentorio.

15 Si se redimiere algun censo de los afectos á este mayorazgo, se ha de depositar su capital íntegro con intervencion judicial, y con la misma, precediendo informacion de utilidad y demas requisitos precisos, ha de volverse á imponer, sin dividirse en ninguna manera, sobre fincas raices, libres, seguras y enteramente saneadas, de suerte que no pueda estinguirse ni en todo ni en parte, ni entre con ningun pretesto ni motivo en poder del poseedor ni del inmediato sucesor; y los gastos que ocurran en las diligencias y toque pagar al poseedor, han de hacerse á costa de los réditos y no de su capital, pues éste ha de conservarse sin el menor desfalco.

16 Si dicho don Francisco mi hijo llegáre á poseer este mayorazgo, y sus hermanos no estuviesen colocados, de modo que don F. tenga tanto de renta vitalicia para su manutencion, y doña F. sea religiosa ó casada, ha de tener obligacion de dar á cada uno tantos reales diarios para sus alimentos hasta que su hermano goce la espresada renta, y su hermana tome uno de los dos estados, en cuyo caso ha de cesar esta obligacion; y para poder tomar cualquiera de ellos la doña F. le ha de dar en dote tantos mil ducados por una vez de las rentas de este mayorazgo; y para si quedáre y se mantuviere viuda una ó mas veces sin tener renta fija para su decente manutencion, le consigno durante su viudedad la misma renta diaria que le he señalado para mientras esté soltera, á mas de la espresada dote, y no satisfaciéndosela puntualmente su hermano por mesadas, tercios ó medios años á lo mas, le concedo amplia facultad para secuestrar las rentas de este mayorazgo, y reintegrarse con ellas de su importe; pero aunque se vuelva á casar, no se le dé mas dote ni tenga derecho a pedirla.

17 Mientras yo viva he de disfrutar enteramente la renta de los bienes de este mayorazgo, reservándome el poderle revocar, gravar y alterar en todo ó en parte á mi arbitrio sin limitacion, siempre que me parezca conveniente.

Con estos llamamientos, condiciones y reserva fundo este mayorazgo á favor del referido don Francisco mi hijo mayor, de sus descendientes legítimos y demas llamados á su goce por el órden prescripto, para que cada uno en su tiempo tome judicial ó estrajudicialmente la posesion real, actual, corporal ó cuasi de él en todas ó cada una de sus tres fincas á nombre de las restantes, ó en su fundacion ó cualquiera escritura de su pertenencia; como tambien para que administre y disfrute aquellas, segun se ha prevenido; y mando que ninguno contravenga á lo que va espresado, y que en caso de hacerlo quede escluido de todo remedio legal que esté introducido en su favor, y pueda concedérsele. Por tanto, yo el citado don Francisco, primer llamado, habiendo oido toda á la letra, y entendido esta escritura con sus condiciones, digo: que estimo la merced que mi padre me ha hecho, y sin perjuicio de la espresada reserva

por mí y en nombre de los poseedores que fueren de este mayorazgo, la acepto y me obligo á observar en forma literal y especifica todo su contenido, pena de incurrir en las aqui espresadas. Asi pues, al cumplimiento de todo lo espuesto obligamos todos nuestros bienes &c. (*Aqui se pondrá la toma de razon en la oficina de hipotecas por el gravámen de vinculacion de las fincas raices con arreglo á la pragmática que trata de ella* (*)

78 En la estension de la escritura de agregacion perpetua, voluntaria ó necesaria de bienes á mayorazgo, siendo pura y simple, lo que deba hacer el escribano es, *relacionar la de la fundacion, especificar los bienes que se agregan con sus sitios y demas señales, poner las espresiones de que quien los agrega los incorpora en el mayorazgo, para que esten siempre unidos é incorporados con los de él, sean inseparables, inagenables, indivisibles é imprescriptibles; y de que en su sucesion se observen enteramente el modo, reglas, condiciones y llamamientos que en los del mayorazgo, sin la mas leve diferencia ni alteracion.* Despues poniendo las cláusulas que contiene el pie de la escritura de fundacion estendida, quedará firme; y solo siendo necesaria ó coactiva hay que añadir *que la hace el que agrega en cumplimiento del mandato del fundador.* Si la agregacion es temporal ó limitada á ciertas lineas, tampoco hay que hacer mas hasta ellas; y para despues que se estingan, puede quien agrega constituir fundacion nueva, escluyendo espresamente á los demas parientes llamados en la fundacion, y mandando sucedan los que elija, ó alguna memoria o comunidad, o que el último de los llamados haga suyos los bienes, y pueda disponer de ellos libremente, como si nunca se hubiese vinculado, o segun le parezca como dueño. Por ser fácil ordenar la escritura de agregacion y tener bastante luz el escribano con lo espicado, omito estenderla. Lo mismo se observará con otras agregaciones á patronatos y memorias.

79 *Fundacion de vínculo de mejora de tercio y quinto hecha en contrato.* Don Antonio de tal, vecino de esta villa, digo: que habiéndome hecho ver la esperiencia que de los crecidos caudales que los hombres mas opulentos han adquirido á espensas de muchas fatigas y afanes, solo se conserva la porcion que vincularon, y que el poseedor de ella y sus sucesores se han mantenido y mantienen con el esplendor y decencia propia de su esfera y distinguido nacimiento: que se perpetuan sus casas y linages, y sirven mejor á Dios y al Rey sin envilecerse con egercicios indecorosos, ni esponerse á mendigar, y tal vez por falta de subsistencias á cometer escesos muy vituperables y agenos de personas ilustres que originan las mas infaustas consecuencias: he resuelto para evitarlas vincular el tercio y remanente del quinto de mis bienes, y nombrar por primer sucesor de este vinculo á mi hijo don F. para manifestarle el paternal amor que le profeso, y mi deseo de proporcionarle una cómoda subsistencia por el medio mas lícito y oportuno; y poniendolo en egecucion, y usando de la facultad que las leyes 18, 19 y 27 de Toro me conceden, de mi libre voluntad, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que mejoro en el tercio y remanente del quinto de todos mis bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones presentes y futuras al citado don F. (*si se los consignare, dirá*, cuya mejora le consigno en los si-

(*) Se han omitido en esta fundacion algunas cláusulas, y abreviado otras, dejando lo mas preciso y substancial, por parecer demasiado estensa y que no era necesario lo fuese tanto, para que sirviese de modelo.

guientes: *y se espresarán como en la fundacion de mayorazgo, y no consignándolos proseguirá de esta suerte*) cuya consignacion reservo en mi para hacerla cuando y como tuviere por conveniente; y aunque por olvido naturul ú otro motivo no la haga, no por eso ha de dejar de ser válida y subsistente esta mejora y fundacion, ni de usar el referido mi hijo de sus bienes despues de mi fallecimiento, del mismo modo que si la consignára: en cuya atencion de lo que importe, fundo vínculo á título de mayorazgo perpetuo é irrevocable con las condiciones y llamamientos siguientes.

Todos lós bienes que se aplicaren á esta mejora y fundacion, sean raices, y de los mejores y mas saneados que yo dejáre, y si estos no bastasen, ó fuezen muebles ó semovientes, véndanse é inviértase su producto con intervencion judicial en otros raices de la calidad y bondad espresadas, sin que por ninguna causa entre en poder del mencionado mi hijo ni sucesores de este vínculo, y mientras no se emplee, subsista depositado en la depositaría pública (*ó tabla numularia*) á disposicion del señor juez que de esto conozca: haciéndose, invertido que sea, la correspondiente adjudicacion de todos los bienes que se compraren con él, la cual se protocolice en los registros del escribano numerario ante quien se egecute; y satisfaciéndose todos los gastos que se ocasionen y toque pagar á dicho mi hijo por los motivos espuestos, de la renta que produjeren los bienes comprados, no del importe de los vendidos, y hasta que esten satisfechos, nada de ella ha de percibir él ni otro sucesor.

80 Esta condicion se ha puesto en la suposicion de no consignar el mejorante los bienes; pues si los consigna no viene al caso, y entonces se gobernará el escribano por la escritura de fundacion de mayorazgo, poniendo tambien en ésta las condiciones 12, 13 y 14, y de las demas las que el otorgante quisiere, y observando precisamente en los llamamientos el órden espuesto en el cápit. 1, n. 106, si se hace la mejora entre sus descendientes. Despues de estendidas las condiciones, ordenará el pie de la escritura como el de la de mayorazgo, haya de ser revocable ó irrevocable, y prevendrá el escribano la toma de razon en la oficina de hipotecas.

81 Las copias de las escrituras de fundaciones de mayorazgos y vínculos, ya se instituyan en testamento, ú otra última disposicion, ya en contrato, se han de sacar en pliego del sello mayor, y en el intermedio comun.

82 *Demanda de tenuta.* M. P. S. F. en nombre y en virtud de poder especial que presento de M. ante V. A. como mas haya lugar = Digo: que T. en su testamento bajo el cual falleció, otorgado en &c. ante &c. fundó mayorazgo de todos sus bienes, regular, de rigorosa agnacion, ó de tal especie en cabeza de &c. con tales y tales llamamientos; y habiendo fallecido el último poseedor P. el dia tantos, segun acredita la partida de su muerte que asimismo presento, es indudable que ha llegado el caso de suceder N. y su línea; en cuya atencion, y en la de ser cierto que mi poderdante es hijo de G, nieto de D. y bizniето de F. como todo resulta justificado de la fundacion y otros documentos que se presentan = A V. A. suplico, que habiendo por presentados dicho poder, fundacion y demas instrumentos, se sirva declarar haberse transferido en mi poderdante por ministerio de la ley de Toro, Partida y sus concordantes la posesion civil y natural del mayorazgo, vacante por el fallecimiento de P. su ultimo poseedor, mandándole dar la real y actual con recudimiento de frutos desde el dia de la vacante, á cuyo fin pongo demanda de tenuta en forma con la protesta de añadirla ó enmendarla, siempre que convenga al derecho de mi poderdante, como es justicia que pido con costas, &c.

Otrosí: mediante el claro é indubitado derecho de mi poderdante á dicho mayorazgo, y á su notorio abono = A V. A. suplico se sirva encargarle la administracion de todos sus bienes, frutos y rentas libremente y sin fianza, sobre lo cual formo artículo, pidiendo ante todas cosas su especial pronunciamiento. Pido como arriba.

Otrosí: suplico A V. A. se sirva mandar librar su real provision ordinaria, para que se remitan al vuestro Consejo originales todos los autos que se hubiesen formado ante cualesquiera justicias sobre la posesion del espresado mayorazgo, con emplazamiento á los que se consideren interesados en él. Pido como antes. = *Decreto* = En lo principal y primer otrosí, traslado, para lo cual líbrese el correspondiente despacho de emplazamiento en la forma ordinaria, y tambien para que se remitan los autos originales que se hubiesen formado sobre la posesion, segun se pide en el segundo otrosí.

83 *Pedimento solicitando la posesion de un mayorazgo.* F. en nombre de N. hijo legítimo de D. último poseedor del mayorazgo que fundó E. ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que el referido D. padre de mi poderdante murió en tal parte en tantos, declarándole por su hijo mayor, y mediante á que por serlo y de legítimo matrimonio, como acredita la fe de bautismo que presento, con la de muerte de su padre, y la fundacion de dicho mayorazgo, se ha transferido en él la posesion civil y natural = A V. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos, me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste, se sirva mandar se le dé la real y corporal ó cuasi. Pido justicia, &c. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

84 *Demanda de oposicion y tenuta.* M. P. S. F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. A. como mas haya lugar en derecho = Digo, que J. fundó un mayorazgo llamando á su sucesion á P. R y S. (*esprésanse los llamamientos*) y mediante á que de sus propios llamamientos resulta que B. no tiene el derecho que mi poderdante á su sucesion, y que por lo mismo no debe poseerle = A V. A. suplico se sirva admitirme esta demanda de oposicion y tenuta que he propuesto, y en su consecuencia, declarando á su tiempo haberse transferido en mi poderdante por ministerio de las leyes de Toro, Partida y sus declaratorias la posesion civil y natural de dicho mayorazgo, mandar se le dé la real y corporal ó cuasi con recudimiento de frutos desde el dia de la vacante y citacion del poseedor; (*ó de su curador, si es menor*) como tambien que se remitan á este real Consejo los autos sobre la posesion tomada del mayorazgo, dando las demas providencias que fuesen del superior agrado de V. A. pues para todo pongo la demanda que mas útil ó necesaria sea, con la propuesta de suplirla ó enmendarla en todo ó en parte. Pido justicia y costas. Se ha de poner un otrosí sobre la administracion como el de la demanda anterior. = *Auto* = A lo principal y otrosí, traslado.

85 *Demanda de tenuta de un tercero adhiriéndose á la anterior.* M. P. S. F. en nombre de N. ante V. A como mejor proceda = Digo: se me ha dado traslado de la demanda que ha presentado J. en tantos, pidiendo tal cosa; y V. A. en justicia se ha de servir, declarando haberse transferido en mi poderdante por ministerio de las leyes de Toro, Partida y sus declaratorias la posesion civil y natural del espresado mayorazgo, mandar se le dé la real y corporal, ó cuasi con recudimiento de frutos desde su vacante, haciendo á este fin todas las declaraciones convenientes, sobre lo cual á continuacion de la demanda de tenuta que ha puesto M. pongo en nombre de mi poderdante la que

mas le convenga, con la protesta de suplirla ó enmendarla en todo ó en parte; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se espondrá (*Se alega, se pone la conclusion regular ó comun, y se pide la administracion como en la primera demanda de tenuta*) = *Auto.* = Traslado.

86 *Pedimento respondiendo el poseedor á estas demandas.* M. P. S. F. en nombre de N. ante V. A. como mejor proceda = Digo: que C. puso cierta demanda de tenuta en tantos contra mi poderdante como poseedor de tal mayorazgo, en que refiriendo &c. concluye solicitando se declare que á consecuencia de habérsele transferido por ministerio de la ley su posesion civil y natural, se le mande dar real y corporal ó cuasi con recudimiento de frutos desde el dia de su vacante; y formando por un otrosí artículo acerca de la administracion de los bienes vinculados: sobre todo lo cual presento despues D. á nombre de P. otra demanda igual. En esta atencion evacuando el traslado que se me ha conferido de ambas demandas, V. A. en justicia se ha de servir declarar que en el presente caso nó tiene lugar en el interdicto ó remedio de tenuta, y que por consecuencia no tiene mi poderdante obligacion de contestar á dichas demandas, proveyendo que si los referidos C. y D. tienen que pedir sobre la propiedad, lo hagan adonde corresponda, acerca de lo que formo artículo de previo y especial pronunciamiento; pues todo es de hacerse asi por lo que demuestran los autos y se va á esponer (*Se alega*) Por tanto = A V. A. suplico determine, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

87 *Demanda de propiedad de mayorazgo en las chancillerías.* M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal ciudad, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda de propiedad del mayorazgo que fundó P. á S. su poseedor, y = Digo: que segun acredita la escritura de fundacion que presento, llamó P. á su sucesion á B. y D. mediante lo cual, y de que por muerte de J. su último poseedor recayó en mi poderdante como en su hijo primogénito, V. A. en justicia se ha de servir declarar que le pertenece, condenando al referido S. en las costas, y á la restitucion de los frutos producidos desde el dia que le está detentado; pues debe hacerse asi por lo que se va á esponer. (*se alega*) Por tanto = A V. A. suplico me admita esta demanda, y á su consecuencia, teniendo por presentada la escritura de fundacion, se sirva proveer, como se ha espresado en este escrito. Pido justicia.

Otrosí: mediante á que este pleito por su naturaleza es caso de corte notorio = A V. A. suplico, que declarándole por tal, se sirva espedir vuestra real provision de emplazamiento para que se le haga saber esta demanda. Pido como antes. (*Si es contra menores, se pide la ordinaria de estos*). = *Auto.* = A lo principal, por admitida y traslado, y al otrosí, como se pide.

88 *Contestacion á la demanda.* M. P. S. F. en nombre de N. vecino de tal parte, en el pleito con Z. sobre la pertenencia del mayorazgo que fundó D. del que mi poderdante es poseedor, contestando á la demanda de tantos del referido Z. en que pretende se le restituya con los frutos que ha producido desde el dia que mi poderdante le está poseyendo = Digo: que V. A. en justicia se ha de servir absolverle en un todo de dicha demanda, y condenar al contrario en las costas de este pleito como injusto y temerario litigante; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y ahora se espondrá. (*se alega y se concluye como en los demas.*) = *Auto* Traslado.

89 *Demanda de incompatibilidad de un mayorazgo.* F. en nombre de N. de tal vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que

A. en su testamento otorgado en tantos ante, &c. que presento, y bajo el cual falleció en tal dia, fundó un mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, llamando á J. L. y M. y mandando espresamente que los que sucediesen en él, tomasen el nombre y apellido de, &c. sin otro alguno, aunque fuese propio, y pusiesen forzosamente en sus reposteros, &c. las armas de &c. sin mezclarlas con otras algunas, ni aun con el pretesto de estar en parte inferior ó en la siniestra. Mas sin embargo de esta disposicion, S. ha tomado posesion judicial de dicho mayorazgo por fallecimiento de I. su último poseedor, acaecido en tal dia, habiendo sucedido antes en otro que fundó V. en tal instrumento que asimismo presento, con la misma condicion de nombre, apellido y armas, incompatibles manifiestamente con cualesquiera otras; y en atencion á que por esta incompatibilidad es mi poderdante indubitado sucesor de uno de los dos mayorazgos como hijo de &c. nieto de &c. segun lo justifican las partidas que tambien presento = A. V. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar por incompatibles en una misma persona los dos mencionados mayorazgos, y á su consecuencia mandar se haga saber á S. que dentro de un breve y perentorio término elija uno y dimita otro, dándose de este á mi poderdante la posesion real y corporal ó cuasi con los frutos y rentas desde el dia de su vacante. Pido justicia y costas. = *Auto* = Traslado.

90 *Pedimento en que un hermano pide alimentos á otro poseedor de un mayorazgo.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que mi poderdante es hijo legítimo de C. y como tal hermano entero de B. su hijo mayor y poseedor por su muerte del mayorazgo que fundó E. cuyos réditos ascienden á tanta cantidad: en esta atencion, y en la de que el referido B. se halla obligado por derecho á contribuirle con los alimentos correspondientes para su decente manutencion, hallándose como se halla mi poderdante sin medios algunos = A. V. suplico que habiendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste, se sirva condenar á B. á que asista á mi poderdante por tercios anticipados con la cantidad que fuese del agrado de V. Pido justicia y costas.

Otrosí: mediante á ser mi poderdante pobre y hallarse como tal sin facultades para la prosecucion de esta instancia = A V. suplico que evacuada la informacion sobre lo principal mande se le consignen por razon de alimentos y litis espensas tanta cantidad. Pido como arriba. = *Auto* = Dé la informacion y de su vista resolverá la providencia sobre el otrosí.

91 *Pedimento solicitando el sucesor de un mayorazgo le dé el poseedor fianzas de restitucion.* F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = Digo: que hallándose P. del mismo vecindario en la posesion del vínculo que fundó E. á la cual esta llamado mi poderdante despues de los dias de aquel, segun acredita la escritura de fundacion que tambien presento, ha enagenado y actualmente trata de enagenar las mejores posesiones vinculadas en conocido perjuicio de sus sucesores y contra lo prevenido por el fundador: mediante lo cual = A V. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti con citacion contraria al tenor de este escrito, y hecha la bastante, se sirva, declarando los mencionados bienes sujetos á restitucion y á mi poderdante por inmediato sucesor de P. condenar á este á que le dé las correspondientes fianzas de conservar aquellos segun estaban

al tiempo que se le dió su posesion. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Haga la informacion, y hecha, autos.

92 *Memorial á la Cámara para la imposicion de un censo sobre un mayorazgo.* = Señor. = D. F. vecino de tal parte hace presente á V. M. con la debida veneracion: se halla poseyendo un mayorazgo del que es inmediato sucesor D. compuesto de tales fincas que redituan tanta cantidad, en cuya atencion y en la de que por causa de la esterilidad de los tiempos se halla absolutamente sin caudales para emplear tanta cantidad en sus reparos. = Suplica á V. M. se digne espedir su real cédula de diligencias para que la justicia de la espresada ciudad le reciba á continuacion de esta solicitud y con citacion del inmediato sucesor la informacion correspondiente, y evacuada la remita á esta real cámara, donde se libre en su vista real facultad á favor del suplicante, para que pueda imponer sobre las espresadas fincas el censo redimible de tanta cantidad: gracia que espera merecer de V. M. = *Decreto.* = Espídase la cédula de diligencias.

CAPÍTULO X.

De los patronatos y capellanías.

§. I.

De los patronatos.

1 Patronazgo ó patronato en el presente capítulo es un derecho ó facultad *de nombrar y presentar algun clérigo para que se le confiera algun beneficio eclesiástico: ó un derecho honorífico, oneroso y útil que compete á alguno en alguna iglesia, por haberla construido, dotado ó fundado con consentimiento del Obispo, ó heredádole de sus predecesores que lo hicieron (a)*; pues el patronato tiene honor, gravámen y utilidad: honor en la regalía de presentar ó proveer el beneficio, y preceder en la iglesia escepto al señor territorial, porque este tiene jurisdiccion sobre él: gravámen en cuidar del patronato, iglesia, ó capilla, zelar la conservacion de sus fincas, y cumplir las obligaciones que le impuso el fundador; y utilidad en percibir los emolumentos que éste le señaló y en ser alimentado por la iglesia, cuando está indigente (*b*). Pero no tiene jurisdiccion ni facultad para imponer, ni exigir de la iglesia, ni beneficiado, pension ni gabela alguna fuera de la que al tiempo de la fundacion se haya impuesto con consentimiento del Obispo (*c*):

(*a*) Ley 1, t. 15, P. 1. Ferraris Biblioth. verb. Jus Patronatus art. 1, n. 2, (*b*) Reinfest. lib. 3, t. 38, §. 5, nn. 110, &c. y 119. (*c*) Reinfest. lug. cit. nn. 120 y 121.

ni tampoco para apropiarse, ni disponer de los bienes de la iglesia, ni para mezclarse en visitarlos sino en cuanto la fundacion se lo permita (*a*).

2 Divídese en *hereditario, gentilicio y mixto: el hereditario es el que se transfiere á los herederos, aunque sean estraños: el gentilicio ó familiar es el que compete y se deja solamente á la familia del fundador.* Subdivídese en *activo y pasivo: el activo es el derecho que tiene el patrono de presentar á alguien para algun beneficio eclesiástico*, y es de dos maneras, *real y personal*: el real es *el que está anejo á cierta cosa, ó lugar determinado*, v. gr. á una heredad, viña, &c. en cualquiera parte que se halle, y pasa al que le compra, ó se le dona, aunque no sea heredero; y el personal *es el que compete á alguna persona sin conexion ni dependencia de casa ó lugar. El pasivo es el que tienen algunos de cierta familia ó lugar de ser presentados para algun beneficio, siendo idóneos, sin que ninguno otro pueda obtenerle.*

3 Se subdivide asimismo en *eclesiástico, laical y mixto. El eclesiástico es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija de laicales, se transfiere al principio á la iglesia, cabildo, colegio, ó persona eclesiástica por razon de la iglesia, dignidad, ó beneficio, ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El laical es el que compete al lego ó clérigo no por razon de la iglesia, dignidad, ó beneficio sino por la de patrimonio.* Y el *mixto es el que se compone del eclesiástico y laical* (*b*).

4 El derecho de patronato es individuo, por lo cual, aunque los patronos sean muchos, le tienen igual para presentar; y se adquiere por fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion (*c*).

5 No puede el patrono presentarse á sí mismo, por idóneo que sea, y cualesquiera estudios y méritos que tenga, aunque lo haga por procurador; pues entre el que presenta y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por procurador, se entiende hacerlo por sí propio; pero bien puede presentar á su hijo siendo idóneo; y si los patronos son muchos, pueden presentarse unos á otros no habiéndolo prohibido el fundador del patronato (*d*).

6 Patronos son los que tienen derecho concedido por los sagrados cánones de presentar, ó nombrar á algun sugeto para alguna igle-

(*a*) Concil. Trid. sess 22 de Reform. cap. 11, sess. 24, cap. 3, y sess. 25, cap. 9. (*b*) Ferr. lug. cit. nn. 3 y sig. (*c*) Ley 12, t. 15, P. 1. Ferr. lug. cit. un. 19, &c. y 41. (*d*) Ley 7, t. 15. P. 1, cap. fin. de Instit. cap. 26 de Jure Patron. y cap. 72 de Reg. jur. in 6.

sia ó beneficio eclesiástico, como se ha espuesto. Pueden serlo clérigos y legos (*a*), hombres y mugeres (*b*), adultos y pupilos (*c*), aunque teniendo estos menos de 7 años han de presentar en su nombre sus tutores (*d*). Siendo mayores de dicha edad pueden hacer la presentacion ó nombramiento, mayormente cuando tambien pueden comparecer en juicio sobre asuntos beneficiales y espirituales sin autoridad de ellos (*e*); bien que conviene concurran á ello ó la aprueben. Si han entrado en la pubertad, no tienen facultad los tutores para presentar sin su consentimiento, porque estos no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, en lo cual no dependen de ellos (*f*).

7 Los patronos legos tienen cuatro meses, y los eclesiásticos seis para hacer la presentacion, si el fundador no limita este término, como puede hacerlo. Si dentro de ellos no la hacen, ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de patronato se mueve pleito, y no se decide en dicho tiempo, espira por aquella vez su facultad de presentar, y pasa al Ordinario diocesano (*g*), quien se ha de arreglar a la fundacion, y puede prorogársele, aunque no restringírsele despues de prorogado, ni nombrar á los que carecen de las cualidades que exigió el fundador (*h*). Siendo mixto el patronato se permite á todos los patronos hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de clérigos, pues el patronato mixto goza del privilegio de patronato eclesiástico, porque lo mas digno debe prevalecer sobre lo menos digno (*i*). El término prefinido no corre hasta el dia en que los patronos saben la vacante (*k*), aunque algunos dicen lo contrario; y si el presentado no acepta la presentacion, ó muere, se deben empezar los cuatro y seis meses desde este tiempo no interviniendo dolo ni fraude (*l*).

8 Si el patrono eclesiástico elige ó presenta algun sugeto idóneo, no puede variar ni presentar otro por aquella vez, aunque sea cumulativamente, y si lo hace, debe el Obispo instituir al primer presentado. Si con cierta ciencia presenta al indigno ó inhábil, pierde por

(*a*) Cap. 3, cap. 24 de Jure Patronat. y cap. Decérnimus 32, caus. 16, quæst. 7. (*b*) Cap. 7, de Jur. Patronat. argum. cap. 16 de Conces. Præbend. (*c*) Argum. cap. 25, 27, 30, 31, 32 y 33 caus. 16, quæst. 7. (*d*) Garcia de Benef. part. 5, cap. 9, n. 193. (*e*) Cap. fin. de Judic. in 6. (*f*) Cap. 3 de Judic. in 6. (*g*) Cap. 3 y 27 de Jur. Patron. cap. unic. §. 1 de Jur. Patronat. in 6, y cap. 3 de Suppleud. neglig. Prael. Leyes 6 y 11, tit. 15, P. 1. (*h*) Lara de capell. lib. 2, cap. 10, nn. 27 y 28. (*i*) Rota recent. part. 12, decis. 250 n. 13. (*k*) Garcia de Benef. part. 10, cap. 3, nn. 15 y sig. (*l*) Arg. cap. 36 de Election. in 6. Lambertin. de Jur. Patron. lib. 2, part. 4, cap. 2, n. 38.

entonces el derecho de volver á presentar, mas no, si lo ignora (*a*). El lego puede variar presentando otros cumulativamente, escepto que jure no hacerlo y acepte la presentacion el presentado; pero no privativa ó esclusivamente: quiero decir, que tiene facultad de presentar á muchos de una vez, y despues dentro de los cuatro meses añadir al presentado ó presentados otro ú otros, para que el Obispo elija al que quisiere; mas no escluir á los que primero lo fueron (*b*); y aun muchos dicen que el patrono lego la tiene de variar cumulativamente dentro de dicho término todas las veces que le parezca (*c*). Pero si con cierta ciencia presenta al indigno y dentro de los cuatro meses no varia la presentacion, puede el Obispo, pasados que sean y no antes, conferir el beneficio á quien quisiere, porque el presentar al indigno es lo mismo que no hacer presentacion (*d*) (*).

9 Si los patronos forman cuerpo, v. gr. cabildo, colegio, ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion, por manera que uno que falte, por no haber sido citado, basta para anularla, aunque todos los demas concuerden en un sugeto. Si el derecho de presentar compete á muchos, no como á cuerpo sino separadamente á cada uno, será preferido siendo digno aquel de los presentados que tenga á su favor mayor número de votos, aunque no mas de la mitad de los votos de los patronos; v. gr. hay ocho patronos, de los cuales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta el suyo: en este caso Juan como con mayor número obtendrá, aun cuando todos los coopositores sean mas dignos que él. Pero si es indigno sabiéndolo los patronos, serán preferidos los otros. Si los dos patronos presentan cada uno el suyo, ninguno de ellos se deberá preferir, por lo que el Ordinario ha de presentar al mas digno, y si en ambos concurren iguales méritos, puede elegir á su arbitrio al que mejor le parezca, con la diferencia, que siendo legos los patronos ha de aguardar á que pasen los cuatro meses en que se les permite variar la presentacion, y siendo eclesiásticos no tiene que esperar, porque como no se les permite la variacion, se

(*a*) Cap. 5, 24 y 29 de Jur. Patron. y ley 7, tit. 15, Part. 1. (*b*) Ley 6, t. 15, P. 1, cap. 28 y 29 de Jure Patronat. Lara lib. 2 de Capell. cap. 9. (*c*) Ferrat. Biblioth. verb. Jus Patron. art. 4, nn. 44 y sig. (*d*) Reinfest. lib. 3, tit. 38, §. 4, n. 90.

(*) Cuando la indignidad del presentado consiste en no tener literatura, se presume que el patrono no era sabedor de aquella, puesto que muchas veces nos parecen doctos los ignorantes. (Card. de Luca de Jure patron. disc. 47, n. 4.)

le transfiere inmediatamente el derecho que ellos tenian (*a*). Y si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo dia á favor de dos sugetos sobre la presentacion de algun beneficio por un patrono, de los cuales el uno contiene la hora de su formacion y el otro no, se deberá estar al que la contiene como mas perfecto que el que carece de ella, sino es que se pruebe haberse otorgado primero éste; pues de que no contenga la hora, no se deduce que se hizo posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley.

10 El término que hemos dicho se concede á los patronos para presentar, se entiende en las capellanías colativas y beneficios eclesiásticos, no en las puramente laicales que llaman *cumplideras, memorias de misas ó legados pios*; pues para estas no le ha prefinido el derecho, por no militar en ellas las reglas y disposiciones canónicas, no estar sujetos sus bienes á la jurisdiccion eclesiástica, ni deberse mezclar en otra cosa que en hacer se cumplan sus cargas segun lo ordenado por el fundador, y en apremiar á ello al capellan ó poseedor de sus bienes: en cuya atencion puede el patrono conferirlas dentro de los cuatro ó seis meses, ó despues si la fundacion no lo prohibe, ó dentro del término que esta prescriba.

11 Nada deben recibir los patronos del presentado, á no ser que el fundador lo haya dejado dispuesto (*b*), y si se da ó promete alguna cosa por tener y ganar los votos de ellos, se comete simonía (*c*), aunque el mismo presentado lo ignore (*d*).

12 Los patronos no han de ser judíos, hereges ni infieles, y siendo cristianos nada les obstará el no haber nacido de legítimo matrimonio (*e*).

13 En el patronato hereditario ó mixto se sucede por estirpe y no por personas, de manera que muchos herederos de un patronato se reputan por uno y tienen una voz (*f*); pero en el patronato gentilicio ó familiar se sucede por personas, y asi los descendientes deben presentar en esta forma (*g*).

14 Por cuatro causas pasa el patronato de una persona á otra: la primera por herencia ó sucesion asi como los demas bienes: la se-

(*a*) Reinfest. lug. cit. nn. 85, &c. y 90. (*b*) Cap. 2 de Supplend. neglig. Prælat. y 23 de Jure Patronat. (*c*) Arg. cap. 19 de Simonia, y ley 3, tit. 17. P. 1. (*d*) Cap. 27 de Simonia, y 59 de Elect. (*e*) Ferraris lug. cit. nn. 11 y 12. (*f*) Clement. 2 de Jur. Patron. y ley 2, tit. 15, P. 1. (*g*) Rot. part. 5, tom. 1, decis. 285, n. 10, y part. 7, decis. 180, n. 4.

gunda por donacion hecha con consentimiento del Obispo ó iglesia de donde es patrono, dése antes ó despues de la donacion: la tercera por venta, no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella, por razon de la cual el vendedor es patrono, entrará en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione; y la cuarta por trueque de un patronato con otro (*a*). Tambien pasará, si se arrienda alguna villa ó heredad á que está anejo, como no se pacte lo contrario (*b*).

15 Asimismo se pierde, ó estingue el patronato por once causas: por renunciarle el patrono: por arruinarse la iglesia y no haber esperanza de reedificarla, ó por faltar su dotacion ó rentas: por permitir el patrono que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, pues en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion: por acabarse la familia para la cual se fundó unicamente el patronato: por unirse ó incorporarse con consentimiento del patrono la iglesia á otra iglesia ó monasterio, porque por la union se cree estinguida, y de consiguiente acabado el derecho de patronato: por no hacerse uso del patronato en el tiempo que puede prescribirse, si en su intermedio fue instituido dos veces á lo menos su rector ó párroco sin intervenir presentacion del patrono, no hallándose éste impedido legítimamente de hacerla: por intentar el patrono matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia no siendo en defensa propia: por pervertirse haciéndose herege, cismático, ó apóstata de nuestra santa religion, pues con sus bienes se le confisca el derecho de patronato: por entremeterse en la disposicion ó precepcion de frutos contra lo mandado por el Concilio de Trento (*c*): por vender ó transferir en otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones; y últimamente por adquirirle con simonía, pues se le debe privar de él (*d*). Consiente la iglesia que los legos tengan el derecho de patronato en reconocimiento del bien que hicieron en dotarla y fundarla, por lo que el Obispo debe mostrarse grato (*e*).

(*a*) Ley 8 tit. 15 P. 1 Ferrar. lug. cit. art. 2. (*b*) Ley 9 tit. 15 P. 1. (*c*) Sess. 22 cap. 11 de Reformat. (*d*) Reinfest. lib. 3 cap. 38 §. 5 n. fin. (*e*) Ley fin. tit. 15 P. 1. Lambertin. de Jur. Patron. lib. 2 part. 3 quæst. 5 princip. art. 4 n. 12.

§. II.

De las capellanías.

16 La capellanía *es una carga y obligacion de celebrar anualmente una ó muchas misas en cierta capilla, iglesia ó altar* (*a*). Divídese en *mercenaria, colativa y gentilicia*. De la mercenaria, profana ó laical hay dos especies. Una se llama propia y adecuadamente *capellanía laical, memoria de misas, ó legado pio, porque se funda sin autoridad del Papa, ni del Obispo ú Ordinario diocesano, y ninguno puede ordenarse á título de ella*, por manera que viene á ser un salario, ó estipendio del sacerdote que ha de celebrar las misas (*b*) Por otro nombre se llama tambien patronato real de legos á modo de vínculo ó mayorazgo con el gravamen y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la iglesia, capilla, ó altar que el fundador destina, las misas que señala, con la condicion de que sus bienes esten siempre afectos á su responsabilidad, y con facultad de que el patrono pueda nombrar sacerdote que las celebre, y removerle cuando quiera (por lo cual se llama *amovible ad nutum*) ó mandarlas celebrar sin necesidad de nombramiento, tomando recibo del colector ó sacerdote conocido que las diga: en cuya clase de capellanía puede conocer el Obispo, no de sus bienes, porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las misas que debe acreditarle el patrono ó poseedor de los bienes gravados con ellas: y así no se paga subsidio ni otro derecho por ellas, el patrono, aunque sea casado ó hembra, posee sus bienes como de mayorazgo, de su sucesion debe conocer el juez real, en ella se observan las mismas reglas que en los mayorazgos, y se llama vínculo ó mayorazgo, cuando la fundacion y sucesion es perpetua, y los bienes de su dotacion son indivisibles (*c*). Por lo tanto de esta clase de capellanías debe decirse lo mismo que hemos dichos de los mayorazgos en el capítulo anterior, particularmente en los nn. 55, 56, y 57.

17 La otra clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que así se le llama) administra sus bienes, goza

(*a*) Mostaz. de Caus. pils, lib. 3 cap. 1 n. 2. (*b*) Navar. cons. de 5 de Præbend. Monst. lug. cit. n. 7. (*c*) Leyes 13 y 14 tit. 7 lib. 5 R. y 8 y 9 tit. 17 lib. 10 N. R. Rojas de Incompat. part. 1 cap. 7 nn. 34 y sig.

todo su producto, debe hacer constar y no el patrono su cumplimiento, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se destruyan ni deterioren; pero ni en una ni en otra tiene lugar lo dispuesto por los sagrados canónes en órden al termino para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion, ni institucion canónica, ni tiene que entender en los bienes de ellas el Ordinario diocesano. Pueden conferirse estas capellanías cumplideras ó memorias de misas á Presbíteros para que las celebren, como tambien á legos de cualquier edad, siempre que el fundador no disponga otra cosa (*a*), debiendo estos mandar cumplir sus cargas con arreglo á la fundacion. El patrono que tiene la facultad privativa de proveerlas y de conocer de sus bienes, puede por medio del juez real compeler al capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su defecto embargarle la renta, y por esta ú otra causa, ó sin ella quitarle la capellanía, mandándolo asi el fundador. Si el capellan fallece, y el patrono tarda en nombrar otro, puede el mismo juez secuestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas y depositar el sobrante á fin de que le perciba el que luego nombre: para todo lo cual, como tambien para dentro de qué tiempo se deben proveer, pues no lo determina nuestro derecho, servirá de ley y regla la fundacion.

18 Para gozar estas capellanías laicales basta el título del patrono sin necesidad de tomar posesion de ellas, escepto que lo mande espresamente la fundacion; y si el capellan quiere tomarla, para que le reconozcan por tal los inquilinos y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el juez real. Pueden hacerse incompatibles absolutamente para todos los capellanes, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce, no obtenga otras colativas, ni laicales, ni beneficios: pero este gravámen de incompatibilidad solo debe imponérseles, cuando las rentas sean bastantes para mantenerse con la decencia correspondiente; pues de lo contrario se tendrá por no impuesto. Si el fundador manda que se confieran á presbítero, que lo líquido de las rentas, bajados derechos de visita y gastos de cobranza se emplee en misas de cierta cuota, v. gr. de 12, 15 ó 20 reales; y que el capellan celebre por sí mismo en iglesia determinada las que se puedan á razon de aquella; debe espresar, si el capellan ha de entregar al sacerdote que las celebre la propia limosna ó la establecida por el sínodo, caso que por ausencia, enfermedad ú otra causa no

(*a*) Mostat. lib. 4 cap. 2 cit. n. 43.

celebre algunas; ó lo que se deberá practicar, pues por no manifestar bastantemente su voluntad los fundadores, suelen suscitarse dudas.

19 Nadie puede ordenarse á título de estas capellanías, ni tampoco pueden hacerse colativas, aunque el patrono y capellanes lo quieran, escepto que permita la fundacion se ordenen todos ó algunos por via de patrimonio; y aunque durante la vida de los ordenados se espiritualizan sus bienes, no debe pagarse subsidio ni otro derecho por ellas, ya se dejen á eclesiásticos, ya á legos; pues para esto es preciso que desde su ereccion se espiritualicen contribuyéndose perpetuamente colativas como beneficios eclesiásticos, ó que el fundador mande que sus bienes pasen á la iglesia, que esten bajo de su dominio, que los administre el capellan y perciba sus frutos por el estipendio ó limosna de celebrar las misas. Fuera de estos dos casos es lo mismo que si los capellanes se ordenasen á título de bienes propios, por los que no se paga nada; y para que no se dude, si son colativas, se estenderá la clausula de la fundacion *permitiendo que los capellanes se ordenen á título de sus bienes como á título de patrimonio ó hacienda propia* con la cual se entenderán puramente laicales (*a*). Si se fundan para parientes (*), han de justificar éstos su parentesco ante el juez real, á no ser que el fundador mande que la goce el que elijan los patronos á su arbitrio sin atender á la proximidad de grado, que es lo mejor para evitar pleitos.

20 Las capellanías colativas ó eclesiásticas son *las que se instituyen con intervencion y autoridad del Papa, ó del Obispo* (*b*), por lo cual se llaman propiamente *beneficios eclesiásticos*, tiene lugar en ellas lo dispuesto en estos y sus bienes se espiritualizan perpetuamente desde que se fundan; bien que con causa puede quitarlos al capellan el Obispo ó patrono permitiéndolo la fundacion (*c*), sin que por esto dejen de ser perpetuas. Puede tocar á persona lega ó eclesiástica su presentacion ó nombramiento, segun lo disponga el fundador; pero la colacion, institucion canónica, ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas y del cumplimiento de sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, si se fundaron para parientes, corresponden privativamente al Ordinario diocesano en cuyo territorio estan fundadas, de suerte que si el patrono tiene tan solo la regalía de

(*a*) Mostaz. cap. 2 cit. nn. 7 y 44 &c. y 48.
(*) Estas se llaman capellanías de sangre.
(*b*) Cap. 4 de Relig. domib. Mostaz. lib. 3 cap. 1 n. 7 y cap 3 n. 1.
(*c*) Mostaz. dich. n. 7.

nombrar capellan dentro del término prescripto por derecho canónico, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo esten, si se halla en igual grado con ellos y con las demas cualidades que exigió el fundador, y no de otra manera. Por tanto estas capellanías se llaman asi con propiedad, sus bienes son puramente eclesiásticos, y por ellas debe pagarse subsidio; pero aunque se funden en contrato, pueden revocarse como las laicales, sino es que intervenga alguna de las causas que constituyen irrevocables las donaciones perfectas, y que el Ordinario las apruebe haciendo la colacion é investidura canónica en el primer nombrado. Asimismo pueden conferirse á presbíteros, ó á los que no lo sean, para que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion siendo colativas simples sin cura de almas, ha de tener el capellan 14 años (*a*), escepto que el fundador mande conferirlas á los de menor edad espresa ó tácitamente, pues entonces habiendo entrando en los 7, aunque no esten cumplidos, pueden ser admitidos á su goce (*b*); y siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener 25 años (*c*). Estas capellanías puede el fundador hacerlas tambien incompatibles como las laicales, poner las condiciones honestas que le parezca, y preferir los nobles á los plebeyos. En las capellanías colativas no adquiere su posesion el presentado por sola la presentacion sin la institucion, y el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del Obispo limitar y ampliar el término á los patronos para hacer la presentacion, aunque siendo beneficio curado ó parroquial no puede hacer tal ampliacion, porque de ella se sigue perjuicio á las almas, lo cual no sucede en las simples (*d*).

21 Las capellanías *gentilicias* son como las colativas á diferencia de que el patrono es siempre lego, y por ser colativas, no puede el fundador prohibir al Obispo que haga su colacion é institucion canónica (*e*).

22 No pueden ordenarse á título de las referidas capellanías colativas los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio, el bígamo, esté viudo, ó viva su primera muger, el ho-

(*a*) Concil. Trid. Ses. 23 de Reform. cap. 6 y ley 3 tit. 16 P. 1. (*b*) Mostaz. lib. 3 cap. 3 nn. 21 &c. y 28. (*c*) Cap. 7 §. fin. de Election. cap. 14 cod. tit. in 6 Concil. Trid. Ses. 24 de Reform. cap. 12 Mostaz. lug. cit. n. 20. (*d*) Lara lib. 2 de Capellaniis cap. 9 nn. 31 y 32. (*e*) Lease el cap. 1 n. 231.

micida voluntario, el siervo, el que hizo penitencia pública, el bautizado dos veces con cierta ciencia, los estraños y sugetos no conocidos, como no presenten dimisorias ó testimoniales de sus prelados, el hermafrodita, el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas del Rey ó concejo está obligado á darles cuenta, la muger, ni el menor de siete años (*a*).

23 Las espresadas capellanías laicales y colativas pueden fundarse en contrato, ó última voluntad, y tambien pueden ser amovibles á voluntad de los patronos, con causa ó sin ella, si el fundador lo manda, aunque entonces nadie podrá ordenarse con ellas (*b*), porque no son título perpetuo ni suficiente para las órdenes, ni de consiguiente se deben tener por congrua segura (*).

24 Los bienes de las capellanías han sido hasta aqui enagables, indivisibles é imprescriptibles; pero no sucede asi en la actualidad, á causa de lo dispuesto en varias reales ordenes modernas. En una real cédula (*c*) se ha mandado recientemente enagenar todos los bienes raices pertenecientes á hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusion y de espósitos, cofradías, memorias, obras pias, y patronatos de legos, cuyo producto asi como los capitales de censos que se rediman, propios de tales establecimientos y fundaciones, ha de ponerse en la real caja de amortizacion bajo el interes anual de un 3 por 100, con que ha de atenderse á la subsistencia de aquellos y al cumplimiento de todas las cargas impuestas sobre los bienes enagenados, sin que por esto se tenga por estinguidas las presentaciones, ni demas derechos correspondientes á los patronos, sea en aquellas, en la percepcion de algunos emolumentos, ó en la distribucion y manejo de las rentas que produzcan las enagenaciones. Estas han de hacerse por los medios mas sencillos, dividiéndo las heredades cuanto sea posible para facilitar la concurrencia de compradores, y la multiplicacion, y haciéndose la venta en pública subasta con previa tasacion. De dichas reglas se esceptuan aquellos establecimientos, memorias y

(*a*) Leyes 12 &c. y 27 tit. 6 P. 1. (*b*) Mostaz. lib. 3 cap. 1 n. 49.

(*) Aunque se haya colado una capellanía amovible *ad nutum*, puede el patrono quitársela al capellan, porque la colacion no la hace perder su naturaleza; (*Gracia de benef. part.* 1 *cap.* 2 *n.* 81. *Lara de capel. lib.* 2 *cap.* 6 *n.* 3) bien que consintiéndolo el Ordinario puede el patrono hacerla colativa por una vez, y entonces podrá el capellan ordenarse con ella de órden sacro sin temor de perderla. (El mismo García part. 7 cáp. 1 n. 102).

(*c*) De 25 de Septiembre de 1798.

demas espresado, en que hubiese patronato activo, ó pasivo por derecho de sangre; pues los encargados por la fundacion de la administracion de los bienes han de tener plenas facultades para hacer la enagenacion de ellos, poniendo el importe en la caja de amortizacion con los réditos anuales de 3 por 100 sin ser necesaria informacion de utilidad. Si han cesado los fines de algunas de las tales fundaciones, cuyos bienes se enagenen, ha de llevarse razon separada del adeudo de los mismos intereses, los cuales se han de retener en calidad de depósito hasta que se tenga por conveniente su empleo en los destinos mas análogos á sus primeros objetos. Por último todos los prelados eclesiásticos, seculares y regulares han de promover bajo igual libertad que en los patronatos de sangre y obras pias laicales, movidos de su zelo por el bien del estado, la enagenacion de bienes de capellanías colativas, ú otras fundaciones eclesiásticas, poniendo su producto en la caja de amortizacion con el 3 por 100 de renta anual sin perjuicio del derecho del patronato activo y pasivo, y demas que dispongan las fundaciones, ó erecciones de dichos beneficios.

25 Despues de esta real determinacion se prescribió el modo de hacer las subastas para la venta de los referidos bienes (*a*), se dió una instruccion (*b*) sobre la manera de hacer sus enagenaciones, se espidieron varias reales órdenes para promoverlas (*c*), se publicó (*d*) un reglamento formado por la comision gubernativa de consolidacion de vales, y caja de estincion y descuento (*e*) para efectuar las ventas de los bienes pertenecientes á los seis colegios mayores (*), á mayorazgos y establecimientos piadosos: se varió y adicionó (*f*) lo dispuesto en el artículo 13 del citado reglamento, suspendiendo por entonces la egecucion de lo mandado en su artículo 23: se mandó (*g*) cesará lo dispuesto en el artículo 5.° de la última cédula citada, en que se denegaba la puja del 4º en las ventas de fincas de obras pias ó establecimientos piadosos: se espidió otra real cédula (*h*) insertando un breve de S. S. en que concedia á nuestro Soberano facultad para que

(*a*) Circ. de 28 de Octub. de 1798. (*b*) Con fecha de 29 de Enero de 1799. (*c*) Real órden de 29 de Noviembre de 1799. (*d*) En real cédula de 21 de Octub. de 1800, o ley 19 tit. 17 lib. 10 N. R. (*e*) Creada en Pragm. de 30 de Agosto de 1800.

(*) En una real céd. de 25 de Septiembre de 1798 se mandaron enagenar destinándose su producto con el interes del 3 por 100 á la Caja de Amortizacion.

(*f*) Real céd. de 16 de Agosto de 1801. (*g*) En circ. de 8 de Noviembre de 1802. (*h*) De 15 de Octubre de 1805.

en todos sus dominios pudieran enagenarse otros tantos bienes eclesiásticos, cuantos fuesen los que en todo correspondian á la renta libre anual de 200@ ducados de oro de cámara; y finalmente se ha publicado otra real cédula (*a*) para que se ponga en egecucion otro breve de S. S. (*b*) por el que derogando el anterior concede al Rey en su lugar facultad para enagenar los predios rústicos y urbanos pertenecientes á capellanías eclesiásticas, y tambien para segregar y vender la séptima parte de los demas bienes propios de la iglesia, conventos, comunidades, fundaciones y cualesquiera otros poseedores eclesiásticos, inclusas la órden de San Juan de Jerusalen y las demas militares, reconociéndose á todos por la real caja de consolidacion la recompensa espresada en el breve, bajo las reglas prescriptas por S. M.

26 En una bula espedida por Inocencio XII en Roma (*c*) se manda, que á ninguno que tenga beneficio ó capellanía, cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la congrua, se confiera la primera tonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía: que los patronos asi eclesiásticos como seculares puedan hacer nombramientos para ellos, no como para beneficios eclesiásticos sino como para legados pios; y que los nombrados á su goce aunque no esten tonsurados, los posean como tales legados, con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Asimismo en una carta encíclica ó circular de la cámara (*d*) dirigida á los Obispos de estos dominios se les encarga, supriman ó estingan dichos beneficios y capellanías convirtiendo éstas en legados pios en la forma prescripta por el §. 8 de la citada bula. Tendrá presente esto al escribano y lo prevendrá á los fundadores, para que las doten bien, y puedan los capellanes ordenarse con ellas; pues poco ó nada importa que quieran instituirlas colativas y que las den este título, si segun la fundacion y sus cláusulas por insuficiencia y cortedad de sus rentas desdicen del verdadero concepto de tales. Ademas si tienen poca renta y muchas cargas, reduce estas el Ordinario á instancia de los capellanes, y mejor es que el fundador imponga pocas, que dar lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad, ó á que tal vez no se cumplan.

(*a*) De 21 de Feb. de 1807. (*b*) De 12 de Dic. de 1806. (*c*) A 13 de Mayo de 1723 que empieza *Apostolici ministerii* §. 8. (*d*) De 12 de Junio de 1769 §. 13.

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

27 ***Fundacion de patronato real de legos.*** Don Francisco de Andrade, vecino de esta villa de tal, digo: que por hallarme sin descendientes ni ascendientes legítimos, y colmado, mediante Dios, de bienes temporales, he deliberado fundar de todos un patronato real de legos á título de mayorazgo, con cuya intencion he construido en tal iglesia la capilla de tal Santo, que es la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal, y quiero dotarla con tanta renta, á fin de que esté adornada con la decencia correspondiente, y de que acabados mis dias se celebren perpetuamente en ella tantas misas rezadas al año; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, instituyo patronato real de legos á título de mayorazgo perpetuo de los bienes siguientes. (*Se pondrán los bienes por menor y en §. aparte como en la fundacion de mayorazgo.*)

Declaro que estos bienes son mios, y que estan libres de toda especie de gravámen y responsabilidad, y como tales los señalo para dotacion de este patronato con las siguientes condiciones y llamamientos.

Elijo y nombro por patrono de la citada capilla á don F. mi sobrino, hijo legítimo de don F. mi hermano, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, y la hembra de mejor línea y grado al varon mas remoto &c. (*Se pondrán los llamamientos que el fundador quisiere como en la escritura de mayorazgo.*) El citado mi sobrino y demas llamados, cada uno en su tiempo, han de gozar este patronato y usufructo de sus bienes por los dias de su vida, á escepcion de tantos reales anuales que darán de limosna por tantas misas rezadas, que ha de celebrar cada semana por mi intencion en tales dias el sacerdote que elijan, á razon de tantos por la de cada una, con cuya cantidad, y con lo que importen la cera y oblata, dejo gravados los mencionados bienes, prohibiendo que se pueda redimir este gravamen con pretesto alguno, y mandando que siempre esten afectos á él.

Podrán nombrar capellan que celebre las espresadas misas en dicha capilla, removerle con causa ó sin ella, habiendo de ser admitido á su celebracion solo en virtud de este nombramiento, sin necesidad de posesion ni otra diligencia; y si no quisieren nombrarle, cumplan con entregar dicha limosna al colector de la citada iglesia, cuyo recibo les sirva de documento justificativo para que se les bonifique. Si el patrono fuere sacerdote, puede celebrarlas por sí propio en ella y no en otra parte, recogiendo certificacion del colector de haberlas celebrado, la cual ha de ser bastante para su abono.

Los patronos han de estar obligados á reparar con las rentas de este patronato la referida capilla de todo lo necesario, á ponerla en el estado actual si se arruináre, á comprar los ornamentos, vestiduras sacerdotales y demas cosas correspondientes á su decencia, á pagar por la cera y oblata lo que la sinodal de este obispado tiene asignado y asignare, y tanto anualmente al sacristan porque la cuide, tenga limpia y aseada, y mande lavar toda la ropa blanca que se necesite, asi para el altar como para la celebracion de las mi-

sas, pudiendo ser apremiados judicialmente á todo esto.

Esta memoria de misas se ha de entablar entre las de la citada iglesia solo para que en las visitas se tome cuenta de su cumplimiento, y por ella no se ha de pagar subsidio, situado ni otro derecho. Asimismo ni el prelado eclesiástico, ni su vicario ni visitador se han de entremeter en su provision, ni bienes, ni en otra cosa que inquirir si están ó no cumplidas sus cargas, y la capilla con la decencia que corresponde; y no estándolo pueden apremiar al poseedor de este patronato á que lo haga.

Los bienes de este patronato, &c. (*Se pondrán las condiciones* 11, 12, 13 *y* 14 *de la fundacion del mayorazgo, y las demas que el fundador quisiere, con reservacion del usufructo, y luego el pie en la forma siguiente.*)

Con estas condiciones, cargas y llamamientos fundo este patronato real de legos á título de mayorazgo; y para despues de mi fallecimiento traspaso todo el derecho que me corresponde en el mencionado mi sobrino y demas nombrados, para que cada uno en su tiempo le posea y disfrute con dicho gravámen, reservándome su usufructo durante mi vida, como igualmente la facultad de revocarle enteramente, ó añadir, quitar y enmendar lo que me parezca, por lo que no ha de tener efecto hasta que fallezca, &c. (*Proseguirá como en la fundacion de mayorazgo, poniéndose las cláusulas generales y toma de razon en la oficina de hipotecas*).

28 Si el fundador quisiere que el patronato sea irrevocable, se obligará á no revocarle ni alterarle en tiempo ni con pretesto alguno, entregará al primer llamado la escritura de fundacion, omitiendo la reserva de revocar, mudar y alterar á su arbitrio, y en la aceptacion las palabras *sin perjuicio de la espresada reserva* que contiene la escritura de fundacion de mayorazgo; pero no las de usufructo por los dias de su vida, pues haria una donacion inmensa y prohibida

29 *Fundacion de capellanía mercenaria é incompatible á título de patronato real de legos, con la que nadie puede ordenarse.* Don Francisco de tal, vecino de esta villa, digo: que hallándome mediante la Divina Providencia con abundantes bienes, y sin hijos ni otros herederos legítimos á quienes dejarlos, y deseando, para corresponder á los favores del Altísimo, que el producto de aquellos se convierta en obsequio suyo, y en alivio de las benditas ánimas del purgatorio, he deliberado erigir una capellanía mercenaria á título de patronato real de legos; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruido del que me compete = Fundo para despues de mi fallecimiento en tal iglesia parroquial y altar de tal Santo, que es el tercero á mano izquierda entrando en ella, la espresada capellanía, que doto con los bienes siguientes. (*Se pondrán por menor los bienes en §. á parte como en la fundacion de mayorazgo.*)

Declaro que estos bienes me pertenecen en posesion y propiedad por las razones espuestas y títulos relacionados; que producen de renta anual 600 ducados, y están libres de toda especie de gravámen, y con ellos instituyo la referida capellanía laical, con los llamamientos y condiciones siguientes.

Llamo á la obtencion de esta capellanía y goce del producto de sus bienes á don F., presbítero, mi sobrino, hijo de &c (*llamará á los demas que quisiere*) quienes con solo el título de los patronos han de ser tenidos por capellanes cumplidores sin mas posesion, ni otro acto ni documento; y como tales administrarán dichos bienes, percibirán y gozarán sus frutos, á

escepcion de 600 reales anuales que han de dar por mitad á los patronos que elegiré, por el cuidado que deben tener de que sus fincas se conserven, y de lo que paguen á la fábrica y sacristan de dicha iglesia por la oblata, cera y ornamentos, conforme á lo dispuesto en el sínodo de este arzobispado, y á lo que diré despues.

Ninguno se ha de ordenar á título de esta capellanía, ni aun por razon de patrimonio, y aunque lo consientan los patronos; pues quiero que el capellan á quien se confiera sea precisamente presbitero y pobre, y tenga obligacion de cuidar de sus fincas á costa de sus rentas, y que no lo haciendo, puedan el patrono ó patronos que haya removerle y elegir otro sin mas juicio, sentencia, declaracion ni monicion, y hacer que reintegre á su costa el desfalco y deterioro que en su tiempo hayan padecido por su culpa, omision ó negligencia.

Ha de celebrar en dicho altar tantas misas rezadas cada semana en tales dias, que hacen tantas al año, sin poder cometer á otro su celebracion, á no ser que esté enfermo y no con otro impedimento; y si la cometiere mando que no se le abonen, y que el patrono ó patronos que haya á la sazon le remuevan y elijan otro que las diga por sí; lo cual se ha de observar sin embargo de que sea comensal del señor obispo, ó impetre bulas apostólicas que dispensen la localidad, personalidad y residencia, pues no han de tener efecto alguno, mediante á que con sus rentas puede mantenerse decentemente.

Ningun juez eclesiástico ha de poder presentar esta capellanía, conocer de sus bienes, tomar cuentas al capellan de lo que produjeren, ni removerle, sino tan solo compelerle á que cumpla sus cargas, y no lo haciendo, mandar al patrono ó patronos que le remuevan y elijan otro, lo cual deberán cumplir inmediatamente.

Esta capellanía no ha de erigirse en colativa, aunque los patronos y el capellan lo consientan solo por la vida de éste; ni tampoco ha de pagarse por ella subsidio ni ningun otro derecho, ni ha de gozarla quien tenga 400 ducados líquidos de renta eclesiástica ó patrimonial, escepto que no haya otro pariente mio que pueda obtenerla; pues en aquel caso le han de poder remover los patronos, y hacer que restituya el sobrante que hubiese percibido desde el dia que tuviere la renta, deducido el importe de la limosna de dichas misas á razon de tanto cada una, para que se emplee con intervencion de los patronos, del capellan que sucediere en ella, y de la justicia ordinaria de esta villa en aumento y conservacion de las fincas de esta capellanía; porque mi voluntad es que la obtengan sacerdotes virtuosos y pobres que carezcan de medios para mantenerse con decencia, aunque no habiendo otro pariente mio hábil para su obtencion pueda gozarla el nombrado sin estar obligado á ninguna restitucion.

Esta capellanía se ha de entablar en las memorias de misas de la parroquial de esta villa, para que el ordinario eclesiástico la visite, y sepa si el capellan cumple ó no sus cargas, no para otro efecto, debiendo aquel y no los patronos satisfacer los derechos que se causen en la visita.

Los patronos han de zelar si los capellanes tienen ó no bien reparadas las fincas de esta capellanía, compeliéndoles á ello por medio de su juez, despues de haberles amonestado verbalmente; y si por no hacer caso los capellanes de la amonestacion, necesitáren los patronos de usar del remedio violento del apremio judicial, les han de pagar aquellos todos los gastos

procesales y personales que les causen. Ademas si los patronos fueren negligentes en esta parte, pierdan el derecho de este patronato, que ha de pasar siguiente llamado sin mas declaracion.

Para hacer la eleccion de capellan se han de juntar los patronos en casa del mas condecorado o mayor en edad, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un patrono en el lugar por haber muerto el otro, pueda elegirle por sí solo; mas hallándose ausente ha de avisarle incontinente, tomando testimonio de la carta que le escriba á este fin y eche en el correo; y si dentro de los dos meses siguientes al dia de su fecha no le respondiere, conformándose con el que éste elija, ó diciéndole que no puede asistir á la eleccion, ó enviando poder á alguien para que concurra á ella, pueda hacerla por sí mismo, y valga del mismo modo que si ambos la hubiesen hecho. Si ninguno estuviere en el lugar, tenga obligacion la justicia mayor de él de avisarles en igual conformidad, y no nombrando en el citado término, haga aquella por sí la eleccion, y perciba las propinas de ambos patronos. Si estos discordáren en ella, echen suertes con asistencia de la justicia y del escribano de ayuntamiento de esta villa, y despachen al capellan á quien tocáre el título correspondiente, en cuyo caso las propinas de los patronos han de dividirse entre ellos, el juez y escribano de ayuntamiento por iguales partes, en pena de no haberse conformado. Habiendo litigio sobre el derecho de este patronato, si no se decidiese dentro de tres meses, y faltáre por esta razon patrono de sangre, como vaque entre tanto esta capellanía, y pasados los tres meses despues de la vacante haga la justicia el nombramiento, ha de percibir igualmente las propinas de ambos patronos hasta el dia en que alguno de ellos tome posesion de este patronato; pero no haciendo el nombramiento, las ha de retener el capellan para entregarlas al patrono ó patronos que le obtengan; y si no hubiere vacante no ha de poder la justicia remover al nombrado por los patronos anteriores.

Mientras vivan los capellanes que he nombrado no han de poder los patronos elegir otros, y despues que fallezcan han de nombrar precisamente para la obtencion de esta capellanía parientes mios por ambas líneas, habiéndolos en este lugar y en el de tal, donde se halla mi familia paterna, sin atenderse mas prerogativa, predileccion de líneas, grado ni otra cosa que la mayor pobreza y virtud, sobre lo que les encargo la conciencia; a cuyo fin harán que se fijen edictos en ambos lugares a costa del capellan que sucediere, debiendo los pretendientes justificar estrajudicialmente su parentesco, vida y conveniencias ó indigencia ante el patrono ó patronos, y con solo su título y nombramiento hecho ante cualquier escribano real, ha de admitirlos el cura párroco á la celebracion de misas sin necesidad de posesion, mandato judicial, ni otro requisito. Y por evitar pleitos, enconos y los pecados que con este motivo se cometen, escluyo de la obtencion de esta capellanía á cualquiera que se opusiere judicialmente al nombramiento hecho en otro, aunque sea mas pobre que éste.

Si practicadas las diligencias referidas ninguno compareciere dentro de los cuatro meses siguientes al dia de la fijacion, elijan al sacerdote mas pobre y virtuoso que hubiere en esta villa, ó en el espresado lugar sin prelacion; y si algun pariente compareciere, y por no estar ordenado de presbítero no pudiese obtener esta capellanía, luego que lo esté, se le confiera y precise al estraño á dejarla; pues mis parientes han de ser preferidos á los

estraños en todos tiempos, aunque estos la esten poseyendo, y aquellos no sean de esta villa ni del lugar mencionado, y aunque los primeros sean pobres y los segundos no.

Si este patronato recayere en el capellan, pueda por sí mismo celebrar las misas; y concurriendo en un patrono las cualidades espresadas, ha de poder en caso de vacante nombrarle con preferencia á otro pariente el compatrono, y no habiéndole, la justicia, en cuyo caso ha de gozar de ambos emolumentos; mas porque recaigan en él los dos títulos, no le dispenso la localidad ni personalidad; ni el que pague anualmente al compatrono su propina; pues todo queda á su cargo, como sino fuera patrono, y á ello se le ha de poder apremiar con todo rigor.

Si hubiere litigio sobre el derecho de este patronato ha de conocer de él la justicia de esta villa en cuya jurisdiccion estan sus bienes, y aunque los pretendientes sean de otra, han de seguir su pretension en primera instancia por el oficio del presente escribano; pues de lo contrario lejos de admitirlos por tales la justicia ni darles posesion, pasará á nombrar capellan, si no le hubiese, y á usar de este patronato como si se hubieran acabado las líneas de los patronos, hasta que cumplan esta condicion.

Nombro por patronos á Pedro y Juan, mis sobrinos, hijos de Antonio y Diego mis hermanos, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, el varon á la hembra, y la hembra de mejor grado y línea al varon mas remoto. Á falta de ellos nombro asimismo á María y Juana, mis hermanas, y á los suyos; despues de estos á Eugenio y Alfonso, mis primos hermanos, hijos de José y Ana, mis tios, y á los suyos por el mismo orden, y acabados todos, al juez mayor que hubiere en esta villa, y no habiéndole á los alcaldes ordinarios por ambos estados, y si no hubiese mas que uno, sea patrono, previniendo que mientras subsistan las líneas de los llamados ha de haber dos patronos, uno por cada una; pero si llegáre el caso de que la una se finalice y la otra no, sea patrono único el que viviere de ésta; de modo que para entrar al goce de este patronato las líneas de los llamados en segundo lugar, se han de haber concluido enteramente las del primero, y así de las demas; todo lo cual mando que se observe literalmente sin tergiversacion.

Por el trabajo que los patronos han de tener en zelar que los capellanes conserven las fincas de este patronato, y cumplan sus cargas, y en hacerles el nombramiento, señalo á cada uno de los dos que fueren parientes mios trescientos reales anuales; y no habiendo mas que uno por haberse concluido la línea del llamado en igual grado y lugar el importe de ambos, como si vivieran, puesto que ha de hacer las veces de los dos; mas si todos se acabaren, no pueda percibir el juez mayor mas que los trescientos reales, y habiendo en lugar de este dos alcaldes ordinarios, se dividirán entre ellos por mitad, y si no hubiere mas que uno, los ha de percibir; pues mediante á no ser parientes mios y á nombrarlos por patronos solo porque nunca falten, no quiero que gocen en esta parte iguales emolumentos que los llamados; y en este caso el capellan deberá depositar anualmente los otros trescientos con intervencion de los patronos por cuenta y riesgo de estos en persona lega, llana y abonada para emplearlos con la misma intervencion en aumento de fincas y conservacion de esta capellanía, á todo lo cual pueda ser compelido con el mayor rigor.

Los patronos &c. (*Aquí se pondrán las condiciones* 19, 22 *y* 24 *de la escritura de mayorazgo, mudando lo preciso, y las demas que el fundador quisiere. El pie ha de ser como en la anterior de patronato, á escepcion de*

que en esta ha de hablar con los patronos y capellanes juntamente por lo que á cada uno toca, al modo que en aquella habla solamente con el patrono. Tambien se prevendrá la toma de razon en la oficina de hipotecas.)

30 *Fundacion de capellanía laical para ordenarse á título de ella como de patrimonio.* Don Manuel Jimenez, vecino de esta villa, digo: que don Alejandro Jimenez, mi hermano, en el testamento que otorgó en ella á tantos de tal mes y año ante el presente escribano, y bajo del cual falleció: me instituyó heredero de los bienes muebles, créditos y efectos que tenia, mandando que de los raices fundase una capellanía laical ó colativa, ú otra obra pia perpetua á mi voluntad, para cuya fundacion, y para todo lo demas que ocurriese, me dió comision amplia, queriendo valiese del mismo modo que si la formalizára por sí, segun acredita su testamento, del cual para documentar esta escritura se pone con ella copia autorizada, que á la letra dice asi: (*El testamento en §. á parte.*)

Y usando de las facultades inclusas en el testamento inserto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo en nombre del citado mi hermano: que fundo para siempre en la iglesia de tal, donde está sepultado su cadáver, una capellanía puramente laical, ó memoria de misas á título de patronato real de legos, la cual doto con los bienes raices que dejó, cuyo valor, sitios y linderos actuales se especifican en la forma siguiente. (*Se ponen por menor los bienes en §. á parte.*)

Asciende el valor de los referidos bienes, que son los únicos raices que dejó, á tantos mil reales de capital segun sus valuaciones, y su renta anual á tantos mil, los cuales señalo por dotacion de esta capellanía laical fundándola de ellos con las condiciones siguientes.

Los espresados bienes jamas se han de poder enagenar, separar, dividir, acensuar, hipotecar, ni gravar en todo ni en parte, aunque lo intenten los capellanes y lo consientan los patronos, pretestando mayor aumento de renta de la capellanía ú otra causa, por grave y urgente que sea.

Los capellanes de la enunciada capellanía han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario á costa de sus rentas los bienes con que queda dotada, de suerte que no se deterioren, y siempre vayan en aumento, para que los sucesores no tengan que lastar cosa alguna de lo que no se deterioró ni perdió en su tiempo; y si no lo hicieren han de compelerles á ello el patrono y capellan sucesor, quienes podrán acudir á la justicia real ordinaria para el embargo de rentas y bienes del poseedor y de sus herederos, sin que para eximirse de su reintegro les sufrague el necesitar para los reparos de ellos la renta de un año, dos ó mas; pues con esta consideracion y con la de su decencia les impongo muy leve carga atendido su producto líquido que por un quinquenio es el de seiscientos ducados; en cuya atencion prohibo que la minore con pretesto alguno ningun señor juez eclesiástico, aunque se le pida muchas veces su reduccion y minoracion, y sobre ello le encargo la conciencia.

Cada uno de los capellanes ha de celebrar por sí mismo anualmente cien misas rezadas, dos cada semana en la referida iglesia de tal precisamente por el alma é intencion de dicho don Alejandro mi hermano y demas de su obligacion; y en caso de hallarse enfermos, ausentes, ó sin ordenar de presbíteros, cumplan con mandarlas decir á otro sacerdote, dándole la limosna en que se convengan, ó la que por la sinodal está señalada ó se señale, satisfaciendo ademas en uno y otro caso los derechos de cera, oblata y colecturia á la iglesia

ó persona que deba percibirlos, y recogiendo la correspondiente certificacion para hacer constar su cumplimiento en la visita.

Ningun juez eclesiástico ha de poder conferir esta capellanía, conocer de sus fincas, tomar cuentas á los capellanes de lo que éstas produzcan, removerlos, ni mezclarse en otra cosa que en compelerlos á que cumplan sus cargas, aunque pasen los cuatro meses que para la presentacion de las capellanías colativas y beneficios eclesiásticos prescribe el derecho canónico, y mucho mas, puesto que como puramente laical no militan en ella las disposiciones canónicas; y no haciendo el patrono el nombramiento dentro del año que le concedo, ha de poder hacerle el juez real en pena de su descuido.

Jamas se ha de erigir en colativa esta capellanía, aunque los patronos y capellanes lo consientan, ni tampoco ha de pagarse por ella subsidio ni otro derecho alguno; pero sin perjuicio de poder yo, como tal patrono, y los que me sucedan en este patronato, nombrar para su goce á personas de cualquier calidad y edad sin limitacion, siendo honradas y de buenas costumbres; permito que se puedan nombrar estudiantes pobres, hijos de padres honrados, para que con su producto sigan sus estudios y la carrera eclesiástica, y se ordenen á título de los bienes de ella como á título de patrimonio y hacienda suya, mandando, mientras se ordenan, cumplir sus cargas, y por su muerte han de quedar secularizados sus bienes como de patronato de legos, sin que por el hecho de ordenarse con su renta muchísimos ó todos se entienda colativa ni eclesiástica, ni estinguida la cualidad de laical y cumplidera como propiamente memoria de misas, ó bienes profanos con carga de éstas.

Todos los capellanes que sin ser sacerdotes fueren nombrados á la obtencion de esta capellanía, han de estar precisamente ordenados de órden sacro á los 24 años de su edad, y de lo contrario se les privará de su goce, á cuyo fin prohibo que se les conceda próroga, y doy amplia facultad á los patronos para que la tengan y declaren por vacante; en cuya atencion sin necesidad de monicion ni interpelacion la proveerán en estudiante pobre, hijo de padres honrados, y no habiéndole, en sacerdote igualmente pobre, y no en el que no lo sea, ni en religioso profeso, aunque por los estatutos de su religion, ó por dispensa se le permita obtener rentas eclesiásticas graciosas ó patrimoniales. Tambien les doy igual facultad para que acudan al juez eclesiástico, á efecto de que apremie á los capellanes ordenados de órden sacro á ordenarse de presbíteros, de modo que á los 26 años de su edad lo sean indispensablemente.

Esta capellanía ó memoria de misas se ha de entablar precisamente entre las de la mencionada iglesia, para que el ordinario eclesiástico la visite, y sepa si los capellanes cumplen ó no sus cargas, y no para otro efecto, debiendo aquellos satisfacer los derechos que se causen en la visita.

Para el nombramiento de esta capellanía, y para todo lo demas ya espuesto me nombro por primer patrono único, y para despues de mis dias nombro á mis hijos y descendientes legítimos que sucedan en el mayorazgo que poseo y fundó mi tercer abuelo Pedro Jimenez. Acabados estos sucederán en el patronato mi primo Francisco de tal y los suyos á quienes debe pasar dicho mayorazgo, y á falta de ellos todos los que están llamados para su goce; pues agrego á él la regalía de nombrar y el derecho activo de este patronato con los vínculos, cláusulas y llamamientos con que está erigido sin alteracion; y á todos y á cada uno doy amplia facultad para que en su tiempo nombren sugetos dignos de obtener la espresada capellanía, ó lo mas dentro del año siguiente al de la vacante, para que cuiden y zelen de que los capellanes cumplan con su

obligacion, asi en celebrar las misas como en conservar las fincas de su dotacion, y para que hagan todo lo demas que se ha dicho, y lo que haria mi difunto hermano si viviera.

Con estos llamamientos, cláusulas, condiciones, bienes y reserva instituyo la espresada capellanía laical y memoria de misas á título de patronato real de legos; y para su goce nombro por primer capellan á Diego de tal, hijo de Andres, sin perjuicio de hacerle á mayor abundamiento nombramiento separado, á fin de que con él pida y se le dé su posesion, confiriéndole amplias facultades para que la solicite y tome ante la justicia real en cualquiera copia autorizada de esta fundacion, ó en una de sus fincas, ó en todas á su arbitrio, y para que desde hoy perciba sus rentas, cuide de sus bienes, y cumpla sus cargas y todo lo dispuesto en esta fundacion sin faltar en cosa alguna: cuyas facultades concedo igualmente á todos los capellanes sucesores. Asimismo doy facultad á los patronos que lo fueren de ella para que nombren capellanes en la conformidad prevenida, cuyo solo nombramiento ha de ser bastante para que en su virtud se les dé la posesion de esta capellanía, y para gozarla, aunque no la pidan ni tomen; para que hagan todo lo demas sin alterar esta fundacion ni faltar en cosa alguna; y asimismo para que tomen posesion de este patronato al tiempo que del mayorazgo, ó con separacion, segun estimen oportuno. Asi pues, para todo lo dicho y todo lo demas que ocurra, formalizo esta fundacion con todas las estabilidades que sean necesarias, de la cual ha de haber siempre una copia en el archivo del poseedor del mayorazgo, y otra en poder del que sea capellan; y me obligo á tenerla por firme y no revocarla con todos mis bienes &c. (*aquí las cláusulas generales*) previniendo que ni yo, ni la herencia de mi hermano quedamos obligados á la eviccion, y que si alguna de las fincas saliere fallida, se ha de minorar la carga á proporcion, pidiéndolo el capellan al juez competente. Asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano de S. M. en esta villa, &c: (*Se prevendrá la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

37 *Fundacion de capellanía colativa* En nombre de Dios todo poderoso, Amen. Yo don N. vecino de esta villa, digo: que por cuanto la providencia Divina me ha colmado de bienes temporales, y carezco de herederos legítimos que los hereden, correspondiendo en algun modo á tan grandes favores, y deseando que las benditas ánimas del purgatorio, con especialidad las de mis parientes, amigos y bienhechores gocen de algun alivio, y logren cuanto antes la vision beatífica, único fin para que todos fuimos criados; como tambien que los vecinos de esta villa tengan una misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal, puedan conseguirlo y vivir con la decencia correspondiente; he deliberado fundar una capellanía colativa, á título de la cual se ordenen, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que fundo la referida capellanía colativa en la iglesia parroquial de esta villa y altar de san Antonio de Padua, para cuya dotacion consigno los bienes siguientes. (*Se espresarán los bienes en la forma prevenida en las escrituras anteriores*).

Importa el valor de los bienes espresados tantos mil ducados, y su renta anual tantos; y declaro que me pertenecen en posesion y propiedad, que están libres de toda especie de gravámen, y que con ellos, sin quedar obligados á eviccion ni yo ni mis herederos ni sucesores en ningun tiempo, instituyo la citada capellanía con las condiciones siguientes.

Los mencionados bienes jamas se puedan enagenar, separar, dividir ni gravar en todo ni en parte, aunque para ello intervenga autoridad pontificia, ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta capellanía.

Los capellanes han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta capellanía á costa de su renta para que vayan siempre en aumento; y no lo haciendo ha de poder apremiarles á ellos el Visitador eclesiástico de esta diócesi, como tambien si amonestándoles no lo cumplieren, nombrar persona que lo haga á sus espensas, y embargarles la renta; y aunque se consuma la de un año ó mas en su beneficio y reparo, no por esto han de minorar ni reducir sus cargas en él ni en otro alguno; pues teniendo con la que dan para vivir decentemente y cuidar de su conservacion y aumento, prohibo su reduccion, y encargo la conciencia al juez eclesiástico á quien se pidiere.

Han de celebrar por sí mismos en dicho altar todos los dias de fiesta del año y el del Santo tutelar de esta villa misa rezada con su responso á las doce en punto de cada uno, aplicándola por mi alma, las de mis parientes, amigos, bienhechores y demas del purgatorio; y para que puedan oirla los que quisiesen se han de tocar tres veces las campanas, y la última un cuarto de hora antes de las doce. Si estuviesen enfermos les doy facultad para elegir sacerdote que las celebre por ellos, dándoles precisamente tanto de limosna por cada una, y no menos, pero con ningun otro pretesto ni motivo, por grave que sea, han de poder nombrarle, aunque esten ocupados en servicio del señor Obispo de esta diócesi ó de su iglesia, y para ello obtenga licencia de S. S.

Por las tardes de todos los dichos dias han de enseñar la doctrina cristiana en la iglesia parroquial de esta villa á los muchachos y adultos de ambos sexos que quisieren ir á aprenderla, ocupándose en esta cristiana diligencia dos horas completas, rezando despues el rosario á coros con todos, y la letanía y salve cantadas, y teniendo á su costa dos velas encendidas en el altar de la Virgen, sin que puedan escusarse á ello; y no haciéndolo pierdan la mitad de la renta de aquel dia que deberán entregar al cura párroco, quien ha de distribuirla entre los mas necesitados de su parroquia. Lo mismo ha de practicar el que celebráre la misa durante su ausencia y ocupacion, bajo de la propia pena, al cual en este caso ha de nombrar el cura párroco, y le encargo que sea de los mas pobres y virtuosos; mas en caso de enfermedad relevo de esta obligacion á los capellanes y á los que elijan para que celebren por ellos las misas.

Los que se ordenaren á título de esta capellanía han de celebrar misa á los veintiseis años cumplidos de su edad á lo menos, y si entonces no estuvieren capaces, ó tuviesen otro impedimento que no sea enfermedad, han de perderla, sin que pueda prorogárseles este término; de suerte que por el mismo hecho sin preceder mas diligencia ni monicion han de pasar los patronos á nombrar otro que se tendrá por el capellan legítimo; y para que si estan ordenados de órden sacro no pretesten que no se les puede quitar ni remover, prohibo que se ordenen antes de los veinticinco años, y quiero que en lo restante reciban precisamente las ordenes del subdiácono, diácono y presbítero.

Los capellanes que obtuvieren esta capellanía han de ser precisamente confesores, y no estando capaces para ellos á los 24 años de su edad, no se ordenen á título de ella; pues los escluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los patronos, á cuyo fin para que en la eleccion se proceda con madurez y justificacion, harán se les requiera judicial-

mente exhiban la aprobacion del Ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro; y ordenados que sean de presbíteros á título de ella, tengan obligacion de asistir al confesonario todos los dias de fiesta, especialmente los de la Virgen, san José y demas en que los vecinos de esta villa acostumbran confesar y comulgar; y no lo haciendo puedan ser corregidos por su prelado á instancia del cura párroco; pero antes de delatarlos ha de amonestarles tres veces sobre el cumplimiento de esta condicion.

Para la obtencion de esta capellanía nombro por primer capellan á F. mi sobrino, hijo de F., y por su fallecimiento á F., tambien mi sobrino: si ambos fallecieren, ó no quisieren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombrar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo á mis parientes pobres y virtuosos, sin predileccion alguna de líneas, grados ni sexo, de modo que justificando serlo queda al arbitrio de los patronos nombrar al que mas pobre y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleitos y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no habiéndolos en esta villa ni fuera de ella, ó no inclinándose al sacerdocio, puedan gozarla los hijos de vecinos de esta villa, cuyos padres y abuelos paternos y maternos no hayan ejercido ni ejerzan oficios viles de hecho ni de derecho, ni cometido crimen de lesa Magestad divina ó humana, ni otro de los esceptuados, ni incurrido en infamia, ni tampoco desciendan de judíos, moros, herejes nuevamente convertidos, ni penitenciados (*); debiendo atender igualmente los patronos en la eleccion de estos á su pobreza y virtud; y para que no se dude cuál debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime y tenga por tal al que no tuviere de renta patrimonial ó eclesiástica segura 100 ducados libres, fuera de la limosna de la misa y demas cargas anuales que deben escluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que en algunas vacantes pretendan esta capellanía dos ó mas parientes mios, para que los patronos no tengan escrúpulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza y virtud la confieran al mayor en edad; pero si no es tan pobre y virtuoso como el menor, sea éste preferido, habiendo de observarse lo mismo con los llamados á falta de parientes. Si sucediere que por no comparecer mis parientes al tiempo de la vacante se proveyese en estraño, quiero que en este caso si el estraño no estuviere ordenado de órden sacro á título de ella, la lleve el pariente; pero estándolo no se le puede quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante; y para que mis parientes sepan cuándo está vacante esta capellanía, y la obtengan con preferencia á los estraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los patronos fijar edictos en esta villa, y en tal y tal, en donde tengo mi familia, y que hasta que pasen los tres meses siguientes á los dias de su fijacion, no la provean, pues les prorógo el término legal.

Habiendo en esta villa estudiantes, hijos de padres pobres honrados, no pueda conferirse esta capellanía á presbítero, escepto que sea pariente mio, y no haya estudiantes que lo sean; pues mi ánimo es preferir mis parientes estudiantes á los presbíteros, aunque tambien lo sean, y estos á los estraños, para que con la esperanza de obtenerla se dediquen á la virtud y apliquen al estudio; como tambien que con el residuo de su renta lo prosigan y

(*) Creo debieran omitirse estas espresiones tan introducidas, é hijas de las preocupaciones antiguas, porque solo á su autor debe ser fatal el delito.

se habiliten hasta que cumplan los 24 años; y si aunque al tiempo de la vacante no haya estudiantes parientes mios, los hubiere despues que el presbítero, sea ó no mi pariente, la poseyere, mando que éste la deje, y la confieran los patronos al estudiante pariente mio mas pobre y virtuoso que hubiese entre los pretendientes; pero los estraños nunca han de ser preferidos á mis parientes, aun en el caso de que estos sean presbíteros y aquellos no. Si no hubiese estudiantes parientes ni estraños, elegirán los patronos por capellan cumplidor interino hasta que los haya capaces de ordenarse de prima tonsura á título de ella, al sacerdote mas pobre y virtuoso, que ha de ser precisamente confesor, y percibir enteramente su renta; y despues que haya estudiante ordenado, ha de continuar cumpliendo sus cargas, mientras éste no sea presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta correspondiente á ellas, y no mas ni menos, pues el sobrante deberá entregarse al capellan á fin de que prosiga sus estudios; y para que se tenga por estudiante baste que se halle estudiando con cualquier maestro de latinidad, aunque no vaya á Universidad ni se matricule en ella.

Esta capellanía se ha de entablar entre las de dicha iglesia parroquial para que el Ordinario eclesiástico la visite y compela al cumplimiento de sus cargas y conservacion de sus bienes al capellan, quien ha de satisfacer los derechos de visita y subsidio, y los que por la sinodal de este obispado estan señalados, y se señalaren para la fabrica y sacristan por su asistencia, y por suministrar los ornamentos, cera, oblata y demas que sean de su cargo; y no estando señalados mando que los consigne el señor Visitador que primero la visite, y que despues no se aumenten ni minoren. Asimismo los títulos de sus fincas y una copia de esta fundacion se han de archivar en el ayuntamiento de esta villa; y no han de sacarse sin intervencion de los patronos sino para cosa indispensable, en cuyo caso se han de volver luego á él; y no han de estar en poder de estos ni del capellan con ningun pretesto.

Para hacer los nombramientos de capellanes, elijo por patronos á los dos alcaldes ordinarios y regidores por ambos estados de esta villa, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un alcalde y un regidor, podrán estos hacerlos; y les confiero amplia facutad para que en todas las vacantes hagan dichos nombramientos, atendiendo solo al cumplimiento de mi voluntad, y sin cometer simonía, pues si la hubiere los privo de volver á nombrar por aquella vez, como asimismo al capellan de obtener la capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el Ordinario, con arreglo á esta fundacion, y que los patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, entregándolas al párroco de la referida iglesia para que las distribuya entre los mas pobres de su parroquia; y no habiéndolas percibido no puedan pretenderlas, ni el capellan que elija el Ordinario esté obligado á dárselas. Para hacerlas con mas acierto los nombramientos han de juntarse los patronos en casa del alcalde mayor en edad, y enterarse por menor de esta fundacion, que les leerá el escribano de ayuntamiento, ante quien han de pasar los nombramientos, con los edictos y todo lo demas que ocurra; y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el capellan tantos reales por una vez á cada patrono, y tantos al escribano, y no mas; y si estuviesen discordes, sea el tercero el parroco, á quien deberan entregar tanta parte de propina como cada uno lleve, de modo que las que habian de percibir los cuatro se repartan igualmente en-

tre los cinco, sin que el capellan sea por esto mas gravado, ni el escribano perjudicado en la suya, observándose lo mismo en caso que no haya mas que un alcalde y un regidor. Asimismo confiero amplia facultad á mis dos sobrinos y demas capellanes que elija, como tambien á todos los que nombren los patronos para que obtengan y gocen esta capellanía, se ordenen á título de ella, y cumplan sus cargas; y pido al presente escribano que de esta escritura saque dos copias autorizadas, una para archivarla con los títulos de propiedad de las mencionadas fincas que estoy pronto á entregar, y otra para los capellanes, que entregará al primer llamado, y todos deberán conservar, con la cual, sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haber tomado la posesion de dichos bienes. Por tanto, consiento en que desde hoy se conviertan en eclesiásticos, y suplico al Ilustrísimo Señor Obispo de esta diócesi, á su Provisor y Vicario general, y á sus sucesores tengan por fundada con las solemnidades necesarias esta capellanía, suplicando, como doy por suplido, cualquier defecto substancial que contenga, y á los referidos capellanes por legítimos, haciéndoles en su consecuencia la colacion é institucion canónica que se requiere; en cuya atencion prometo no revocarla con pretesto alguno; declaro y aun siendo necesario juro en forma solemne, que no necesito los bienes de su dotacion, por quedarme los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad, aunque no quedo obligado á la eviccion; y al cumplimiento de todo lo espuesto obligo mis bienes &c. (*Se pondrán las cláusulas generales, la aceptacion del primer capellan como en la fundacion de mayorazgo, si se quisiere, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

38 *Nombramiento de capellan.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, don N. vecino de ella, poseedor del mayorazgo que fundó N., y como tal patrono único de la capellanía colativa que instituyó en la parroquia de santa María de tal lugar, dijo: que aquella está vacante por fallecimiento de don N. su último poseedor, en tantos de este mes, y para que no falte persona que cumpla sus cargas, usando de las facultades que el fundador le confirió, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que nombra por capellan de la mencionada capellanía á don N., natural del mismo lugar, presbítero benemérito, en quien concurren todas las circunstancias que exigió el fundador para que la obtenga, cumpla sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante, y comparezca ante el Ilustrísimo Señor Obispo de esta diocesi, ó su Vicario general, pretendiendo que le haga la colacion é institucion canónica, y mande dar la posesion de ella con recudimiento de frutos, y obligacion de cumplir las cargas, á que estan afectos sus bienes desde el citado dia; pues el otorgante jura por Dios nuestro Señor y una señal de Cruz en forma de derecho, que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene ni intervendrá directa ni indirectamente dolo, dádiva, ni otra especie de simonía, ni pacto ilícito reprobado por los sagrados cánones y disposiciones pontificias; y se obliga á no revocarle ni variarle, á menos que el señor Provisor no quiera hacer la colacion al nombrado por justas y legítimas causas que tenga, y el otorgante ignora, para cuyo caso se reserva la facultad de nombrar, luego que se las haga saber, al que sea digno, y entretanto protesta no le corra término, ni se le perjudique en el derecho de presentar, mediante á no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitido á la obtencion de esta capellanía. Por tanto, á tener por

firme este nombramiento en los términos propuestos obliga todos sus bienes y derechos presentes y futuros, &c.

39 Si se hiciese el nombramiento á favor de algun lego para que se ordene á título de la capellanía, se espresará en él. Si la fundacion le prefiniese término se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado de orden sacro, procederá el patrono á elegir otro, con arreglo á la fundacion. Si fuere capellanía mercenaria á título de patronato real de legos, ó eclesiastica que llaman memoria de misas, ya sea perpetua, ya amovible á voluntad del patrono, se dará al capellan en el nombramiento el título de *cumplidor*, y facultad para que durante la voluntad del patrono, ó por toda su vida, segun lo prescriba la fundacion, cumpla las cargas de ella, omitiéndose la cláusula de colacion, porque no viene al intento, y espresando que con solo el nombramiento sea admitido á la celebracion de misas por el prelado, en cuya iglesia se han de celebrar, si es que la señala la fundacion, pues si no, no es del caso hablar de ella. El juramento de no haber intervenido simonía, es necesario asi en los nombramientos de capellanías colativas, como en los de las mercenarias ó memorias de misas; pues aunque los bienes de éstas no son eclesiásticos, son anejos á cosas eclesiásticas por haberse de convertir todas sus rentas en las misas, y la simonía del mismo modo se comete en lo eclesiástico que en lo anejo á él, sin embargo de que algunos afirman lo contrario. En las presentaciones de beneficios, prebendas y otras dignidades eclesiásticas, se requiere la misma forma que en las de capellanías colativas. Y si el fundador deja á la capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la escritura de su institucion, "que cuando se redima no entre en poder del capellan ni patrono, sino que le deposite la justicia á quien competa su conocimiento, y con su intervencion y la de aquellos se vuelva á imponer ó emplear en fincas seguras," segun se ha espuesto en la condicion 15 de la fundacion de mayorazgo.

40 *Donacion de capilla.* En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Estando en la Sala de profundis (*ó como se llame*) del convento de nuestra Señora del Cármen de Observancia de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, y ante mí el escribano y testigos el R. P. Fr. Francisco de tal, prior, Fr. Pedro, subprior, y Fr. F. F. y F. (*se pondrán todos los que concurran*) todos religiosos profesos, que declaran ser la mayor parte de los que tienen voto de comunidad en él, juntos y convocados á son de campana, segun acostumbran siempre que tienen que tratar alguna cosa útil a este convento, por sí, y en nombre de los ausentes é imposibilitados de concurrir a este acto, y de sus sucesores, dijeron: que de las diferentes capillas que hay en las dos naves de su iglesia, les ha pedido don Carlos de tal, vecino de esta villa, le hagan donacion perpetua de la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal, para que él, su posteridad y las personas que cada uno de sus sucesores quisiere, puedan enterrarse en ella, estando pronto á dar incontinenti de limosna por una vez no solo lo que costo a este convento su fábrica, sino tambien tanta cantidad mas, como asimismo á adornarla á sus espensas con todo lo correspondiente á la decencia y culto divino; y para deliberar dicho padre prior sobre esta pretension, convoco en tres dias, y la propuso á los religiosos espresados, quienes habiendola reflexionado y conferido entre sí, resolvieron unánimes que se efectuase, y que el P. prior impétrase licencia del R. P. Mtro. Fr. Juan de tal, provincial de este

ta provincia, que se sirvió concedérsela en tal parte, tal dia, mes y año, firmada de su mano, sellada con el sello mayor de esta provincia, refrendada del P. Mtro. Fr. F. secretario de ella, que original con los tratados canónicos que precedieron, se une á este instrumento para documentarle é insertarle en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente. (*Se pondrán en párrafos separados la licencia y tratados por su órden.*)

Y usando los padres otorgantes de la licencia inserta, de su libre voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, y cerciorados del que les compete = Otorgan: que hacen donacion pura, perfecta é irrevocable, con todos los requisitos precisos para su subsistencia al espresado don Carlos de tal, sus hijos, herederos y sucesores de la mencionada capilla, con su entrada segun hoy la tiene, renunciando el derecho de patronato, y otro cualquiera que les pertenece y pueda pertenecer en ella, traspasándole para siempre en ellos, y confiriéndoles amplia facultad para que sin licencia ni intervencion de los otorgantes y religiosos que fueren de este convento, la puedan dar y ceder, disponer de ella á su voluntad como de capilla suya, adquirida con legítimo y justo título, usarla, hacer en ella sus exequias, cabos de año, y otros sufragios y fiestas, oir misas y sermones, asistir á los divinos oficios, tener asiento en lugar preeminente, poner sus armas, fundar capellanías, enterrarse y permitir se entierren otras personas, adornarla de retablo, reja y losa, y hacer todo cuanto este convento podia haber hecho hasta ahora, y podria hacer en adelante sin limitacion; y asimismo tomar como y cuando quisieren la posesion de ella y de su patrono; y para que no necesiten tomarla judicialmente, formalizan á su favor esta escritura, y me piden que dé de ella al citado don Cárlos copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado; á cuya consecuencia reciben en este acto del espresado don Carlos á presencia mia, de que doy fe, tantos reales por via de limosna que ofreció en tales monedas, que sumadas y suplidas sus faltas, los importaron, y como satisfechos de ellos á su voluntad, formalizan á su favor el mas eficaz resguardo que conduzca á su seguridad. Ademas declaran que la referida capilla está libre absolutamente de todo gravámen y responsabilidad, y se obligan á no donarla, gravarla, ni disponer de ella con ningun motivo ni pretesto, ni revocar, ni oponerse á esta donacion en todo ni en parte, queriendo que en caso de hacerlo se les condene en las costas y daños que por esta contravencion se ocasionen á sus dueños, y que no se les admita en juicio. En esta atencion, el espresado don Carlos, que se halla presente, habiendo oido á la letra, y enterádose de esta escritura y donacion, dijo: que la acepta, y en su consecuencia se obliga por si y por sus herederos, sucesores y poseedores que fueren de dicha capilla, á tenerla bien cuidada, reparada y adornada de retablo, reja y de todo lo demas que sea necesario para su aseo, limpieza y decencia, dentro de tanto tiempo, contados desde hoy, y si en él no lo cumpliese ha de poder este convento apremiarle á ello por todo rigor de derecho, é igualmente á la satisfaccion de las costas y perjuicios que se le causen, deferida la liquidacion de todo en su relacion jurada, sin otra prueba de que le releva. Por tanto, al cumplimiento de todo lo espuesto, obligan dichos religiosos todos los bienes, rentas y derechos presentes y futuros de este convento, y el mencionado don Cárlos los suyos y los de sus herederos y sucesores; renuncian todas las leyes, fueros y derechos que les favorezcan; y ademas los espresados religiosos juran por el santo hábito que visten conforme

á su estado, observar inviolable y puntualmente todo lo pactado: que no se opondrán á ello en todo ni en parte, ni pedirán la restitucion por entero que como á comunidad les compete, ni la relajacion de este juramento; y que aunque de motu propio se la conceda su Santidad ú otro prelado eclesiástico, no usarán de ella, pena de perjuros, puesto que este contrato es útil para este convento. En cuyo testimonio asi lo otorgan y firman los referidos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. residentes en esta villa.

41 *Fundacion de escuela de primeras letras.* Don Juan de tal, natural de tal parte, y vecino de esta villa de tal, digo: que habiéndome colmado la Divina Providencia de bienes temporales, y no habiendo por otra parte en el espresado lugar de mi naturaleza ni en otros contiguos á su término, como aldeas pobres, ninguna escuela de primeras letras, proviniendo de esto que los hijos de sus vecinos se crien y vivan sumergidos en la oscuridad é ignorancia, sin poder ser útiles á Dios, á la república, á sus parientes, ni aun á sí propios, para evitar en cuanto está en mi mano los daños que padecen, y manifestar de algun modo mi gratitud á tantos beneficios como su Divina Magestad se ha servido hacerme sin mérito alguno, he deliberado, puesto que carezco de herederos forzosos, fundar dicha escuela, á cuyo fin he construido de planta una casa de cal y canto, firme y muy capaz en el citado lugar, con una huerta que le he agregado y cercado, y que ha de habitar y disfrutar el maestro que fuere de ella; y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo: que fundo para despues de mi fallecimiento una escuela perpetua de primeras letras en el mencionado lugar de tal, con las condiciones y dotacion siguiente.

El maestro que hubiere de regentar la mencionada escuela ha de ser precisamente cristiano católico, de buena vida y costumbres, ha de saber leer letra antigua y moderna manuscrita, escribir y contar perfectamente, y para poder obtenerla ha de ser examinado rigorosamente en todo lo referido, y tambien en la doctrina cristiana por el maestro de primeres letras del Colegio de tal ciudad y obispado, quien ante el escribano ha de jurar en forma de derecho que está hábil y capaz en todo, sobre lo que le encargo la conciencia; y en vista de su aprobacion se le ha de espedir el título de tal por el señor alcalde mayor de la espresada ciudad, ó por quien en su nombre regente la jurisdiccion ante escribano real ó del número á su arbitrio; con cuyo título, y sin otro documento alguno, le han de admitir al uso y ejercicio de su ministerio los patronos que elegiré, siendo de su cargo la satisfaccion de los derechos de aprobacion y espedicion de título, por deber acreditar su idoneidad y suficiencia á los patronos para su admision. Dicho exámen se ha de hacer, aunque haya sido maestro en otro pueblo, escepto que fuese aprobado para serlo por el dicho colegio, ó que tenga título del Consejo, en cuyos dos casos le relevo de nuevo exámen.

Ha de admitir en su escuela á todos los niños y adultos, asi del referido lugar como de los de sus inmediaciones y de otras partes que vayan á ella sin escusa alguna, y enseñarles con amor y perfeccion la doctrina cristiana, á leer las letras referidas y la impresa, á escribir y contar, y á ayudar á misa, ocupandose indispensablemente en su enseñanza seis horas cada dia de trabajo en los meses de Octubre y siguientes hasta Abril, las cuatro por la mañana de ocho á doce, y las dos por la tarde de dos á cuatro; y ocho horas desde primero de Mayo hasta fin de Setiembre de cada año,

las cinco por la mañana de siete á doce, y las tres por la tarde de tres á seis, para que de esta suerte los discípulos de los lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo menos para volverse á sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrario podria haber.

Podrá tener pupilos en sus casas, como tambien labranza y todo lo demas que cualquiera vecino del pueblo, con tal que con cuidar de ésta no falte al cumplimiento de su ministerio, pues si se lo impidiere le han de privar de tenerla los patronos, sin que de la providencia que den en este particular tenga recurso ni apelacion á juez alguno, por ser puramente económica y gubernativa, y asimismo mi deliberada voluntad que lo que acerca de esto ordenen ú ordene el que haya de ellos en el pueblo, si los demas estuvieren ausentes, se egecute inviolablemente, á cuyo fin prohibo á todo juez que tome conocimiento y se mezcle en ello. Los discípulos han de poder ir á la escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores ó personas bajo cuyo poder se hallen, sin que el maestro pueda oponerse á ello con el pretesto de que tardan en aprender, puesto que no da Dios á todos iguales talentos.

Á mas de lo referido ha de rezar con sus discípulos de rodillas todos los dias por las tardes en la escuela un tercio de rosario, la letanía de la Virgen, un Credo al Espíritu Santo, una salve y un padre nuestro al Señor San José, aplicándolo todo por mi alma, las de mi obligacion y las del purgatorio, cuyo rezo se anticipará media hora en los meses de Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero, para que los niños de las otras parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devocion cristiana tan útil, que conviene se les infunda y radique diariamente en el alma, á fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia no le pierdan jamas.

Todos los sábados y vísperas de las fiestas principales de nuestra Señora, no siendo lluviosos ó frios, ha de ir á rezar con sus discípulos las devociones referidas á la iglesia parroquial, habiendo de tocarse un cuerto de hora antes la campana por si algun devoto quiere concurrir á ellas; y en dichos sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la doctrina cristiana antes del rezo, admitiendo indistintamente á cualesquiera personas que quieran ir á oirla y aprenderla, y disolviendo con amor y agrado todas las dudas que les ocurran y le propongan, sin que se pueda escusar á ello, ni pretender le den estipendio ni grarificacion por esta razon.

Ha de enseñar gratuitamente á todos los hijos de vecinos del referido lugar de tal, sin que aunque sean ricos pueda pedirles judicial ni estrajudicialmente por su enseñanza cosa ni cantidad alguna; pues debe contentarse con la asignacion anual que le hago, sin ocuparlos, servirse de ellos, ni dejar de tener, para que aprendan la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que le paguen mensualmente. Pero á todos los de las demas parroquias podrá pedir y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo, con arreglo al estilo del pais, ó segun se convenga con sus padres, y si no se le satisfacen puntualmente, no estará obligado ni se le compelerá con ningun motivo á recibirlos en su escuela; como ni tampoco lo estará á dar graciosamente ni á unos ni á otros papel, tinta, ni plumas, pues deberán llevarlo todo de sus casas, ó comprarlo, no menos que los libros y procesos en que han de leer y aprender. Y le encargo y ruego encarecidamente que siendo verdaderos pobres, y con especialidad hijos de viudas miserables los de las

otras parroquias, les trate con la mayor caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tienen en sarlo, y Dios se lo premiará, como de veras se lo pido

Siendo justo permitir á los maestros algun alivio y desahogo de la fatiga que causa la enseñanza, mayormente de niños, quiero que no haya escuela en las vacaciones de Navidad y Pascua de Resurreccion, á saber: desde la víspera de Navidad esclusive hasta el dia de la Adoracion de los Santos Reyes inclusive, que son trece dias, y desde el Miércoles Santo hasta el dia siguiente al domingo de Cuasimodo, que son once dias; ni tampoco en los tres dias de Carnaval y Ceniza. Además doy facultad al cura párroco y demas patronos para que en el discurso de cada año dispensen al maestro por via de recreo quince dias mas, juntos ó separados, segun le acomode; y mando que si los pidiere no se le denieguen, ni se le descuente nada de su estipendio, para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo usar de ellos de propia autoridad sin pedirlos, sopena si lo hiciere de descontársele lo que se dirá en la clausula siguiente; y por no pedirlos sin disfrutarlos en un año no ha de tener accion á que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda, se le han de poder conceder; pues todos los demas dias de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la escuela las horas prefinidas, sin que en ningun otro, aunque sea en el del Santo de su nombre, haya dispensa con pretesto ni motivo alguno, por urgente que sea, á fin de que los discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el dinero con ellos.

Si el maestro necesitáre hacer alguna ausencia del pueblo por mas tiempo que el de ocho dias continuados, fuera de los quince de recreo, sea para algun negocio propio, sea para recobrar su salud, u otra cosa, tenga obligacion de dejar á sus espensas substituto idoneo y de buenas propiedades que evacue su encargo á satisfaccion de los patronos, y no dejándole, se descontarán de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del pueblo por cada dia de trabajo seis reales; cuyo descuento ha de ceder en beneficio privativo de la fábrica de la iglesia parroquial del citado lugar; pero no escediendo de ocho dias una vez al año no se le hará ningun descuento, deje o no substituto; ni ha de poder salir del pueblo, ni estar ausente este tiempo ni otro menor util sin pedir y obtener licencia por escrito de los patronos, ó del patrono que se halle en él manifestándole la urgencia; y si se ausentáre sin este requisito, ha de hacérsele el descuento de todos los dias que falte, aunque sean festivos, y deje substituto.

Si llega á padecer alguna enfermedad aguda nada se le descontará, aunque no haya escuela en un mes, pues siendo bastante grave este trabajo, no quiero se le aumente, sino que goce entera la asignacion para que pueda conseguir mejor su alivio; mas pasando el mes en que la enfermedad puede quitarle la vida o ceder en un todo, sino hubiese convalecido perfectamente, tenga obligacion de poner substituto, como se ha prevenido; y en el año en que esto sucediere no pueda pretender los quince dias de recreo; pues quiero que se entiendan inclusos en el mes; bien que los patronos no han de denegarle todo el tiempo que pida y necesite para el recobro de su salud.

Si por ceguera, accidente ó enfermedad cronica se imposibilitáre para siempre algun maestro de continuar en la enseñanza, podrá substituirle un pasante propuesto por los patronos, aprobado como el maestro, y de iguales circunstancias y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole aquel

la cantidad en que se convengan; y no conviniéndose los dos han de poder los patronos señalar al pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, procurando siempre que quede al maestro con que alimentarse. Si el pasante no se conformáre con dicho señalamiento, prohibo que se le proponga jamas para maestro en vacante alguna; pero si se conforma, puesto que es justo se le atienda y remunere, quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo sea admitido por maestro en propiedad por fallecimiento del propietario, espidiéndosele titulo, sin que con pretesto alguno pueda contravenirse á esta disposicion, ni pasarse á hacer ninguna propuesta, aunque sea de pariente mio.

Ningun maestro podrá ser despojado ni removido de la escuela, escepto por abandonar y no cuidar de sus discipulos, ó por no hacer lo que queda espresado, ó aunque lo haga y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriagarse, ser blasfemo, ó incontinente, o tener otro vicio capital que cause escándalo, y dé mal egemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas ó cualquiera de ellas le han de poder remover de la escuela los patronos, ó el que haya de estos en el pueblo, aunque sea sacerdote; mas para ello han de preceder cuatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las demas á presencia de tres sugetos vecinos del pueblo cada uno; y si aun despues de la cuarta amonestacion y conminacion insistiere obstinado en sus escesos, ó en cualquiera de ellos, les concedo amplia facultad para que le echen de la casa y despojen de la escuela por medio de la justicia, mandando que no se le permita volver á ella, ni se le oiga ni admita recurso, pues constituyo patronos jueces, privativos y únicos sin apelacion, ni superior que les mande en este caso como puramente economico, gubernativo y respectivo al bien comun.

Para regentar la escuela han de poder los patronos proponer clérigo de órden sacro ó secular, casado ó soltero, sin que aunque concurran á pretenderla de las tres clases haya predileccion por razon del estado o carácter, pues solo se ha de atender á que tenga las circunstancias antes especificadas, pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en cualquiera grado, por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos, concurriendo en él dichas circunstancias y no en otros términos, á cuya consecuencia deberán los patronos admitirle y proponerle, espresando serlo en la propuesta que hagan al señor alcalde mayor, sin embargo de que no conste sino por fama publica á los vecinos del mencionado lugar para que se le espida el titulo; y si no le propusieren podrá hacer el competente recurso á dicho señor juez.

Elijo y nombro por patrones de esta memoria y obra pia, ó patronato real de legos al Sr. Cura párroco que es y fuere del espresado lugar, al pariente mio, ó estraño que posea el mayorazgo que tengo fundado, y al regidor mayor en edad que hubiese al tiempo de las vacantes en dicho pueblo, y si fuere pariente mio y poseedor del espresado mayorazgo, tenga dos votos: en cuya atencion les confiero amplias facultades para que juntándose en casa del señor Cura como persona mas digna por su ministerio y carácter, acuerden hacer las proposiciones de maestro y substituto en dos ó mas sugetos de las calidades espuestas, á fin de que el alcalde mayor los remita á exámen, y siendo todos idoneos elija al que le parezca sin prelacion. Si todos los propuestos salieren reprobados, ó despues de la propuesta se descubriere en ellos algun vicio ó defecto capital, han de volver los patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno sea aprobado, (pues ninguno ha de ser exa-

minado ni admitido sino á proposicion suya, ni el alcalde mayor ha de elegir nunca de propia autoridad) y le espida el título competente el alcalde mayor ó quien ocupe su lugar en caso de no haberle, ó de estar ausente ó enfermo; y desde el dia que tome la posesion inclusive ha de percibir su asignacion y emolumentos, quedando los correspondientes al tiempo en que estuviese vacante la escuela por no haber substituto á beneficio de la fábrica de la iglesia parroquial del mencionado lugar; y habiéndole, como que en este caso es y debe ser conceptuado por maestro, los percibirá desde el dia siguiente al de la vacante sin desfalco; y con el título del alcalde mayor y sin otro requisito han de poner los patronos al maestro en posesion de la escuela y casa en que ha de vivir.

Si al tiempo de la vacante no hubiere patrono de sangre en el pueblo ni apoderado suyo, ni se espera pronto su venida, puedan el Cura párroco, ó en su defecto el ecónomo ó interino, y el dicho regidor hacer la proposicion, sin que por ausencia ni otro motivo se suspenda mas de un mes; aunque si viviere donde puedan noticiarle la vacante, y enviar él su poder ó venir antes del mes, deberán participársela inmediatamente para que acuda ó le remita, y se estimará al apoderado por persona legítima como al patrono mismo.

En remuneracion y pago del trabajo que el maestro ha de tener de enseñar gratuitamente y sin el menor interés á los del espresado lugar, le señalo y mando se le den todos los años doscientos ducados en dinero, que le ha de satisfacer íntegros por tercios ó medios años, segun lo pida, la persona que cuide de los caudales de la fábrica de la iglesia, con orden por escrito de los patronos ó del que allí hubiere, no de otra suerte, y sino paga con puntualidad, ha de poder apremiársele ejecutivamente. Ademas quiero que viva en la casa que tengo construida, y prohibo que otro alguno pueda habitarla ni disfrutar la huerta sino él, y en vacante el interino ó substituto, como asimismo que se pueda destinar para taberna, meson, posada ni otro uso.

La fábrica de la citada iglesia y no los maestros ha de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta con el sobrante de la renta que señalaré para todo; y los patronos han de cuidar de que en tiempo oportuno se hagan sin dar lugar á que por su retardacion se ocasione alguna ruina y se frustren mis justas ideas; como tambien que el maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ú omision no padezca decremento ni deterioro, amonestándole sobre ello, y apercibiéndole será de su cuenta cualquiera quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la espresada casa ó cerca, ó en ambas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fábrica de la iglesia las reedifique y levante incontinente con intervencion de los patronos; y para que no falte la escuela ni enseñanza, se acomodará el maestro, mientras dura la obra y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los doscientos ducados por este acaso. Tambien ha de pagar la fábrica el alquiler que entretanto devengue, y todo ha de hacerse con acuerdo é intervencion de los patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que en la actualidad producen los bienes de esta fundacion ochocientos reales, y que la casa y cerca de la huerta, por estar construidas á toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer á censo, mando que el sobrante anual se deposite en un arca de tres llaves que tengo he-

cha, de las cuales ha de tener una el párroco, otra el regidor, y la otra el patrono de sangre ó su apoderado; que todos los años dé su cuenta á los patronos el que los administre con apronto efectivo del alcance, sin que en esto haya disimulo, pues los hago responsables á todos y á cada uno insolidum de cualquiera desfalco que por su tolerancia, culpa o negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion; y que el arca se coloque en la iglesia en la pieza en que se hallan las de los caudales de esta. Asimismo mando que en la propia arca se pongan los títulos y papeles que correspondan á esta obra pia, y que cada diez años ó antes se emplee el sobrante líquido en bienes raices, ó se imponga á censo en beneficio y aumento de ella. Ademas prohibo que dicho caudal se preste, que se haga de él otro uso fuera del espresado, y que en esto se pueda dispensar.

Atendiendo á que los patronos que he nombrado, y el administrador de los bienes de esta fundacion, que ha de ser el de los de la fábrica, son dignos de la recompensa por su trabajo, señalo a éste el cinco por ciento de lo que anualmente cobre, y á cada patrono sesenta reales anuales que deberán percibir al tiempo que tomen la cuenta al administrador, quien ha de datárselos en ella para que el sobrante se deposite en el propio acto con la cuenta en el arca, pues de ningun modo permito que se quede en poder del administrador, al cual han de poder apremiar á darla, y á aprontarle para dicho efecto por todo rigor de derecho y vía egecutiva, y de su omision en esto los constituyo responsables.

Por cuanto pueden ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes ni de consiguiente prevenido, doy amplia facultad á los patronatos para que resuelvan sobre ellas como fieles interpretes de mi voluntad lo que yo resolveria, y sea mas conveniente para el servicio de Dios, incremento y permanencia de esta obra pia y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado lugar de tal y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que el suyo no baste, y precediendo con su acuerdo; aunque acerca de lo especificado aqui les prohibo toda alteracion, interpretacion y tergiversacion.

Con estas calidades, condiciones y dotacion anual fundo la espresada escuela de primeras letras en dicho lugar de tal; y para su dotacion aplico tales bienes (*se especificarán por menor con sus títulos y linderos*) con cuyo producto, que actualmente es tanto cada año, se han de satisfacer los doscientos ducados al maestro, los ciento y ochenta reales á los patronos, y al administrador su trabajo, y asimismo hacer los reparos en la casa y cerca. En esta atencion renuncio para siempre por mi y por mis herederos y sucesores el dominio, posesion y demas derechos que me competen en los referidos bienes, cediéndolo todo en favor de esta memoria y fundacion, á cuyo fin le hago una donacion pura y perfecta de ellos, obligándome á no revocarla, y si lo hiciere sea nulo, puesto que no es inmensa, por quedarme bienes bastantes para mi manutencion. Declaro que los mencionados bienes son libres, y estan esentos de toda carga perpetua y redimible, y prohibo que se puedan dividir, gravar, tocar, hipotecar ni enagenar de ninguna manera, y si lo contrario se hiciese, aunque sea con la mira de mejorar y aumentar esta fundacion, sea de ningun valor como hecho contra esta prohibicion y por personas que carecen de facultades para ello. Asimismo prohibo que sus rentas se empleen en otros usos que los espresados. Doy amplias facultades á los patronos para que tomen posesion de este patronato y empiecen desde hoy á egercer las funciones de su ministerio sin mi intervencion, á fin de que en mi vida tenga yo el gozo de ver

sus progresos, y puestas en egecucion mis piadosas ideas é intenciones: reservándome, como me reservo, declararles y disolverles las dudas que les ocurran y me propongan sobre su contenido, y añadir, corregir y alterar las condiciones con que se ha fundado esta memoria, y poner otras á mi arbitrio en contrato ó última voluntad. Y mando que de esta escritura se ponga una copia en el arca de tres llaves, otra en el archivo de papeles del ayuntamiento del citado pueblo, y que los patronos tengan otra para observar lo ordenado en ella, segun ocurra el caso. Por tanto, á la observancia de lo espuesto obligo mis bienes &c. (*Aquí las cláusulas generales y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

42 *Fundacion de memoria para casar huérfanas.* Don Alejandro de tal, natural y vecino de esta villa, digo: que mi hermano don Pedro me instituyó único y universal heredero en el testamento que otorgó en esta villa á tantos de tal mes y año ante tal escribano, bajo del cual falleció; y mediante á que para mantenerme decentemente no necesito de su herencia por haberme colmado la Providencia Divina de bienes temporales, como asimismo á que en esta villa y lugares de su jurisdiccion hay muchas doncellas huérfanas, hijas de padres honrados y pobres que por falta de dote no toman estado, y se hallan espuestas á las contigencias que traen la indigencia y miseria; he deliberado con maduro acuerdo y sano consejo, puesto que carezco de herederos forzosos, desprenderme enteramente de todos los bienes raices que dejó mi hermano, y fundar con ellos una memoria para dotar dichas huérfanas, considerando que así se evitarán muchas ofensas á Dios, se redimirá su infelicidad, se aliviarán las ánimas de mis mayores, las de mi hermano y las demas del purgatorio, se fomentará la propagacion en que tanto se interesa el estado; como tambien que esta obra pia será mas acepta á los divinos ojos que otra alguna por las mayores utilidades espirituales y temporales que resultarán de ella; y poniéndolo en egecucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que desde hoy para siempre fundo á título de patronato real de legos una memoria y obra pia puramente laical para dotar doncellas huérfanas pobres, hijas de padres honrados, vecinos de esta villa y lugares de su jurisdiccion, y para su dotacion consigno los bienes raices que heredé de mi hermano, y son los siguientes. (*Se especifican los bienes en §. á parte como en la fundacion de mayorazgo.*)

Estos bienes son los que dejó el referido mi hermano, y como á su único heredero me pertenecen en posesion y propiedad. Declaro estan libres de toda especie de carga, responsabilidad y gravamen, y que producen tantos mil reales al año: prohibo que se puedan acensuar, hipotecar, dividir, vender ni enagenar en ninguna manera ni con motivo alguno, por grave y urgente que sea; y mando que esten unidos perpetuamente, y que su renta se distribuya con arreglo á las condiciones siguientes.

Las huérfanas que pretendan ser nombradas para la obtencion de estas prebendas ó dotaciones han de acreditar á los patronos que elegiré que son hijas de vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, hayan nacido ó no en ellos; que su padre ha fallecido; que tienen quince años á lo menos de edad, y que estan solteras, pues prohibo se les nombre careciendo de alguna de estas cualidades. Para hacer constar su edad, celibato y orfandad han de presentar con el memorial en que soliciten el nombramiento, las certificaciones ó documentos correspondientes, sin cuya presentacion mando que no se les admita; aunque á las parientas mias en cualquiera grado de

consanguinidad dispenso la cualidad de hijas de vecino.

Para dar las dotes no se han de dejar llevar nunca los patronos de empeños, distinciones aereas, ni respetos mundanos, en cuya atencion si concurriesen á un tiempo huérfanas nobles y plebeyas, y la renta de aquel año no alcanzáre para dotar á todas, mando que echen suertes, pues prohibo espresamente toda preferencia por razon de nobleza. Si de las dos clases concurrieren de varias edades, entresaquen de ambas las mayores en edad y sorteen entre estas las prebendas que por aquella vez haya segun la renta liquida existente.

En concurso de muchas pretendientas sean preferidas las mayores en edad como mas cercanas á tomar estado, y las que pretendan ser religiosas á las que quieran casarse; pero siendo parientas mias se han de preferir a todas las extrañas indistintamente, quieran entrar en religion, o casarse, y entre ellas se observará tambien la prelacion de edad y estado prevenida respecto á las estrañas sin diferencia.

Si varias hermanas hijas de vecino ó vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, huérfanas y pobres, parientas mias o extrañas, pretendieren ser nombradas para el goce de estas prebendas, mando que se admita á todas, acudan á un tiempo ó en diversos; pero prohibo que si alguna falleciere sin tomar estado, se aplique su dotacion á sus hermanas, pues mi ánimo es que ninguna pariente ni estraña obtenga mas que una prebenda.

Aunque algunas pretendan la dotacion para tomar estado determinado, y luego por haberlo reflexionado mejor ó por otro motivo tomen otro, no por esto ha de dejar de pagárseles una vez nombradas, como si la hubieran pretendido para ámbos.

Cuando por la concurencia de muchas pretendientas en un año quedaren algunas de esta villa, sean ó no parientas mias, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el secretario de esta obra pia sus memoriales y papeles para el siguiente, expresándose asi con sus nombres en el acuerdo; y en la primera junta que se celebre, se las nombrará con preferencia a otras aunque en el intermedio hayan tomado estado, puesto que acudieron en tiempo á solicitar las prebendas; pero de este privilegio no han de gozar las hijas de los pueblos confinantes, á quienes no tocare la suerte en el caso que se espresará en la cláusula y condicion que tratará de ellas.

Queriendo evitar todo escrúpulo y duda que podrian tener los patronos sobre cuáles huérfanas se han de reputar por pobres para tener derecho á las prebendas de esta memoria, mando se estimen por tales todas las que en bienes raices, ó en censos, alhajas, ó dinero no tengan tanto cuanto importe la prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa y uso lo valga; pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las que lo son menos, no limito tan estrechamente á los patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con rigoroso examen, siempre que las mas pobres sean atendidas primero, los relevo en cuanto á las demas, fuera de este caso, de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huérfanas, que el que se den las prebendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año ó años no acudieren hijas de vecinos de esta villa y pueblos de su jurisdiccion huérfanas y pobres, ni parientas mias a solicitar nombramientos, quiero que el producto de los bienes de esta memoria se emplee en su reparo ó aumento; y no habiendo reparos que hacer, podrán nombrar huérfanas pobres hijas de los pueblos confinantes á los de esta jurisdiccion y no

á otras, escepto que no las haya en ellos; para lo cual el secretario de esta memoria, precedido acuerdo de los patronos é informe del administrador en cuanto á si hay ó no reparos que hacer, y no de propia autoridad, deberá pasar papeles de aviso á los curas párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber á las huérfanas de sus feligreses, y les señalen el término de un mes perentorio para que por su mano acudan á pretender las prebendas con certificaciones de pobreza, partidas de bautismo y orfandad. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si no hubiere ni aun para éstas, las sortearán y se devolverán sus papeles á las que haya escluido la suerte; pues no les concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente como las hijas de vecino y parientas mias; y para proceder á este nombramiento elegirán los patronos el dia que les acomode, despues de pasado el mes siguiente á la junta que por Pentecostés ó en su octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino y parientas mias, como se dirá.

En ningun año han de poder nombrar los patronos mas huérfanas que las que correspondan á la renta liquida que hayan producido en el los bienes de esta memoria y se hallen esistentes; en cuya atencion se tendrán por nulos los nombramientos que se hagan de mas, sin embargo de que en el arca haya caudal perteneciente á otras nombradas anteriormente, que todavia no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si algunas de las pretendientas que hayan quedado escluidas estuvieren proximas á tomarle, permito se las nombre, y que á su tiempo se les haga pago del referido caudal depositado, remplazándole ó reintegrándole en el año siguiente, y dejando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del estraido del arca ó deposito; pues las que esten proximas á casarse o á profesar han de ser preferidas á las demas, no solo en el nombramiento, sino tambien en el pago de sus dotaciones; y si hubieren pasado los diez años podrán nombrar sin calidad de reintegro tantas cuantas sean las que en ellos no hubiesen tomado estado, y á quienes hubiera pertenecido el caudal depositado.

La renta liquida que produzcan en cada un año los bienes de esta memoria, deducidas las propinas de los patronos y del secretario, el salario del administrador, y demas gastos y derechos que se espresarán, se ha de emplear indispensablemente en prebendas o dotaciones de á 200 ducados por una vez y no menos para cada huérfana soltera, hija de vecino de esta villa, ó de alguno de los pueblos de su jurisdiccion: de á 300 para parientas mias, tambien por una vez, y nada menos; y de 100 únicamente en todas ocasiones a cada hija de los pueblos confrantes; cuya cantidad se deberá entregar á todas en dinero efectivo, y no en otra especie, sin demora alguna, otorgando quien tenga su poder ante el secretario de esta memoria, carta de pago á favor de ella y de su administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieron, sin otro documento, mediante á que al tiempo que se las nombró presentaron los demas; y para que se les mande pagar, han de presentar memorial á los patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que se deferirá incontinente, y sin cuyo requisito no deberá hacerlo el administrador, aunque tenga caudal en su poder.

Si en alguno ó mas años despues de bajados los derechos, propinas, prebendas y demas gastos que ocurran, quedáre algun residuo que no llegue

á 100 ducados, se distribuirá la mitad en misas por mi alma, la de mi hermano, las de mi obligacion y del purgatorio, que incontinente mandarán celebrar los patronos á sacerdotes pobres seculares de esta villa, dándoles por la limosna de cada una doble estipendio que el asignado por la sinodal ó costumbre; y la otra mitad se dará al hospital de ella, recogiendo el administrador los correspondientes recibos de todo, y espresándose su distribucion en el libro de acuerdos; mas si el sobrante llegáre á 100 ducados, se reservará para la mitad de una dotacion en el año siguiente.

Por cuanto los bienes de esta fundacion producen actualmente tantos mil reales al año, y con arreglo á este producto quedan señaladas las dotaciones, quiero que si se menoscabare su renta, se bajen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas, pues si hubiese para las que ocurran, nada se les ha de descontar, no obstante la minoracion de renta; á cuyo efecto antes de hacer los nombramientos se verá por la cuenta del administrador que ha de preceder, qué caudal hay esistente y vencido sin cobrar.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huerfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado, perjudique á las que tal vez por no haberle cuando pretendieron su dotacion, no lo fueron, mando que si dentro de los diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubiesen casado ó entrado en religion, se tengan por escluidas, sean ó no parientas mias, y que aunque soliciten reeleccion no se les reelija, escepto que acrediten entonces estar tratadas de casarse, y con quién, ó ser novicias en algun convento, en cuyo caso, hayan pasado muchos ó pocos años, no solo se las ha de reelegir, sino tambien pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, como si no hubieran pasado los 10 años ni los posteriores á ellos; y para que no sean perjudicadas ni aleguen ignorancia deberá el secretario espresarlo asi en los nombramientos ó acuerdos, como tambien en las certificaciones que les dé; á cuya consecuencia si lo omitiere le constituyo responsable á reintegrarlas con su propio caudal del importe de las prebendas á que fueron nombradas, para lo cual ha de poder apremiársele por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los acuerdos no los han de firmar los patronos. Por tanto, para evitar confusion y dudas, y para que se sepa cuáles han tomado ó no estado, ó muerto sin tomarle, pondrá el secretario en el libro de acuerdos al margen del nombramiento de cada una la competente nota de las que le tomaron ó fallecieron solteras.

Para el nombramiento de huerfanas se han de juntar los patronos una vez por lo menos al año en la celda del R. P. Prior que fuere de tal convento, orden de tal Santo, de esta villa, en uno de los dias de pascua de Pentecostes, ó dentro de su octava precisamente, sino es que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, en cuyo caso deberá hacerse inmediatamente que haya cesado; pues la eleccion ó nombramiento se ha de hacer indispensablemente por todos en junta, y no por uno ó dos solos, ni fuera de ella, examinándose entonces los papeles de las pretendientas que debe llevar inspeccionados el secretario de esta memoria para dar cuenta á los patronos de lo que resulte de ellos, sin añadir, quitar, omitir, ni disimular cosa alguna, procediéndose en todo con pureza y justificacion, y atendiéndose tan solo al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los patronos y al secretario en la parte que les toca. Si ocurre du-

da acerca del derecho de las pretendientas y sus papeles, mando se esté al voto de dos de los tres patronos que elegiré, quienes en esta parte mas bien han de mostrarse siempre piadosos que proceder con rigor.

Ademas de dicha junta deberán los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al administrador y otras cosas que ocurran, segun lo exijan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta obra pia; y si á algunas no pudieren concurrir algunos de los patronos por sí ni por su apoderado, valga lo que resuelvan los otros dos, y no el uno solo. Tendrán se estas juntas cuando parezca oportuno á los patronos, con tal que en cada año se tomen cuentas al administrador, quien dos meses antes que se celebren las de dotar huérfanas las ha de presentar al secretario, para que éste, como fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de examinarlas, instruya á los patronos de lo que resulte de ellas, oponiendo los reparos que advierta, y se sepa qué caudal esiste y se puede distribuir entre las huérfanas.

Los nombramientos de huérfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio en pergamino y foliado, que ha de haber para este único objeto, con espresion de sus nombres y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario, que resulten por los documentos que al tiempo de pretender presenten para su admision, debiendo firmar los patronos y autorizar el secretario los nombramientos, juntas y acuerdos que se celebren para ellos, y lo demas que se ofrezca. Para la aprobacion de cuentas del administrador y otras resolaciones que acerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro libro igual, en que se estenderan del mismo modo para evitar confusiones. Ambos libros han de estar en poder del secretario, quien siempre que los patronos ó cualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogiéndolos luego que se cercioren de lo que intentan saber, y lo mismo digo de las cuentas del administrador y otros papeles que le pidan con el propio fin, pues no deberá escusarse á su manifestacion con ningun pretesto.

Como es indispensable que haya persona que administre, arriende y cuide de los bienes de su fundacion, cobre sus productos y siga los pleitos que ocurran, doy amplias facultades á los patronos para que elijan administrador que sea precisamente vecino de esta villa, lego, llano y abonado, y no pariente por afinidad ni consanguinidad de ellos, ni del secretario de esta memoria, y le conferirán poder bastante para todo lo referido ante el espresado secretario; pero antes de asegurar la administracion con bienes raices libres de toda carga y gravámen, que se hipotequen especialmente á su responsabilidad, y cuyo valor en venta ascienda á tantos mil ducados, acreditando esto ante la justicia real de ella que con su anuencia apruebe la fianza, despues de cuya aprobacion que les ha de hacer constar, y no antes ni de otra suerte, procederán á conferirle dicho poder, y por su trabajo le señalarán el 10 por 100 de lo que en cada año cobre de sus rentas.

Si en el nombramiento de administrador discuerdan los patronos doy facultad al de sangre ó su apoderado, para que proponga tres de las calidades espuestas, de las cuales deberán los compatronos elegir uno, y admitirle la justicia, dando la referida fianza á su satisfaccion; y si por carecer de dichas circunstancias fuesen escluidos, propondrá otros. Mas una vez electo y aprobada su fianza no podran removerle, sino por mala versacion de caudales, por negligencia o malicia en la cobranza, por no cuidar de los bienes de esta fundacion, por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó por

no aprontar el alcance para depositarle en el arca al tiempo de su aprobacion.

El administrador no podrá hacer ningunos pagos sin espresa órden de los patronos, acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que escedan de 100 reales, y si los hiciere no se le han de abonar, siendo ademas preciso para esto que presente los documentos justificativos. Si por estar corrientes sus cuentas se las aprobaren, mandarán al secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año; y siempre que los patronos le llamen á junta para instruirse de alguna cosa deberá asistir sin escusa, y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren, pues si no lo hiciere sin estar enfermo ó impedido, podrán removerle tambien por esta causa.

Si los patronos no quisieren tomar las cuentas al administrador, ó aprobarlas estando arregladas, ha de poder presentarlas para su aprobacion á la justicia real de esta villa, la cual, y no la eclesiástica, ha de conocer de todos los negocios de esta memoria, como puramente laical.

El caudal líquido que cada año produzcan las rentas de esta memoria, no ha de estar en poder del administrador, sino depositado en el arca que dejaré hecha con cuatro llaves para que le tengan pronto las dotadas, y no se las perjudique con la dilacion de la entrega. De las llaves tendrán tres los patronos y otra el secretario, y siempre se juntarán para meter ó sacar dinero, notándose y poniéndose esto por acuerdo, de manera que solo permito dejen en poder del administrador lo que sea preciso para emplear inmetamente en algunos reparos, ó en pagos de prebendas que se deban y esten mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente en que se deberá cargar, y de lo que sea dar resguardo separado en el mismo acto para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta memoria ha de depositarse su capital con intervencion de la justicia y de los patronos en dicha arca, hasta que con la misma se vuelva á imponer ó emplear en la compra de fincas raices útiles, y los patronos, no el administrador, han de otorgar la redencion del censo, cuyo capital de ningun modo entrará en poder de ellos ni del secretario, ni se podrá prestar con intereses ni sin ellos. El arca ha de estar siempre en el archivo del citado convento de tal, á quien se dará anualmente por custodiarla tantos reales. Para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de bajar todas las cargas perpetuas y redimibles á que esten afectos los bienes que se han de hipotecar, como tambien 10 años de sus réditos, el capital del censo, y otros diez años de los de éste; y si hechas estas deducciones hubiere de sobrante la mitad, ó al menos la tercera parte del valor justo de dichos bienes, se otorgará el censo, no de otra manera; y si los patronos le otorgasen y se perdiere, los hago responsables á todos y á cada uno in solidum del importe de su capital, réditos y daños que se sigan á la memoria por su indebida condescendencia.

Como mi intencion es que esta memoria sea perpetua, y que en vez de deteriorarse sus bienes vayan en aumento, mando, que si se necesitaren reparos se hagan con sus productos, y no con su capital, y que si por los gastos hechos en ellos no hubiere caudal para dotar las huérfanas, no se nombren hasta que le haya, sean ó no parientas mias, y aunque se hallen próximas á tomar estado. Y asimismo mando que en el caso de no comparecer

ningunas huérfanas, ni haber reparos que hacer, se emplee el producto de los bienes de la memoria en fincas raices para su incremento con las propias condiciones, como agregadas á las de su dotacion.

Para nombrar huérfanas, elegir administrador, tomarle cuentas, y para todo lo demas que se ofrezca, me nombro por patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, reservándome el administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por patrono perpetuo al pariente mio que sucediere en tal mayorango, sea varon ó hembra; y si por estincion de los llamados á su goce quedáren libres de sus bienes, entrará al de este patronato con las mismas prerogativas el párroco de esta villa. Por compatronos elijo al prior que fuere del citado convento y al regidor por el estado noble, ó si no le hay, al del estado general de ella; y habiendo dos de éste, al mayor en edad, y si lo fuere el que posea dicho mayorazgo, tendrá dos votos. Por secretarios perpetuos nombro al presente escribano del número, y á los que le sucedan en su oficio, donde ha de estar radicada siempre esta memoria; por manera que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del administrador, aprobacion de sus cuentas, y todo lo demas que ocurra perteneciente á esta memoria, pase ante ellos y no ante otros, habiendo de estar sus libros y papeles juntos, archivados y custodiados con seguridad, para que no se pierdan ni deterioren, y para que cuando se ofrezcan se hallen las razones que se necesiten, y se evite toda confusion.

Por el trabajo, zelo y cuidado que los patronos y el secretario han de tener en todo lo espresado, señalo de las rentas de esta memoria á cada patrono tanta cantidad anual y al secretario, mandando ademas se paguen á éste de dichas rentas tantos reales por cada certificacion que dé á los huérfanas nombradas, y que nada pueda tomar de éstas por ellas; pero si las perdieren y pidieren otras, han de pagarle iguales derechos por las que les dé, debiendo asimismo satisfacerle con arreglo al real arancel los de las cartas de pago que otorguen las que tomen estado; y sin embargo de que por algun motivo, cualquiera que sea, se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los patronos y el secretario no dejen de percibir íntegra la asignacion anual que les he hecho, puesto que su trabajo ha de ser el mismo; asi como si se aumentaren tampoco han de poder percibir mas.

Con dichas condiciones fundo esta memoria y obra pia; y para que desde hoy empiece á tener efecto, y las huérfanas principien á esperimentar beneficio, le hago gracia y donacion pura é irrevocable de todos los bienes que quedan especificados, renunciando por mí y por mis herederos y sucesores todo el derecho que tengo en ellos, y confiriendole ó confiriendo á quien la represente amplias facultades para que despues de mis dias tome la posesion de ellos, que en virtud de esta escritura les corresponde, aunque no quiero quedar obligado en ningun modo á la eviccion y saneamiento de los espresados bienes. Ademas reiterando la reserva que he hecho de usar de este patronato por mí solo durante mi vida, y haciéndola tambien de afiadir, quitar, enmendar y mudar á mi arbitrio en contrato ó última voluntad las condiciones con que se ha formalizado esta fundacion siempre que lo estime útil, me obligo á no revocarla, y si lo hiciere sea de ningun valor; y mando que en el arca de cuatro llaves se ponga una copia de esta escritura con los títulos de pertenencia de los referidos bienes, donde han de estar perpetuamente; y que se saque otra para tenerla siempre presente en las juntas, y pre-

ceder esactamente con arreglo á su tenor. Por tanto, á la observancia de lo espuesto obligo todos mis bienes &c. (*Aquí las cláusulas generales, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

43 Las copias de las escrituras de fundaciones de patronatos, aniversarios, capellanías y memorias perpetuas, y la de donacion de capilla, se han de sacar en pliego del sello mayor y en el intermedio comun; las de nombramiento de capellan en el del tercero, y si es de alguna prebenda, canonicato ú otra dignidad en el primero ó mayor.

Varios pedimentos.

44 *Pedimento de oposicion á capellanía.* F. en nombre de N. de quien presento poder ante V. S. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante, me opongo á la capellanía colativa que en la iglesia de &c. fundó E. pariente de mi poderdante en tal grado, como se justifica con los instrumentos que tambien presento, la cual se halla vacante por muerte de C. su último capellan, segun acredita la partida que exhibo. Por tanto = A V. S. suplico, que teniendo por presentados o exhibidos dichos documentos, y á mi poderdante por opuesto, se sirva mandar despachar sus edictos en la forma ordinaria, citando ó llamando á los que tuviesen derecho á ella, haciendo á su tiempo á mi poderdante su colacion é institucion canonica, despachándole título en forma, y poniéndole en su posesion. Pido justicia &c. = *Auto.* = Hanse por presentados y por opuesto á este interesado, y despachense los edictos en la forma ordinaria.

45 *Pedimento de oposicion de un tercero.* F. en nombre de N. de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante = digo: que por muerte de C. está vacante la capellanía que en la iglesia parroquial de tal parte fundo E. á la que me opongo, y para hacerlo mas en forma, mediante que N. ha hecho oposicion á ella = A V. S. suplico que habiendo por presentado el poder, y por opuesto á mi poderdante, se sirva mandar se me entreguen los autos. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Por opuesto, y entréguensele.

46 *Pedimento de oposicion en forma.* F. en nombre de M. en los autos con N. sobre la sucesion á la capellanía que en la iglesia parroquial de tal parte fundó E. y se halla vacante por muerte de C. afirmándome en la oposicion que he hecho á ella, y en caso necesario oponiéndome de nuevo = digo: que sin embargo de la oposicion contraria, V. en justicia se ha de servir declarar corresponde á mi poderdante como á su inmediato y legítimo sucesor, haciéndole colacion é institucion canónica de dicha capellanía, y despachándole título en forma de ella; pues es de hacer así por lo que resulta de los autos, y ahora se espondrá (*se alega*). Por tanto = A V. S. suplico se sirva proveer, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

SECCION SEGUNDA.

Del comercio terrestre y naval ó marítimo.

INTRODUCCION.

1 Espuesto lo mas principal y necesario acerca de las cosas pertenecientes á los pueblos, y sobre los modos originarios y derivativos de adquirir el dominio de las cosas privadas, especialmente de la sucesion por última voluntad, pasemos ya á tratar del comercio ó de los contratos respectivos á las cosas de los particulares. El comercio en general es una profesion honrosa y útil. La nobleza francesa en la antigua monarquía podia sin temor de perderla emplearse en el comercio marítimo y en el que se hace por mayor; y segun la costumbre observada en Inglaterra es permitido á los hijos segundos de las casas mas elevadas *dejar dormir su nobleza*, y enriquecerse con toda especie de comercio lícito para conservar un nombre que sin esto les seria gravoso. Tambien puede decirse en honor del comercio, que mirándose algunos Príncipes de Italia como los principales negociantes de sus estados, no se desdeñan de hacer servir sus propios palacios de almacenes para sus mas ricas manufacturas; y que muchos Reyes de Asia, y la mayor parte de los que mandan en las costas de Africa y de Guinea se egercitan en el tráfico con los europeos por sus comisionados, y muchas veces por sí mismos.

2 Bajo la palabra *comercio* se comprende *todo cambio, venta, compra, tráfico ó negociado de mercaderías, y aun el que se hace solamente con dinero ó papel.* Las producciones de la naturaleza pueden trocarse inmediatamente entre dos vecinos que las han hecho nacer, y que quieren recíprocamente consumir uno las de otro. Este comercio es real y perfecto, aunque el mas sencillo, pues no hay necesidad de operarios que fabriquen, ni de carruageros ó tragineros que transporten, ni de traficantes o negociantes que compren para revender. De aquí resulta que los agentes necesarios de todo comercio son el primer productor de las materias que se enagenan, y el último consumidor. Los agentes accesorios del comercio, muy útiles en muchos casos, pero no absolutamente necesarios, son los fabricantes, artesanos u operarios, los tragineros ó conductores por tierra, por agua dulce y por mar, y los revendedores que hacen el tráfico.

3 El comercio segun el pie en que se halla al presente, se divide en *comercio terrestre* y en *comercio marítimo*: en *comercio de viages cortos*, y en *comercio de largos viajes*: en *comercio interior* y *esterior*: en *comercio por mayor*, y *comercio por menor*. El comercio terrestre es *el que se hace de pueblo en pueblo, de provincia en provincia, ó de reino en reino por medio de carruages ó bestias de carga, y aun por medio de pequeñas embarcaciones en rios, lagos, estanques y canales*. En los paises del norte, cuando la tierra está cubierta de nieve, se transportan las mercaderías en trineos tirados de caballos, y en algunas provincias del Emperador de Rusia, y de los Reyes de Suecia y Dinamarca se sirven de rengiferos, especie de ciervos que corren por la nieve con admirable ligereza. La seguridad de los caminos reales, y la comodidad de los carruages y conductores, de que se goza en los mas de los estados de Europa, facilitan mucho á los traficantes el comercio terrestre; pero no sucediendo asi en Asia ni Africa, ha introducido la necesidad el marchar en caravanas, que parten en determinados tiempos de las principales ciudades del oriente, y se componen de tantos comerciantes y viageros reunidos que forman una especie de ejército para atravesar desiertos y libertarse de la violencia de los salteadores, particularmente de los árabes. El comercio marítimo *es el que se hace en todas las regiones del mundo adonde puede abordarse por mar, sea en el océano, sea en el mediterráneo, sea en los mares particulares que son parte de aquellos dos principales*, como el mar rojo, el mar blanco, el mar negro, el mar glacial &c.

4 El comercio de viages cortos se dice algunas veces del comercio terrestre, cuando no es preciso hacerlos largos para el transporte de las mercaderías en que se trafica; pero se llama asi mas propia y comunmente al comercio marítimo *que se hace en las costas del mismo reino ó en los puertos de los reinos estraños mas inmediatos*. El comercio de *largos viages* parece comprender *todo el comercio que se hace por mar en los paises remotos*, en cuyo sentido el comercio de *levante* y el del *norte* podrian en algun modo creerse comprendidos bajo dicho nombre. Sin embargo, se dice comunmente y apenas se entiende mas que del comercio que obliga á pasar la línea, designando principalmente aquel por el cual los bajeles doblan el cabo de Buena Esperanza para ir á las Indias, á la China, al golfo Pérsico &c. ó el comercio por el que entran en los estrechos de Magallánes y de le Maire para penetrar en el mar del Sur, ya para comerciar en las costas de la América española, ya para volver á tomar por el me-

diodia la ruta de las islas Marianas, Filipinas, Molucas, &c.

5 Por *comercio interior* debe entenderse *el que los súbditos de un mismo Príncipe hacen entre sí dentro del propio estado, sea por tierra, sea por mar. El comercio esterior* comprende *todas las especies de comercio próximo ó remoto, por tierra ó por mar, que los súbditos de un Soberano acostumbran hacer mas alla de sus fronteras ó fuera de su recinto.*

6 El *comercio por mayor es por el que las mercaderías se venden solamente en cajones, fardos, ó por lo menos en piezas enteras;* y el *comercio por menor es cuando las mercaderías se venden en tiendas, ó tambien en almacenes por varas, libras, azumbres &c. segun las diferentes cosas en que se comercia.* Sobre estos comercios tenemos una real resolucion á consulta de la junta general de comercio (*a*), en que se declaró que las ventas por mayor se entiendan en todo género de tejidos, las que se hagan por piezas, cabeza, pie ó cola, en lo de cuenta por gruesas, en lo de peso por arrobas, en los sombreros y cueros menores por docenas, pues en los cueros mayores la venta de uno solo ha de tenerse por mayor, en el papel una resma segun costumbre, á que debe estarse en los casos omitidos por las decisiones, y así en los demas géneros no comprendidos en estas clases; y consiguientemente se reputará venta por menor una vara ó libra, un sombrero, un pliego, cuadernillo &c.

7 Ademas de estos comercios tenemos el *comercio en dinero, que es el de los banqueros ó cambistas que hacen remesas de él á paises distantes para las personas que le necesitan*, es decir, que recibiendo dinero contante dan en su lugar una letra ó billete de cambio, por el cual libran contra sus corresponsales en las ciudades comerciantes de Europa la cantidad que se les ha entregado, para que se satisfaga al dador. Nada es mas util ni mas comodo que el comercio de dinero así para el estado como para los particulares, cuando se hace con honradez y fidelidad. Tambien tenemos el *comercio en papel, que es el que se hace sin ninguna especie de oro y plata, ú otra moneda corriente, sino tan solo con vales, letras de cambio, billetes de banco, acciones de compañía ú otros papeles semejantes que el deudor cede á su acreedor, y que éste recibe voluntariamente y sin pérdida para el pago de la deuda*, lo cual es un comercio lícito. *El comercio ilícito de papel* que se llama *agio ó agiotage*, así como *agiotadores*, los que se emplean en él, consiste *en comprar por mitad ú otra grande pérdida aquellos papeles que de-*

(*a*) De 10 de Febrero de 1753. Vease la nota 6, t. 12, lib. 10 N. R.

masiadas veces introducen las necesidades del estado, y en darles por todo su valor á las personas que por la fatal situacion de sus negocios ó por su mala conducta se ven en precision de recurrir á un medio tan ruinoso de tener dinero, á fin de sacarlos de ellos aun con pérdida bajo nombres supuestos.

8 Finalmente, hay otro comercio llamado *precario, que es el que hacen los comerciantes de una nacion con los de otra, enemiga suya, por medio de los de otra tercera, que es neutral y consiente se valgan de su suelo y nombre para hacerle.* Comunmente hacen los ingleses esta especie de comercio con los españoles cuando estan en guerra, sirviéndose de los portugueses, si son entonces neutrales. Este comercio no se cree muy útil á causa de los muchos corresponsales y escalas que se necesitan para sostenerle, y que en gastos se llevan todo el provecho.

9 La palabra comercio se toma algunas veces colectivamente, añadiendo alguna otra que indique los diferentes lugares en donde puede comerciarse. Asi se dice *comercio de Levante*, que es *el que se hace en todas las escalas del Mediterráneo*, como Alejandria, Smyrna, Alepo, toda las islas del Archipiélago, Constantinopla, &c. *comercio de las Indias*, que es *el que se hace en Surate, Jaba, Coromandel, Bentam, Batavia, Ceylan, las Molucas, &c. comercio del Norte*, que es *el que se hace en Dantzich, Lubec, el mar Báltico, Arcángelo, la Noruega, la Suecia, Dinamarca &c.*

10 Para tratar en esta obra del comercio hemos adoptado entre las espresadas divisiones la del comercio en terrestre y marítimo, que es muy conocida entre nuestros profesores por haber usado de ella el autor de la Curia Filípica en el tratado que escribió de ellos hace cerca de dos siglos, y que aun se estudia en el dia, sin embargo de no estar en observancia la mayor parte de su contenido; pero antes de empezar á tratar del comercio hablaremos de ciertas cosas necesarias en él, ó que contribuyen á su mejor desempeño y espedicion; á saber, *de la moneda y papel moneda, de los pesos y medidas, de las marcas, de las ferias y mercados, de los corredores y bolsas públicas*, y por último, *de los libros de los comerciantes y mercaderes.*

CAPITULO XI.

De la moneda y papel moneda.

1 A cada paso leemos que el cambio ó trueque fue el primer medio ó modo de comerciar entre los hombres y en las sociedades. Cada uno daba el producto de su trabajo ó industria lo que le sobraba, por aquello de que tenia necesidad, y que era superfluo para otro con quien contrataba; pero como no siempre podian hacerse los trueques que acomodaban á contratantes, ya por la diversidad de sus necesidades, ya por distar mucho los consumidores de los lugares ó parages de las producciones, ya por otras causas, fue indispensable adoptar alguna mercaduria que sirviese para cambiarla con todas las cosas. Sabemos por la historia antigua que el ganado, las pieles, la sal, las conchas y otras cosas sirvieron á varios pueblos en los remotos tiempos de medida general del valor de los géneros comerciables, ó de signo universal de las riquezas; y aun en el dia, segun se nos refiere, sirven de dinero, un pescado salado en Terranova, el tabaco en Virginia, el azucar en algunas colonias de las Indias Occidentales, y las pieles ó cueros curtidos en algunos otros paises. Mas al fin han convenido todas las naciones cultas en adoptar para este efecto los metales, que son sin duda lo mas proporcionado para la circulacion, especialmente los mas raros y dificiles de corromperse. Los metales designan en pequeño volumen grande valor, pueden dividirse hasta en pequeñas partes de corto precio y unirse sin pérdida, conservarse y transportarse fácilmente, y no se hallan espuestos por razon de su incorruptibilidad á los accidentes, ó contingencias que frecuentemente destruyen las riquezas naturales. Mucho tiempo se dieron los metales solo por su peso, lo cual era embarazoso y motivaba muchos fraudes sin la operacion delicada del ensayo. Por lo tanto se introdujo despues para la mayor comodidad y facilidad de las ventas que cada Principe ó gobierno determinase la calidad, cantidad y valor de cada pedazo ó porcion de metal haciendo poner su sello, con el que pasa á ser moneda ó dinero. Hasta Servio Tulio no lo acuñaron los romanos, quienes se habian servido antes de barras de cobre; y es cosa ridicula que el autor de la Curia (*a*) dando á Tharé, padre de Abrahan, por el primer fabricante de moneda en el

(*a*) Lib. 1 Com. Terr. §. 8 n. 3.

mundo, añada que la *primera que hizo, fueron los mismos treinta dineros, porque despues Jesucristo nuestro Redentor y Señor fue vendido á los judios por Judas.*

2 Como la efigie del Príncipe, ó cualquiera otra señal que se vé en la moneda, debe ser el sello de su título y peso, y el garante de su valor, es claro que lejos de permitirse a todos el fabricarla, solo corresponde esto á la autoridad pública, ó á las personas que tengan sus facultades (*a*), para evitar infinitos engaños que harian desvanecer bien pronto la confianza pública, inutilizando una utilísima institucion. Así que, quienes la contrahacen ó falsean, violan los derechos del Soberano, y su crímen está reputado por uno de los mas graves. Si fabrican una moneda de mala ley, roban al público y al Soberano, y si la hacen buena, usurpan una regalia de éste, y le hacen una grave injuria por ser el garante de la moneda; si bien nunca querran hacerla así, a menos que no saquen algun provecho en la fabricacion, y entonces privan al estado de una ganancia que le pertenece. De aquí es que los monederos falsos incurren en las severas penas que espresamos en nuestra *Práctica ó instituciones criminales de España* (*b*) como en su mas propio lugar; y de aquí es asimismo que no puede hacerse ningun uso en el comercio de la moneda que no se haya labrado en las casas destinadas para ello por el gobierno (*c*).

3 Perteneciendo al Soberano privativamente el acuñar moneda es tambien de su deber el buen arreglo de ella, punto tan importante cuanto olvidado por muchos gobiernos, y atendido por los sabios y modernos escritores económicos. Se ha creido mucho tiempo y muchas veces que el valor de las monedas dependia tan solo del arbitrio de los legisladores ó gobiernos, sin mas razon que la de haberlo pensado así Aristóteles y los Jurisconsultos romanos. Si el célebre Licurgo dió á sus monedas de hierro un valor meramente legal, convenia á su república de Esparta, que conforme á su constitucion debia aborrecer el comercio. Si en Roma era indiferente esta doctrina, que no pocas veces ha destruido el comercio de muchas naciones de Europa, consistia en que Roma no era comerciante, ó en que solo gi-

(*a*) Ley 9 tit. 7 P. 7. (*b*) Tomo 3 cap. 7. De la estraccion de moneda y sus penas se trata en el tomo 2 secc. 2 cap. 4 de la misma obra. (*c*) Ley 64 tit. 21 lib. 5 de la Recop. ó ley 4 tit. 17 l. 9 N. R. En este código y lib. citado, y en los autos acordados, tenemos los títulos. *De las casas de la moneda, y sus oficiales y esenciones y privilegios y jurisdiccion: De las ordenanzas que han de guardar los oficiales de la moneda, y de sus derechos; y del contraste y fiel público*, que pueden verse cuando ocurra el caso.

taba su comercio entre sus ciudadanos: circunstancia que debe hacer variar enteramente nuestras ideas, puesto que al presente las naciones tienen puesta particularmente la mira en el comercio esterno teniéndole por el principal apoyo de su prosperidad : por manera que siendo la moneda el medio ó instrumento de las permutas entre ellas, que no dependen de una sola autoridad, habrá de atenderse asimismo en las monedas el valor intrinseco de sus metales, y de lo contrario no podrian ser bien recibidas en los paises con quienes se comerciase, originandose de esto la ruina del comercio que se tuviese con ellas. No es posible poner á la vista esta verdad en pocas palabras; pero se halla demostrada en muchos escritos que se han publicado en nuestros dias. Por lo tanto, los gobiernos deben cuidar no solo de que entre sus súbditos haya la cantidad suficiente de moneda para sus necesidades, sino tambien de que su valor intrinseco sea proporcionado á su valor estrinseco ó numerario.

4 La codicia é ignorancia de los aduladores de los Príncipes, ó bien las fatales y criticas circunstancias han sido causa de que casi en todos los paises se haya disminuido por grados la cantidad de metal de que se componian sus monedas, ó de que se mandase á los ciudadanos recibirlas por un precio superior á su valor real; pero como los estrangeros no habian de admitirlas por semejante precio, no podian los estados tener ninguna ganancia en esta maniobra, sino tan solo cerrar por un momento la llaga sin curarla. El esceso de valor añadido arbitrariamente á la moneda es una verdadera deuda que contrae el Soberano con los particulares, y para observar una exacta justicia, pasado el tiempo fatal debe recuperarse á espensas del estado toda la dicha moneda pagandola en otras especies por su precio corriente y natural. De no hacerse asi, la carga impuesta en la necesidad recaerá tan solo sobre aquellos que han recibido en pago una moneda arbitraria, lo cual es injusto Por otra parte la esperiencia ha demostrado que semejante recurso es ruinoso para el comercio, por cuanto destruye la confianza del estrangero y del ciudadano, hace levantarse á proporcion el precio de todas las cosas, y precisando á todos á que guarden cuidadosamente ó envien fuera del pais las buenas monedas antiguas, suspende la circulacion de dinero. Por estas razones deben todos los soberanos ó gobiernos abstenerse en cuanto sea posible de una operacion tan peligrosa, y de recurrir mas bien á impuestos ó contribuciones estraordinarias para ocurrir á las necesidades urgentes del estado.

5 Podria parecer indiferente, dice un sabio escritor, que una mayor ó menor porcion de metal represente tal parte de riquezas y designe una de estas monedas ideales, de que se hace uso para arreglar los precios; pero sin embargo es mas ventajoso para los cambios y mas conforme á la justicia que debe reinar en los contratos, que el valor de las monedas permanezca invariable. En verdad, el tiempo causa naturalmente algunas variaciones en dicho valor, si abundan mas los metales y se hacen mas comunes, pues si el gobierno alza por las leyes el valor relativo de las monedas, altera al menos por algun tiempo todas las operaciones de comercio y turba el crédito sin ninguna utilidad real. Estados oprimidos de deudas han procurado libertarse de ellas alzando el precio de las monedas, y pagando asi menos signos de riquezas por la misma suma estipulada en monedas ideales. Este medio injusto, aunque provechoso en el momento, es ruinoso en lo futuro, porque si el estado gana en el pago de sus deudas, pierde despues en la percepcion de sus rentas ó contribuciones, que impuestas en monedas ideales las satisface el pueblo con una mas pequeña cantidad de signos. Nadie gana por las mudanzas en las monedas sino los deudores de los contratos precedentes que pagan sus deudas con perjuicio de sus acreedores.

6 Los gobiernos que con el egemplo de estas infracciones de la fe pública autorizan á los deudores para seguirle, destruyen no solo el crédito público y particular, sino que tambien atentan á la moral, á las propiedades y á la industria. La pérdida que resulta de estas bancarrotas públicas, la sufren siempre los propietarios, quienes viéndose privados de parte de sus capitales por la violacion de la promesa que se les ha hecho, procuran inmediatamente poner al abrigo de un nuevo ultrage la porcion que se les restituye, y privan á la circulacion de este último recurso. Consiguientemente el comercio á quien se priva de los alimentos que le quedan, cae en la inaccion: todos los resortes de la industria se rompen en sus manos: los productos de las contribuciones se disminuyen en una proporcion siempre mayor que la de la minoracion de la deuda publica, y el mal vuelve á su origen despues de haberlo devorado todo en su camino.

7 Aunque la institucion del dinero es tan importante, como que éste ha llegado á ser en todas las naciones civilizadas el agente universal del comercio para todas las compras y ventas, y toda especie de cambios, se ha incurrido y se incurre respecto á él en los errores mas funestos, de que es necesario precaverse. Con particularidad es

menester no confundir el dinero con las verdaderas riquezas que representan los metales. Seducidos muchos gobiernos por el poder de estos signos creen, amontonando tan solo oro y plata, trabajar eficazmente por la opulencia y bien del estado, á cuyo fin se valen muchas veces de medios que destruyen la agricultura, único origen ó manantial de las riquezas De este error general dimanan muchos errores particulares como la predileccion por las minas, el terror pánico por la salida de las monedas, la codicia de grangear ó lograr un sueldo en dinero en la balanza del comercio, el fantasma del beneficio de la circulacion del dinero (*), y tantos otros que dejo de indicar por menor. Todas las naciones, dice con razon un sábio escritor, si no estan infatuadas con las quimeras de la piedra filosofal, parece al menos que tienen la aficion ó profesion de los alquimistas.

8 Es cierto que los metales, fuera de su cualidad de signos, tienen un valor venal, y que empleados en las obras del arte ó manufacturas son riquezas; pero no pueden compararse con la utilidad de las demas producciones de la tierra, pues su valor venal se disminuye incesantemente al paso que el de estas se aumenta. Una nacion que se dedica al beneficio de las minas despreciando la agricultura é industria, ha de parar precisamente en la miseria y empobrecerse amontonando riquezas ideales ó de opinion. El provecho de las minas se aniquila con el tiempo, puesto que una misma cantidad de oro ó de plata ganada anualmente pierde de su valor relativo á medida que la masa de estos metales se aumenta en los paises cultos, mientras que el precio de la manufactura y todos los gastos de dicho beneficio se aumentan y disminuyen por consiguiente el provecho. Esta doble pérdida motivará con el tiempo, como ya ha sucedido en Europa y América, el abandono de todas las minas, cuyo mediano provecho no puede reembolsar los gastos. Por lo tanto es mas natural considerar el dinero no como riqueza sino como una prenda universal que asegura á su poseedor la posibilidad de adquirir las riquezas de que necesita, en cambio de las riquezas de que se deshace para comprar dicha prenda que sirve de intermedio. El dinero es una especie de credito sobre parte de la masa de las riquezas que se paga, cuando el poseedor lo presenta al vendedor, pero que aquel solo ha podido

(*) La libre circulacion del dinero no produce nuevas riquezas, como se ha creido mucho tiempo, y solo es un indicio de la prosperidad de una nacion. Con aquella se hacen muchos cambios, los cuales prueban que hay muchas riquezas, y estas indican una abundante produccion.

adquirir cediendo parte de sus propias riquezas á un comprador que le ha dado en trueque el tal crédito. De aquí es que hablandose de las relaciones de las riquezas con el bien de la sociedad convendrá simplificar las ideas haciendo abstraccion de los signos y substituyendo en el razonamiento, discurso ó raciocinio las riquezas reales al dinero, por cuyo método se manifiestan con mas claridad dichas relaciones, y se evitan los yerros que causa la complicacion de las ideas que resultan de la substitucion de los signos á las cosas representadas.

9 Conforme estas ideas, dice un escritor comerciante, una nacion que posea todo el dinero existente, será incontestablemente la mas pobre, porque el dinero no puede por sí mismo satisfacer ninguna de las necesidades de la vida, y solo es un medio de cambio para proporcionarse tal satisfaccion, por lo que se veria despojada bien pronto de todo su dinero, puesto que incesantemente tendria precision de trocarle por los objetos que constituyen la verdadera riqueza y de que tiene necesidad. Si esta privada de otros recursos: si ha abandonado su agricultura é industria, en breve se disiparan sus tesoros, y se hallará sumergida en la mas profunda miseria. Un pueblo que no tiene dinero, puede de consiguiente poseer una masa de riquezas muy superior al que hubiese reunido bajo su poder todos los metales. Pronto tendrá, si quiere, una parte de ellos trocandolos por otra parte de sus riquezas, sin las cuales puede pasar; y si el pueblo que posee las riquezas, de que el dinero solo es la medida y precio, se halla rodeado de otros pueblos que han adoptado esta medida, podrá pasar sin el dinero que le es inutil, porque no siendo este sino una riqueza de opinion y la medida de los cambios, podrá adoptar otra medida que le agrade. Una barra de hierro servirá lo mismo en su comercio que otra de oro o plata, si representa el mismo valor. Las riquezas pues consisten principalmente en los productos de la agricultura é industria, y el dinero es tan solo la medida o precio de sus cambios, aunque estando adoptado en el sistema actual de las naciones, como las medidas universal de todas las riquezas puede considerarse como que hace parte de estas mismas.

10 Ademas la excesiva abundancia de dinero y de todos los signos de las riquezas puede ser muy funesta para una nacion. Si conserva alguna industria, en breve la carestia de las manufacturas que se aumenta á proporcion de la abundancia del dinero, la imposibilitará de vender á los extraños y aun á sus propios ciudadanos. La comodidad y facilidad de adquirir a mejor precio las producciones de

los paises mas pobres harán despreciar al pueblo el trabajo necesario para producir mercaderías ó manufacturas que le saldrian mas caras que las producciones estrangeras, por cuyo motivo gastará los signos superfluos de las riquezas para abandonarse á la ociosidad; y si estos signos han desaparecido, por seguir el nivel natural entre las masas de estos signos en los paises circunvecinos, se hallará la nacion sin dinero, cultura, ni industria, en cuyo sentido ha de entenderse el axioma de que *el exceso de las riquezas se convierte en pobreza.*

21 Nada pues es mas absurdo é injusto que prohibir la salida de los metales en barras ó en monedas. Si aquellos abundan demasiado, y con especialidad si su abundancia proviene del producto de las minas propias de la nacion, el gobierno deberia favorecer la salida de esta superabundancia hasta llegar al nivel conveniente para excitar la actividad de un pueblo, cuando no le tenga cuenta comprar sus mantenimientos al estrangero. Hasta esta época seria hacer al pueblo desgraciado vedarle trocar los metales, su única mercancía, por otros objetos que solamente puede encontrar en las naciones vecinas; y si ha sido forzado por sus necesidades á comprar, seria el colmo de la injusticia impedirle el pago de sus deudas por el unico medio que le queda, por el saldo en monedas.

22 Por estas razones, como lo referimos con dolor, diria un escritor estrangero hablando de nuestra España: esta nacion que en el reinado de Cárlos V era, por decirlo así, la cabeza (ó centro) de donde partia todo el gran movimiento de la Europa: esta nacion que por haber sido la primera en erigir los trofeos de la conquista en un nuevo emisferio, habia tenido la unica suerte de unir las ventajas de la mas feliz situacion y del terreno mas fertil de la Europa con el dominio de los paises mas ricos de la América: esta nacion que hubiera podido ser la mas feliz y mas rica del globo, que hubiera podido dar la ley á la tierra, y hallar dentro de si misma los materiales propios para echar los cimientos eternos de su grandeza: esta nacion, acaso mas que por otra causa, ha ocasionado considerables perjuicios á su agricultura, industria, poblacion y comercio por un falso principio de economía y los errores consiguientes á él. No habiendo conocido los Ministros que la prosperidad de la España dependia de la de las naciones europeas: no habiendo previsto que sin aumentar las riquezas de sus vecinos no podia conservar las propias: que sin difundir en el resto de la Europa una porcion de sus metales no podia conservar la otra: que aumentandose de continuo su numerario sin que

el de las demas naciones europeas creciese á proporcion su agricultura é industria, oprimidas con los exorbitantes precios de sus productos, y no pudiendo sostener la concurrencia de la agricultura é industria extrangeras, huirian del estado llevándose de consiguiente consigo todos aquellos tesoros, de los cuales, como se ha dicho, convenia sacrificar una porcion para la conservacion de la otra: no habiendo en una palabra conocido que el oro y la plata eran un don de la América que la España no podia retener todo para sí, sino que debia contentarse con retener tan solo la cantidad que bastase para tener á su favor la balanza de las riquezas relativas dejando el resto á sus vecinos: no habiendo, digo, sus Ministros conocido esta importantísima verdad, han, con leyes dirigidas á impedir que los metales saliesen de la nacion, arruinado la agricultura, poblacion, industria y comercio de un pais, que por su demasiada sed del oro y la plata ha llegado á ser un cuerpo hidrópico, que ya no puede retener las aguas que no ha sabido beber con moderacion (*)

(*) Como puede ocurrir á algunos la duda del paradero de tanto oro y plata como viene á Europa de las minas de América, queremos satisfacer su curiosidad. El Indostan es un abismo adonde van á ocultarse todos los tesoros que se traen de América á los demas del mundo. Toda la plata de Méjico y todo el oro del Perú, despues de haber circulado por Europa y Asia, va por último á parar al imperio del Mogol para nunca salir de él. Una parte se transporta á Turquia para pagar los géneros, y desde Turquia pasa por Esmirna á la Persia para satisfacer las sedas que se toman aqui. Desde la Persia pasa otra vez al Indostan por el comercio de Moka, Babel-Mandel, Bassora y Bandes-Abassi. Ademas el dinero va directamente de Europa á las Indias por el comercio que hacen en ellas los europeos. Casi todo el dinero que los Holandeses sacan del Japon, se queda en las tierras del Mogol, por acomodarles traer de estas varias mercaderias. Es verdad que por fértil que sea el Indostan, saca algunos géneros de las demas naciones Europeas y Asiáticas: que se lleva alli cobre del Japon, plomo de Inglaterra, canela, moscada y elefantes de Celian, y caballos de Arabia, o de Persia y Tartaria; mas por lo regular los comerciantes cobran en mercaderias, de que cargan en las Indias los buques en que han llevado sus géneros: por manera que la mayor parte del oro y plata del mundo halla mil caminos para entrar en el Indostan, y casi ninguno tiene para salir de él. Las telas y brocados de oro y plata que se fabrican alli incesantemente, las obras de plateria y sobre todo los dorados consumen en el Indostan una grandísima cantidad de moneda; pero esto importaria poco, si los Indios no tuvieran una creencia supersticiosa que les hace sepultar sus tesoros, haciendo desaparecer el dinero que han acumulado. Creen que despues de su muerte pasarán acaso sus almas á los cuerpos de otros Indios, y que entonces, hallándose en indigencia, hallarán un recurso en las riquezas sepultadas. Pero lo que mas contribuye á la escasez de moneda en el imperio del Mogol, es la conducta de la corte. Los Emperadores amontonan grandes tesoros, pues todos gustan de en-

13 Haciéndose todos los cambios entre las naciones por medio del dinero, como que es la medida universal de todas las cosas, parece que su abundancia debe ser á corta diferencia igual en todos los paises, y que serán imperceptibles todas las variaciones que esperimente, puesto que los productos de las minas son pequeñísimos, comparados con la copia actual del dinero y la estension que corre. Mas este equilíbrio sin duda ha de interrumpirse, ya porque debe haber mas dinero donde la industria le ofrece mas recompensa, ya por la guerra y otras calamidades generales que padecen las naciones, ya por la proteccion y buenas leyes que en unos paises favorecen al comercio, y ya por los obstáculos que padece en otros. Una nacion en que escasea el dinero, se verá precisada á trocar por éste parte de sus riquezas, y á dar á la que lo tiene en mayor copia algunas mas mercaderías que las que se dan por igual cantidad de dinero donde éste abunda mas, siendo cierto que á proporcion de la abundancia ó escasez del dinero ha de disminuirse ó aumentarse el valor de las mercaderías, que es lo mismo que decir, que con el dinero se compra mayor ó menor porcion de ellas, segun abunda mas ó menos. Habiéndose aumentado el dinero por el descubrimiento del nuevo mundo, fue necesario mas para conseguir la misma porcion de mercaderías que se permutaba antes por una menor cantidad de dinero.

14 Cuando en alguna nacion se ha roto dicho equilibrio por causas accidentales, si quiere recuperarlo, debe procurar por todos los medios posibles el fomento de su industria y la perfeccion ó mejora de su agricultura, los dos fecundos manantiales de las riquezas, y en que consiste el poder de los estados. Ellas merecen nuestra primera atencion, puesto que en su prosperidad estriba la del comercio, y nunca lograrán los gobiernos el fin que deben proponerse, si despreciau aquellas ricas fuentes: el comercio no podrá repararse, ni de consiguiente sostener la concurrencia de las naciones rivales. La recuperacion del dinero por medio de prohibiciones ó privilegios concedidos á las grandes compañías de comercio, como muchas veces se ha procurado lograr, solo puede ser un obstáculo al bien que se desea, y enriquecer á algunos particulares.

cerrar en sótanos ó subterráneos el oro y la plata; por parecerles perjudiciales en el público, cuando abundan. A los tesoros pues del Príncipe va á parar al fin todo el dinero que se transporta á las Indias por el comercio, y el resto, despues de haberse satisfecho todos los gastos del Imperio, apenas sale de él sino en las mas urgentes necesidades del estado.

15 Pero aun es mas difícil de vencer el obstáculo de la rareza del dinero que ha desaparecido en una nacion por causas accidentales, cuando disminuye en ella el producto de la agricultura y los medios de industria. Conviene mucho conocer cuáles son las causas de dicha rareza. Pueden serlo una balanza de comercio contraria ó adversa, la violacion de los contratos y propiedades, consecuencia muy frecuente de las revoluciones, y un sistema de crédito público espuesto á la infracciones y reducciones, porque forzosamente han de hacer que desaparezca la confianza, y que el dinero, huyendo de la circulacion, se oculte ó pase á los estados vecinos. En esta fatal situacion, si ya los males no son irreparables, debe un gobierno dedicarse con el mayor empeño y prudencia á recuperar el crédito: el crédito que es un coloso con pies de barro, que se derriba con estrépito al mas pequeño golpe: que se alarma con el mas leve perjuicio que se le cause, que solo descansa en el cumplimiento de las promesas que ha motivado, y que es el único suplemento del dinero.

16 Cuando causas accidentales impidan al gobierno el cumplimiento fiel y exacto de sus promesas, no puede ya tener crédito sino haciendo sacrificios proporcionados á los riesgos de prestársele: sacrificios que aumentando progresivamente su deuda le imposibilitan forzosamente de cumplir aquellas mismas promesas. Entonces para recuperar su crédito, no le quedan sino medios tanto mas difíciles, por haberse abusado de ellos, que es indispensable reparar todo el mal ya hecho para llegar al bien que se espera. Severas reformas en la administracion de la real Hacienda ó rentas del estado, y un conocimiento exacto de sus recursos y sus deudas, son los primeros pasos que han de darse hácia la restauracion del crédito perdido, y cuando haya logrado poner de manifiesto que puede cumplir sus nuevas promesas, entonces renacerá el crédito, porque las máximas del gobierno consisten, no en lo que dice, sino en lo que hace.

17 Siempre que una nacion por un uso inmoderado del crédito ha hecho circular una copiosa multitud de capitales, y necesidades imprevistas la precisan á valerse todavia del mismo recurso, debe con una religiosa circunspeccion hacer uso del poder y aumentar la fuerza de su crédito, sacrificándolo todo á este ídolo que se ha creado, y poniendo principalmente la atencion en los tributos que exige; pues al menor descuido ó mas leve olvido suspenderá su respiracion, y le privará de la existencia. Los gobiernos que se han puesto bajo la dependencia del crédito, rara vez han sido fieles á su culto, porque ca-

si siempre se han aprovechado de sus ventajas sin pensar en sus peligros, y sucediendo á esta falta de prevision los embarazos ha desaparecido el crédito cuando era mas necesario (*a*).

18 En nuestra España no han olvidado nuestros legisladores el importantísimo ramo de la moneda, de su fabricacion y arreglo, asi en las casas de moneda del reino como en las de América, de lo cual son una prueba manifiesta algunos títulos de la Recopilacion y Autos acordados, con especialidad el 21 del libro 5. Prescindiendo ahora de esponer como no es necesario las antiguas reales órdenes acerca de la moneda, y prescindiendo tambien de algunas resoluciones particulares, como la de mandar recoger en Cartagena y todo el reino de Murcia las seisenas falsas y legítimas, las trecenas y dineros valencianos que alli corrian (*b*): como la de estinguir todas las monedas antiguas de plata y vellon, que como peculiares habian corrido en las islas Canarias (*c*); y como la de declarar (*d*) que las seisenas, tresenas y dineros valencianos solo pudiesen correr dentro de Valencia: prescindiendo, digo, de unas y otras disposiciones, solo daremos noticia de algunas generales, útiles é importantes que se han tomado en estos últimos años.

19 La escesiva abundancia de la moneda de vellon, de cuartos, ochavos y maravedises que corrian en estos reinos, servia de mucho embarazo al comercio y á todos los vasallos, por negociarse con ella y llevarse algun interes por su reduccion á plata y oro, ademas de perderse mucho tiempo en contarla, ó de sufrir quiebras, si se recibia al peso. Esto exigia tanto mas un buen arreglo que la moneda usual era imperfecta, de una forma irregular, y poco conforme á una nacion culta como la nuestra, mayormente cuando ya se desconocia su sello. Por lo tanto se mandó estinguir toda la moneda antigua de vellon, y que en la real casa de Segovia se labrase otra con nuevos sellos en aquella cantidad, que siendo suficiente para el tráfico menudo, evitase los graves perjuicios que causaba la abundancia de la que entonces corria. Dicha cantidad fue de 6 millones de reales de vellon segun la distribucion proporcionada y competente de piezas de ocho, cuatro, dos y un maravedis (*e*).

(*a*) Esta doctrina se ha tomado en parte de Vital Roux De l' influence du commerce &c. cap. 2. (*b*) Real cédula de 4 de Noviemb. de 1772, ó ley 15 tit. 17 lib. 9 N. R. (*c*) Real cedula de 20 de Abril de 1776, y ley 17 tit. 17 lib. 9 N. R. (*d*) En la real cédula de 29 de Julio de 1777, ó ley 16 tit. 17 lib. 9 N. R. (*e*) Prag. de 5 de Mayo de 1772 que es la ley 26 tit. 21 lib. 5 R., o ley 13 tit. 17 lib. 9 N. R.

20 Habiendo demostrado la esperiencia que la mayor parte de la moneda de plata y oro se hallaba espuesta á su falsificacion, y que era cercenada toda la corriente de ambas clases, por facilitar ambos perjuicios su imperfeccion y figura irregular, junto con ser poco á propósito el contorno ó cordoncillo que tenia para evitar dicho cercen; como asimismo que el comercio sufria muchos embarazos por la precision de usar de pesos para el recibo y entrega de los caudales de su giro, porque su desigualdad causaba notables pérdidas y una desconfianza general en la admision y cobranza de las letras; resolvió sabiamente el Señor D. Cárlos III se estinguiese la moneda actual de todas clases, y se sellase á costa del real erario otra de mayor perfeccion que impidiese su cercen, que imposibilitase ó dificultase su falsificacion, y escusase las molestias de pesar la moneda y demas perjuicios que ocasionaban los defectos de ella: prescribiendo juntamente que en cada provincia ó partido hubiese dinerales arreglados al peso para poder reconocer la falta de la moneda en caso de dudarse si la tenia, señalando el término de dos años para el recogimiento y estincion de la antigua, que despues se prorogó sucesivamente por dos bienios (*a*); y estableciendo el modo y forma de labrar la nueva moneda con distincion de piezas (*b*).

21 Ocasionando varios inconvenientes y perjuicios al estado y los particulares la falta de la debida proporcion entre las monedas de oro y plata que les correspondia, por no haberse estendido á las de oro el aumento dado al peso ó escudo de plata por la real pragmática de 16 de Mayo de 1737, se mandó que el doblon de á ocho que por ella se dejó en quince pesos de veinte reales y cuarenta maravedís, valiese diez y seis pesos fuertes cabales siendo del nuevo cuño, y que del antiguo tuviera los cuarenta maravedís de aumento, y á esta proporcion las monedas subalternas de su clase, á cuyo respecto debe correr el doblon de á cuatro por ocho pesos duros, por cuatro el doblon de oro, y por dos el escudo. Ademas se mandó corriese el veinten de oro por veinte y un reales y cuartillo de vellon, que es el que tiene la proporcion posible con el aumento dado á dichas monedas (*c*) Pero causando tambien molestias y perjuicios el veinten ó escudito por dicho quebrado de real y cuartillo se dispuso ha-

(*a*) Reales cédulas de 8 de Agosto de 1773 y 1 de Mayo de 1776, ó nota 14 tit. 17 lib 9 N. R. (*b*) Pragm. de 29 de Mayo de 1772, que es la ley 27 tit. 21 lib. 5 R., ó 14 tit 17 lib. 9 N. R. (*c*) Pragm. de 17 de Julio de 1779, ó ley 18 tit. 17 lib. 9. N. R.

cer una nueva labor de esta moneda por el precio de veinte reales vellon con arreglo á la ley y calidad de las monedas antiguas, á cuyo efecto se habian de estinguir los escuditos ó veintenes antiguos, señalando el término de dos años para entregarse en las casas de moneda de Madrid y Sevilla, y en las tesorerias de egército y provincia, porque pasados no habian de admitirse en el comercio ni recibirse en las tesorerias en clase de moneda sino como pasta (*a*). Despues por diferentes reales cédulas (*b*) se prorogó varias veces dicho término de dos años, hasta que en otra real cédula (*c*) se hizo una próroga indefinida, en cuya virtud se deben admitir en dichas casas y tesorerias los veintenes por su valor estrínseco de veinte y un reales y cuartillo.

22 Hablándose de moneda no debe pasarse en silencio el *papel moneda*. La substitucion de éste al oro y la plata amonedados reemplaza un instrumento de comercio muy dispendioso que cuesta mucho menos y que á veces es tan bueno. La circulacion se hace por una nueva máquina que se conserva con muchos menos gastos que la antigua. El dinero que representa las riquezas, puede ser tambien representado por vales ó cédulas. El volumen de los metales hace incómodo y costoso el transporte lejano, que ademas tiene varios riesgos por causa de los ladrones y otros muchos accidentes imprevistos. Un papel que designa la mayor cantidad, se remite sin ningun inconveniente hasta el fin del mundo, y el ladron, deseoso de apoderarse de él, resiste á su tentacion por la dificultad de hacer uso de un vale ó cédula, sin que se descubra el robo. Hay varias especies de papel moneda, pero las cédulas de banco son las mas conocidas, y ademas muy útiles, por facilitar sobre manera todas las operaciones mercantiles. De esta clase de papel moneda hablaremos en otro lugar oportuno.

23 Nosotros tenemos un papel moneda que ha motivado en pocos años la publicacion de muchas reales órdenes, á saber, los vales reales que creó por primera vez el Señor D. Cárlos III (*d*). No queriendo este Monarca esponer á los peligros de la guerra las conside-

(*a*) Pragm. de 21 de Marzo de 1786, ó ley 19 tit. 17 lib. 9 N. R. (*b*) Nota 17 tit. 17 lib. 9 N. R. (*c*) De 20 de Abril de 1798, o nota 18 tit. 17 lib. 9 N. R. (*d*) Real cédula de 20 de Septiembre de 1780. No se han incluido en la N. R. las reales órdenes ó cédulas sobre vales reales; pero se halla impresa una coleccion de ellas. Tampoco se han incluido las demas que no contienen disposiciones perpetuas sino temporales ó respectivas solo á algun tiempo.

rables cantidades de dinero que se hallaban detenidas en América, le pareció conveniente admitir la proposicion hecha por varias casas de comercio, acreditadas y establecidas en estos dominios, con que ofrecieron entregar en la tesorería mayor hasta nueve millones de pesos de 128 cuartos cada uno, en dinero efectivo ó en letras cobrables en la misma especie, por via de empréstito, á estinguir á voluntad de la real hacienda en el término de 20 años con el interes en cada uno de 4 por 100, formándose de dicha cantidad é importe de la comision estipulada 16@500 vales de á 600 pesos de 128 cuartos cada uno que gozarán el interes de un real de vellon diario ó 361 reales al año equivalentes á un 4 por 100 anual. »Estos vales han de admitirse en el comercio, en el reino, y en las tesorerias y cajas reales de dentro y fuera de la corte, y en pago de contribuciones reales y de cualquiera otro crédito á favor de la real hacienda, como si fuese dinero efectivo: se han de renovar todos los años en la tesorería mayor, hasta que la real hacienda los estinga con la redencion del espresado capital, y recogerse en cada un año el número correspondiente segun el prorateo hecho sin perjuicio de la puntual paga de los intereses que anualmente se devengan: han de ser impresos, tener el distintivo de ser dados por el Rey nuestro señor, y estar numerados. Ademas se ha de poner á cada uno un sello ó cifra que se ha de de variar todos los años, mediante haber de renovarse anualmente al tiempo de pagarse los intereses devengados á las personas en cuyo poder se hallasen.

14 Siempre que los vales y sus intereses pasen del sugeto en cuyo nombre se despacharon, á otras manos, cualquiera que sea el motivo, ha de constar por el endoso que se ha de poner á sus espaldas, como se hace con las letras de cambio; y la persona en cuyo poder se hallen al tiempo de cumplirse el año porque han de correr, debe acudir con ellos desde el 20 de Septiembre de cada año hasta el 15 de Octubre siguiente á la tesorería mayor, para que se le paguen los 361 reales de los intereses devengados por cada vale, y se ponga en su cabeza los que han de servir para el año sucesivo, mediante que solo han de tener curso durante un año, y siempre con diferente sello ó cifra para precaver toda falsificacion. Y aunque segun la citada real cédula no presentándose dentro de dicho término todos los años un vale para su renovacion y cobro de intereses habia de reputarse estinguido y redimido por el mismo hecho; se procedió despues con indulgencia en este punto, y se publicaron órdenes prescribiendo solo

la pena de perder los intereses, hasta que por último se mandó que los dueños de vales que no los presentasen para su renovacion en el término perentorio de tres años, perdiesen indefectiblemente su capital, sin que hubiese en esto ningun disimulo, ni valiese ninguna disculpa (*a*).

25 Los endosadores de los vales no han de tener otra responsabilidad que la de la falsificacion, y para precaver esta incumbe á la persona que haya de recibirlos de mano de un tercero, tomar conocimiento del sugeto que los endosa y traspasa, asegurándose en el modo posible de la legitimidad de su sello ó cifra, de la firma y de su formacion; y si el endosador fuese forastero, corresponderá dar conocimiento en el pueblo donde se haga el pago, segun observa el comercio en la satisfaccion ó cobranzas de letras. Estas precauciones han de tenerse por precisas en las tesorerias y cajas reales donde se recojan y paguen los vales y sus intereses. Ademas los que reciban vales, deben examinar si hay enmienda en los guarismos, y falta alguna parte del pliego entero en que estan formados, y no admitir los que diesen la menor sospecha de alteracion; pues no solo no se renovarán ni pagarán sus intereses, sino que tambien se recogerán en la misma oficina, se castigará á quien los presente como infractor de moneda falsa, y se dará cuenta á S. M. Cuando en poder de alguna persona se halle vale sin endoso que acredite su pertenencia perderá su principal é intereses, cuya mitad ha de darse á los denunciadores reservándose su nombre. La misma pérdida han de sufrir los que presenten vales con endoso posterior al dia en que cumplen el año, desde el cual no puede hacerse uso sin renovarse. Los falsificadores de vales, sus ausiliadores y espendedores estan sujetos á las mismas penas que los monederos falsos; y el último dueño del vale que no sea legítimo, debe ser el perjudicado, quedándole solo el recurso de repetir contra el endosador, de quien le recibió (*b*).

26 La decision de cualesquiera recursos que se intenten sobre la negociacion de vales y sus incidencias, corresponde á los mismos jueces que deben serlo en las demas causas en que intervienen pagos, obligaciones y contratos en dinero ó delitos relativos á ellos: por manera que de falsificacion han de entender las justicias y tribunales que conocen de los crímenes de moneda falsa, remitiendo los vales, eva-

(*a*) Real cédula de 21 de Febrero de 1802. (*b*) Real cédula cit. de 20 de Septiembre art. 7, 11 y 13.

cuados que esten los procesos, á los subdelegados de rentas, con certificacion de lo que ha resultado de la sentencia, para remitirla al superintendente general; y si se trata de otros delitos, causas ó contratos, conocerán los jueces ordinarios ó de rentas, los consulados ú otros tribunales, á quienes segun el fuero de los litigantes ó calidad de las mismas causas pertenezca el conocimiento, con las apelaciones correspondientes á sus tribunales superiores (*a*). Fuera de esto siendo los vales una verdadera imagen de las letras de cambio, por representar como estas un valor determinado, y ser negociables por medio de endosos en cualesquiera contratos permitidos, y conviniendo por otra parte cortar de raiz los perjuicios que pueden resultar á los poseedores de vales adquiridos con justo título, y el mal nombre que puede entorpecer su circulacion, se ha mandado sabiamente que en cualquiera litigio sobre pertenencia de vales se oiga breve y sumariamente á los interesados, y se decida aquel segun la práctica universal del comercio en las diferencias respectivas á letras de cambio (*b*).

27 Los tesoreros de propios han de admitir los vales reales que se les entreguen por parte de la real hacienda; y los deudores, arrendadores y subarrendadores de propios y arbitrios que perciben á la menuda su producto, deben hacer pago en dinero á los administradores de propios (*c*). En las tesorerías de rentas no se han de recibir villetes ni letras para el pago de tributos reales fuera del caso de entregarlos los primeros contribuyentes á cuenta de sus deudas (*d*).

28 Despues de la creacion de vales de que hemos hablado, se han hecho otras varias creaciones (*) asi en el reinado del señor Don Cárlos III como en el presente á causa de las graves urgencias de la corona, y con especialidad de las funestas y costosas guerras que se ha visto en la precision de sostener: habiendo de observarse con poca variacion en tales creaciones las mismas reglas, declaraciones, concesiones, providencias, precauciones y penas contenidas en la cédula citada de 20 de Septiembre respecto á los primeros vales. Al mismo tiempo se han ido destinando varias contribuciones y caudales para la amortizacion de vales, y en efecto se han amortizado muchas por-

(*a*) Cédula cit. de 20 de Septiembre art. 14. (*b*) Real cédula de 10 de Junio de 4795. (*c*) Real órden de 15 de Junio de 1781. (*d*) Reales órdenes de 5 y 19 de Octubre de 1782.

(*) De estas hay vales de 300 pesos, llamados *medios vales*, *y de 150 llamados vales chicos.*

ciones de ellos en diferentes tiempos. Para sostener mas bien su crédito se han prescrito varias penas contra los agiotadores, y se estableció una caja de amortizacion con muchos fondos para llevar esta á efecto, varias cajas de reduccion de vales establecidas (*) en Madrid y en los demas pueblos principales del reino, y una comision gubernativa de consolidacion de vales, y cajas de estincion y descuento, todas bajo la direccion del supremo Consejo de Castilla; y asimismo se han dado otras muchas disposiciones que por ser bien sabidas nos escusan hablar de ellas por menor, y que por desgracia no han surtido todos los buenos efectos á que se dirigian.

27 Por el capítulo 10 de la real cédula de 20 de Setiembre de 1780, nadie podia escusarse á recibir los vales por su intrínseco valor, y los intereses vencidos hasta la concurrente cantidad, en pago de cualesquiera deudas ú obligaciones que hubiesen contraido los dueños de ellos, aunque contuviesen la circunstancia de deberse hacer aquel en oro ó plata, puesto que habian de considerarse los vales con sus intereses vencidos como dinero efectivo; pero el fatal agiotage puso al gobierno en la precision de mandar que reconociendose los vales por verdadera moneda, se les fijase la diferencia del 6 por 100 sobre su permitido valor, sin incluir el premio que llevasen corrido, como tambien que la real hacienda y todos los vasallos cumpliesen el pago de sus obligaciones pactadas en oro ó plata y no en vales conforme á su tenor hasta el dia de la publicacion de la real cédula de 17 de Julio de 1799 en que se dispuso lo espresado: porque en lo sucesivo no habia de admitirse ni cumplirse el pacto *como ofensivo á la autoridad y naturaleza de los mismos vales.*

28 Y sin embargo, en el dia en todos los contratos y arrendamientos, compras, ventas y cualesquiera otras obligaciones pendientes, anteriores ó posteriores á la citada real cédula, cuyos pagos

(*) En la real cédula de 17 de Julio de 1799 por la que se establecieron estas, se mandó que su fondo consistiese parte en dinero efectivo, y parte en cédulas de cajas (cap. 10), sobre las cuales dice el cap. 28. »Asi en dichas ciudades y pueblos como en las plazas de caja circularán las referidas cédulas, como si fuesen moneda efectiva de oro ó plata, teniendo á todas horas su valor seguro en las cajas, cuando lo necesiten los portadores; por lo que ningun gefe de la real hacienda, administrador, tesorero, dependiente, comerciante, ni otra clase alguna de personas se dispensara de admitirlas en pago de sus rentas, sueldos, compras, ventas y cualesquiera otras negociaciones por mayor y menor bajo la misma pena establecida contra los que rehusen tomar los vales, ó los desacrediten directa ó indirectamente.»

aunque vencidos estuvieren por satisfacerse, ha de observarse religiosamente lo convenido por los contrayentes ó interesados, haciendo el de los vencidos no pagados, y el de los que en adelante se venciesen, en la especie de moneda que se hubiere ofrecido. Y esto mismo se ha de observar en los contratos que se celebren en lo sucesivo, y en las letras de cambio que tuvieren su aceptacion corriente, y en cualesquiera ajustes y convenciones verbales que por referirse al trato comun y diario no se ponen por escrito, en las cuales han de espresar los compradores con sencillez y buena fe la clase de moneda en que han de entregar el precio, para que puedan con este conocimiento los vendedores embeber la diferencia entre la moneda corriente y el papel amonedado. Si por falta de pago de los deudores es necesario proceder judicialmente contra sus bienes, y solo hay vales reales, han de reducirse de cuenta de ellos. Todos los que por encargo ó comisiones particulares ó de la real hacienda recauden contribuciones ó caudales agenos, han de hacer precisamente la entrega á sus dueños en las mismas especies que los recibieron, sin que nadie pueda escudarse con la real cédula citada, ni otras que traten del asunto (*a*). No obstante en una real órden comunicada por el Escelentísimo señor Don Miguel Cayetano Soler (*b*) se dice: »Habiendo cesado las causas y motivos que hubo para mandar que se entregasen por tesorería mayor y las de rentas de las provincias los vales reales con el descuento del 6 por 100 en pago de sueldos, réditos de censos y otras deudas, se ha servido el Rey resolver que desde primero del mes de Junio próximo se entreguen por todo su valor nominal sin descuento ni rebaja.

29 Como el Rey ha confiado á la direccion é inmediato gobierno del Consejo con las mas amplias facultades la consolidacion del crédito de vales, la estincion de estos y el pago de sus intereses, le compete el conocimiento de todos los arbitrios destinados á dicha consolidacion, y bajo su direccion á la comision gubernativa, á los intendentes de provincia y justicias ordinarias, como tambien el conocimiento de las causas sobre si ha de hacerse en vales reales por todo su valor ó en moneda metálica el pago de las cantidades que se deban, aunque los interesados gocen de fuero privilegiado como el de cruzada ó el militar, sin embargo del real decreto de 9 de Fe-

(*a*) Real resolucion de 7 de de Abril de 1800. (*b*) Con fecha de 31 de Mayo de 1802.

brero de 1793, que ha de entenderse limitado por la derogacion que contiene la pragmática de 30 de Agosto de 1800 y otras reales disposiciones. Así han de hacerse al Consejo los recursos de queja ó agravio de las providencias de los jueces protectores de las cajas con inhibicion de todos los demas tribunales, cualesquiera que sean, sin que pueda formarse ninguna competencia (*a*).

CAPITULO XII.

De los pesos y medidas.

1 El arreglo de los pesos y las medidas es de tanta importancia que no ha podido menos de creerse una regalía del Soberano, sin embargo de no hallarse así declarado en nuestra legislacion. Y á la verdad, si la potestad suprema no interviniese en dicho arreglo, serian inciertos é inconstantes los pesos y medidas, y de consiguiente infinitos los engaños que se esperimentarian en el comercio, é incalculables los perjuicios que se ocasionarian á los contratantes, quienes solo pueden confiar sobre este punto en las sanciones legales, y en su egecucion por los jueces y magistrados.

2 Por lo tanto no debe hacerse uso de otros pesos ni otras medidas que de las corrientes y aprobadas por la autoridad pública, trátese de monedas, ó trátese de mercaderías, bajo la pena de ser nulos los contratos, y nulas todas las diligencias judiciales y sentencias que se den para su ejecucion, ademas de incurrir los interesados, los jueces y escribanos en varias penas que prescriben las leyes; si bien para su imposicion es indispensable que las justicias, luego que se les haya puesto en posesion de sus oficios, hagan pregonar, concurran todos á corregir y concertar sus pesos y medidas dentro del término que les parezca conveniente, lo cual ha de hacerse con el marco y padron que tenga el ayuntamiento destinado para ello (*b*). Ademas las justicias segun la Instruccion de corregidores (*c*) han de visitar con frecuencia las plazas, tiendas y demas oficinas de trato y comercio, y abastos públicos para que no se hagan fraudes en los pesos y medidas.

(*a*) Real orden de 4 de Setiembre de 1801, y Real ced. de 7 de Noviembre de 1805. (*b*) Leyes 1, 2, 3 y 4, tit. 13, lib. 5 y 19, tit. 5, lib. 3 de la Recop. ó 1, 2, 3 y 4, tit. 9, lib. 7 N. R. (*c*) De 15 de Mayo de 1788. Cap. 60. La instruccion es ahora la ley 27, tit. 11, lib. 7 N. R.

3 Siendo diversos y mayores unos que otros en un mismo pueblo los pesos y medidas, y no habiendo los contrayentes tratado de cual de ellos ó de ellas habia de usarse, dicta la razon que se haga uso del peso o medida que mas se conforme con el precio estipulado.

4 Tambien dicta la razon que para la ejecucion ó cumplimiento de los contratos se sirvan los contrayentes de los pesos y medidas corrientes en los pueblos, en donde aquellos se celebraron, á no ser que se estipulase hacer en otros lugares la entrega de las cosas compradas, cuya escepcion no puede tener lugar en las cosas raices, ó inmuebles.

5 Es evidente que para facilitar mas el comercio y evitar engaños, perjuicios, disensiones y pleitos conduciria mucho que fuesen unos mismos los pesos y medidas en todo el reino, y aun en todos los paises estableciéndose por medio de tratados semejante uniformidad ó regulacion. Los antiguos menos comerciantes que nosotros, dice un escritor, no olvidaron la uniformidad de pesos y medidas. La policía griega y romana no permitió que entre los ciudadanos de un mismo pais hubiese variedad ni en los unos ni en los otros No con otro fin introdujo Carlo Magno en su vasto imperio el uso de los pesos y medidas romanas; y nosotros que no hablamos ni pensamos en otra cosa que en las ventajas del comercio, hemos olvidado tal uniformidad. Nada mas facil que establecerla é introducirla. Para hacer esta medida invariable, facil de comprobar y recobrar en todos tiempos, no debe hacerse mas que arreglarla sobre la longitud de una péndola simple que dé los segundos sobre un paralelo determinado del globo. De esta manera la medida podrá hacerse universal para todos los paises del universo. La reforma de los pesos seguiria incontinenti á la de las medidas, de las cuales depende. Las tarifas de reduccion esactas y claras desvanecerian al punto la oscuridad y confusion para la reduccion de los precios y de las imposiciones. En Inglaterra apenas el célebre Huyngens aplico la péndola á los relojes, cuando la sociedad real de Londres propuso emplear esta medida universal (*).

6 El espresado principio de la ciencia económica no se ha oscu-

(*) Mr. Nollet en su nona leccion de fisica esperimental ha dado varias reglas para la esactitud de los pesos; pero ninguna es mas sencilla y fácil para conocerla que la de los ministros u oficiales de policía, quienes mudan el peso de una balanza a otra: si resulta el mismo efecto, el instrumento esta arreglado, y si hay diferencia, no lo está.

recido á nuestros Soberanos, y asi en diversos tiempos han mandado uniformar los pesos y medidas en toda la península (*a*), aunque nunca se haya puesto en ejecucion, cuya desgracia se ha esperimentado tambien en otros paises. Pero sin embargo es de creer que veremos muy en breve realizado un proyecto tan importante en virtud de una real orden (*b*) que nos ha escusado estendernos mas en este capítulo sobre lo dispuesto en nuestra Recopilacion, y de que debemos dar la correspondiente noticia en este lugar.

7 Informado el Rey de lo muy imperfectos y maltratados que estaban los patrones originales de pesas y medidas que regian en la mayor parte de estos reinos, segun resultó del exámen de ellos mandado hacer por S. M. y enterado igualmente del poco caso que se habia hecho de un asunto de tan manifiesta importancia, resolvió prescribir en él el orden necesario y conveniente; y conociendo al mismo tiempo los graves inconvenientes que siempre se han seguido de la variedad de pesas y medidas, como tambien la justicia y utilidad de que fuesen unas mismas en todos sus reinos y señoríos, resolvió tambien se llevase á efecto su igualacion, que aunque mandada en diversos tiempos nunca se habia puesto enteramente en ejecucion.

8 A este fin, y para que aquella se haga con la menor incomodidad posible de los pueblos, han de tomarse por normas las pesas y medidas mas usadas generalmente en estos reinos, prefiriendo el evitar la confusion que se originaria de alterarlas, al darles cierto órden y enlace sistemático que se podria desear. Estas normas han de ser el patron de la vara que se conserva en el archivo de la ciudad de Burgos, el patron de la media fanega que se conserva en el archivo de la ciudad de Avila, los patrones de medidas de cosas líquidas que se custodian en el archivo de Toledo, y el marco de las pesas que se halla en el archivo del Consejo de Castilla: á cuya consecuencia se espresan muy por menor las pesas y medidas que han de usarse generalmente en estos reinos y señoríos.

9 Determinadas dichas medidas y pesas con sus nombres, encargó el Rey á Don Juan de Peñalver, individuo de la real junta de comercio, moneda y minas, el cuidado de la construccion de los patrones necesarios que deben ser de la materia y forma mas conve-

(*a*) Leyes 1, 2 y 3, tit. 13, cit. lib. 5 de la Recop. ó 1, 2 y 3, tit. 9, lib. 9 N. R. (*b*) Véase la circul. de 20 de Febrero de 1801, que es la ley 5, tit. 9, lib. 9 N. R.

nientes para su esactitud y conservacion, y habiéndose concluido y examinado por orden de S. M. merecieron su aprobacion. Los tales patrones que se mencionan en la real órden citada, y se hallan en poder del referido, han de tenerse desde ahora en adelante por primarios y originales conservándose en el archivo del Consejo, de donde no han de estraerse en ningun caso, y no ha de hacer ningun uso de ellos sino en circunstancias muy particulares y con órden espresa del Rey.

10 Para dar principio á la igualacion de pesas y medidas mandó S. M. que todos los pueblos se proveyesen de patrones sacados por los originales nuevamente construidos en la forma que se refiere. Todos los contratos, censos y obligaciones, cualesquiera que sean, anteriores al tiempo en que principie el uso uniforme de las pesas y medidas españolas, han de reducirse, cumplirse y pagarse por dichas pesas y medidas, lo cual ha de observarse en los que se celebren en lo sucesivo, y de otra suerte no han de tener ninguna validacion. A las mismas pesas y medidas deben arreglarse en todos los casos los empleados en la real hacienda, guerra, marina, reales fábricas, comercio y demas ramos; y aun han de usarse en los escritos de ciencias y artes, á cuyo fin se ha de encargar á sus censores no los aprueben sin estar reducidas las medidas y pesas estrangeras, á no ser que se trate de una simple relacion ó proporcion. Finalmente para dirigir la ejecucion de la empresa, y entender en los puntos ó dudas que se ofrezcan sobre ella, se ha formado una junta temporal presidida por el Gobernador del Consejo, y compuesta de cuatro ó cinco ministros de este supremo tribunal, la cual ha de consultar al Soberano en todos los casos necesarios por el ministerio de Estado, y se ha de disolver, pasando entonces este negocio al Consejo, luego que se halle establecida dicha uniformidad, y formado el reglamento sobre lo que para su conservacion ha de observarse en lo sucesivo.

CAPITULO XIII.

De las marcas.

1 En materia de comercio y manufacturas dáse el nombre de *marcas á ciertos caractéres que se ponen ó imprimen sobre muchas especies de mercaderías*, ya para saber el lugar de su fábrica, ya para hacer responsables ó garantes de su calidad ó bondad á los operarios que las han fabricado ó dispuesto, ya para dar á conocer que las han

visto ó visitado las personas que tienen autoridad pública para ello, ya para probar que se han pagado debidamente los derechos impuestos sobre ellas, y ya para que se conozca quienes son sus dueños, y no se equivoquen ó confundan con las de otros (*). Hubo de tener su origen esta costumbre en Roma, pues los romanos solian señalar con ciertas letras y ciertos ritos el rostro de los esclavos que habian tomado la fuga, para que fuesen conocidos en la ciudad.

2 Los mercaderes ponen marcas y números sobre los lios, fardos, paquetes y cajones de mercaderías que remiten á sus corresponsales, para que puedan conocerlas mas fácilmente. Tambien se ponen las mismas marcas y números en las cartas de aviso y en las facturas, por ser necesario que la marca de los fardos, &c. la de dichas cartas, y la de las facturas sean unas mismas. Asimismo usan los mercaderes de ciertas marcas ó caractéres que solo ellos entienden, poniéndolos en cartoncitos ó cartulinitas aseguradas á las mercaderías ó sobre su cubierta, para acordarse del precio que han costado. Estas marcas que ellos llaman tambien números, se hacen segun el capricho de quienes las necesitan; mas por lo regular se sirven de muchos caractéres ó letras que tienen cada una su referencia particular á una cifra.

3 Es supérfluo decir que toda persona puede poner á sus mercaderías y cualesquiera otras cosas la marca ó señal que le parezca conveniente ó sea de su agrado, como tambien mudarla y sustituir otra, siempre que no cometa en ello ningun fraude ó falsedad, ni use de la de otro sugeto, especialmente si se le sigue de esto algun perjuicio, como si algun artífice ó fabricante de poca habilidad y fama usase de la marca ó sello de otro hábil y acreditado. Y mucho menos podrá ninguna persona hacer uso de la marca, señal, distintivo, ó insignia establebida por la ley, magistrado, ú otra persona que tenga autoridad pública para ello, para denotar y distinguir la calidad de alguna cosa, ó el empleo, dignidad, clase ó grado de algun sugeto, segun puede decirse de las obras ó monedas públicas, de los instrumentos de los escribanos, de la vara de justicia, del uniforme militar, y del hábito de los clérigos ó religiosos.

4 Los mercaderes de paños, sedas y brocados, ademas de deber

(*) La marca viene á ser tambien una especie de tradicion ó posesion, por cuyo medio el comprador, permutador, &c. adquiere el dominio de las cosas compradas ó permutadas en que la pone.

decir á los compradores de donde son, han de tener dichas telas señaladas con los sellos que hubiesen traido, los cuales no podrán quitarse ni mudarse de cada pieza hasta despacharse toda, sopena de falsarios á los contraventores (*a*).

5 La marca en cualesquiera cosas, sean mercaderías, sean animales, sean embarcaciones, induce la presuncion de que todas estas pertenecen al dueño de aquella, pues no debe reputarse por sí sola una prueba plena y legítima del dominio, mayormente cuando es tan fácil cometer el fraude de usar de marca ó señal agena. Sin embargo, conteniendo algunas personas sobre la pertenencia de cosas perdidas en navios ó robadas por piratas, debe declararse que corresponden al sugeto, cuya es la marca que tienen, puesto que á este asiste una congetura favorable de que carecen los demas. Asimismo teniendo las cosas la marca de algun ayuntamiento ó pueblo, será mayor la presuncion á favor de éste, y deberán aplicársele, por cuanto nadie puede hacer su uso de aquella por su propia autoridad.

6 Teniendo las cosas ó mercaderías marcas semejantes ó desemejantes de diversos sugetos que litigan sobre su pertenencia, estando alguno de estos en posesion de aquellas, deberá tenérsele por dueño; pues la presuncion á favor del que no posee, se desvanece por otra igual á favor del poseedor, quien por otra parte no debe ser despojado sin tener contra sí una prueba plena del dominio del actor. De aquí es, que si alguno fundado en la prueba de ser suya la marca de las mercaderías que otro posee, se las pide á éste, ha de absolvérsele, siempre que muestre el título de su adquisicion como el de compra ú otro legítimo. Si ninguna de dichas personas están en posesion de las cosas marcadas, y no hay ningun otro indicio á favor de una ó de otra, parece que no puede terminarse el litigio con una sentencia mas justa que la de la division.

7 Cuando varias personas formen alguna compañía de trato ó comercio, les es conveniente elegir algun sello ó marca de qué hacer uso en los géneros ó cosas de la compañía, para que no se confundan los negociados de ésta con los de otras contrataciones, y se evite toda incertidumbre. Puede elegirse el sello ó marca de alguno de los socios, bien por su calidad, bien por su crédito, bien por otro motivo, y acabada la compañía continuará siendo solamente de quien antes era, como es muy justo; pero si los compañeros eligen nueva

(*a*) Ley 6, tit. 12, lib. 5, R. y 7, tit. 4, lib. 9 N. R.

marca para la compañía, finalizada que ésta sea, deberá deshacerse aquella, para que no pueda cometerse ningun fraude con su uso.

CAPITULO XIV.

De las ferias y mercados.

1 Las *ferias*, cuya palabra se deriva de la latina *forum*, que significa *plaza pública* (*), *son los concursos de comerciantes, fábricantes, artesanos y otras muchas personas de todos estados y profesiones, nacionales ó estrangeras, que se hallan cada año en determinado lugar y ciertos dias: las unas para vender sus telas, manufacturas, obras, géneros y mercaderías, y las otras para comprarlas, ó solamente por curiosidad y tener parte en las diversiones que acompañan por lo regular á esta especie de concurrencias.* Estas ferias se llamaban entre los romanos *nundinæ* ó *novendinæ*, por celebrarse segun el señor Covarrubias en el dia nono, ó pasados los ocho en que solian publicar las leyes. Entre las ferias hay las que se llaman *francas*, por remitirse las contribuciones sobre las compras y ventas, ó disminuirse parte de ellas. En España fue en otros tiempos muy famosa la que se celebraba en Medina del Campo, y que menciona una ley Recopilada (*a*). Pueden confundirse las palabras *feria* y *mercado*; pero hay la diferencia que la primera ofrece la idea de un concurso mas numeroso y solemne, y de consiguiente mas raro; cuando en el mercado no suele haber ni grande concurrencia, ni considerable porcion de géneros ó mercaderías, ni ser su duracion de mas de uno ó dos dias semanalmente en los pueblos grandes, á fin de que se provean los concurrentes con alguna mas conveniencia de lo que necesitan para su consumo diario.

2 Es claro que los comerciantes, mercaderes y compradores no pueden congregarse en ciertos tiempos ni lugares sin un atractivo ó interés que compense ó esceda los gastos del viage y transporte de los géneros ó mercaderías; pues de otra suerte cada uno permaneceria en su propia casa. Mientras mas considerable sea tal

(*) No falta quien diga que la voz *feria* viene de la palabra *feræ*, *fieras*, porque á la feria general instituida en Roma por Tarquino el soberbio, y llamada *latina* a causa de concurrir á ella todo el pais latino en el monte Albano, se finalizaba con el sacrificio de un toro.

(*a*) La 1, tit. 20, lib. 9. ó 1, tit. 7, lib. 9 N. R.

interes, mejor soportarán los géneros mas lejanos transportes, y mientras mas numeroso y solemne sea el concurso de comerciantes y compradores, mas estenso podrá ser el lugar ó distrito en donde se tenga la concurrencia. El curso natural del comercio basta para formar este concurso y aumentarle hasta cierto grado. La concurrencia de los vendedores modera el precio de los géneros, y tambien éste limita el número de los vendedores. En efecto debiendo alimentar el comercio al que le egerce, es indispensable que el número de las ventas indemnice al comerciante de la pequeña ganancia que saca en cada una; y que por consiguiente el número de comerciantes se proporcione al número actual de consumidores, de manera que cada comerciante corresponda al número de estos.

3 Supóngase que el precio de una mercancía sea tal que para sostener el comercio se necesite vender de ella para trescientas familias. Es manifiesto que tres lugares de 100 familias, cada uno solo podrá sostener un comerciante de la tal mercancía. Este comerciante se hallará probablemente en aquel de los tres lugares donde el mayor número de compradores pueda reunirse mas cómodamente, ó á menos costa, porque la diminucion de gasto, hará preferir el comerciante establecido en este lugar á los que intentasen establecerse en algunos de los otros dos; pero muchas especies de géneros se hallarán verosímilmente en el mismo caso, y los comerciantes de cada uno de ellos se reunirán en el mismo pueblo por la misma razon de la diminucion de gastos, y porque quien necesita de dos especies de mercadurías, quiere mas bien hacer un viage que dos para proporcionárselas, lo cual en realidad es lo mismo que si pagára mas barata cada mercaduría.

4 Habiendo llegado el lugar á ser mas considerable por esta reunion aun de diferentes tratos, lo es cada vez mas, puesto que todos los artesanos, á quienes su trabajo no retiene en la campaña, y todos los hombres que por razon de sus riquezas están ociosos, se congregan allí para buscar las comodidades de la vida. La concurrencia de los comerciantes atrae la de los compradores por la esperanza del cómodo precio, y unos y otros continuan aumentándose recíprocamente hasta que la desventaja de la distancia compensa para los compradores distantes el buen precio de la mercaduría producido por la concurrencia, y aun lo que el uso y la fuerza del hábito añaden al atractivo del precio moderado. Asi se forman naturalmente los varios centros de comercio ó mercados, á que corresponden otros

tantos distritos, mas ó menos estensos segun la clase de mercaderías y la mayor ó menor poblacion (*).

5 La misma razon de comodidad que determina el concurso de los comerciantes y compradores á ciertos lugares, los determina tambien á ciertos dias, cuando las mercancías son demasiado viles para soportar largos transportes, y cuando el territorio no está bien poblado para suministrar con frecuencia un concurso suficiente. Tales dias se fijan por una especie de convencion tácita, y la menor circunstancia basta para ello. El número de jornadas entre los pueblos mas considerables de las inmediaciones combinadas con ciertas epocas que determinan la partida de los viajantes, tales como la proximidad de algunas fiestas, ciertos vencimientos de plazos para los pagos, toda especie de funciones periódicas, y en fin, todo lo que reunen en ciertos dias á un cierto número de hombres, suele originar el establecimiento de una feria ó mercado en los mismos dias, porque los comerciantes tienen siempre interés en buscar á los compradores, y los compradores á los comerciantes.

6 Supuestas estas noticias, que aunque generales son oportunas, hablemos segun nuestras leyes de las ferias y mercados. Solo se pueden celebrar en los lugares ó pueblos en que han solido celebrarse, á no ser que el Rey conceda á otros el privilegio de que las tengan de nuevo (*a*), como asimismo en los dias señalados para ellas, que en ninguna manera se han de prorogar, y en los arrabales ó sitios que señalen los ayuntamientos (*b*).

7 El conceder permiso para celebrar nuevas ferias es una regalía del Soberano, y por lo tanto los Duques y cualesquiera otras personas ó concejos que usaren de ella por su propia autoridad, incurren en varias penas prescriptas por las leyes. Ademas cuantos llevasen á las tales ferias ilegítimas géneros ó mercaderías para comerciar, las pierden juntamente con las caballerías en que las condugeren, del mismo modo que los compradores pierden tambien lo que tomaren en dichas ferias (*c*).

8 En orden á los tribunales que deben conocer de las concesiones de ferias y mercados, he aqui á la letra una real órden mo-

(*) Este es el origen mas comun de las aldeas, lugares y ciudades.
(*a*) Ley 3, tit. 7, P. 5. (*b*) Asi parece inferirse de las leyes 9 y 10, t. 20, lib. 9 R. que hablan de casos particulares, si bien se han omitido en la N. R.
(*c*) Leyes 2, tit. 1, P. 2 y 5, tit. 20, lib. 9 de la Recop. o 2, tit. 7, lib. 9 N. R.

derna que trata de este asunto (*a*). »Ilustrísimo señor. En 19 de Octubre último llevó el Sr. Don Pedro de Lerena á la suprema Junta de estado una consulta del Consejo de hacienda de 11 de Agosto próximo pasado, recordando otra de 16 de Enero, reducidas á que se prevenga al Consejo y Cámara de Castilla no se mezclen en negocios de la dotacion de aquel tribunal; pues sin embargo del real decreto de 23 de Marzo de 1763 (*b*), y otras resoluciones y órdenes posteriores en que está declarado que con arreglo al capítulo quinto de la planta dada á dicho Consejo de hacienda, le toca el conocimiento de concesiones de ferias y mercados francos ó con minoracion de tributos... el Consejo y Cámara de Castilla han continuado... en admitir las solicitudes de ferias y mercados francos, y consultar sobre ellas en varias ocasiones. Teniendo presente la Junta que el Consejo de Castilla está encargado por las leyes, como su principal instituto del gobierno político y policía de los pueblos, y de facilitarles cuanto conduzca á su fomento y prosperidad, por cuya razon ni él, ni la Cámara dejarán de tomar conocimiento, y de consultar lo que estimen conveniente á este fin, como pueden serlo las ferias y mercados, le pareció que todo se puede combinar con el espresado decreto de 1763, estableciendo por regla fija que por la secretaría del despacho de Gracia y Justicia, cuando vinieren á ella consultas del Consejo ó Cámara sobre asuntos que tengan conexion con los derechos reales, como son los de ferias y mercados francos, ó con minoracion de derechos, se pasen á la via de hacienda, para que por ella se les dé curso; y si los mercados y ferias no fueren francos (en cuyo caso no hay duda que no toca conocer de ellos al Consejo de hacienda sino al de Castilla como mero asunto de policía) se despachen por Gracia y Justicia; pero si las consultas trajeren mezclados con los asuntos relativos á hacienda otros de gobierno y policía de los pueblos, ó se despachen por Gracia y Justicia, pasando aviso de la resolucion de S. M. al ministerio de hacienda, para que por él se formalice y ejecute lo tocante á su respectivo cumplimiento, ó se remita la consulta á Hacienda, para que se resuelva por aquella via lo que le corresponda, y la devuelve con aviso de ello á Gracia y Justicia, á fin de que se despache en lo demas, como se ha ejecu-

(*a*) Véanse las leyes 7 y 8, tit. 7, lib. 9 N. R. (*b*) Es la ley 12, tit. 10, lib. 6 N. R.

tado algunas veces.=El Rey habiéndole dado cuenta de este asunto, se ha conformado en todo con el espresado dictamen de la Junta. San Lorenzo 6 de Noviembre de 1789."

9 En órden á los mercados para granos he aqui lo dispuesto en una real provision (*a*). »Que en la ciudad ó villa principal donde no haya establecida alhóndiga, se establezca dando antes cuenta al Consejo; y en los pueblos principales en que se considere conveniente establecer mercardo público, se proponga al Consejo, teniendo consideracion á los dias en que los haya en los pueblos de 10 leguas en contorno, para que en ellos se conduzcan libremente granos á vender con todas las circunstancias que mas faciliten el establecimiento firme de este comercio, informando al mismo tiempo al Consejo de las reglas que se estimen mas oportunas para acordar con vista de todo lo conveniente."

10 A fin de que las ferias y mercados sean mas concurridos, deben las justicias y ayuntamientos de los pueblos en que se celebren, procurar por todos los medios posibles que lejos de causarse molestias y perjuicios á los mercaderes ó comerciantes, sean bien tratados, y se les haga justicia con celeridad en los asuntos ó negocios que deba administrarseles. Con el mismo objeto se han dictado en su favor varias leyes. Cuando se quiten ó tomen por fuerza algunos bienes ó mercaderías á algun mercader ó comerciante que hubiese concurrido á una feria, probado el hurto ó la violencia, aunque el robado no acredite qué cosas ni cuántas le robaron, el juez del territorio del delito debe recibir su juramento, considerando antes qué clase de hombre es, y con cuales mercaduríias solia comerciar: á cuya consecuencia apreciada la cantidad debe hacerle entregar de los bienes de los robadores todo cuanto hubiese jurado que le robaron, é indemnizar de todos los perjuicios que le ocasionó la fuerza; y sino pudiesen ser hallados los robadores, ó no bastasen sus bienes para la indemnizacion, el Concejo ó el señor del lugar en que se hizo el robo, ha de hacerlo con sus propias facultades (*b*).

11 Ademas los señores de los pueblos en que se tengan las ferias, no han de exigir de los comerciantes ningun impuesto fuera del que se les hubiese otorgado en el privilegio ó concesion de la feria ó mercado; como ni tampoco ellos ni los moradores de dichos pueblos

(*a*) De 30 de Octubre de 1765 cap. 7. Es la ley 12, tit. 19. lib. 7 N. R.
(*b*) Ley 4, tit. 7, Part. 5.

pueden durante los mercados, ni en los dias de ida y vuelta proceder por prision, embargo, ni de ninguna otra manera contra los mercaderes por deudas anteriores á aquellos, aunque sí podrá apremiarseles á la satisfaccion de las contraidas en las mismas ferias, ó en las pasadas, ó en otras partes con la condicion de pagarlas en ellas, y á la de los derechos reales (*a*).

12 Los privilegios ó concesiones de ferias ó mercados son y deben durar siempre; mas se pierden, sino se hiciese uso de tales gracias en el término de 10 años contados desde su otorgamiento, ó si se abusase de ellas, como por egemplo propasándose á mas de lo concedido: *Ca derecha cosa es, que los que usaren mal de la gracia, ó de la merced que los Reyes les fazen, que la pierdan* (*b*).

13 Pondérase mucho, como manifiesta la utilidad de las ferias. Todas las gentes, se dice, y con especialidad los aldeanos se surten allí de lo necesario para su sustento, vestido y menaje de casa: cada uno compra los aperos y utensilios que le hacen falta para la labranza ó egercicio de su arte: las luces se comunican recíprocamente, las cosas se ponen en continuo movimiento, y su circulacion se facilita. Pero sin impugnar esto deben tenerse en consideracion las reflexiones siguientes, con que finalizaremos este capítulo.

14 Indudablemente una feria debe enriquecer el lugar en donde se celebra, y engrandecer alguna poblacion particular; y cuando toda la Europa gemia con las trabas del gobierno feudal: cuando cada aldea formaba, por decirlo así, una soberanía independiente: cuando los señores encerrados en sus castillos ó fortalezas solo veian en el comercio un medio de aumentar sus rentas, sometiendo á contribuciones y portazgos á todos los que la necesidad ponia en la precision de pasar á sus tierras; no tiene duda, que los primeros que entre ellos fueron bastante ilustrados para conocer, que disminuyendo algun tanto sus escesivos derechos serian bien indemnizados por el aumento del comercio y de los consumos; vieron bien pronto los pueblos de su residencia enriquecidos, engrandecidos y hermoseados. Tampoco tiene duda que cuando los Reyes y Emperadores hubieron aumentado su autoridad lo bastante para libertar de las contribuciones exigidas por sus vasallos, las mercaderías destinadas para las ferias de

(*a*) Leyes 3, tit. 7, Part. 5 y 8 y 10, tit. 20, lib. 9 de la Recop. La 1 de estas es la ley 3, tit. 7, lib. 9 N. R. en que se ha omitido la 2. (*b*) Leyes 42, tit. 18, P. 3, y 3 cit. al fin. tit. 7, P. 5.

ciertas ciudades que querían favorecer, llegaron á ser éstas necesariamente el centro de un vasto comercio, aumentándose su poder con su riqueza; pero despues que todas estas pequeñas soberanías se han reunido para formar un grande estado bajo el gobierno de un solo Príncipe, si la negligencia, la fuerza del hábito, la dificultad de reformar los abusos, aun cuando se quiere reformarlos, y la dificultad tambien de quererlo; han sido las causas de conservar las mismas trabas, los mismos derechos locales, y los mismos privilegios establecidos, cuando cada provincia y ciudad obedecia á diferentes Soberanos: ¿no es cosa estraña que este efecto de la casualidad haya sido no solamente alabado, sino tambien imitado como la obra de una sana política? ¿no es cosa estraña que con muy buenas intenciones y la mira de hacer florecer el comercio se hayan establecido nuevas ferias, se hayan aumentado los privilegios y esenciones de ciertas ciudades, se haya impedido el establecer ciertos ramos de comercio en provincias pobres por temor de perjudicar á algunas otras ciudades enriquecidas mucho tiempo antes por los mismos ramos de comercio? ¿Qué importa que sea Juan ó Pedro, la Andalucía ó la Cataluña, quienes fabriquen tal ó tal mercadería, con tal que el estado se enriquezca, y todos los españoles vivan? ¿Qué importa que una tela se venda en el lugar de su fábrica ó fuera de él, siempre que el fabricante ú operario perciba la recompensa de su trabajo? Una masa enorme de géneros comerciables, amontonada en un lugar bajo un solo golpe de vista, sorprenderá los ojos de los políticos superficiales. Las aguas reunidas artificiosamente en fuentes y canales divierten á los viageros por la ostentacion de un lujo frívolo; pero las aguas que distribuyen uniformemente las lluvias sobre la superficie de las campañas, y que solo el declive de los terrenos dirige por todos los valles formando en ellos fuentes ó manantiales, llevan consigo por todas partes la riqueza y fecundidad. ¿De qué servirá se haga un gran comercio en cierta ciudad, y en breve y determinado tiempo, si este comercio momentáneo solo es grande por las causas mismas que oprimen el comercio, y que se dirigen á disminuirle en cualquiera otro tiempo y en toda la estension del estado? ¿Se ha de ayunar, dice un apreciable escritor, todo el año, por tener una buena mesa en ciertos dias? En Holanda no hay ferias; mas toda la estension del estado y todo el año forman, por decirlo asi, una feria continua, mediante que el comercio está allí siempre y en todas partes igualmente brillante.

CAPITULO XV.

De los corredores, y por incidencia de las bolsas públicas.

1 Entre las varias significaciones que tiene la palabra *corredor*, la que hace á nuestro propósito, *es la de ser una persona que se egercita por razon de su oficio en facilitar los contratos procurando avenir las voluntades de los contrayentes.* Así es, que los corredores son unos mediadores entre estos, lo cual significa la voz *proxenetas*, segun se les llama en el derecho romano, y no puede dudarse que son unas personas muy útiles ó necesarias en el comercio (*). Dióseles el nombre de *corredores*, como se deja conocer, por andar corriendo de una parte á otra para concertar á los contratantes (*a*).

2 En las poblaciones donde su vecindario y tráfico permiten que haya muchos corredores, forman por lo regular un cuerpo, y son nombrados por los individuos del gremio de mercaderes ú otro á quien sirven. En Bilbao solo ha de haber ocho corredores que nombran siempre el prior y cónsules, y se les ha de recibir juramento conforme á derecho que han de ratificar á principio de cada año, de egercer debidamente su oficio guardando las ordenanzas de dicha ciudad (*b*). En Cádiz hay una universidad ó colegio de corredores de lonja de la ciudad y su comercio, que se compone de 45 españoles y 15 estrangeros. Su nombramiento corresponde al dueño del oficio de corredor mayor de lonja de dicha plaza, que por precio de tres millones de reales se enagenó de la corona en el año de 1745 con la condicion de que nadie pudiese usar el oficio de corredor, sin que fuese nombrado por el propietario, y de que ningun comerciante habia de hacer negocio sino por mano de los corredores numerarios; y tambien con la facultad de nombrar juez conservador que conociese en primera instancia de las causas y negocios concernientes ó dichos oficios, otorgando las apelaciones para la Junta general de comercio (*c*). En Aragon los nombran los mayordomos, capítulo y prior

(*) Sin embargo los interesados no tienen necesidad de valerse de ningun corredor, y pueden contraer por sí.

(*a*) Ley 33, tit. 26, Part. 2. (*b*) Ordenanzas de Bilbao, cap. 15, núm. 1.

(*c*) Real cédula de 30 de Octubre de 1750 en que se insertan y mandan guar-

de gremio de mercaderes á nombre de éste. En los demas lugares que tengan corredor ó corredores pertenece su eleccion al ayuntamiento ó cabildo, que está en posesion de elegirlos, el cual no puede nombrar mas número del acostumbrado (*a*); si bien para algunos pueblos los nombra S. M. como para la corte, donde hay tambien cierto número de corredores que se ocupan en dar noticia á los mercaderes de todos los géneros que entran diariamente en la aduana, y en otras agencias (*). A vista de lo espuesto, y de que los corredores deben prestar juramento de usar bien y fielmente su oficio (*b*), es claro que este es público y no privado; como tambien que aquellos han de egercerle por sí mismos, á no ser que quienes los nombraron, les permitan nombrar substitutos y aprueben este nombramiento, que es lo que disponen nuestras leyes (*c*) acerca de los oficios públicos, para cuyo desempeño nombra el Rey sugeto de su confianza.

3 Los corredores han de ser personas de buena opinion, prudentes, sigilosos é inteligentes en todo género de comercio de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos. Ademas han de ser naturales de estos reinos; pues bajo la pena de perder todos sus bienes y de destierro perpetuo del reino no puede ningun estrangero usar en España del oficio de corredor, sea de cambio, sea de lonja ó mercaderías (*d*).

dar las ordenanzas formadas con 35 capítulos para dicha universidad ó colegio.

(*a*) Ley 11 tit. 18 lib. 5, R. ó 2 tit. 6 lib. 9 N. R.

(*) Hemos leido la real cédula de 10 de Abril de 1739, donde se incluyen y mandan observar las ordenanzas formadas para la congregacion de los 14 corredores de lonja de esta corte, que han de gozar de la proteccion y fuero de la Junta general de comercio, en la cual deben prestar el debido juramento los corredores que nombren los dueños particulares de los tales oficios, y que haya aprobado la congregacion. Dichas ordenanzas constan de 22 capítulos que espresan las cualidades y obligaciones de los corredores, y nada tienen de particular. Ademas en la ordenanza 26 de las 32 relativas á los cinco gremios mayores de Madrid, é insertas en una real cédula de 19 de Septiembre de 1783 se prohibe á los corredores negociar en utilidad propia, directa ni indirectamente, por sí, ni por otras personas, en géneros ó efectos correspondientes á su intervencion; como tambien ser factores ó comisionistas de individuos de dichos gremios ni de otras personas, cuyas contravenciones ha de castigar á su arbitrio la Junta general de comercio. Los comerciantes, arrieros y otros no han de ser precisados á valerse de corredor para vender sus géneros, ni á pagar derechos de corretajes por las ventas que se hagan sin su intervencion; pues se han de poder valer del sugeto que les parezca, siempre que éste nada interese por su trabajo á los vendores, compradores, ni otras personas.

(*b*) Ley final al fin tit. 26 P. 2. (*c*) Las 18 y 19 tit. 3 lib. 7 de la Recop. 6 1 y 2 tit. 6 lib. 7 N. R. (*d*) Ley 7 tit. 18 lib. 5 de la Recop., ó 1 tit. 6 lib. 9 N. R. Ordenanzas de Bilbao cap. 15 núm. 2.

4 No puede haber corredores de ganados en las ferias y mercados donde se vendan, ni las justicias han de permitirles el uso de dichos oficios; y asimismo ninguna persona ha de salir ni enviar á comprar en los caminos los ganados que se llevaren á vender en los mercados bajo la pena de perder lo asi comprado con el doblo, que ha de aplicarse por terceras partes al fisco, juez y denunciador (*a*).

5 Una de las principales obligaciones de los corredores es la de tener un libro foliado en debida forma para sentar en él diariamente por sí ó de otra mano todos los negocios en que intervengan, con espresion de los nombres de los negociantes, del vendedor y comprador, dador y tenedor, segun fueren, de la fecha, circunstancias y clase de negocios: por manera que habiéndose tratado de mercaderías, se han de especificar sus calidades, precios, marcas, números, plazos, y demas que los contrayentes declaren, y si de letras, han de individualizarse sus datas, términos, libradores y tenedores, á cargo de quien y de qué plaza, cambios, endosos y demas circunstancias que contengan, para que en caso de discordia puedan y deban hacer fe su asiento y declaracion, habiendo de rubricar precisamente de su mano todas las partidas sentadas, y jurar tambien al hacer su juramento al principio de cada año, que han sentado puntualmente en sus libros todas las partidas de los negocios en que hubiesen intervenido el año anterior (*b*).

6 Aunque en todos los hombres deben reinar la buena fe, la verdad y la fidelidad, con particularidad ha de poder decirse esto de los corredores; pues seria cosa inicua y perjudicial al comercio que correspondiesen con una perfidia á la confianza que hubiesen hecho de ellos los mercaderes y contratantes. Por lo tanto, los fraudes y falsedades que cometan los corredores en los negocios propios de su oficio, deben castigarse con mas severidad que en otros á arbitrio del juez segun los casos y circunstancias, á no ser que haya penas determinadas y establecidas en las leyes ú ordenanzas de los pueblos ó consulados. En nuestra legislacion apenas se encuentra sobre este punto disposicion que merezca referirse; y asi solo diremos que si por culpa, engaño ó dolo del corredor se vende alguna cosa por mas de su valor, es conforme á razon que abone el esceso al comprador, mayor-

(*a*) Ley 8 tit. 14 lib. 5 de la Recop. ó 5 tit. 7 lib. 9 N. R. (*b*) Ley 11 tit. 18 lib. 5 de la Recop., ó 2 tit. 6 lib. 9 N. R. Ordenanzas de Bilbao cap. 15 nn. 5 y 13.

mente si este no puede cobrarle del vendedor (*a*), en cuyo caso y en otros semejantes parece tambien conforme á razon que no sea perjudicado el contrayente principal, ni se anule el contrato, como no hubiese sido partícipe del dolo, ni tenido noticia de él (*).

7 Ningun corredor puede comprar, ni vender, ni tratar en ninguna especie de mercaderías por sí ni por medio de otra persona, ni tenerlas propias para venderlas, y contraviniendo á esto ha de castigársele con la perdida de dichas mercaderías y una pena pecuniaria aplicada por terceras partes al fisco, juez y denunciador. Tampoco puede ningun corredor, sea de lonja ó mercaderías, sea de ganados, sea de cualesquiera otras cosas, muebles ó raices, tomar para sí comprado nada de lo dicho que se les dé á vender, por poco ó mucho precio, por sí ó por interposicion de otro sugeto, sopena de perder su oficio y de ser multado por cada vez que lo hiciere. Asimismo un corredor no puede por sí ni por interpósita persona comprar á otro corredor ningunas cosas de las que se hubiesen dado á éste para venderlas: ni un corredor ha de dar á vender á otro corredor las que se le hayan dado para su venta ó despacho (*b*). Finalmente los corredores no pueden ser aseguradores en ninguna manera, ni por mar ni por tierra, ni tener interes en navíos ni otras embarcaciones (*c*).

8 En una real cédula (*d*) se prohibe absolutamente y bajo ciertas penas á toda clase de personas mezclarse con ningun pretesto como corredores ó mediadores en la negociacion de vales reales, y solo se permite intervenir en ella á los corredores jurados y numerarios de cada plaza, con la condicion precisa de llevar en sus libros asientos formales de cada negocio, y de observar las mismas solemnidades que les prescriben las ordenandas respecto á las letras de cambio.

9 Originándose algun litigio sobre cosa que se hubiese vendido con intervencion de corredor, si los litigantes consienten que este sea testigo en aquel, debe el juez apremiarle á declarar lo que sepa; mas no puede hacerlo, si uno de los interesados lo repugna, aunque el corredor de su grado podrá hacer la deposicion (*e*).

10 Los corredores que saquen paños para algunas personas, de-

(*a*) Asi se infiere de la ley 8 tit. 7 P. 7

(*) Aunque haya intervenido corredor en el contrato, si hay lesion en mas de la mitad del justo precio, competirá al leso la accion correspondiente.

(*b*) Ley 26 tit. 11 y 14 tit. 12 lib. 5 R. ó 3 y 4 tit. 6 lib. 9 N. R. Ordenanzas de Bilbao cap. 15 nn. 9 y 10. (*c*) Orden cit. núm. 11 sig. (*d*) De 8 de Abril de 1799. (*e*) Ley 36 tit. 16 Part. 3.

ben dar noticias de todas las ventas y trueques en que intervengan, dentro de los dos dias siguientes á su celebracion, á los recaudadores de las alcabalas, y si estos los presentan para deponer con juramento sobre ellas contra el vendedor ó comprador, valdrán en un todo sus declaraciones, aunque no hay otro testigo, siendo hombres de buena fama, en cuyos términos tambien ha de ser creido el comprador contra el vendedor (*a*).

11 En órden á cuanto ha de ser, y quien ha de pagar el corretage, salario, ú honorario del corredor, habrá de estarse, á falta de ley, á lo que haya introducido la costumbre, ó se halle prevenido en las ordenanzas de los pueblos ó de los consulados. En nuestras leyes no se halla decision clara sobre este punto.

12 Hemos hablado de los corredores de lonja y de cambios, ó indistintamente de unos y de otros; pero no debemos pasar en silencio otros que no se mencionan en nuestra legislacion, que solo residen en los puertos y son llamados *corredores de navíos*. Las ordenanzas de Bilbao traen un capítulo de ellos (*b*), segun el cual sus obligaciones vienen á ser las mismas que las de los demas sobre no comerciar, tener libro de asiento, &c. con la diferencia solo que induce la de los mismos negocios, por lo que única y brevemente diremos lo que es peculiar de dichos corredores.

13 Estos han de servir de intérpretes á los capitanes y maestres estrangeros que ignoren nuestro idioma, y por lo mismo deben entender varias lenguas como la francesa, holandesa, flamenca y otras, debiendo ser prácticos en una ó mas de ellas.

14 Teniendo que hacer los maestres de cualesquiera embarcaciones estrangeras y sus marineros algunas declaraciones y protestas, ha de ser por medio de los corredores de navíos, quienes siempre que haya de practicar tales diligencias, han de jurar nuevamente que procederán en estas con toda verdad y pureza. Ademas, ofreciéndose el caso de haber de valerse de ellos para la traduccion de algun papel, han de nombrar los jueces quien la haya de hacer de oficio en rebeldía de los interesados, ó por nombramiento de estos mismos, y reiterarán el mismo juramento de proceder con la misma justificacion, con lo cual la traduccion será digna de fe.

15 Cuando algun capitan ó maestre quiera valerse de algun corredor, ó algun comerciante le avise para la asistencia del capitan ó

(*a*) Ley 28 tit. 19 lib. 9 R. (*b*) Es el 16 pág. 121.

maestre, es obligacion suya instruirle de los estilos del comercio, de sus ordenanzas, de la costumbre en punto á cargas y descargas, y de *las demas diligencias necesarias y conducentes antes de las descargas*, acompañándole á hacer la protesta de mar (*a*), si hubiere de hacerse. Pero sin embargo, los mercaderes y capitanes ó maestres de navios pueden obrar por sí solos en la direccion de las embarcaciones y cobranza de sus fletes sin valerse de los intérpretes corredores, aunque han de llevar la misma cuenta ó razon individual de los fletes y demas de que deben tener asiento los intérpretes corredores.

16 Aunque hemos referido varias disposiciones muy razonables y justas acerca de la conducta, imparcialidad y fidelidad de los corredores en el desempeño de su oficio, será conveniente añadir que es muy difícil, cuando no imposible, contenerlos dentro de los límites de sus deberes, mientras no haya en los pueblos de comercio *bolsas públicas* ó casas proporcionadas para reunirse en ellas los comerciantes y tratar de sus negocios. Aunque el establecimiento de las *bolsas públicas* esté generalmente reconocido por muy útil, aun no tenemos ninguna en nuestra España, ó por lo menos no ha llegado á nuestra noticia, por cuya razon los comerciantes se ven precisados á reunirse enmedio de las plazas públicas ú otros parages para tratar de sus asuntos.

17 »La bolsa de Amsterdam, segun un escritor, ofrece un modelo de la utilidad de estos establecimientos. Allí todos los comerciantes congregados tratan en algunas horas los mas importantes negocios y dan un movimiento tan regular al comercio de aquella ciudad. La elegancia de su arquitectura corresponde á la utilidad de su objeto, y un órden invariable y el mayor decoro llaman desde luego la atencion. Su figura es un gran *caré* rodeado de una galería cubierta, de cerca de 15 pies de ancho; y la obra construida sobre ella está sostenida por columnas y pilastras numeradas; cada comerciante tiene allí su sitio determinado donde siempre se halla; los diferentes ramos de comercio están divididos y separados, y en el medio ó centro se hacen las negociaciones de efectos públicos. A la una y media se abren las rejas que cierran las dos entradas, y á las tres y media se cierran, habiéndose tratado en este intervalo los negocios mas importantes. La entrada en la bolsa está libre para todo el mundo, sin aquellas averiguaciones superfluas ni aquellos exámenes impertinentes que se ha-

(*a*) Véase el cap. *de los navegantes*, nota del n. 18.

cen en la puerta de lo que se llama la bolsa de Paris, y asi los estrangeros como los ciudadanos pueden presentarse en la bolsa sin sufrir bochornosos desaires. Los sitios destinados para los diferentes ramos de comercio, en que cada comerciante tiene su lugar fijo, desvanecen toda confusion. El ciudadano y el estrangero pueden sin ser comerciantes tener negocios que los llamen á la bolsa, y les es fácil encontrar en ella á los que buscan, si saben cuáles son sus ramos de comercio."

18 »Los corredores y agentes de cambios no son en Amsterdam sino unos mediadores pasivos que se limitan á cumplir con este deber, y toda clase de operacion por su propia cuenta les está prohibida, por manera que no pueden tener influjo directo en las alzas y bajas del precio de las mercaderías ó efectos comerciables, y el precio que ellos dicen tener estos, es siempre esacto é imparcial."

19 Con especialidad en Paris se esperimentan los inconvenientes de no tener bolsa, pues yo no creo que pueda mirarse como tal la reunion de unos jugadores ú holgazanes aglomerados en una iglesia, donde solo se habla de los efectos del gobierno. Allí no hay órden ni decoro; allí se encuentra el fallido fraudulento á lado de un obscuro factor ó de un mediador incógnito, y lo mas reparable es que casi nunca se ven comerciantes; allí enmedio de un grupo de vagos y de jugadores sin fe se ensalza ó envilece el crédito público al arbitrio de la codicia de algunos hombres, que usurpan ganancias tanto mas injustamente adquiridas que la mayor parte de ellos no tienen medio para reembolsar las pérdidas. La táctica de estos especuladores es segura, pues reciben y solo pagan cuando quieren; son codiciosos en las suertes que les son favorables, pero se hacen invisibles si les son contrarias. Los corredores son especuladores, y los especuladores son corredores, de modo que enmedio de esta confusion general solo puede advertir un observador la mas consumada anarquía."

20 »En Paris es donde se esperimenta mejor el inconveniente de no tener bolsa. Las operaciones se hacen en la oscuridad de los gabinetes, donde se ocultan ó disfrazan segun las circunstancias, y muchas veces nunca se sabe de ellas. El influjo de un corredor acreditado es muy poderoso, y los banqueros de la capital estan siempre mas ó menos bajo de su dependencia. Puede dirigir los movimientos del cambio, determinar los precios, destruir la mejor reputacion, ensalzar la mas oscura, y hacer variar á su arbitrio el crédito, por tener en su mano las facultades de muchos comerciantes."

21 »Los mas de los corredores acostumbran en *Páris* hacer operaciones por su cuenta, y su profesion los pone en una situacion sobremanera ventajosa para ello, por cuya razon los caudales mas rápidos y brillantes son siempre el fruto de esta especie de comercio *anfibio*. El comercio no advierte que estos caudales se forman á costa suya, ó por mejor decir, no puede impedirlo á causa de no haber medios para ello, por nacer este abuso de otro abuso que mientras no se destruya le hará subsistir. Para reducir los corredores á los límites de su profesion, é impedir que creen un comercio neutral en medio de un comercio establecido, sería necesario que los comerciantes pudieran congregarse y hacer mas directamente sus operaciones; pues hasta ahora la estension de la capital y la distancia de sus habitaciones los precisa á ser tributarios de un rico corredor..."

22 »Los beneficios de una bolsa pública no son únicamente por los comerciantes, pues ademas ofrecen al legislador un medio mas seguro de arreglar el curso del comercio, y de libertar los contratos de las oscuridades y trabas imposibles de prevenir sin semejante publicidad. Mientras que sea el comercio una especie de negociacion de gabinete, la ley no podrá penetrar su oscuridad ni evitar las diferencias que ella origina. Las denegaciones é infidelidades estarán siempre esentas de su poder, y los jueces no podrán tener en sus decisiones la necesaria ilustracion. = Los corredores á quienes la ley examina como testigos son partes interesadas, y su afirmacion no puede por lo mismo servir de prueba... Deben mirarse como unos agentes públicos, cuyo encargo ha de circunscribirse al papel de mediadores pasivos entre los contrayentes, y por lo tanto se les ha de hacer optar entre el papel de comerciante y el de agente. No deben tener interés en los contratos que celebren, porque desde que pueden aplicarse las ganancias, dejan de ser partes neutrales, y engañan al uno de los contrayentes, y muchas veces á los dos..."

23 »Importa pues al comercio que las operaciones se hagan en la bolsa pública, y que todas las razones ó facturas de los corredores tengan la fecha de tal ó tal bolsa; que en ningun caso puedan los corredores hacer operaciones directa ni indirectamente por su cuenta, bajo ciertas penas graves á los contraventores; que haya número determinado de corredores, y que sus nombres y domicilios esten sentados en los archivos de los tribunales de comercio, y en un catálogo ó lista puesta de manifiesto en la bolsa pública: que los elijan ó nombren los comerciantes reunidos: que ningun fallido pueda ser

corredor, y en fin, que den una garantía de su conducta y moralidad. De esta manera se verán los comerciantes libres de una multitud de hombres incógnitos que abrazan aquella profesion, y abusan muchas veces de la confianza que usurpan á fuerza de importunidades."

24 Habiendo referido parte de lo que dice un escritor acerca de los corredores y bolsas públicas de Amsterdam y París, hemos espresado lo que respecto á los unos y á las otras debe providenciarse y hacerse en nuestra España.

CAPITULO XVI.

De los libros de los comerciantes.

1 Los libros de un comerciante son, segun dice uno de Leon de Francia muy hábil en su profesion, los fieles depositarios de todas sus acciones y aun pensamientos, y deben mirarse no solo como un medio que le demuestre á cada instante el estado y progresos de su comercio, sino tambien como un monumento que puede acreditar su probidad, y apoyar sus reclamaciones ó solicitudes, é influir en la decision de los tribunales cuya proteccion implore. Mas para esto es indispensable que los libros esten bien dispuestos y arreglados segun las fórmulas y solemnidades que prescriban las leyes. La falta de esactitud ocasiona la confusion ó desórden, al cual se siguen las bancarrotas, pues sucede por desgracia que comerciantes poco delicados forman libros en el tiempo próximo á su quiebra para burlarse asi de sus acreedores. Las mejores especulaciones, y las operaciones mas brillantes y mejor combinadas llegan frecuentemente á ser perniciosas, sino se dirigen con aquel órden severo y aquel buen gobierno que aseguran en mucha parte su buen éxito... Un comerciante que sabe ordenar todos los detalles de su casa, y establecer en ella un sistema interior bien arreglado, camina á pie firme, ve con una sola ojeada todos sus medios, calcula todos sus recursos, y prove todos los accidentes. Sus operaciones son siempre seguras, porque son independientes y ha sabido dominarlas: su crédito es siempre uno mismo, porque sabe dirigirle y nunca depende de él: domina los sucesos, y los sucesos no dominan sus negocios: su trabajo es facil, porque su memoria está libre de los cuidados é inquietudes que el desórden lleva consigo: conserva sus amigos, porque hallan en él una precision que agrada, una claridad y un método que hacen sus relaciones fructuo-

sas y agradables. Los caudales mas brillantes se desvanecen con un mal gobierno, y los medios mas débiles se multiplican empleados sabiamente. Así vemos cada dia engrandecerse las casas mas modestas, y llegar al mas alto grado de consideracion y crédito, mientras que todo el vano aparato de prosperidad, brillantez y manificencia que afectan algunos nuevos comerciantes tan vanos por sus inmensos fondos, solo deslumbra un momento al comercio, y los precipita muchas veces de desgracia en desgracia en el abismo ignominioso de una bancarrota que pone patente á todos su falta de prevision é incapacidad. El comerciante que conoce toda la importancia de tales detalles, sabe muy bien combinar las diversas relaciones, vela atentamente sobre que todas sus partes esten fielmente arregladas, conoce los talentos que pueden auxiliarle, porque él mismo los tiene, los dirige hábilmente haciéndoles contribuir á su utilidad, y no le engaña un hombre incapaz, porque sabe apreciar el mérito. La mala fe no le burla, porque sabe adivinarla, sus libros estan siempre muy bien arreglados y su comercio prospera. Los embarazos de esta sujecion serán bien compensados por los beneficios que han de seguirse de ella.

2 La suma importancia del buen arreglo de los libros de los bancos ó cambios públicos, comerciantes y mercaderes fue bien conocida hace mas de dos siglos y medio por nuestros legisladores. El Emperador Don Cárlos y la Reina Doña Juana mandaron en los años de 1549 y 1552 bajo ciertas penas que todas las referidas personas, fuesen naturales ó estrangeras, tratasen en estos reinos ó fuera de ellos, tuviesen precisamente en lengua castellana sus libros de caja y manual, y cualesquiera otros tocantes á sus negocios mercantiles, y que no pudieran entregarse ni remitirse originales á sus compañeros ni mayores sino un traslado de ellos, para que pudiesen dar la cuenta, siempre que se les pidiese, prescribiendo ademas otras formalidades que despues se espresan (*a*). Ademas esperimentándose generalmente en el comercio considerables perjuicios, por no observarse esta disposicion en cuanto al uso de los libros en nuestro idioma, encargó el señor Don Cárlos III su observancia en una real cédula que espidió la Junta general de comercio (*b*); si bien habiendo hecho presente al Rey el Embajador de Inglaterra que lo dispuesto en dicha cédula era contrario á lo estipulado espresamente en el artítulo 31

(*a*) Ley 10 tit. 18 lib. 5 R. ó ley 12 tit. 4 lib. 9 N. R. (*b*) Es de 24 de Diciembre de 1772, y la ley 13 tit. 4 lib. 9 N. R.

del tratado de paz de 23 de Mayo de 667, mandó ó declaró S. M. (*a*). que su contenido solo debia entenderse con los comerciantes por menor y con los estrangeros por mayor que á causa de haberse avecindado y connaturalizado en España no gozasen de los privilegios de su nacion (*b*).

3 Pero lo mas útil é importante que podemos esponer sobre dichos libros, es el capitulo 11 de las ordenanzas del consulado de Bilbao, que por haberse insertado en una real resolucion (*c*) ha pasado á ser ley de la Novísima Recopilacion (*d*). Segun ella deben tener todos los tratantes y comerciantes por mayor al menos cuatro libros de cuentas, á saber; un borrador ó manual, un libro mayor, otro para el asiento de cargazones, ó facturas, y un copiador de cartas (*). En el borrador ó libro manual que ha de estar encuadernado, numerado, foliado y forrado, ha de sentarse la cuenta individual de todo lo que se entrega y recibe diariamente, espresando con claridad en cada partida el dia, la cantidad, la calidad de los géneros, peso, medida, plazos y condiciones, todo segun se efectue el negocio, y debiendo escribirse todas sus hojas puntual y consecutivamente sin dejar blanco alguno y con el posible aseo.

4 Al libro mayor, que tambien ha de estar encuadernado, numerado, foliado y forrado, y ademas con el rotulo del nombre y apellido del mercader, cita del dia, mes y año en que principia con su abecedario adjunto, deberán pasarse todas las partidas del borrador ó manual con la puntualidad debida, formando con cada sugeto sus cuentas particulares abreviadas ó sumariamente con debe y ha de haber, nombrando el sugeto ó sugetos, y su domicilio ó vecindad, y citando ademas la fecha y el folio del borrador de que dimana, en el cual se han de apuntar tambien la fecha y el folio del libro ma-

(*a*) En real órden de 8 de Marzo de 1773. (*b*) Nota 1 tit. 4 lib. 9 N. R. (*c*) De 22 de Mayo y comunicada en real orden de 3 de Junio de 1805. (*d*) Es la 14 tit. 4. lib. 9.

(*) En la ordenanza 25 de las 32 relativas á los cinco gremios mayores de Madrid é insertas en real cédula de 19 de Setiembre de 1783, se ordena que todos sus individuos tengan al menos cinco libros para llevar la cuenta y razon de su comercio: es á saber, un borrador o manual para sentar lo entregado y recibido diariamente del modo prescrito en el núm. 2 de la cit. ley 13: otro libro mayor en la forma y para el efecto que se espresan en el núm. 3 de dicha ley: otro de aceptaciones para sentar las letras giradas, aceptadas y protestadas, y los vales y obligaciones que hiciesen: otro de facturas y compras; y en fin un copiador de cartas para el asiento de todas las correspondencias.

yor adonde se ha pasado ya la partida. Si lleno, ó acabado éste de escribir han de formarse nuevos libros, deberán cerrarse en él todas las cuentas con los restos ó saldos que resulten en pro, ó en contra, y pasar estos puntualmente al libro nuevo mayor, citando con toda distincion y claridad el folio y número del libro precedente de donde proceden.

5 El libro de cargazones, recibos de generos, facturas y remisiones ha de estar asimismo encuadernado en pergamino, y en él se sentarán por menor todas las mercaderías que se reciban, remitan, ó vendan, para que conste de su espediente, con sus marcas, números, pesos, medidas y calidades, y espresion de su valor y del importe de los gastos hasta su despacho. En frente de este asiento ha de ponerse tambien individualmente el de la salida de los efectos, sea por venta ó remision, apuntándose siempre, de cualquier manera que sea, el dia, la cantidad, el precio, y el comprador ó sugeto á quien se remitan. Si se ofrece algun accidente de naufragio ú otro antes que pueda llega el de dar espediente, deberá asimismo anotarse con la relacion de lo sucedido, para que conste á quien interesen las resultas de todo. En el libro copiador de cartas que igualmente ha de estar encuadernado, aunque sin necesidad de folios, han de copiarse con toda puntualidad, consecutivamente y á la letra todas las cartas de negocios que se envien á los corresponsales, sin dejar entre ellas mas hueco ó blanco que el que exige su separacion.

6 Si algun comerciante quiere tener mas libros, por necesitarlos segun la calidad de sus negocios para mayor claridad y mejor gobierno suyo, distincion ó division de ellos, y sus anotaciones y asientos particulares, podrá hacerlo formándolos en partidas dobles ó sencillas á su arbitrio, debiendo arreglar al método que observe en esto, la formalidad del libro de facturas. Y si algun negociante por mayor no sabe leer, ni escribir, estará obligado a tener sugeto inteligente que le asista para cuidar del gobierno de los cuatro libros, otorgándole ante escribano amplio poder en forma, para que intervenga en las negociaciones, firme letras de cambio, vales, contratas y otros instrumentos ó resguardos concernientes á ellas; pues por este medio deben asegurarse los comerciantes sus corresponsales, y evitar las dudas, diferencias, é inconvenientes que de lo contrario podrán originarse.

7 En toda tienda, entresuelo, ó lonja abierta donde se venda por menor, deberá tenerse al menos un libro encuadernado, folia-

do y con su abecedario, donde se vayan formando todas las cuentas de mercaderías que se compren y vendan al fiado, con espresion de nombres, fechas, cantidades, plazos, calidades, y su debe, y ha de haber, sin que por separacion de partidas, cuentas, ni anotaciones, ni otra causa alguna pueda dejarse entre lo escrito hoja en blanco, por deberse llenar todas consecutivamente y con puntualidad. Quien no tenga disposicion para formalizar asi el libro, debe tener por lo menos un cuaderno ó librillo menor tambien foliado, con el cual, siempre que compre mercaderías y las vaya pagando, acuda á casa del vendedor, para que le ponga su asiento con toda puntualidad de lo que entregue ó reciba, y de las pagas que se hagan. Fuera de esto, para mas claridad y su mayor seguridad ha de tener obligacion de manifestar dicho cuaderno ó librillo á tercera persona de su confianza para el cotejo de sus asientos con las contratas hechas dentro de ocho dias, contados desde el en que aquellos se hubiesen puesto, á fin de que por este medio pueda reclamarse á tiempo sobre la diferencia que haya, sopena de que de lo contrario, pasado dicho término, no tendrá recurso alguno y deberá estarse á los primeros asientos.

8 Si por descuido se ha escrito con error alguna partida en los libros en cosa substancial, de ninguna manera podrá enmendarse en la misma partida, sino contraponiéndola enteramente con espresion del error y su causa, y si se halla que se ha arrancado ó sacado alguna foja ú hojas en cualquiera de los libros mencionados, ha de conceptuarse su tenedor, mercader ó comerciante de mala fe, para que ni en juicio, ni fuera de él sea oido sobre diferencias de sus cuentas, y por el contrario á su colitigante, teniendo sus libros en debida forma, se dará entero crédito, debiendo estarse á ellos para la decision de la causa. Cuando por litigio ú otra causa hubieren de exhibirse libros de cuentas de comercio, deben manifestarse con precision los corrientes ó fenecidos; pues si se advierte que el tenedor de los que hayan de mostrarse, ha formado otros, ademas de no hacer fe debe procederse á su castigo como á comerciante fraudulento segun su malicia y delito.

9 Finalmente todo negociante por mayor ha de formar precisamente balance, y sacar razon del estado de sus dependencias por lo menos de tres en tres años, y tener cuaderno aparte de esto firmado de su mano con toda claridad y formalidad, á fin de que conste y se halle en limpio lo líquido de su caudal y efectos, de que si

padece quiebra ó atraso, se conozca fácilmente, como ha procedido; y de que en vista de lo resultante sobre esto de su inspeccion, graduando en juicio, si la quiebra ha sido por desgracia ó malicia, se proceda, segun debe procederse en las quiebras (*).

10 He aquí lo que disponen las ordenanzas del Consulado de Bilbao acerca del punto de que tratamos; pero no debemos omitir que segun el citado escritor ha de hacerse una diferencia entre los comerciantes por mayor y los de por menor. Un mercader por menor no debe ser obligado á tener sus libros en partidas dobles; pues la multitud de créditos que puede hacer, y la mediocridad de su importancia harian esta forma demasiado dispendiosa para él, y acaso demasiado embarazosa en su ejecucion, por lo cual deben bastarle las partidas simples, y no ha de exigirle la ley sino dos clases de libros: uno en que se comprenda cuanto compre y venda al fiado, y otro de lo que venda y compre á dinero contante, esto en favor de sus acreedores, porque debe darles razon de toda su conducta, si falta á sus obligaciones con ellos. Los negociantes por mayor han de ser obligados á tener sus libros en partidas dobles. Mientras mas importantes son sus relaciones ó correspondencias, mas poderosamente influyen en el crédito del comercio, y asi es menester que la ley asegure mayor garantía. Cuando los libros no puedan alterarse ni viciarse, será mas difícil burlar la vigilancia de los acreedores en los casos de quiebra. Por otra parte las partidas dobles ofrecen una especie de registro perpetuo de la regularidad de las operaciones y enseñan á calcularlas con seguridad, por lo que no han de dispensarse en los comerciantes por mayor, en las grandes compañías de comercio, ni en establecimientos públicos semejantes. Los errores y omisiones no pueden escaparse de este ingenioso método, y los balances dan una certidumbre matemática de la verdad de los resultados, que ellos dan á conocer. Por lo tanto, es muy esencial que la ley precise á todos los comerciantes por mayor y grandes establecimientos á tener sus libros en partidas dobles, á hacer cada año un inventario balanceado de su situacion, y á ponerle en sus libros bajo las penas correspondientes á la infraccion.

(*) El contenido de esta ley se halla en las ordenanzas del consulado de la ciudad de san Sebastian, en una adicion de las del consulado de Valencia, y en las del consulado de Burgos. Véanse las leyes 6 y 8 tit. 2 lib. 9 N. R.

11 En órden á la fe que debe darse á tales libros, guarda un profundo silencio nuestra legislacion. Solo tenemos una ley de Partida (*a*) que dispone, no merezcan fe, ni hagan prueba los cuadernos en que quienes los escriben, espresan para memoria lo que otras personas deben darles ó hacerles, aunque parezcan personas honradas y jurasen que decian la verdad: *Ca seria cosa sin razon é contra derecho de aver ome poderío de fazer á otro sus deudores por sus escripturas, cuando el se quissiese.* Es claro que esta ley habla de los asientos ó apuntaciones de deudas que haga cualquiera clase de personas á su arbitrio y sin ninguna especie de formalidad, en cuyas circunstancias es muy justa la disposicion de la ley por el grande abuso que de lo contrario se podria hacer.

12 Pero sin embargo convendria sobre manera que precisando las leyes á los comerciantes y mercaderes á tener sus libros bien arreglados en los términos que mejor pareciesen, pudiera dárseles crédito, de suerte que merecieran mirarse como unos archivos, en que pudiesen los magistrados ilustrar su justicia y fundar sus sentencias, lo cual tendria no poco influjo en la moral pública. Si las leyes no salen por garantes de la fidelidad de tales libros, ni previenen su alteracion, tendrá la mala fe un poder grande contra las personas que ataque, y la moral pública recibirá muchos tiros que la destruyan mas cada dia. Como un comerciante por menor se ve continuamente en precision de dar al fiado, debe por lo mismo tener pruebas en que apoyar sus demandas, y no pudiendo dar otras pruebas que sus libros, es muy esencial que se conformen con las fórmulas establecidas en las leyes, y que no puedan alterarse. Tales leyes le serian tan favorables como al público, á quien preservarian contra él, y aun ofrecerian una garantía á sus acreedores, que podrian verificar en los libros sus gestiones y hallar allí las pruebas de su fidelidad, si algunas pérdidas le esponian á solicitar de ellos rebajas ú otras gracias. Sabemos que á pesar de todas las barreras que oponga á los abusos la prudencia del legislador, no podrá evitar varios inconvenientes de que la mala fe, siempre mas astuta, sabrá aprovecharse; pero como no podemos aspirar á la perfeccion, las leyes causarán un gran bien, si impiden mas injusticias que las que dejan impunes, con lo cual es forzoso contentarse. Unas fórmulas prescriptas prudentemente por las leyes, son tanto mas necesarias, que son infinitos los comerciantes que

(*a*) La 121 t. 18 P. 3.

ignoran los principios de la contabilidad, las partidas dobles y las leyes de comercio, siguiendo únicamente las prácticas adoptadas, y mirando sus libros solo como unas cuentas para ellos, y no como cosa de la mayor importancia.

13 Mas sean las que fuesen las disposiciones de las leyes sobre las formalidades de los libros de los comerciantes ó tratantes, es claro que no merecerán crédito, cuando sus autores esten notados por su mala vida ó conducta, cuando los libros tengan vicios ó defectos que hagan sospechar alguna falsedad, cuando contengan cosas inverosímiles, o cuando sus cuentas se hallen tan intrincadas y oscuras qne no puedan entenderse, ó con borraduras, enmiendas, añadiduras, ó entrerrenglones. Tampoco han de hacer fe tales libros, siempre que por la ley, ordenanza, ó costumbre no la hagan, mas si por ellas debe darse crédito á los libros escritos en donde rigen, se les debe dar tambien en otros cualesquiera pueblos ó reinos donde se dé la cuenta, aunque en estos no hagan fe; y en los casos que la hicieren, deberán hacerla tambien aun despues que los mercaderes, comerciantes, cambios, bancos y oficiales públicos, autores de los libros, hayan dejado sus empleos, ó profesion.

CAPITULO XVII.

Del trueque, cambio ó permuta (*).

1 Ya en otro lugar (*a*) hicimos mencion del trueque como de un contrato antiquísimo, y cuyos inconvenientes fue necesario remediar

(*) Habiamos pensado formar capítulos de los contratos y obligaciones en general, y de los modos de disolverse las dimanadas de convenios ó pactos; pero despues de haber leido y meditado varias veces cuanto correspondia decir en ellos, hemos echado de ver que todo se halla distribuido oportunamente en el contesto de la obra y sus notas Lo mismo decimos de los casi contratos, *ó hechos honestos*, segun la definicion de Heineccio, *que nos obligan aun ignorantes por razon de un consentimiento presunto por equidad ó utilidad.* Tales son la administracion de bienes agenos sin noticia de su dueño, el desempeño de la tutela ó curaduria, la comunion de bienes sin preceder pacto, la adicion de la herencia, y el pago de lo no debido; pues de todo esto nacen ciertas obligaciones sin ninguna convencion. En orden á los cuasi delitos, ó hechos que sin ser criminales se acercan á la criminalidad, y que tambien producen obligaciones, hablamos de varias especies de ellos en nuestra Práctica criminal de España Part. 3 cap. 5 de los delitos contra la propiedad del ciudadano y sus penas.

(*a*) Cap. de la moneda núm. 1.

con el dinero, ó una cosa inventada para que fuese el precio ó la medida general de todas las cosas comerciables. El fue el primer medio de que se valieron los hombres para adquirir la propiedad de las cosas, dando uno á otro lo que le era inútil ó poco preciso para conseguir alguna cosa que habia menester. El trueque en su acepcion propia no es otra cosa *que el pacto en cuya virtud se cede una cosa por otra*, y aunque viene á ser sinónimo de las voces *cambio y permuta ó permutacion*, hay sin embargo entre ellas algunas diferencias que enseña facilmente el uso. La voz *permuta* por egemplo se aplica al trueque de las prebendas y otras piezas eclesiásticas, y la palabra *cambio* tiene tambien las significaciones que espresaremos en otro capítulo.

2 El trueque segun el célebre Heinecio (*a*) puede celebrarse de dos modos: ya no estimando ó no determinando el precio de ninguna de las dos cosas, ya haciendo la valuacion de ellas: en el primer caso llama *simple* el trueque, y en el segundo *estimatorio*, teniendo al primero por semejante á la donacion, y el segundo á la compra y venta. Cuando el trueque es simple, añade, no es forzoso que haya en él igualdad por razon de dicha semejanza, y asi ninguno de los contrayentes puede quejarse de lesion, no habiendo habido fuerza, dolo ú otra causa justa para ello; pero siendo estimatorio sucede lo contrario por causa de apreciarse las cosas trocadas.

3 Pueden trocar todos los que pueden vender, y pueden trocarse todas las cosas que pueden venderse, y por lo contrario; mas para poder permutarse válidamente las cosas eclesiásticas es indispensable la licencia del Prelado eclesiástico en cuya diócesis se hallan (*b*); y ademas la permuta de las prebendas y demas piezas eclesiásticas no puede hacerse sin permiso de S. M. en virtud del concordato hecho con la corte romana, tocando solamente al ordinario diocesano su colacion é institucion canónica.

4 El derecho romano consideraba el trueque como un contrato informe ó imperfecto, y le ponia en el número de los innominados, ó que no tenian nombre, proviniendo de aqui, ya que el mero contrato de trueque sin estar revestido de la forma de la estipulacion, ni entrega de ninguno de los contrayentes, no daba ningun derecho para pedir su egecucion; y ya que cuando solo habia hecho la entrega uno de los contrayentes, tampoco tenia este derecho para pedir judicial-

(*a*) Elem. de jur. nat. lib. 1 §§. 33 y sig. (*b*) Ley 2, tit. 6, P. 5.

mente lo que se le habia prometido sino tan solo para recobrar lo que habia entregado; pero como entre nosotros deben egecutarse todas las convenciones en virtud de la famosa ley 2 tit. 16 lib. 5. R. (*a*), por la que de cualquier modo que parezca que uno quiso obligarse, queda obligado, el contrato de trueque produce todo el efecto de que es susceptible, y los trocadores deben egecutarle. Segun una ley de Partida (*b*) era necesario que el trueque se hiciese con palabras y promesas de cumplirle, para que ningun contrayente pudiera arrepentirse y pudiese ser compelido el renuente á la satisfaccion de los perjuicios causados por su renuncia; pero si habia lugar al arrepentimiento, cuando se hacia el trueque solo con palabras diciendo uno, *quiero cambiar mi casa con la de V.* y contestando éste simplemente *que le plaçía.* Y si por ventura el trueque lo hubiese cumplido uno y reusase otro cumplirle por su parte, estaba en la eleccion del primero el recuperar lo que dió, ó el demandar al otro los intereses.

5 Aunque el contrato de trueque se diferencie del de venta, produce en los contrayentes las mismas obligaciones que éste, de cuya naturaleza participa. Así que, en el trueque cada uno de los trocadores queda obligado en favor del otro no solo á entregarle la cosa prometida sino tambien á la eviccion y saneamiento de ella, y á la satisfaccion de todos los perjuicios originados por la falta de cumplimiento, así como en el contrato de venta lo está obligado el vendedor al comprador (*c*).

6 El riesgo de la cosa que cada trocador ha ofrecido dar, corresponde á aquel á quien se ha prometido, del mismo modo que en el contrato de venta corresponde al comprador el riesgo de la cosa vendida: por manera que si la cosa prometida en trueque perece sin hecho ni culpa del que la ofreció, y antes de haberse constituido en mora, quedará libre de su obligacion, sin que el otro contrayente pueda repetir la cosa dada por su parte ni aun conceptuarse libre de la obligacion de darla, si todavia no lo ha hecho.

7 En el trueque deben espresarse los defectos ó tachas de las cosas trocadas, y si se encubren maliciosamente, podrá deshacerse en los mismos términos que la venta, pues por las mismas causas que puede anularse ésta, se puede anular aquel (*d*). Finalmeute las mismas clausulas que se ponen para su firmeza en las escrituras de venta, deben ponerse en las de trueque.

(*a*) La 1, t. 1, lib. 10 N. R. (*b*) La 3, tit. y P. cit. (*c*) Ley 4, tit. y P. cit. (*d*) Ley 4 cit.

CAPITULO XVIII.

De las ventas y retractos.

§. I.

De las ventas.

1 La compra y venta *es un contrato en que por precio que da á uno, recibe otro alguna cosa.* Respecto de éste se llama *compra*, y respecto de aquel *venta*, aunque con cualquiera de estas dos palabras se significa todo el contrato, puesto que no puede haber compra sin venta ni venta sin compra. Inmediatamente que se ha perfeccionado el contrato, puede el comprador pedir la cosa comprada, siempre que haya entregado el precio, ó esté pronto á entregarle; y por el contrario igual derecho tiene el vendedor tocante al precio. Para la validacion de este contrato se requiere de parte del vendedor cosa cierta, y de la del comprador precio fijo, sea el que tiene de presente, ó ha de tener para tal dia ó tiempo determinado; por manera que si falta alguna de estas dos cosas, ó para la solucion del precio se prefine tiempo ambiguo ó imposible, no habrá venta (*a*); bien que los contrayentes pueden dejar á arbitrio de la persona que nombren en la escritura, la valuacion del precio, y si del que diere á la cosa, se sintiere alguno de ellos agraviado, se ha de reducir por el Juez, y si fallece antes de hacer la valuacion, no vale la venta (*b*). Tampoco vale si el precio se deja á arbitrio de uno de los contrayentes, v. gr. *por el que quiera, ó le parezca justo*: porque la obligacion del uno no debe depender de la voluntad del otro, y está prohibido que los contratos onerosos se confieran en la de uno de ellos.

2 El que no tiene prohibicion legal para hacer contratos, puede comprar y vender (*c*). Los hijos de familia que se hallan bajo de la patria potestad, solo pueden comprar y vender á sus padres, así como éstos á ellos bienes castrenses y cuasi castrenses, y á otras personas nada sin licencia de sus padres, mientras estan en su poder (*d*); y aunque les vendan sus bienes adventicios, de que su padre tiene el

(*a*) Leyes 9, 10 y 20, tit. 5, P. 5. (*b*) Ley 9, tit. 5 cit. (*c*) Ley 2, tit. 5 cit. (*d*) Leyes 2, tit. 5, P. 5 y 22, tit. 11, lib. 5 R. ó 17, tit. 1, lib. 10 N. R.

usufructo, y la venta sea jurada, no vale, porque cede en perjuicio de tercero. Los administradores, tutores, ni otros no deben comprar los bienes de los menores sin autoridad judicial, y aun con ella ha de redundar la venta en su utilidad; pues no siendo así pueden reclamarla dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad (*a*), y si los compran pública ó privadamente, es nula la venta, y estan obligados á restituirlos con el cuatro tanto (*b*). Lo mismo procede en los estudiantes, sino interviene permiso del que los tiene en el estudio (*c*). La muger casada y su marido pueden tambien celebrar entre sí este contrato, no haciéndose con fraude ni por causa de donacion.

3 Ninguno puede bajo graves penas recibir por compra, trueque, empeño, donacion, encomienda, guarda, ni en otra forma cosa alguna de esclavo ni esclava, sea blanco ó negro, moro, judío ó cristiano, de dentro ó fuera de estos reinos, sino es que tenga consentimiento de su señor, ó sea comerciante, y por tal esté recibido. Es bien clara la razon de la ley (*d*).

4 Nada pueden comprar en almoneda los ropavejeros por sí ni por interpósita persona, bajo la pena por la primera vez de perder lo que compren y por la segunda de cien azotes; pero esto no se observa (*e*). Tampoco puede el Juez comprar por sí ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandato (*f*): ni casa, heredad, ni otra cosa raiz en el lugar en que egerce jurisdiccion, aunque sí vender las que tiene en él (*g*) y retraer las que algun consanguíneo suyo venda, porque se subroga en el lugar del comprador, y no concurren en este caso los motivos de dicha prohibicion.

5 Está prohibido á los clérigos comprar y vender por via de negociacion, sea en su cabeza ó en la de otro, así por derecho Real (*h*), como por el Concilio de Trento (*i*) y la constitucion de Benedicto XIV. que empieza *Apostolicæ servitutis* y cita Ferraris (*k*).

6 Todas las cosas del comercio humano, sean raices, muebles ó semovientes, derechos, acciones ó servidumbres se pueden comprar y vender, no habiendo prohibicion legal; como tambien las que no

(*a*) Ley 4, tit. 5, P. 5. (*b*) Ley 13, tit. 11, lib. 5 R. ó 1, t. 12, lib. 10 N. R. (*c*) Ley 4, tit. 7, lib. 1 R. ó 4, tit. 17, lib. 10 N. R. (*d*) Ley 16, tit 11 lib. 5 R. ó 16, t. 1, lib. 10 N. R. (*e*) Ley 17, t. 12, lib. 5 R. ó 4, tit. 12, lib. 10 N. R. (*f*) Ley 22, tit. 8, lib. 2. R. ó 4, t. 14, lib. 5 N. R. (*g*) Ley 5, t. 5, P. 5. (*h*) Ley 45, tit. 6, P. 1. Acevedo, ley 7, tit. 18, lib. 9 R. (*i*) Sess. 22, cap 1 de Reform. (*k*) Biblioth. verb. Clericus, art. 3. Véase el n. 151, c. 1.

existen, con tal que se espere existan, v. gr. partos de bacas, yeguas y otros animales: frutos de tierras, viñas y arboles, &c. pues verificándose su existencia se perfecciona la venta, porque lleva la condicion tácita de *si llegan á nacer*; y de lo contrario no vale, sino es que el comprador reciba en sí el peligro (*a*) (*).

7 Igualmente se puede vender la cosa agena, en cuyo caso si el comprador sabe que lo es y se le condena luego á restituirla á su dueño, debe hacerlo y perderá por su mala fe el precio, sin que el vendedor tenga obligacion de volvérsele, á no ser que se hubiere obligado á la eviccion; pero si lo ignora, debe el vendedor restituírsele con todos los daños y menoscabos que por su engaño se le hayan ocasionado (*b*). Y para que el comprador que sabe es agena, no esté obligado á restituirla al dueño sin que se le pague el precio, ha de protestar en la escritura de venta: que la compra en nombre del dueño legítimo, y que está pronto á restituírsela entregandole éste antes su precio, interes y menoscabos que se le sigan.

8 No deben venderse los créditos ilíquidos, ni los derechos, acciones y otros bienes litigiosos hasta que el juicio se concluya; y el que despues de emplazado y pendiente el pleito sobre su dominio ó propiedad los vende, cambia ó enagena en otra manera, á mas de ser nula la venta ó enagenacion incurre en varias penas, en las cuales incurren tambien el emplazador, si los enagena despues del emplazamiento pretestando ser suyos, y el comprador sabiendo el engaño, no de otra suerte (*c*). Pero se exceptuan cuatro casos, en los que no será nula: el primero, cuando los da á otro por título de dote ó arras: el segundo, cuando pertenecen á muchos, y los quieren partir y enagenar unos á otros, en cuyos dos casos debe responder á la demanda el que los recibe: el tercero, cuando los lega á alguno en su testamento ú otra última disposicion, en el cual caso el heredero del testador ha de seguir el pleito, no su legatario, quien solo tendrá derecho á la manda, si el pleito se gana (*d*): y el cuarto, cuando los da con título de transaccion, y no se comete fraude.

9 Ninguno puede vender el derecho que espera tener á los bienes

(*a*) Ley 11, tit. 5. P. 5.

(*) La iglesia puede demandar á cualquiera de los contrayentes el diezmo de estos frutos no pagado, y si el comprador no tiene de qué satisfacerle, exigirle del vendedor, sin que deba dar á éste su poder ni cederle sus acciones para q[illegible], por la razon que da la ley fin. tit 20. P. 1.

(*b*) Ley 19 tit. 5. P. 5. (*c*) Ley 12 tit. 7 P. 3. (*d*) Ley 14 tit. 7. P. 3.

de sugeto determinado nombrándole, y si le vende, á mas de ser nula la venta, queda privado de suceder en ellos, porque si el comprador le conoce, maquinará su muerte por lograrlos cuanto antes; y lo propio milita en el substituto pupilar que vende el que espera tener á los del pupilo; pero si el tal sugeto lo consiente, podrá venderle, y permaneciendo en este ánimo hasta su muerte valdrá la venta. Tambien podrá vender todas las ganancias y derechos que adquiera por razon de herencia, de cualquiera persona que sea, con tal que no nombre á ninguna de las que los espere; como asimismo todos sus bienes presentes y futuros (*a*)

10 Los oficios públicos de jurisdiccion no deben venderse, porque es perniciosísimo á la república, y han de egercerlos los mas doctos, prudentes y timoratos (*b*), pero esto se entiende no habiendo costumbre contraria, pues si la hay y se observan los pactos justos impuestos por la ley ó de otro modo, es lícita su venta (*c*). La razon es, porque la costumbre generalmente introducida contra las leyes humanas positivas es lícita (*d*; y para que la venta lo sea en este caso, es preciso que el que vende tenga facultad para ello: que el oficio se venda á persona benemérita: que el precio no sea tan excesivo que el comprador necesite abusar del oficio para compensarse: que se celebre la venta por necesidad de la república, y que el que le ha de egercer sea examinado y aprobado, y visitado de tiempo en tiempo. Tampoco deben venderse, cederse, ni darse en dote los empleos del Consejo de hacienda y su contaduría mayor (*e*), y los que compran y venden oficios públicos que se han de elegir por votos, incurren en varias penas (*f*).

11 No se puede comprar ni vender hombre libre por siervo, excepto que siendo mayor de 25 años y capaz, lo consienta, ó que el padre venda á su hijo por hallarse en extrema necesidad de hambre; bien que en este caso será empeño y no venta. Tampoco se puede vender lugar público, mármol, pilar, piedra, ni otra cosa puesta en la casa para su seguridad, ni el siervo prófugo, ni el veneno ni cosa venenosa (*g*).

12 Ni el Prelado eclesiástico ni otro alguno puede vender, em-

(*a*) Ley 13 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 7 tit. 3. lib. 7. R. ó 9 t. 5 lib. 7 N. R. (*c*) Santo Tomas en su carta á la duquesa de Brabante opusc. 21. (*d*) Cap. 11. de Consuetudine. (*e*) Ley 5 t. 2 lib. 9. R. ó nota 2. t. 10 lib. 6. N. R. (*f*) Leyes 7 y 8 tit. 2 lib. 7 R. ó 7 y 8 t. 4 lib. 7 N. R. (*g*) Leyes 15, 16 y 17 tit. 5 P. 5.

peñar, ni enagenar los bienes de la iglesia (*a*), y si el que los recibe no los manifiesta y entrega luego, incurre en la pena de encubridor de hurto (*b*).

13 Nada se debe vender para su manutencion ó defensa á los enemigos de nuestra santa religion (*c*) (*), y el que lo hace comete crímen de traicion (*d*) é incurre en pena de muerte (*e*). Ademas está prohibido dar, vender y trocar villas, lugares, castillos, tierras, islas y heredamientos de estos reinos y señoríos á los estrangeros (*f*) (**), y lo propio milita en lo tocante al señorío, y jurisdiccion civil y criminal de dichas cosas bajo la pena de perder lo que donaren ó enagenaren, y otras á arbitrio del Rey (*g*) (***).

(*a*) Leyes 1 tit. 14 P. 1 y 15 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 7 tit. 2 lib. 1 R. ó 3 tit. 5 lib. 1 N. R. (*c*) Ley 22 tit. 5 P. 5.

(*) En el dia debe decirse: *á los enemigos del estado ó aquellos con quienes estamos en guerra*, pues con varias naciones infieles comerciamos y hemos hecho tratados de paz que deben observarse.

(*d*) Leyes 10 tit 9 P. 2, 1 tit. 2 Part. 7 y 1 tit. 18 lib 8 R. ó 1 t. 7 lib. 12 N. R. (*e*) Leyes 31 t. 26 P. 2, 4 tit. 26 P. 4 y 10 tit. 2 lib. 8 R ó 2 t. 2 lib. 12 N. R. (*f*) Ley 2 tit. 10 lib. 5 R. ó 7 t. 5 lib. 3 N. R.

(**) Sobre esto debe estarse primero á los tratados, si los hay.

(*g*) Ley 1 dicho tit. y lib. R. ó 6 tit. y lib. cit. N. R.

(***) En otro lugar decia Febrero: »No pueden hacerse sin espresa licencia del Rey castillos, fortalezas, ni casas fuertes (*Leyes 18 t. 6 lib. 3 y 8 tit. 5 lib. 6 R. ó 6 y 4 t. 1 lib. 7 N. R.*) cuyos señores tienen obligacion de ir á hacerle pleito omenage dentro de 30 dias despues de su coronacion (*Leyes 21, 22, 23 y 24 tit. 13 P. 2.*) y no pueden venderlas á ningun estrangero. Ademas el Rey tiene la preferencia por el tanto, aunque se haya hecho la merced con facultad de disponer de ellas libremente. (*Ley 2 t. 10 lib. 5 R. ó 7 t. 5 lib. 3. N. R.*)= »La jurisdiccion civil y criminal pertenece al Rey como Señor natural que no reconoce superior en lo temporal, para egercerla con absoluta independencia en todos sus reinos y señoríos como derivada de Dios (*Ley 1 t. 1 lib. 4 R. ó 1 t. 1 lib. 4 N. R. y cap. 8 y 21 de los Proverb*); y el Juez eclesiastico que se la usurpa y entremete en ella en los casos prohibidos por derecho, incurre en la pena de confiscacion y perdimiento de sus bienes, y de ser estrañado o espulso de sus dominios, lo cual se llama comunmente, *ocupar las temporalidades y perder la naturaleza de ellos.* (*Ley 4 t. 1 lib. 4. R. ó 4 t. 1 l. 4. N. R.*)= »Suelen los Reyes hacer á algunas personas en remuneracion de los servicios hechos á su corona merced de las villas y su término con jurisdiccion, vasallage, alcabalas, pechos y otros derechos que les tocan en ellas y sobre sus moradores, como tambien concederles el privilegio peculiar de hacer termino, ó coto redondo; y aunque de los baldíos ó tierras concegiles pertenecientes á los lugares poblados para el aprovechamiento en comun de sus vecinos (*Leyes 10 y 11 t 7 lib. 7 R. ó 8 y 9 t. 21 lib. 7 N. R.*) no puede el Rey hacer gracia ni enagenacion segun lo pactado en la condicion decima octava del quinto género de millones, los de los poblados en que no hay vecinos que los aprovechen, ni

14 Ninguno puede comprar alhaja enteramente suya; pero si no lo es del todo, vale la venta en la parte agena, y tambien la del derecho ó servidumbre que otro tiene en ella (*a*). Tampoco se pueden comprar de criado ó criada de servicio trastos de casa, paja, leña, ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto (*b*).

15 Regularmente hablando nadie puede ser compelido á vender sus propias cosas ni á comprar las agenas; pues si para celebrar éste ú otro contrato hay violencia ó miedo grave que cae en varon constante, no vale, aunque intervenga fianza, pena y juramento (*c*), asi como tampoco vale el que se hace dolosamente (*d*), en cuya atencion ningun juez debe apremiar á sus súbditos á comprar los bienes de los delincuentes (*e*). Pero en algunos casos cualquiera puede serlo por su superior y valdrá la venta: el primero es, cuando hay tal escasez de mantenimientos que se halla el comun en mucha necesidad; pues entonces tiene facultad para compeler á su dueño á que los venda por su justo precio, dejándole los necesarios para el consumo y manutencion de su casa y familia, porque el bien público es preferido al particular, en cuyo caso tambien puede ser apremiado el clérigo aunque por su juez y no por el juez lego (*f*); el segundo caso es á favor de la religion, v. gr. si una heredad es necesaria para la construccion de algun templo, monasterio ú hospital; ó por favor del Príncipe si se necesita para construir en ella su palacio, ó por favor del público, si es menester para ampliacion de la ciudad, camino ú oficina pública: el tercero es por favor de la libertad, v. gr. cuando dos tienen un siervo y uno de ellos le quiere

nadie que á título de vecino único conserve los términos concegiles y represente el derecho antiguo del pueblo estinguido, puede enagenarlos y disponer de ellos con causa necesaria, porque la muerte civil del lugar que se despuebla, disuelve la sociedad (*Otero de Pascuis c* 22); y como nadie tiene derecho peculiar á ellos, por haber cesado la poblacion, recaen en la corona y patrimonio Real al modo que las herencias de los que mueren abintestato sin parientes, pues unos y otros son vacantes sin diferencia como los mostrencos que se dejan por perdidos y vuelven á la corona pasado el año y observadas las formalidades que prescriben las leyes.» (*Las* 6, 7 *y* 8 *tit.* 13 *lib.* 6 *R. ó* 2, 4 *y* 5 *tit.* 22 *lib.* 10 *N. R.*)

(*a*) Ley 18 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 5 tit. 20 lib. 6 R. ó 6 t. 12 lib. 10 N. R. (*c*) Leyes 3 y 56 tit. 5 P. 5 y 7 tit. 33 Part. 7 (*d*) Leyes 21 y 57 tit. 5 P. 5. (*e*) Ley 18 tit. 1 lib. 8 R. o 7 t. 12 lib. 10 N. R. (*f*) Leyes 8 al fin tit. 28 Partid. 3 y 3 tit. 9 Part. 5.

manumitir; pues el otro está obligado á vender su parte (*a*); ó cuando algun señor tiene un moro por esclavo, porque si este es necesario para rescate de algun cristiano cautivo, debe venderle (*b*); ó cuando trata al esclavo con escesiva rigidez, ó no le dé los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (*c*): el cuarto es, cuando los súbditos no pueden egercer sus oficios, por faltarles los instrumentos concernientes á ellos, pues pueden ser compelidos á comprarlos; y el quinto, cuando alguno tiene un fundo ó heredad en algun lugar, y su vecino quiere levantar mas su casa que está junto á ella, de modo que le quita el aire é impide que nazcan los frutos, pues puede prohibirle que levante la casa sin darle precio, ó hacer que se le venda por el que sea justo.

16 Cuatro son las circunstancias que constituyen válida la venta La primera es, que el vendedor tenga facultad para vender, que lo que venda sea suyo, y siendo ageno, que tenga poder especial de su dueño para la enagenacion; pues de lo contrario, aunque vale la venta habiendo buena fe en el comprador, y puede adquirir la cosa por tiempo, tiene derecho su dueño para reivindicarla en cualquier parte que esté dentro del término legal, porque pasado prescribe la accion de reivindicacion, y si no tuvo buena fe, cuando la compró, no se le transfirió su dominio, ni puede adquirirla por tiempo (*d*). La segunda circunstancia es, que el comprador no tenga prohibicion ninguna de comprar, pues con ella se halla imposibilitado de hacer contratos, y si los celebra, son nulos. La tercera es, que el precio no sea tan corto ó escesivo que haya engaño ó lesion enorme, que es en algo mas ó menos de la mitad del justo valor; ó enormísima, que es cuando escede en el duplo, triplo, ó cuadruplo, ó no llega á la mitad con mucho (*e*). Y la cuarta es, que no haya dolo en el contrato, v. gr. vendiendo estaño por plata, laton por oro, ó de otra manera semejante (*f*).

17 Puede celebrarse la venta en el lugar en que está la cosa ó en otro, estando presentes ó ausentes los contrayentes, y con escritura ó sin ella. Si pactan que ha de hacerse escritura, no se perfecciona, aun-

(*a*) Ley 2 tit. 22 P. 4 y 3 tit. 5 P. 5 (*b*) Ley 3 tit. 11 lib. 1 R. ó 3 tit. 29 lib. 1 N. R. (*c*) Leyes 6 tit. 21 P. 4, y 3 tit. 5 P. 5. (*d*) Leyes 9, 19 y 21 tit. 29 Part. 3 y 19, 33 y 54 tit. 5 P. 5. (*e*) Leyes 56 y 57 tit. 5 P. 5 y 1 t. 11 lib. 5 R. ó 2 tit. 1 lib. 10 N. R. (*f*) Leyes 21 t. 5 P. 5. y 2 t. 11 lib. 5 R. ó 3 t. 1 lib. 10 N. R.

que se conformen en el precio, hasta que se otorga, y así cualquiera de los dos puede arrepentirse (*), pues una cosa es la promesa de vender, y otra la perfeccion del contrato, el cual puede llamarse perfecto en cuatro casos: el primero es, cuando los contrayentes se convienen en el precio y cosa, y pactan que ninguno se ha de poder apartar ni arrepentir: el segundo es, cuando espresan todo lo que tienen en su mente, é intervienen todas las cosas que el contrato pide por forma y solemnidad: el tercero es respectivo á la accion y obligacion que produce, pues habiéndose hecho puramente incontinente nacen estas, y si es condicional, luego que se verifica la condicion y no antes; y el cuarto es en lo tocante al efecto y ejecucion del contrato y translacion del dominio que exije la tradicion de la cosa. Si nada pactan acerca de escritura, se tiene por celebrada la venta, sin embargo de que el comprador no dé señal al vendedor, y así pueden ser compelidos, éste á cumplir el pacto ó promesa de vender, y aquel á pagar lo ajustado. Si el comprador da señal, que llaman *arra*, y despues se arrepiente, debe perderla, porque la arra corrobora la promesa, y si el vendedor se retracta, ha de volvérsela con otro tanto: pero si la da por parte de precio y no por pena, ninguno de ellos puede retractarse, ni ha de deshacerse la venta no queriendo entrambos (*a*).

18 Aunque el vendedor ponga en posesion de la cosa al comprador, no se transfiere á éste su dominio hasta que le paga el precio en que la ajustó, sino es que le dé fiador ó prenda equivalente, ó se obligue á entregárselo dentro de cierto término, y el vendedor haga confianza en él de que se le satisfará; pues en estos casos se le traspasa, (*b*) y solo tendrá derecho el vendedor á cobrar el precio, y ademas habiéndola vendido al fiado, podrá exigir del comprador los intereses justos por razon del lucro cesante y daño emergente que se le siguen de retardarse la solucion del precio. Si vende la cosa á dos personas separadamente, y las aposesiona de ella, debe haberla la que

(*) Así lo dice la ley 6, t. 5 P. 5, pero como segun la 2, t. 16, lib. 5 R. ó 1, t. 1, lib. 10 N. R. de cualquiera modo que parezca quiso uno obligarse, queda obligado, parece no podrá arrepentirse ninguno de los que celebren la venta, aunque haya de otorgarse escritura, sino se espresa que hasta otorgada no ha de valer el pacto. De lo contrario habrá de creerse que se habló de escritura para la mayor firmeza ó seguridad del contrato, y el renuente será compelido al otorgamiento.

(*a*) Leyes 6, 7 y 8, tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 46, tit. 28, P. 3.

primero la pagare; pero está obligado el vendedor á satisfacer al otro comprador los perjuicios y menoscabos que se le causen por esta razon (*a*).

19 Si despues de celebrada la venta, aunque sea en pública subasta, alega alguno de los contrayentes que fue engañado en algo mas ó menos de la mitad del justo precio; v. gr. que lo que justamente valia diez, se habia vendido por mas de quince, ó comprado por menos de cinco; y justifica la lesion y engaño que hubo entonces, puede usar de la alternativa de que se vuelva el esceso del precio justo que la cosa tenia cuando la venta, ó se dé lo que falta hasta éste, ó de que se rescinda y anule el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro, sin que el comprador tenga que volver los frutos, ya porque la ley no habla de éstos, ya porque aquel tiene justo título y buena fe para retenerlos, ya porque no cae en mora, mientras el vendedor no pide la recision, y ya porque es cosa inicua que éste tenga el precio y luego perciba los frutos. Mas esto debe entenderse no habiéndose perdido, muerto ó deteriorado mucho la cosa vendida, pues de lo contrario no se puede intentar dicha accion (*b*); y para que se admita la demanda al mayor de 25 años, debe ponerla dentro de los cuatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato, ó de su remate, si la cosa se vendió en almoneda pública, y no despues (*c*); pero si el engaño no escede de lo dicho, ni hay dolo ni mala fe en el contrato, no tiene lugar el remedio de la lesion (*d*) .*).

20 Si alguno de los contrayentes es pupilo, no vale el contrato, aunque sea jurado; pero si es menor de 25 años y jura no pedir restitucion por su menor edad, lesion, ni otro motivo, aunque se le conceda por derecho, no se rescindirá y estará obligado á observarle (*e*), bien que si precede la relajacion ó relevacion del juramento para comparecer en juicio sin ser perjuro, podrá intentar la accion dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad, probando no

a) Ley 50, tit. 5 P. 5. (*b*) Leyes 56, tit. 5 P. 5 y 1, tit. 11, lib. 5 R. ó 2, t. 1, lib. 10 N. R. (*c*) Dicha ley 1. (*d*) Ley 2, tit. 11, lib. 5 R. ó 3, tit. y lib. cit. N. R.

(*) Ni el recurso de la lesion ni aun el de nulidad se admite en las ventas de bienes raices pertenecientes á los establecimientos piadosos, á las temporalidades de los Es-Jesuitas, á los colegios mayores, á la corona, y á los vínculos ó mayorazgos, cuyos poseedores quieran venderlos, siempre que aquellas se hagan con las formalidades prescriptas en el reglamento de la real cédula de 21 de Octubre de 1800, cuyo artículo 18 puede verse.

(*e*) Ley 56, tit. 5 P. 5.

solo que era menor de ellos cuando celebró el contrato, sino tambien que fue leso en él.

21 Tampoco tiene lugar el remedio de la lesion, aunque haya engaño en algo mas ó menos de la mitad del justo precio, cuando la cosa se vende en almoneda contra la voluntad de su dueño y el comprador es apremiado á comprarla (*a*), ni en los arrendamientos reales (*b*). Sobre lo que es engaño, de cuántas maneras es, quién puede demandarle, y á quién y qué personas estan ó no obligadas á suplirle, puede verse el tit. 16, P. 7; y en órden á las causas porque se rescinde el contrato perfecto de compra y venta, Gomez (*c*) trae seis, y son: por mutuo consentimiento de las partes antes de la tradicion, por dolo de una de ellas, por lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, por el pacto de retrovendendo, por el de la ley comisoria y por el de adicion ó señalamiento de dia (*adictione in diem*).

22 Puede celebrarse la venta puramente, ó con condicion. Se celebra puramente, cuando se da de contado cosa cierta por precio determinado ó por el que un tercero le dé (*d*): en cuyo caso se otorga la escritura nombrando precisamente en ella los contrayentes el perito ó peritos que han de valuar la cosa: despues de otorgada se hace saber á estos el nombramiento, el cual y la tasacion se estienden á su continuacion; y evacuada y firmada por los peritos, y consentida por los contrayentes, (de que se ha de poner diligencia, y firmada por estos si saben) se da copia de todo al comprador y no antes, porque hasta entonces no hay venta.

23 Celebrase la venta con condicion, cuando se pone en la escritura algun pacto permitido por derecho: v. gr. que si la cosa vendida se pierde ó empeora antes de su tradicion, toque el daño y deterioro al vendedor (*e*): ó que si está afecta á algun gravámen redimible por hipoteca especial entre otra cosas y por la general los demas bienes del vendedor, y este rebaja al comprador su capital, tenga obligacion de redimirle dentro del término que le prefina, para que los demas bienes queden libres de su responsabilidad: ó que quede hipotecada especialmente á cierto acreedor del mismo comprador, aunque sea posterior, para que se prefiera en ella á todos los anteriores; pues el vendedor puede perjudicar en el acto de la venta á los

(*a*) Ley 6, tit 11, lib. 5, R. ó 2 tit 1, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 1, condiciones 14 y 15, tit. 9, lib. 9. R. (*c*) Lib. 2, Var. cap 2, nn. 21, &c y 31. (*d*) Leyes 9 y 10. tit. 5, P. 5. (*e*) Leyes 38 y 39, tit. 5, P. 5.

del comprador, y como cuando este llega á poseerla, y ya está afecta con la obligacion é hipoteca especial, no tienen preferencia en ella los primeros sino el último aquien se hipotecó (*a*) : ó contribuyendo servidumbre en ella al tiempo que la vende (*b*), ó pactando que el comprador no ha de estar obligado á satisfacer el precio de la finca fructífera hasta pasados tantos años; y que interin le entregue, ha de pagar el vendedor ciertos intereses moderados: ó en fin que el dominio y riesgo de la finca pertenezcan al vendedor hasta que el comprador le pague su valor, y que mientras no se le pague, perciba aquel los frutos que produzca; pues en este caso se juzga celebrada la venta no absoluta sino condicionalmente; y la comodidad debe tocar al que esperimenta el riesgo.

24 Tambien se pueden poner, y son permitidos en este contrato los pactos de *retrovendendo, comisorio* y de *señalamiento de dia* (*c*). El de retrovendendo, que en Valencia se llama *carta de gracia*, se ordena así: «cuya casa le vendo por tantos miles reales (*se pondrá la fe de entrega y renuncia de sus leyes, y proseguirá*) con la precisa condicion de que para tal dia de tal mes y año ha de restituirmela á mí, ó á mis herederos en la propia forma que se la vendo, sin el mas leve decremento ni deterioro, entregándole el precio que acabo de recibir, (*ó que he recibido antes de ahora*) y de consiguiente que con ningun pretesto ha de poder enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, pues si lo hiciere, ha de ser nulo como hecho contra este pacto, á cuya observancia la hipoteco especialmente, y no ha de pasar ningun derecho al comprador ni á otro tercero poseedor de cualquiera clase que sea; y para que me la restituya, he de requerirle judicialmente y darle todo su importe, ó el que menos tenga, ó depositarlo por su cuenta y riesgo en caso de rehusar su percibo; mas si en el citado término no se le devolviere enteramente, pues no he de cumplir con entregar parte de él, tendrá facultad para disponer y usar de ella á su arbitrio como legítimo y verdadero dueño á favor de quien quisiere, sin que necesite citarme á mí ni á mis herederos, ni practicar otra diligencia judicial ni estrajudicial, y para justificar el mas ó menos valor que tuviere, hemos de elegir unanimes dos peritos que la valuen, prohibiéndole, como le prohibo que haga mejoras ó aumentos en ella, pues no se le han de abonar, ni tampoco los repa-

(*a*) Salg. Labyr. cred. part. 1, cap. 14, nn. 112 y sig. y part. 3, cap. 4, n. 70. (*b*) Ley 14, tit. 31, P. 3. (*c*) Leyes 38, 40 ó 42, tit. 5, P. 5.

ros precisos para su conservacion, porque todos quedan de su cargo, mediante á que se ha de utilizar de sus frutos y alquileres sin la menor responsabilidad. Y declaro que el justo precio, &c.» Estando ordenada en estos términos la cláusula es lícito el contrato, y el comprador puede usar de la cosa comprada y disfrutarla; mas no enagenarla hasta que espire el tiempo prescripto; bien que el vendedor podrá darle facultad para esto quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de reivindicarla en su fuerza y vigor; pero de cualquiera suerte que se pacte, conviene que el comprador se obligue á observar el contrato, y que en su defecto pueda ser apremiado á ello, aunque por el mismo hecho de admitirle es visto quedar obligado.» Con estas prevenciones se evitan las dudas y controversias que suscitan los AA.

25 Asi como toda accion transmisible se puede ceder, puede hacerse lo mismo con la que se tiene para redimir la finca al tiempo estipulado; pero si en la venta con el pacto de retrovendendo se estipula que solo el vendedor pueda redimirla, y no ceder ni vender á otro este derecho, ó que el comprador ha de ser preferido, deberá observarse el pacto. Y prohibiéndose al vendedor que redima la finca hasta el tiempo convenido, si se pacta que aunque lo practique, ha de percibir sus frutos el comprador hasta que espire el referido término, es pacto usurario y como tal reprobado.

26 En cuanto al término que se ha de prefinir para la restitucion de la cosa vendida con dicho pacto, discuerdan los AA. Segun la ley 63 de Toro parece ha de ser el de veinte años; pues manda que la accion personal prescriba por este tiempo. Pero la ley 42 tit. 5, P. 5 nada habla sobre el término, y con arreglo á ella, sino se prefine, jamas prescribirá: de suerte que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrar la cosa vendida, podrán hacerlo, y el comprador ó los suyos ser compelidos á entregarsela. He aqui las primeras palabras de la ley. »Por cierto precio vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito (*pacto*) entre sí en la vendida, que cuando quier que el vendedor, ó sus herederos tornassen el precio al comprador, ó á los suyos, que fuessen tenudos de tornarle aquella cossa que assi vendiesse, dezimos, que si tal pleito fuere puesto en la vendida, que deve ser guardado.» Mas para que no se originen dudas y litigios aconseje el escribano a los contrayentes que señalen término. Por este contrato no se debe mas alcabala que la que se devenga con la venta á causa de que el retrovender es deshacer ésta; si

bien esto se entiende haciéndose el pacto incontinente, pues habiendo habido intervalo despues de perfeccionado el contrato serán dos ventas, y por consiguiente se deberán dos alcabalas.

27 El pacto de la ley comisoria debe ordenarse para escusar disputas en esta forma: »Cuya casa le vendo por tantos mil reales, con la condicion de que para tal dia de tal mes y año me los ha de satisfacer enteramente y poner en una sola partida en mi casa y poder, en moneda usual y corriente de plata ú oro; y pasado dicho término sin hacerse su total solucion, queda por el mismo hecho, como desde ahora la tengo, por anulada esta venta, y ha de ser visto no habérsele transferido el dominio de dicha casa ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido á restituir ni aun en parte tanto que me entrega en señal; y si intentare que se le devuelva, no ha de ser oido en tribunal alguno sino antes bien repelido y condenado en costas en cuyos términos declaro que el justo precio de dicha casa son los tantos mil reales, &c.» Este pacto es lícito y válido, y ha de observarse en un todo; bien que puede el vendedor elegir uno de dos medios, que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato, ó no querer que éste valga y retener las arras; mas no puede arrepentirse hecha ya la eleccion, ni ha lugar este pacto contra su voluntad (*a*).

28 Si el comprador percibió algunos frutos de la cosa vendida con el espresado pacto, debe entregarlos al vendedor devolviéndole este la señal ó parte de precio que recibió, no de otra suerte; y si los quiere, le ha de bonificar las espensas hechas en sus labores y recoleccion. Ademas, si la cosa se deteriora por culpa del comprador, mientras la posee, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento (*b*).

29 El pacto de adicion, ó señalamiento de dia se estiende de esta manera. »Otorga que vende á Pedro Fernandez tal cosa, sita en tal parte, por tantos mil reales que le entrega en este acto en tales monedas (*se pondrá la fe de entrega, &c.*) con la condicion de que si dentro (*por egemplo*) de tres meses, que cumplirán en tantos de tal mes de este año, pareciere otro comprador que le dé á él ó á su heredero mas por ella, ha de tenerse por el mismo hecho, como desde ahora se tiene, por nula y rescindida esta venta, conservándose en un todo su derecho para apoderarse de la citada casa, venderla al

(*a*) Ley 38, tit. 5 P. 5. Gutierrez de Juram. confirm. part. 1, cap. 33. (*b*) Dicha ley 38.

que mas le diere, y compeler al actual comprador y por su fallecimiento ó á sus herederos, ó al que la posea, á que se la restituya en la propia forma en que ahora esta, entregándoles el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tenga, no el de las precisas para su conservacion, ni otra cosa alguna; ó depositándole judicialmente, y requiriéndoles que acudan á su percibo, si no la quieren por el tanto; y teniendo deterioro se ha de descontar su importe, estando y pasando en uno y otro caso por la valuacion que hagan peritos elegidos unánimemente. Y para que no se transfiera su dominio á tercero poseedor, le prohibe gravarla y enagenarla durante el tiempo prefinido, y la hipoteca especialmente á la observancia de este pacto; pero si pasare dicho término sin haberle hecho saber oferta de nuevo comprador, ha de tener la facultad el actual, como por esta escritura se le da, de disponer de ella á su arbitrio como verdadero dueño sin necesitar licencia del otorgante, ni otro requisito judicial ni estrajudicial. Y declara que los tantos mil reales son el justo y verdadero valor de la citada casa, &c." En virtud de este pacto, y del de la ley comisoria se transfiere el dominio en el comprador, pasado que sea el tiempo prefinido, sin que sea necesaria nueva tradicion de la cosa; y lo mismo procede en el vendedor en sus respectivos casos: siendo de notar que deshaciéndose el contrato de venta celebrado con alguno de dichos dos pactos, no se debe alcabala, escepto que medie intervalo.

30 Este pacto está permitido y será válido concurriendo las circunstancias siguientes: la primera, que el segundo comprador sea verdadero y no simulado: la segunda, que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la cosa, y le requiera, si la quiere por el tanto, pues es preferido; y la tercera, que el mayor precio ofrecido sea por la cosa considerada segun se vendió, sin mejoras ni aumentos; pues si el nuevo comprador es fingido, como hijo, hermano, esclavo del vendedor, ú otro semejante que por su consejo ofrece dolosamente mas precio; ó falta el requerimiento al primer comprador, ó el mayor precio que el segundo promete, aunque sea verdadero, es por algun aumento, agregacion ó beneficio que tiene la cosa; no se rescindirá el contrato. Y una vez que el vendedor elija al comprador segundo, no puede compeler despues al primero á que pase por la venta (*a*).

(*a*) Ley 40, tit. 5 P. 5.

31 En cuanto á si el pacto de no enagenar será ó no válido en los contratos de venta, donacion y otros, y en última voluntad; y si por él se impedirá ó no la translacion del dominio á tercero, digo: que para impedir ésta en testamento ó contrato, no se ha de referir la prohibicion al tiempo en que ya se haya transferido el dominio en el comprador ó donatario, ó sino al tiempo en que el donante ó vendedor es dueño; y que por consiguiente no vale, ni impedirá translacion, aunque se pacte que si el comprador enagenare la cosa vuelva su dominio al vendedor y no pase al tercero á quien la enagene (*a*): lo cual se entiende aun en el caso de que se prohiba la enagenacion á personas ciertas (*b*): en cuya atencion, sin embargo de que el comprador ó sus herederos contravengan al pacto y prohibicion, no podrán el vendedor ni los suyos demandar la cosa vendida ó enagenada, y solo estará obligado el transgresor á satisfacer con los intereses el perjuicio hecho al vendedor, en cuyo juramento se han de deferir con aprobacion y estimacion del juez, y la pena que se haya impuesto (*c*)(*).

32 Se limita esta doctrina en los casos siguientes: el primero es cuando en la venta ó enagenacion dice el vendedor: „Que vende y entrega la cosa al comprador ó donatario con la espresa condicion de que no la enagene, y de que si pasare á su enagenacion, sea nula, para lo cual desde ahora y antes que ésta se perfeccione, retiene en sí y en sus herederos el dominio y posesion, y ha de ser visto que el donatario ó comprador la retrovende." En este caso es nula la enagenacion, aunque la prohibicion solamente tiene lugar durante la vida de aquel á quien se hizo, y que se obligó á no enagenar. El se-

(*a*) Molin. de Primog. lib. 1, cap. 12, n. 35, vers. Idque verissimum est. (*b*) Gom. ley 40 de Toro, n. 25, vers. Sed advertendum. Hermos. ley 43, t. 5, P. 5, glos. 1, nn. 1 y 2. (*c*) Ley 43 cit.

(*) Si el comprador ó donatario por egemplo se obliga á no enagenar la cosa comprada ó donada, en vano tratará de enagenarla contraviniendo á su promesa, puesto que no debe ser valido lo que se hace sin facultades para ello, y que el comprador ó donatario no las tiene para hacer dicha enagenacion, por haberlas renunciado mediante un pacto. Asimismo si un testador prohibe á su heredero enagenar alguna cosa hereditaria, no podrá traspasar á otra persona el dominio que tiene en ella, pues con haber aceptado la herencia se obligó á cumplir lo dispuesto por el testador, y no puede ir contra su obligacion. Esta doctrina es conforme á la ley 2, tit. 16, lib. 5 R. que conformándose con la sencillez del derecho natural dispone que quede obligada una persona á otra *en cualquiera manera que parezca se quiso obligar*. Asi no debemos hacer aprecio ni de lo establecido sobre este punto por derecho romano, ni de la opinion del señor Molina, ni aun de la disposicion de la ley 43 cit. que debe entenderse corregida.

gundo caso es, cuando el que prohibe la enagenacion reserva para sí algun derecho en la cosa, y aquel á quien se enagena se obliga á cumplir el pacto, y la hipoteca especial y espresamente, y ademas en general sus bienes á la observancia de éste. El tercero es, cuando al tiempo de la venta y donacion, y no despues, se pactó con palabras directas que en el caso de proceder á la enagenacion se entienda no haber comprado el enagenante la cosa ó no habérsele donado, y que por lo mismo se tenga por nula la que haga de ella. El cuarto caso es, cuando en el contrato de venta ó donacion se prefine tiempo cierto ó incierto, v. gr. »Te vendo ó doy tal cosa para que tengas su dominio y posesion hasta que la enagenes, ó todo el tiempo que permaneciere en tí y tus herederos, y no mas." La razon es, porque el dominio se puede dar y transferir temporalmente, no solo en la última voluntad sino tambien en contrato. El quinto es, cuando ademas de hacer las partes el contrato con pacto de no enagenar le aprobó el juez, aunque sea árbitro, y prohibió la enagenacion mandando que si se hiciese fuera nula. El sesto es, cuando al pacto de no enagenar se añadió el de que si el comprador contraviniese, pudiera el vendedor entrarse de propia autoridad en la cosa vendida. Y el séptimo caso, omitiendo otros, es cuando el tercero comprador estaba cerciorado del pacto de no enagenar hecho con el que le vendió la cosa, pues por su mala fe en comprarla se impide la translacion de su dominio. Ademas en todos los casos en que unicamente con el pacto se transfiere el dominio, se puede prohibir su translacion solo con el mismo pacto.

33 Por lo que hace á si en los testamentos y últimas disposiciones valdrá el pacto de no enagenar, é impedirá ó no la taanslacion del dominio, se halla la decision en la ley 44, tit. 5, Part. 5, que dice: »En su testamento defendiendo (*prohibiendo*) algun ome que su castillo, torre, ó casa, ó viña, ó otra cosa de su heredad no lo pudiessen vender, nin enagenar, mostrando alguna razon guisada (*justa*) por qué lo defendia, como si dijesse: quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque (*quede*) siempre á mi fijo, ó á mi heredero, porque sea siempre mas honrado, é mas tenido (*estimado*); ó si dijesse que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, ó fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ido á otra parte: por cualquier destas razones, ó por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si él dijese simplemente que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que, ó non señalando persona al-

guna, ó cosa cierta por qué lo fazia, si la vendiesse, valdria la vendida, maguer él lo oviesse defendido."

34 Como en la venta de una finca se incluyen todas las cosas accesorias, que son las que por ley, estatuto ó costumbre están destinadas para que esistan unidas, se pregunta, si teniendo alguno casa ó fundo, y contigua á ellos otra casa ó fundo, se entenderán ó no comprendidos estos en la venta simple de aquellos; y se responde, que siendo nombrados con un mismo nombre lo principal y lo accesorio, y habitándolos, usándolos y disfrutándolos promiscua y accesoriamente su dueño, se comprenden en la venta simplemente hecha no solo la casa y fundo principales, sino tambien los accesorios, pero no en otros términos. Lo propio milita en el huerto ó bodega que está junto á la casa para su uso, aunque no se halle dentro del cercado de ésta, y entre ella y el huerto medie camino publico. Igualmente se entienden incluidos en la venta hecha simplemente de la vaca, yegua, oveja &c. los hijos que traen en el vientre y los que están mamando; pero no los que pacen y se alimentan por sí solos. Ademas la silla, freno y otros adornos del caballo y mula se entenderán vendidos con ellos, si al tiempo del ajuste y venta se manifiestan al comprador, y no de otra suerte (*a*).

35 La escritura de venta llana de bienes raices ó muebles debe contener para su firmeza las cláusulas siguientes. La primera es, que se diga quién vende, á quién, de dónde son estos, qué cosa se vende, si es mueble, ó raiz, si está libre ó tiene gravámen, y en qué sitio ó parage está; si es tierra, qué cabida tiene, si la fanega compone cuatrocientos estadales de á diez pies en cuadro de marco real, ó mas: si es viña ú olivar, cuántas cepas ú olivos tiene, y cuántos caben; si es casa, de qué clase de fábrica está hecha, cuál es su fachada y fondo, y de cuántos pies cuadrados ó superficiales se compone su area plana, habiendo de especificarse de todo, el sitio, término, linderos, regalías, servidumbres, gravámenes y lo demas que conduzca; si es cosa que se cuenta, mide ó pesa, su especie, número, peso ó medida; si es nave ó barco, en qué puerto está, cómo se nombra, qué cargazon lleva, cuántas velas y cañones tiene, cuántos se le pueden poner, y si está ó no sana, y asi de las demas cosas indivi-

(*a*) Sobre qué otras cosas se entienden o no comprendidas en las ventas, véanse las leyes 2, 29, 30 y 31, tit. 5, P. 5. En órden á si los frutos de la finca vendida pertenecen al comprador ó vendedor desde que se perfecciona el contrato, véase lo que esplicaré en el cap. V, lib. y §. 1, P. II.

dualizándose todo con la mayor claridad y distincion, de manera que se conozca evidentemente que es la misma que se vende, pues si contiene palabras ambiguas y equívocas, no será venta sino confusion, y no valdrá. Si se venden mercaderías, se han de especificar por menor los géneros, piezas, libras, arrobas y precios respectivos, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y el precio fijo que se dá por ello, debiendo poner gran cuidado en esto el escribano, porque de lo contrario, aunque no se anule el instrumento, se presume fraude, y se le puede imponer pena arbitraria, por no cumplir con lo que manda la ley, á mas de satisfacer el perjuicio que se haya ocasionado á alguno de los contrayentes (*a*); pero si se vende alguna partida sin respecto á peso, número ni medida, que llaman á ojo, no es necesaria la individualidad esplicada, ni habrá riesgo en el contrato, pues por el mismo hecho es visto haberlas pesado, medido y contado ambos contrayentes (*b*), los cuales deben hacerse recíproca donacion y remision del esceso y lesion que haya, y obligarse á no reclamar el contrato por esta razon, recibiendo en sí el peligro y perjuicio que se les puede causar por dicho defecto, y de esta suerte es igual el convenio.

36 La segunda cláusula es, que el vendedor declare no tiene vendida ni enagenada la tal cosa, ni parte de su uso ni propiedad (*c*); para que si se verifica lo contrario, incurra por el estelionato (*), en la pena de volver al segundo comprador el precio con todos los daños y perjuicios; si el primero tomó posesion de ella y se lo pagó antes (*d*); como asimismo que se esprese el precio total en que la vende, plazo que se prefine para su pago, si la da al fiado, y con qué pactos y condiciones. Si el comprador entrega el precio al tiempo de la celebracion de la venta, dará fe de ello el escribano, y especificará las monedas en que le satisface, y si no le paga entonces por tenerle ya recibido el vendedor, lo confesará éste así y otorgará carta de pago á favor de aquel con las cláusulas y renuncias que esplicaré en el cap. 30, n. 1; pero si nada satisface entonces, ó solamente parte, se constituirá en la obligacion de pagar el todo ó el resto

(*a*) Ley 4, tit. 11, lib. 5 R, ó 2, tit. 12, lib. 10 N. R, y Real cedula de 15 de Setiembre de 1784, ó ley 3, tit. 8, lib. 10 N. R. (*b*) Cur. Filip. lib. 1 Comer. terr. cap. 12, n. 40. (*c*) Ley 56, tit. 18, Part. 3.

(*) Fraude que consiste en ocultar en un contrato alguna obligacion anterior sobre finca, alhaja ú otra cosa.

(*d*) Ley 50, tit. 5, Part. 5.

cuando se estipule, hipotecando á su responsabilidad la misma cosa, y pactando espresamente que interin no se le satisfaga íntegro no se le ha de transferir su dominio, para que el vendedor sea preferido en ella por su importe á otro cualquiera acreedor del comprador, como en virtud de este pacto lo será á todos, aunque sean anteriores, del propio modo que si la hubiera comprado con dinero prestado para este fin, lo que no sucederá si falta este tan esencial requisito y cautela (*a*). Lo propio milita cuando reserva en sí el dominio directo (*b*).

37 La tercera cláusula es, que el vendedor declare que el precio en que efectua la venta es el justo y verdadero valor de la cosa, y que por lo mismo no hay lesion ni engaño; y en caso que valga mas, á fin de que no le quede accion para repetir el esceso, haga de él al comprador donacion perfecta é irrevocable, y renuncie, como puede hacerlo, la ley 1, tit. 11, lib. 5 R. ó 2, t. 1, lib 1, N. R. que dice: "Si el vendedor ó comprador de la cosa dijere que fue engañado en mas de la mitad del justo precio, asi como si el vendedor dijere que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedís, ó el comprador dijere que lo que valió diez dió por ello mas de quince, mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fue comprada, ó de la dejare al vendedor tornándole el precio que recibió, i el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, i tornar el precio que recibió; y esto mismo debe ser guardado en las rentas, i en los cambios, i en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda, del dia que fueron hechos fasta en cuatro años, i no despues". (*) Si el vendedor es leso y no renuncia esta ley, puede pedir recision del contrato ó el suplemento á su justo valor dentro de los cuatro años que prefine. Lo propio ha de practicar el comprador á favor del vendedor por la misma razon,

(*a*) Leyes 9, tit. 5, y 30, tit. 13, Partid. 5 Cur. Filip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3, n. 24. (*b*) Gom. lib. 2, Var. cap. 2, num. 30.

(*) Ha declarado el Rey por punto general »que todos los tejidos y manufacturas del reino, sin embargo de cualesquiera otra disposicion, se han de poder vender por el precio en que se convengan las partes sin sujecion alguna á tasa o regulacion de las justicias, ni á otra providencia que lo determine, quedando únicamente a salvo á los interesados los recursos de derecho, y por el orden de este para los casos de lesion o engaño.» *Circular de 20 de Diciembre de 1796.*

confesando no valer menos la cosa, y en caso de tener menor valor haciendo donacion del que sea al vendedor, por lo que aceptará la venta aunque la cosa no tenga cargas; bien que por defecto de este requisito no se anulará el contrato (*).

38 Todos los tejidos y manufacturas del reino pueden venderse por el precio en que se convengan los contratantes sin sujecion alguna á tasa ó regulacion de la justicia, ni á otra providencia que lo determine, y solo competen á los interesados en los casos de lesion ó engaño los recursos de derecho por los trámites prevenidos en éste (*a*). Asimismo los fabricantes de jabon tienen absoluta libertad para venderle libremente por mayor y menor al pie de sus fábricas, sin que puedan limitarla ó modificarla las justicias ó ayuntamientos con el pretesto de abastos ni otro alguno (*b*).

39 La cuarta cláusula es, que el vendedor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, cediéndole con cuantas acciones le competen al comprador, y sus herederos y sucesores.

40 La quinta cláusula es la de *constituto*, que es *dar el vendedor al comprador poder irrevocable, con libre, franca y general administracion para que tome judicial ó estrajudicialmente la tenencia ó posesion real de la cosa, y en el interin que la toma, constituirse el mismo vendedor por su inquilino y tenedor, ó poseedor precario de ella en forma legal*; que quiere decir, que poseerá y gozará de la cosa, no como dueño, sino durante la voluntad del comprador en virtud de súplica que le hace para que se lo permita; pues *precario* es aquello que a ruego de alguno le concede otro para usarlo por tanto tiempo cuanto éste quiera (**).

41 La sesta cláusula es, que el vendedor se obligue á la *eviccion* y *saneamiento* de lo que vende. La cláusula se ordena de esta suerte:

(*) Como el autor apenas hace mencion en todo el cap. de la lesion enormísima, diré que ésta es la que escede en mucho la mitad del justo precio como el dos ó tres tanto; que la accion que compete por ella, como personal que es, solo prescribe por 20 años, y que en casos en que no ha lugar á la lesion enorme, lo tiene la enormísima. (Curia Filip. Comer. terr. lib. 1. cap. 12, nn. 33 y 34).

(*a*) Ley 9, tit. 12, lib. 10 N. R. (*b*) Real resolucion de 30 de Octubre de 1800, ó ley 10. tit. y lib. cit.

(**) Yo he desterrado la cláusula de constituto de nuestras escrituras, ya porque otras cláusulas ó espresiones de estas la hacen superflua, y ya porque como se pone sin noticia de los interesados, y solo por estilo de los escribanos, quienes en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo cual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones he condenado á igual pena de destierro otras espresiones redundantes, desatinadas y oscuras para los que no son jurisperitos.

"Que si alguno moviere pleito ó pusiese obstáculo al comprador, ó á quien le represente sobre la propiedad, posesion y goce de la cosa comprada, saldrán á su defensa el vendedor, sus herederos y sucesores, siendo requeridos conforme á derecho, y seguirán el pleito á sus espensas hasta dejar al comprador y á los suyos en quieta y pacífica posesion de ella, y en el seguro é íntegro goce de su producto." El saneamiento quiere decir: "Que no pudiendo conseguir lo referido le darán otra cosa igual en bondad, cabida valor, sitio, regalías y servidumbres, y en su defecto le volverán su importe y todas las costas, gastos y perjuicios con sus intereses que se le originen con motivo del pleito, de modo que quede reintegrado enteramente, como si no se le hubiera movido el pleito." (*) De los perjuicios y costas puede el vendedor deferir la liquidacion é importe en el juramento del comprador y relevarle de otra prueba; bien que aunque le defiera, siempre se atiende lo justo, porque de lo contrario podria pretender con pretesto del juramento y relevacion mucho mas que lo que importasen. El clérigo vendedor puede ser reconvenido de eviccion por el juez del comprador, aunque sea secular (*a*), si ante éste pende el pleito sobre la posesion ó propiedad de la cosa vendida.

42 Para que el escribano sepa los efectos de esta cláusula, y por consiguiente en qué casos está ó no obligado el vendedor de buena fe á la eviccion y saneamiento, digo, que por la naturaleza del contrato, esto es, aunque no se esprese en él, debe entregar al comprador pudiendo la cosa que le vende (*b*), y el comprador puede compelerle á ello no habiéndose pactado lo contrario; pero si despues de celebrada la venta se mueve á éste algun pleito sobre su propiedad, posesion ó servidumbre, le ha de hacer saber luego al vendedor ó vendedores), pues siendo muchos es menester citarlos a todos), ó al menos antes de la publicacion de probanzas, que esto quiero decir la espresion *siendo requeridos conforme á derecho*, para que tenga tiempo de hacerlas, y no quede indefenso, porque despues de la publicacion no pueden hacerse por testigos sino en ciertos casos que se es-

(*) En órden á la eviccion y saneamiento de los bienes raices de los establecimientos piadosos, de las temporalidades de los ex-jesuitas, de los colegios mayores, de la corona, de los vínculos y mayorazgos, puede verse el art. 34 del reglamento inserto en la real cédula de 21 de Octubre de 1800.

(*a*) Ley 57 al fin, tit. 6. Part. 1. (*b*) Leyes 32, 35 y 36, tit. 5, P. 5.

ponen en la II. P. (*a*); y si omite esta diligencia no debe pedirle el precio de la cosa, aunque sea vencido en el juicio. La denuncia ha de hacerse por el juez que conoce del pleito de eviccion, siendo competente para citar al vendedor, no de otra manera; y muerto éste se ha de hacer á todos sus herederos (*b*), porque cada uno no está obligado mas que por su parte.

43 Si se requiere en tiempo y forma al vendedor para el saneamiento, debe hacerlo á su costa hasta dejar al comprador en la pacífica posesion y goce de la cosa comprada, ó restituirle el precio que le dió con las costas y daños que se le ocasionaron, y si en la escritura de venta se impuso pena del duplo, no solo debe pagarle el precio doblado sino tambien la cosa doblada, aunque valga mas (*c*)(*), pues á cuanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (*d*). Asimismo lo está á la eviccion, aunque no se le haga saber el pleito, en trece casos que recopila Hermosilla (*e*).

44 Pero el vendedor de buena fe no se halla obligado á la eviccion y saneamiento de lo que vende, cuando sin su consentimiento compromete el comprador el pleito en árbitros antes ó despues de principiado: cuando por su culpa ó por un caso fortuito pierde la posesion ó la cosa comprada: cuando se da sentencia contra él y no apela de ella no estando presente el vendedor: cuando no se ampara con la prescripcion pudiendo: cuando consiente que se haga eclesiástica: cuando el vendedor se la vendió estando jugando, ó la jugó (*f*): cuando el Rey se apodera de ella despues (*g*): cuando se pactó espresamente en la venta que no habia de estar obligado á la eviccion; ni tampoco cuando vende todo el derecho que tiene á los bienes del que le instituyó heredero, y se quita al comprador en juicio alguna cosa determinada de ellos; pero si se le quitan todos ó la mayor parte, debe sanearlos; y lo propio milita en los arrendamientos cuando se venden todas las rentas de algun almojarifazgo (*) ó de alguna here-

(*a*) Lib. 3, cap. 1. (*b*) Leyes 32, tit. 5, P. 5, y 1 y 5, tit. 6, lib 4 R. ó 1 y 3, tit. 10, y tit. 11, lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 32 y 36, tit. 5, P. 5.

(*) Es decir, segun Gregorio Lopez: debe el vendedor dar al comprador ó á sus herederos la estimacion dupla de la cosa comprada, aunque su verdadero valor esceda al precio estipulado en la venta.

(*d*) Ley 2, tit. 16, lib. 5 R. ó 1, t. 1, lib. 10 N. R. (*e*) Ley 32, tit. 5, P. 5, gloss. 3, art. 6, nn. 76 &c. y 94. (*f*) Ley 36, tit. 5, P. 5. (*g*) Ley 32, tit. 5, Part. 5.

(*) Es un derecho que se paga de los géneros ó mercaderías que se estraen para paises estrangeros, y de los que entran en España por mar ó por tierra;

dad, y todas ó la mayor parte sale fallida (*a*), de cuyos casos se puede hacer renuncia y valdrá. Y para que el comprador pueda intentar la accion de eviccion en cualquiera contrato oneroso, no basta que sea condenado á la restitucion de la cosa, sino que realmente la entregue y se ejecute en ella la sentencia; escepto que el vendedor hubiese sabido que era agena, pues entonces en cualquiera tiempo podrá hacer uso de dicha accion.

45 Puede obligarse tambien el vendedor á restituir al comprador las mejoras útiles, precisas y voluntarias que hiciere en la cosa vendida, y la mayor estimacion que ésta tenga por razon del tiempo, y á todo quedará obligado. Llámanse *reparos ó mejoras útiles* aquellas por las cuales se aumenta el valor de la cosa y renta: *necesarias ó precisas* las que se hacen en ella para que se conserve y no se arruine ni deteriore; y *voluntarias* las que le dan mayor adorno ó lucimiento, como el pintarla, el hacer algun vergel, &c. con las cuales no se aumenta el valor de su renta ni propiedad (*b*).

46 No debe el escribano decir en la cláusula de eviccion, »que el vendedor ó quien le represente saldrá á la defensa del pleito, aunque se le haga saber despues de hecha publicacion de probanzas"; como algunos lo hacen por ignorancia, ó persuadidos tal vez de que asi se da mayor firmeza al contrato; pues no vale lo referido por ser contrario á la ley 32, tit. 5, P. 5 que dice: "Pero luego quel movieren ende pleito, tenudo (*obligado*) es el comprador de fazerlo saber al que gela vendió, ó á lo mas tarde, ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos (*presentados*) sobre aquella cosa en juicio contra él." Pero esto no tiene lugar, si el vendedor enterado de los efectos de la cláusula manda ponerla, renuncia espresamente, como puede hacerlo, la ley inserta, por ser establecida en su favor, y se obliga al saneamiento de lo que vende para todo tiempo, sea ó no requerido, tenga ó no noticia del pleito.

47 Puede igualmente el vendedor ceder al comprador la accion de eviccion que tiene contra el que le vendió la cosa, y entonces podrá el comprador repetir contra sus bienes del mismo modo que el vendedor podria hacerlo; pero si no se le cede, le tendrá únicamente contra este y sus herederos. Y el vendedor de mala fe no solo está

como asimismo de los que se comercian de un puerto á otro en lo interior de reino. Diccion. de la leng. castellana.

(*a*) Ley 34, tit. 5. P. 5. (*b*) Ley 10, tit. 33, P. 7.

obligado á la eviccion, aunque se pacte en la escritura lo contrario, sino que tambien debe por su dolo restituir el precio con los intereses, costas y daños.

48 La séptima y última cláusula que debe contener la escritura de venta llana, es la *guarentigia* (*), obligando al mismo tiempo el vendedor su persona (sino goza del privilegio de nobleza, ni es clérigo, ni muger) y todos sus bienes presentes y futuros á la estabilidad y cumplimiento del contrato y sus pactos; como asimismo ha de contener la sumision y renuncia de leyes de que hablaré despues (*a*), lo cual puede hacer tambien el comprador en la aceptacion de la venta. Con todas las espresadas cláusulas será ésta firme, y no podrá deshacerse sin el unánime consentimiento de ambos contrayentes, aunque se obtenga rescripto del Príncipe, y aunque el vendedor diga que la hizo por grave necesidad ú otra causa, ú ofrezca por ella al comprador el precio doblado; sino es que haya dolo (*b*), pues éste anula los contratos.

49 Si el menor de 25 años celebra por sí mismo la venta, y lo que vende es raíz ó mueble precioso que guardándolo puede conservarse, para que sea válida, ha de concurrir su curador al otorgamiento y preceder informacion de utilidad ó necesidad grave, y licencia judicial; mas para la de los demas bienes muebles basta la aprobacion de su curador, y no interviniendo esta solemnidad será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa vendida de cualquiera poseedor (*c*). La misma se requiere en el de los mudos y totalmente sordos por naturaleza, de los pródigos, locos y fatuos.

50 Asimismo ha de jurar el menor que por razon de su menor edad, lesion ú otro motivo no reclamará el contrato, pedirá restitucion, ni alegará escepcion que le sea favorable, aunque por derecho se le conceda; y renunciará el beneficio de la restitucion por entero y cualquiera otro, con lo cual será firme la venta ú otro contrato y no podrá invalidarle (*d*); pues el menor en virtud del juramento que hace por sí propio, se reputa como mayor para su celebracion, y el juramento da valor al contrato que por falta de solemni-

(*) Véase el n. 32 y su nota cap. De las prendas.
(*a*) Dicho cap. desde el n. 30 hasta el 33. (*b*) Leyes 61 y 62, tit. 5, P. 5, (*c*) Leyes 59 y 60, tit. 18, P. 3, 18, tit. 16, P. 6 y 23, tit. 11, lib. 5, R. o 17, tit. 1, lib. 10, N. R. (*d*) Leyes 16, tit. 11 y 59 y 60, tit. 18, P. 3.

dad es nulo, y aprovecha á aquel en cuyo favor se hace con tal que no sea opuesto ni á ley ni buenas costumbres, ni ceda en perjuicio de tercero ni en dispendio de la salud eterna (*a* (*). Pero si le otorga su tutor ó curador en su nombre sin su concurrencia, es superfluo el juramento, porque éste solo obliga á quien le hace, y el curador nada practica por sí. Lo mismo procede en todos los que gozan del beneficio de menor edad. Y aunque á los tutores está prohibido comprar los bienes de sus menores por sí, ó por interposita persona (*b*), no lo está, si interviene la autoridad de otro tutor que se les dé para los muebles, y la de éste, y tambien del juez para los inmuebles y muebles preciosos (*c*).

51 Los esclavos pueden venderse así como otra cualquier cosa, poniéndose en el contrato todas las condiciones justas que sean del agrado de los contrayentes, y si se pone la de que sean libres desde algun dia que se prefine, lo quedarán luego que éste llegue, aunque no se les manumita, y sin que sea necesaria nueva escritura de libertad (*d*).

52 Cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad, ya sean raices, como heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo: ya muebles como mercaderías ó libros: ya semovientes, como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes; debe el vendedor manifestarlo al comprador, y si se lo oculta, puede éste intentar contra él dentro de seis meses contados desde el dia de la celebracion de la venta la accion *redhibitoria*, que es que se rescinda el contrato llevando cada uno lo que dió al otro, y si no la intenta en ellos, puede usar en otros seis y no despues de la *del cuanto menos (quanto minoris)* ó *estimtatoria*, y es que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó (*e*); pero si el ven-

(*a*) Leyes 17, tit. 11, P. 3, 28 al fin tit. 11, P. 5 y 6, tit. 19, P. 6, Gutier. de Juram. confirm. P. 1, cap. 60, n. 1.

(*) Si hay justas razones para prohibir al menor el vender, permutar, &c. sin las formalidades prescriptas en el num. anterior, no debe su juramento dar fuerza al contrato, pues con la misma facilidad que es inducido á contraer, lo será á prestar juramento, con el cual no han de dejar de seguirse al menor los perjuicios que se quieren evitar. Así pues, parece debieran abrogarse las leyes quedan al juramento tanto valor en éste y otros casos.

(*b*) Ley 13, tit. 11, lib. 5, R. ó †, tit. 12 lib. 10, N. R. (*c*) Acerca de esto véase á Hermosilla ley 4, tit 5, P. 5, glos 9, 10 y final. (*d*) Ley 45, tit. 5, P. 5. (*e*) Leyes 63, 64 y 65. tit. 5. P. 5.

dedor se le manifiesta, no pueden pretender nada (*a*), y si ignora el vicio, tacha ó defecto, no está obligado á los daños ocasionados por éste al comprador sino tan solo á volver el menos valor que éste daría por la cosa vendida á saber el defecto. Mas de ninguna de las dos acciones, podrá usar el comprador, si se obliga á no intentarlas y se ordena la cláusula en esta forma: » Y el citado comprador se obliga á no intentar contra el vendedor en ningun tiempo las acciones redhibitoria y del cuanto menos por vicio, tacha, enfermedad, ú otro defecto oculto ó manifiesto, grande ó pequeño, substancial ó accidental que dicha mula tenga; y para mayor estabilidad de este contrato hace al vendedor gracia y donacion perfecta é irrevocable del importe del menos valor, recibe en sí el peligro que por la espresada causa sobrevenga á la citada mula, y renuncia las leyes 63, 64 y 65 del tit. 5, P. 5 que tratan de las espresadas acciones, para que jamas le aprovechen.»

53 No solo pueden intentarse dichas acciones en las cosas vendidas sino tambien en las permutadas, y en las que se dan en pago, y asimismo en dote con estimacion que causa venta: lo cual se entiende sin perjuicio de la del engaño ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, pues aunque en el efecto vienen á ser lo mismo, las causas son diversas, porque la del engaño ó lesion es por lo injusto del precio, y aquellas por el menor valor que tiene la cosa vendida a causa de la tacha, vicio ó defecto.

54 La lana debe venderse enjuta y enteramente limpia, ó enteramente sucia (*b*), y sin licencia de los veedores destinados para esto no puede venderse menos de una arroba, sea lavada ó sin lavar, ni estambre hilado ni por hilar (*c*). Ademas la venta se ha de hacer en dia claro. En real cédula de 28 de Marzo de 1784, espedida á consulta de la real Junta de Comercio, se ha concedido á los fabricantes de paños y tejidos de estos reinos el derecho del tanteo á la que para sacar fuera de ellos compren los estractores y comerciantes, con las cualidades que espresan sus cuatro artículos.

55 En la escritura de venta de los censos, efectos, y otros derechos y acciones que tienen precio fijo, no es preciso que se declare, si no es ó no justo, porque de los propios títulos de pertenencia y del que haya puesto la ley, ó costumbre legítima y tolerada, ha

(*a*) Ley 66 sig. (*b*) Ley 2, tit. 13, lib. 7 R. ó 5 tit. 12, lib. 10 N. R. (*c*) Ley 13, tit 13, lib. 7 R.

de resultar. Tampoco es preciso que se renuncie la ley 1, t. 11, lib. 5 R. ó 2 t. 1, lib. 10 N. R. porque no puede haber lesion, sino es que la venta sea de censos enfitéuticos por cincuentenas, veintenas ó decenas, pues en este caso conviene renunciarla por el perjuicio que en su regulacion puede padecer alguno de los contrayentes, mientras el Soberano no resuelve cómo se han de considerar, lo cual seria muy conveniente.

56 Los juros no se pueden vender á los ministros y oficiales del Consejo de hacienda y comision de millones, ni á sus mugeres sin licencia del Rey (*a*): ni tampoco á iglesia, monasterio clérigo ni religioso, ni á los estrangeros, escepto que la tengan para comprarlos (*b*). Por las escrituras que estenderé, se instruirá el escribano de las cláusulas que requieren las ventas de unos y otros.

57 Aunque en la venta pura é irrevocable no se haga tradicion, ni pase á poder del comprador la cosa, es de su cuenta y no del que se le vende, el provecho y daño que acaezca en ella despues de convenidos en el precio, dado caso que no se haya de otorgar escritura; pues pactándose que se ha de hacer, toca al vendedor hasta que se formaliza, por no estar perfecto entre tanto el contrato y poderse arrepentir cualquiera de los dos. En esta atencion si el tiempo le da mas valor, ó se aumenta por aluvion, ó por el contrario se deteriora, pierde ó quema sin culpa del vendedor, toca al comprador su incremento y decremento; pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida (*c*), y la tradicion es para la translacion del dominio, no para la perfeccion del contrato, escepto que se pacte. Si se pone condicion en la venta, y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento y menoscabo al comprador; pero si toda se pierde ó destruye, corresponde al vendedor sin embargo de que se cumpla despues; y si antes de cumplirse muere el comprador ó vendedor, ó ambos, vale la venta, y verificada que sea la condicion, deben pasar por esta y observarla sus herederos (*d*. Si se vende algun predio contiguo al rio con el pacto de retrovendendo, y por aluvion se mejora ó deteriora, dudase á quien pertenecerá su aumento ó diminucion, y qué deberá restituir el comprador. Algunos AA. dicen que pertenece al comprador, porque la venta está per-

(*a*) Auto 2 y 3. tit. 15, lib. 5 R. ó 2 y 3, tit. 14, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 17, tit. 15, lib. 5 R. (*c*) Leyes 6 y 23, tit. 5, P. 5. (*d*) Ley 26, tit. 5, P. 5.

feera, se le transfiere su dominio, y el alveo que le agrega el rio, como cosa accesoria la hace suya, por cuya razon cumplirá con restituir el predio, segun se le vendió, cuando el vendedor le devuelva el precio. Otros AA. opinan que toca á éste, porque el dominio que adquiere el comprador, es revocable y temporal, no simple, perfecto, ni perpetuo, y con el mismo título y cualidad con que posee el predio, posee la porcion unida; y así como que no es nueva. Ademas el vendedor al tiempo que enagena el predio, le deja comprado en virtud del pacto para cuando devuelva su precio, por lo cual no hay nueva venta, ni de consiguiente se causa alcabala, sino una disolucion de la primera que la causó. Por tanto debe recibirle con el incremento ó decremento que tenga, mayormente cuando al comprador no se causa perjuicio, ni éste debe ignorar lo que el rio puede hacer. Esta opinion me parece la mas fundada, y para evitar en este caso dudas y pleitos prevendrá el escribano á los contrayentes que pacten lo que se ha de practicar. Consistiendo en número, peso ó medida lo que se vende, ó siendo de lo que los hombres acostumbran probar ó gustar antes de comprarlo, si el comprador lo gusta, pesa, cuenta ó mide, le toca igualmente al aumento ó pérdida posterior; mas no el anterior, sino es que para gustarlo, contarlo, pesarlo ó medirlo prefinan dia, no vaya en él el comprador y despus se empeore, pues en este caso será de su cuenta Si lo que se compra es por mayor, que llaman *á vista, ó á ojo*, será de su cuenta el peligro despues de convenidos en el precio (*a*). Finalmente si hecho ya el ajuste tarda el vendedor en entregar la cosa al comprador, y delante de testigos le ofrece este su valor, pertenece á aquel; pero si se le entrega despues sin deterioro, y el comprador es moroso en recibirla, le toca á él y no al vendedor (*b*).

58 Despues de entregar al comprador la finca le corresponden sus utilidades y frutos, mediante á que por la tradicion se hace señor de ella, y á que las cosas fructifican ó perecen para sus dueños: lo cual se entiende, aunque no haya pagado su precio, siempre que hubiese dado fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la hubiere fiado. Tambien le pertenecen los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura y antes de su tradicion, estén ó no maduros, porque son parte de ella, y se entienden comprehendidos en el precio porque aquella se celebra, sino se pacta lo contrario. Pero

(*a*) Leyes 24 y 25, tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 27, tit. 5 P. 5.

siendo hecha con pacto de retrovendendo y estando pendientes al tiempo de la redencion, se duda á quien corresponden. Unos dicen que al que redime con tal que pague los gastos al comprador, y otros que se han de prorratear entre ambos deducidos aquellos, cuya opinion es mas equitativa, aunque la primera es mas conforme á derecho; bien que esto ha de entenderse, cuando la retroventa se ha de hacer por el mismo precio que la venta, no si el pacto es solamente de que el comprador ha de retrovender, pues entonces se entiende por el precio justo y se estiman los frutos. Tambien ha de entenderse, cuando en cualquiera tiempo pueda hacerse la retroventa, y no si al tiempo de la venta hay frutos pendientes, y se pacta retrovender por el propio precio y en dia cierto. En cuanto á si pertenecen igualmente al comprador los frutos que produce la finca despues de perfecto el contrato y antes de su entrega, hay dos sentencias. Segun la una corresponden tales frutos al comprador, aunque no haya dado seguridad ni hipoteca, y aunque el vendedor no se la hubiese fiado, escepto que los contrayentes pacten otra cosa: porque quien está al daño, debe estar á la utilidad, y mediante á que si la cosa perece sin culpa ni mora del vendedor, debe perecer para el comprador, y éste ha de pagar su precio; deben ser suyos tambien los frutos que produzca antes de su tradicion. Segun la otra sentencia pertenecen al vendedor, porque las cosas, como se ha dicho, fructifican para su dueño, y éste lo es hasta que la entrega y se le paga su precio, ó da seguridad de pagarle, ó la entrega fiada al comprador hasta cierto tiempo. Ademas entre los contrayentes debe haber igualdad, y ninguno tiene obligacion de cumplir por su parte, sino cumple el otro; en cuya atencion si el comprador no satisface el precio, transfiriendo en el vendedor la comodidad, usufructo y dominio del dinero, éste como dueño debe percibir dichos frutos (*a*).

(*a*) Sobre esta controversia véase á Covarrubias, lib. 3, Var. cap. 5, y para evitar dudas aconseje el escribano á los contrayentes que se espliquen con claridad acerca de los tales frutos.

§. II.

De la venta de cosas eclesiásticas.

59 Para alabar mejor á Dios, y por cuatro causas que espresa la ley 2 tit. 13 Partida 1 determinó la Iglesia nuestra madre que se hiciesen templos, y que en ellos y en sus cementerios como lugares sagrados se enterrasen los cadaveres de los cristianos (*). El dominio directo de los templos es puramente eclesiástico y sagrado, luego que se consagran y dedican al culto divino, aunque á nadie se haya enterrado en ellos, por lo que quien le enagena, comete simonia, la cual es *un sacrilegio que consiste en comprar, vender, ó enagenar las cosas*

(*) Cualquiera que lea este periodo, creerá ha prescrito la iglesia que los cadáveres de los cristianos se sepulten indistintamente en todos los templos, que de consiguiente ella ha introducido esta costumbre observada muchos siglos hasta el presente, y que la ley de Partida citada se ha conformado con la determinacion de la Iglesia; pero muy lejos de ser asi dice aquella en su final: »Pero antiguamente los Emperadores, é los Reyes de los cristianos fizieron establescimientos é leyes, é mandaron que fuessen fechas eglesias é los cementerios, fuera de las cibdades e de las villas, en que soterrassen los muertos, porque el fedor dellos non corrompiese el aire, nin marase los bivos.» Asi es que los romanos y los primeros cristianos tuvieron sus sepulcros y cementerios fuera de las poblaciones, y á nadie se enterraba dento de ellas, hasta que en el siglo IV se distinguio á los mártires con sepultarlos en las iglesias. Despues por privilegio especial se permitio enterrar á los Emperadores en los átrios ó pórticos de los templos. De aqui se estendió este honor á los Reyes, Prelados eclesiásticos, sacerdores beneméritos, y aun á los legos, cuya santidad hubiesse esclarecido, enterrándolos en las mismas iglesias, lo cual se adopta en la ley 11, tit. 13, P. 1, mientras que los demas eran sepultados en sus átrios ó pórticos. Por último se fue de tal modo introduciendo paulatinamente el uso de enterrar en los templos, que en el siglo IX se dejó esto al arbitrio de los Obispos, y en lo sucesivo se llegó al fatal estremo de sepultar en aquellos todos los cadáveres de los fieles. Mucho mas preferible que la nuestra fue la costumbre de los egipcios que embalsamados los cadáveres los conservaban en sus casas, y la de los griegos y primeros romanos que los reducian á cenizas, las cuales sepultaban. Pero sabiéndose cuál fue sobre este punto la disciplina antigua de la Iglesia, y no pudiendo ocultarse que el enterramiento en las iglesias tiene en un continuo riesgo la salud publica, se van construyendo en nuestra España muchos cementerios fuera de los pueblos á consecuencia de las sábias resoluciones de nuestro ilustrado gobierno que son bien notorias. Pueden verse la real cédula de 3 de Abril de 1787, y las reales órdenes de 26 de Abril y 28 de Junio de 1804, y de 24 de Mayo y 17 de Octubre de 1805, que como sobre cosa de la mayor importancia conviene cumplir á la mayor brevedad en todas partes. Tambien pueden verse la ley 1, tit. 3, lib. 1 N. R. y sus cuatro notas.

sagradas y espirituales, y las anejas á ellas por las profanas ó temporales (a).

60 Tomó el nombre de *simonía* de un hombre llamado Simon, mago ó hechicero, que fue bautizado por S. Felipe en Samária, y el primero que en el testamento nuevo, ó ley de gracia cometió simonía espiritual, porque viendo á los apóstoles hacer milagros quiso comprarles la gracia de hacerlos por dinero que les ofreció. (b). En el testamento viejo ó ley escrita se llamaban *Geecitas* los que la cometian, cuyo nombre se derivó de *Geci*, criado del profeta Eliseo, porque aquel pidió dones á Naaman, capitan del Rey de Siria, á quien su amo habia curado milagrosamente la lepra que padecia, y se los dió en remuneracion y pago de este beneficio, y por haber cometido tal delito, se puso gafo ó leproso (c); pero hoy todos se llaman aunque impropiamente *simoniacos*.

61 Divídese en *espiritual y eclesiástica* (*): la espiritual *es comprar y vender cosas espirituales*, como la gracia y sacramentos que puramente lo son, la cual está reprobada por derecho divino y prohibido como mala: la eclesiástica y aneja á la espiritual *es vender ó comprar algunos oficios ó alhajas de la iglesia, y resignar, ó permutar beneficios eclesiásticos sin autoridad pontificia*, la cual se halla reprobada por derecho canónico (d), y es mala en cuanto prohibida; pero ambas son sacrilegios y pecados contra la virtud de la religion por el vilipendio que se hace de lo sagrado equiparándolo á lo profano. Otras divisiones hacen los canonistas y memorialistas individualizando los casos en que se comete, y que omito, por parecerme suficiente lo espuesto para dar una tintura al escribano (**).

62 Por cosa espiritual se entiende aquello que pertenece al órden de los bienes sobrenaturales, ó está ordenado por institucion divina ó

(a) Ley 1, tit. 17, P. 1. (b) Ley 1 cit. (c) Ley 2 sig.

(*) Por otro nombre en simonía contra derecho divino y en simonía contra derecho eclesiástico.

(d) Ley 1, tit. 17, P. 1.

(**) Entre las divisiones que se hacen de la simonía, la principal es en mental, convencional y real: la primera consiste en querer dar, ó mas bien en dar cosa temporal con intencion de que se recompense con cosa espiritual ó aneja á ella: la segunda consiste en un pacto tácito ó espreso de dar lo espiritual por lo temporal; y la tercera en llevarse á ejecucion el pacto, ya se dé lo espiritual y temporal, ya solo lo espiritual. La convencional puede ser clara ó paliada, que es la que va embebida ó disimulada en otro contrato. Por cosa temporal se entiende no sólo dinero, alhaja, ó finca, sino tambien cualquiera favor, intercesion, elogio, servicio, obsequio, &c

eclesiástica para la salud del alma, v. gr. las gracias gratis datas por Dios, los sacramentos y cosas sacramentales, los divinos oficios, y oraciones públicas y privadas, los actos de jurisdiccion eclesiástica, como son la absolucion de pecados y censuras, la concesion y aplicacion de indulgencias, la dispensa, relajacion de votos y juramentos, la eleccion, presentacion, nominacion, institucion, colacion é investidura de cualquier beneficio, oficio ó dignidad eclesiástica y otras cosas semejantes (*a*), las cuales aunque no pueden venderse, sí conmutarse por otras iguales de propia autoridad sin cometer simonía (*b*), porque no hay prohibicion divina ni eclesiástica que lo impida.

63 Por cosas anejas á las espirituales se entienden las que no son intrínsecamente espirituales y estan unidas á ellas, como el derecho de patronato, los réditos y pensiones de beneficios, las primicias y diezmos, el derecho de percibirlos, el trabajo de administrar los sacramentos y celebrar las misas, los templos, altares y ornamentos sagrados, los Agnus Dei, y todas las demas cosas consagradas y benditas, las cuales no se pueden comprar, vender, ni enagenar por precio, y quien las enagena, empeña, ó compra, incurre en varias penas que el derecho canónico y real (*c*) le imponen, y así si interviene precio, no se da por ellas sino por estipendio y limosna, pues todas tienen una relacion directa con lo espiritual.

64 Otras hay que aunque son eclesiásticas, porque pertenecen á eclesiásticos, se pueden vender y enagenar por precio, como son los bienes raices y semovientes, acciones y derechos propios de algun convento, iglesia ó comunidad eclesiástica, pues miran directamente á lo temporal, y en su venta y enagenacion no se comete simonía; mas para ser enagenados ha de haber utilidad, necesidad ó piedad, á que se reducen las seis causas que espresa la ley 1, tit 14, Part 1, con estas palabras: *La primera por grand deuda que deviesse la iglesia, que non se pudiesse quitar de otra manera. La segunda, para quitar sus parochianos de cativerio, si non oviessen ellos de que se quitar. La tercera para dar de comer á pobres en tiempo de hambre. La quarta para fazer su eglesia. La quinta, para comprar logar cerca dellas para crescer el cimenterio. La sexta, por pró de su eglesia, como si vendiesse, ó cambiasse alguna*

(*a*) Act. Apost. cap. 8, núm. 20. Matth. 20 cap. 1, núm. 8, cap. 5, 7, 9, 11, 21, 221, caus. 1, q. 1, y cap. 8, &c. v. 36 de Simonía. (*b*) Joan. 1 ibi: Gratiam pro gratia. (*c*) Cap. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 15, caus. 1. q. 3, y leyes penult. tit. 14 y 11 y 12, tit. 17, Part. 1 y 6 al fin y 7 tit. 2, lib. 1 R. o 2 y 3, tit. 5, lib. 1 N. R.

cosa que non fuesse buena, para comprar otra mejor. Con esta real disposicion concuerdan varias disposiciones canónicas (*a*).

65 La solemnidad y formalidades que han de intervenir para la firmeza de la escritura de enagenacion de bienes eclesiásticos, se reducen á lo siguiente. Lo primero es, que el Obispo y su Cabildo, ó el Prelado de algun convento y sus religiosos se junten, para cuyo fin el respectivo superior debe convocar á son de campana ó por cédula ante diem, segun acostumbren hacerlo, cuando tienen que conferir sobre alguna cosa útil á la comunidad, á todos los que tienen voto, porque si alguno no es llamado, puede anular el acto, y siéndolo, aunque no asista, no se anulará, puesto que el Prelado cumple con avisar á todos; y estando congregados les debe proponer el motivo de la convocatoria, y mandar que traten del asunto y den su parecer. Este acto ó junta, que llaman *tratado*, suele reiterarse en dos dias continuados. En los dos primeros nada resuelven, quedando todos en que lo reflexionarán; pero en el último dice cada uno lo que cree mas conveniente; y si alguno ó algunos no asienten á la enagenacion, se ha de espresar junto con las razones en que afianzan su dictámen; pues aunque sea menor parte la de los que se oponen á ella, si sus fundamentos son mas poderosos y sólidos que los de la mayor, no debe efectuarse la enagenacion, y si se hace, no valdrá (*b*).

76 Sobre si han de ser tres los actos ó juntas, y celebrarse en tres dias continuados, hay varias opiniones. Yo no he encontrado ley que lo mande, ni aconseje, pues la 10, tit. 14, Part. 1 hablando de lo que debe observar el Obispo con su Cabildo en la enagenacion de las cosas de su iglesia, mandan que se junten, que para ello se convoque á todos estando en parage de donde puedan ir, que de lo contrario puedan los no convocados oponerse á lo resuelto en el acto, y que este no valga; mas no dicen que hayan de ser tres las juntas, ni en tres dias continuos, ni la 63, tit. 18, Part. 3 que prescribe la forma de ordenar estas enagenaciones, previene semejantes requisitos: ni en el derecho canónico (*c*) lo he hallado dispuesto, y sí solo que preceda el tratado de todo el cabildo ó comunidad; en cuya atencion me persuado de que los tres actos se celebran por costumbre a fin de resolver con mas madurez y acierto, y no por mandato ni por ser

(*a*) La Clementin. 1 de Rebus Ecclesiæ alienand. el cap. 1 de Pignorib. y el cap. Aurum, caus. 22, q. 2. (*b*) Ley 10, tit. 14, P. 1. (*c*) Cap. 1 de Reb. Ecclesiæ alienand, y Can. Sine exceptione 12, q. 2.

circunstancia substancial; pero lo mejor es que se practique lo que se acostumbre.

67 Lo segundo es, que intervenga licencia del superior. Antiguamente se dudaba cual habia de ser éste; pues unos decian que bastaba la del inmediato al cabildo ó comunidad, como el Obispo ó Provincial, y otros que era precisa la del Papa, cuya duda la quitó la Estravagante *Ambitiosæ*, prohibiendo la enagenacion sin licencia del Sumo Pontifice; pero sin embargo hoy basta la del superior inmediato, por no haberse recibido esta disposicion en lugares muy distantes de la santa Sede (*a*).

68 Lo tercero es, que concurra la voluntad y consentimiento espreso de toda la comunidad, ó de su mayor y mas sana parte (*b*). Lo cuarto es, que se sienten los nombres y apellidos de todos los individuos de la comunidad que subscriban en la enagenacion y la aprueben (*c*).

69 Lo quinto es, que la licencia y tratados se unan originales á la escritura de enagenacion para documentarla, y se inserten en sus traslados; como tambien que al otorgamiento concurran todos los individuos por si mismos y en nombre de los ausentes, enfermos é impedidos de presenciar el acto, y de los que le sucedan, presentando por ellos la caucion de *que aprobarán la enagenacion* (ó lo que hacen), *y jamas se opondrán á ella, y que si lo hicieren, pagarán aquello á que judicialmente sean condenados, por lo cual estarán á derecho y asistirán á juicio* (*d*).

70 Lo sesto es, que confiesen los concurrentes ser todos ó la mayor parte de los que componen la comunidad y tienen voto en ella; y si habiendo faltado en esto á la verdad, alegan despues, por no haberlo sido, la nulidad del contrato, no se les debe oir por el dolo que cometieron, pues las leyes protegen á los engañados y no á los engañadores.

71 Lo séptimo es, que se obliguen á la firmeza del contrato los bienes, y rentas presentes y futuras de la comunidad, como lo dice la citada ley 63. »Salvo que debe dezir, que el Abad obliga por sí é

(*a*) Eng. lib. 3, tit. 13, nn. 14 y sig. Reinfest. lib. 3, §. 2, nn. 30, 31 y 32. (*b*) Cap. 8. §. fin de Reb. Eccles. alienand. y leyes 5, 7 y 10, tit. 14, Part. 1. (*c*) Cap. 1 de His quæ fiunt à Prælatis, con el cual concuerdan las leyes 7, 8, 9 y 10 tit. 14. Part. 1, cuyo título trata latamente de las cosas pertenecientes á las eglesias que pueden o no ser enagenadas, en qué casos, por quien y como (*d*) Ley 63, tit. 18, P. 3.

por sus sucesores los bienes del monasterio al comprador, é á sus herederos por aquella vendida que le faze." Lo propio debe observarse por idéntica razon en las enagenaciones de bienes de iglesias que tienen cabildos; y si son parroquiales, han de intervenir los patronos y algunos parroquianos, como lo previene la espresada ley; pero esto se entiende solo en dos casos que trae Reinfestuel (*a*), y son: el primero, cuando el patrono dió sus bienes en feudo á la iglesia; y el segundo, cuando en la fundacion de ésta puso la condicion de que habia de intervenir precisamente su consentimiento en la enagenacion, y la iglesia la aceptó.

72 Y lo octavo es, que la escritura contenga la renuncia del beneficio de menor edad y restitucion por entero, que por derecho (*b*) compete á las iglesias, concejos, comunidades, fisco y menores; y asimismo que los otorgantes juren la observancia del contrato para su mayor estabilidad. Con los espresados requisitos quedará segura la enagenacion de bienes eclesiásticos, y de lo contrario podrá la iglesia demandarlos á los poseedores, pues no se pierden por tiempo (*c*); bien que los raices pueden adquirirse por el de 40 años, y si pertenecen á la iglesia de Roma, por 100 y no menos (*d*).

§. III.

De *los retractos*.

73 Sin embargo de ser contrario el derecho de tanteo, ó retracto á la libre facultad que por todos derechos tiene cada uno para disponer como quiera de sus bienes, y de que por esta razon le prohibió justamente el derecho romano (*e*); como se observó en tiempo de Moises, no permitiéndose que la posesion de una tribu pasase á otra tribu (*f*) (*), y por otra parte es grande la aficion que muchos

(*a*) Lib. 3, tit. 13, §. 2, num. 34. (*b*) Ley fin, tit. fin, P. 6. (*c*) Leyes 8 y fin, tit. 14, Part. 1 y 5, tit. 29, Part. 3. (*d*) Ley 26, tit. 29, Partid. 3. (*e*) Ley pen. C. de contrah. empt. (*f*) Levit. cap. 25, vers. 25, Ruth capit 4, vers. 2 y sig.

(*) No porque Moises permitiese el retracto, debe permitirse ahora. Aquel legislador tuvo para esto miras políticas y justas que nosotros no tenemos, sino la razon poco atendible de la aficion á las cosas ó heredades de nuestros mayores. Quiso que cada uno tuviera una parte igual de terreno, y que no se alterase en cuanto fuese posible esta escelente distribucion, cuyos dos fines son los de las leyes agrarias, las primeras de los pueblos nacientes. Conoció

tienen á los bienes de sus mayores, siéndoles sensible que salgan de su familia; le permiten por equidad nuestras leyes (*a*), en virtud de las cuales compete el consanguíneo no solo contra el comprador sino tambien contra un tercero poseedor dentro del término que prefinen (*b*). Y porque el escribano deseará tener alguna instruccion acerca de la materia de retractos, tocada muy de paso en la ediciones anteriores, se procurará esplicar ahora latamente con la distincion y claridad posibles.

74 El retracto hablando en general *es un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la finca vendida á otro.* Dos son sus especies principales de las cuales voy á tratar: una es del que se llama de *consanguinidad ó gentilicio*, y otra del llamado de *sociedad ó comunion.* El primero se concede solamente á los hijos ó nietos y parientes legítimos por su órden dentro del cuarto grado civil del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de agnacion, cognacion, sexo, ni edad; pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especialidad y no de otra suerte (*c*). El segundo pertenece al sócio, comunero ó partícipe en el dominio de alguna cosa *d*), al señor del dominio directo, al superficiario que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al señor de éste, y al enfiteuta.

75 Los hijos naturales tienen tambien facultad para tantear, pues la disposicion legal apoyada en el derecho natural, en la sangre y en la equidad los comprehende regularmente, escepto que por la dignidad y cualidad de la persona se presuma otra cosa; pero en ninguna manera compete á los espurios, incestuosos y de damnado ayuntamiento, porque como no son consanguíneos ciertos, no se reputan por tales ni por personas de la familia de los que dicen ser sus ascendientes.

76 Del derecho de tanteo puede usar tambien el hijo ó descendiente esheredado legítimamente; pues por la esheredacion no pierde

cuán importante era que todos fuesen propietarios, en vez de reunirse en pocos individuos todas las tierras. Por lo mismo los compradores y donatarios de los fundos tenian que restituirlos cada año de jubileo.

(*a*) Las 13, tit. 10, lib. 3 del Fuero Real, 6 y 7, lib. 5 del ordenam. y 230 del Estilo. (*b*) Gom. ley 70 de Toro, núm. fin. (*c*) Leyes 7, 8 y 9, tit. 11, lib. 5 R. ó 1, 2 y 4, tit. 13, lib. 10 N. R. y demas citadas (*d*) Leyes 55, tit. 5 P. 5. y 13 y 14, tit. 11, lib. 5 R. ó 8 y 9, tit. y lib. cit. N. R.

el derecho de la sangre, en virtud del cual le compete el retracto; y lo mismo ha de decirse por igual razon del hijo que renunció con juramento la herencia de su padre ó ascendiente.

77 A los clérigos compete el derecho de tanteo así entre sí mismos, como interviniendo legos, y del mismo modo compete al consanguíneo ó socio secular del vendedor eclesiástico, quien en semejante caso debe ser reconvenido ante su juez; pero no le tiene el monasterio por representacion del religioso pariente del vendedor que profesó en él; pues el derecho de retraer ó tantear es personalísimo, por dirigirse á la conservacion de la finca en la familia, y el monasterio ningun parentesco tiene con el vendedor: en cuya atencion si el monasterio vende alguna casa ó heredad que hubo del religioso, tampoco puede retraerla el consanguíneo suyo, porque ya no es patrimonial, ni la vende un pariente sino un estraño. Tampoco puede la muger retraer por razon de la comunion ó sociedad conyugal la finca adquirida constante el matrimonio que su marido vendió.

78 Al heredero estraño del pariente mas propincuo que falleció dentro del tiempo en que podia tantear la finca vendida, no corresponde este derecho; pues como personal por lo que se ha dicho, no es transmisible á los herederos, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito sobre el retracto, en cuyo caso se le ha de admitir. Finalmente por las razones espuestas no puede el consanguíneo del vendedor ceder á un estraño su derecho; bien que si hiciere la cesion á pariente remoto, valdrá sin perjuicio del mas cercano.

79 Supuesto lo referido, si el dueño de finca patrimonial ó abolenga sita en estos reinos de Castilla quiere venderla por dinero de contado á un estraño, podrá algun pariente suyo dentro del cuarto grado retraerla, y será preferido por el tanto al estraño, pudiendo ser reconvenido el reo en este caso en el lugar de su domicilio ó de la finca patrimonial. Si dos ó mas parientes de un mismo grado la quieren, deben dividirla, y siendo de diversos pertenece al mas cercano, quien la obtendrá, aunque no intente retraerla antes que se venda, si ocurre dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion de la venta y otorgamiento de la escritura que en la de los bienes raices es precisa para que conste perpetuamente: paga ó deposita judicialmente, si se resiste su percibo, el mismo precio en que se efectuo la venta y no menos, sea grande ó pequeño, pues no basta el ofrecerle solamente; y jura en el pedimento que quiere para sí la finca, y que no intenta el retracto por dolo, ni con fraude, cuyo

juramento es indispensable segun la ley; y si entonces no se halla en el pueblo, puede tantearla otro pariente de la misma línea; pero si el dueño quiere trocarla por otra, ningun consanguíneo tiene facultad para impedírselo, ni derecho al tanteo (a). Tampoco tiene este lugar, cuando el padre que heredó de algun hijo muerto la finca que éste hubo de su madre, la vende, pues otro hijo de ambos no podrá tantearla.

80 No solo puede el pariente retraer la finca patrimonial ó abolenga, cuando el dueño de ella la vende á estraño por dinero contante transfiriéndole incontinente su dominio, sino tambien cuando le dá á censo reservativo perpetuo ó al quitar, porque es verdadera venta al fiado hasta su pagamento y redencion, se transfieren en el comprador ambos dominios, y percibe el vendedor los réditos ó pensiones estipuladas en compensacion de los frutos que percibiria á no haberla enagenado: cuyo pacto es permitido y se practica. Pero no se puede retraer el censo consignativo segun nuestro derecho, ya porque éste habla de cosas raices, y el censo es mueble, y ya porque el censualista no enagena el dominio de la finca sobre que se impone.

81 Vendiéndose la finca á un pariente puede tantearla otro mas cercano (*) porque tiene mejor derecho, y nadie puede privarle del que le conceden las leyes, en cuyo caso se reputa aquel como estraño; y el pariente del mismo grado que el comprador podrá retraer la mitad (**). Si la quieren dos de un grado, uno por una línea y otro por las dos, se observará lo que acerca de la sucesion abintestato está dispuesto en semejante concurrencia, porque el derecho de retracto es semejante y se equipara con aquella (***). Y el hijo del vendedor

(a) Ley 7, tit. 11, lib 5 R. ó 1, tit. 13, lib. 10 N. R. Gom. en la 70 de Toro nn. 1, 2 y 19.

(*) La proximidad se ha de entender respecto al vendedor, y ha de admitir se en el retracto la representacion, de suerte que el nieto del vendedor ocupará para retraer el lugar de su padre muerto

(**) No debe tenerse por indudable que el pariente en igual grado puede retraer la mitad de la finca, ya porque en igual causa es mas poderosa la condicion del poseedor, y ya porque la ley 55, tit. 5 P. 5, no oscuramente niega al socio el derecho de tanteo en la venta de una parte hecha á otro socio por otra parte como la ley 7, tit. 11, lib. 5 R. ó 1, tit. 13, lib. 10 N. R. dispone que si dos parientes en un mismo grado quisieren la finca patrimonial ó abolenga, la dividan, parece que no se puede privar de su derecho a uno de ellos con vender la finca al otro.

(***) No es asi siempre, porque si quieren retraer dos hermanos del vendedor, uno entero y otro consanguíneo, no ha de ser preferido aquel, en atencion

es preferido á su tio carnal hermano de éste (*a*).

82 Cuando la finca se vende en almoneda judicial, sea voluntaria ó necesaria, tiene igual derecho á su tanteo el pariente mas cercano, en cuyo caso se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del remate, y ha de consignar y depositar aquel efectivamente el precio, pues no basta ofrecerle, como tambien satisfacer antes de la entrega al comprador la alcabala, si la pagó, el laudemio que se cause por la venta, si se ha pactado así con el vendedor a quien incumbe la satisfaccion de todo, y asimismo las espensas justas que se le hayan originado en la venta, siempre que conste de ellas, pues de lo contrario basta dar fiador de que luego que se hayan liquidado, satisfará su importe (*b*); mas no debe pagar el aumento del precio que ofrece voluntariamente el comprador, escepto que le ofrezca en el mismo acto, ó que el juez le condene á darle y suplirle por haber lesion, ó por otro motivo. Lo mismo sin diferencia ha de decirse del sócio.

83 Los nueve dias que por estilo y costumbre de los tribunales de estos reinos se conceden al deudor para que pueda retraer sus bienes subastados para pagar á sus acreedores, son diversos de los concedidos para el tanteo de que se habla, y así estos deben contarse desde que espiran aquellos, mediante á que hasta entonces puede el deudor deshacer la venta de sus bienes.

84 Hallándose imposibilitado de retraer la finca el pariente mas cercano, ó estando ausente, ó no queriendo tantearla, ó si estando presente á la venta calla (*), podrá hacerlo el siguiente en grado dentro de los propios nueve dias (*c*); mas no puede tantear la finca el que cuando se le requirió para ello, respondió que no la queria, pues perdió su derecho, y le adquirió el pariente del grado inmediato.

85 Dandose en pago voluntaria ó necesariamente al acreedor por el dinero que su deudor le debe, los bienes de éste apreciados, puede retraerlos del propio modo su pariente ó sócio, ya porque la dacion en pago hace veces de compra y venta, y ya porque de lo contrario podrian los contrayentes eludir con facilidad las disposiciones legales

á que la razon inductiva del retracto, á saber, el afecto ó aprecio de los bienes abolengos es igual en ambos; bien que la opinion contraria es la mas seguida.

(*a*) Ley 8, tit. 11, lib. 5 R. ó 2, t. 13, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 9, tit. 11, lib. 5 R. ó 4, tit. 13, lib. 10 N. R.

(*) Lo contrario dice Gomez en el lugar que se cit.

(*c*) Ley 12, tit. 11, lib. 5 R. ó 7, tit. 13, lib. 10 N. R.

é impedir el tanteo con solo mudar el nombre de la enagenacion; pero si la dacion es en pago de otra especie ó finca, no será venta sino trueque, y entonces no tendrá lugar el retracto.

86 Puede usar tambien del tanteo el pariente del vendedor, cuando se venden muchas cosas patrimoniales ó abolengas, ya por un solo precio, ya por distintos, con la diferencia de que en el primer caso ha de tantearlas todas ó ninguna, y en el segundo puede retraer las que quisiere, observando las formalidades expuestas (*a*): para cuya perfecta inteligencia debo decir, que si en un contrato ó instrumento se venden muchas fincas patrimoniales ó abolengas tasadas á un tiempo en diversos precios, v. gr. una casa en 100 y un fundo en 200, se conceptúan varias ventas, por tener todas su tasa separada, y así podrá el pariente del vendedor tantear la que le acomode: lo cual se entiende, aunque el vendedor ó su causante las hubiese comprado en un solo precio y contrato, si despues hace que se valúen separadamente; pero si el comprador las quiere todas y no de otra suerte, deberá el pariente tantearlas, ó dejarlas todas, porque aquí se conceptúa una venta sola. Lo mismo procede tambien en la dacion en pago, por lo que si dos fincas tasadas separadamente se dieren por un solo débito proveniente de una causa, no se debe admitir al pariente el retracto ó redencion de una de ellas, pues semejante débito es individuo, y por lo mismo no puede el deudor pagar por partes contra la voluntad de su acreedor; mas lo contrario ha de decirse, si fueren diversas las deudas.

87 Si se venden al fiado una ó mas fincas patrimoniales ó abolengas, tiene tambien accion el pariente del vendedor para sacarlas por el tanto, con tal que dentro de los nueve dias siguientes al de su venta afianze á satisfaccion de la justicia de que al tiempo estipulado por el comprador satisfará su importe (*b*); y si se venden con pacto de rerrovendendo, puede tantearlas dentro del propio término; bien que en la retroventa es preferido el vendedor al consanguíneo en virtud del pacto.

88 En la venta de bienes inmuebles que adquirió el vendedor por compra, trueque, donacion, ó de otra manera que no sea por sucesion de sus ascendientes, no tiene lugar el retracto de consanguinidad, pues para que le tenga, es preciso que los haya heredado

(*a*) Ley 10 t. 11 lib. 5 R. ó 5 tit. 13 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 11 tit. 11 lib. 5 R. ó 6 tit. 13 lib. 10 N. R.

de su padre, madre ó abuelos (*a*). Tampoco tiene lugar en la venta de bienes muebles y semovientes, sean ó no herederos, ni por razon de consanguinidad en el usufructo, uso y habitacion (aunque sí por la de sociedad ó comunidad, como diré), ni tampoco en otros derechos ó cosas incorpóreas.

89 Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, por un solo precio y en un instrumento, aun cuando no se pruebe fraude, será admitido el consanguíneo al retracto de la que lo es, valuándose segun su estado, y la otra se dejará al comprador.

90 Ofreciendo el comprador al consanguíneo las fincas patrimoniales ó abolengas, y las que no lo son, debe este retraerlas ó dejarlas todas; pero si el consanguíneo quiere tantearlas todas y dar al comprador su total valor, no estará obligado éste á dejarle mas que las patrimoniales.

91 No compareciendo algun pariente dentro de los nueve dias á retraer la finca, ninguno podrá intentar despues su retracto, aun cuando vuelva al mismo vendedor, y éste quiera venderla segunda vez; pues la finca perdió su cualidad de patrimonial ó abolenga, por haber pasado y permanecido en persona estraña; á no ser que el propio vendedor la recupere en virtud de pacto de retrovendendo, pues en este caso no se tiene por cosa distinta ni adquirida de nuevo, y vuelve á su primer estado.

92 Los nueve dias que nuestras leyes conceden para el retracto de finca patrimonial ó abolenga, son término señalado para todos los parientes del vendedor dentro del cuarto grado, y no singularmente para cada uno de ellos. Si es pura ó simple la venta, se deben contar segun la opinion mas recibida desde el dia siguiente al de su celebracion, y no desde la tradicion de la finca (*), ó del dinero, aunque sea venta hecha á censo redimible, pues no se ha de esperar á su liberacion: si es condicional, desde el dia inmediato al del cumplimiento de la condicion, sin embargo de que aun no habiéndose verificado se proceda realmente ó por la cláusula de constituto á la entrega, bien que si antes que se cumpla, acude el pariente á tantear y pagar, debe ser admitido; y si se celebró con pacto de retroven-

(*a*) Ley 15 t. 11 lib. 5 R. ó 3 tit. 13 lib. 10 N. R.

(*) Muchos AA. opinan que los nueve dias empiezan á contarse desde el momento en que se celebro la venta, lo cual me parece se debe seguir. Véase á Gom. ley 70 de Toro n. 25 y su nota.

dendo, se cuentan tambien desde el dia próximo al de la celebracion, porque es venta real y verdadera. Y dentro de los nueve dias puede el pariente intentar el retracto contra segundo y tercero comprador.

93 Los nueve dias corren aun para los pupilos y ausentes, sin que pasados puedan valerse del remedio de la restitucion ni otro alguno (*a*); y aunque algunos AA. opinan que cuando por culpa y malicia del vendedor ignora el pariente la venta, deben correr desde el dia de la sentencia; como asimismo que cuando hay fraude entre los contrayentes acerca del precio, han de contarse desde que conste el verdadero; hablando la ley indistinta, absoluta y claramente no debemos distinguir, con especialidad siendo el retracto un derecho odioso, por oponerse á la libre facultad de los dueños para disponer de sus cosas (*).

94 Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo de la venta, si dentro de los nueve dias siguientes á ella los percibe el comprador, y en ellos la retrae el consanguíneo, debe aquel devolvérselos; ya porque son parte de la misma finca y del precio en que se ajustó, y ya porque parece haberlos percibido con dolo y mala fé, mediante á que sabia ó debia saber que tendria que restituirlos incontinente, en cuya atencion no cumple con entregar su valor (*b*).

95 Enagenando ó vendiendo el usufructuario su derecho de usufructuar, le pierde, se consolida con la propiedad y pasa al propietario, aunque bien puede vender y arrendar por su vida los frutos y comodidad, porque estos no son derecho formal de usufructo sino la utilidad de él; y por no ser tal derecho de la misma clase que el del propietario, ni haber sociedad entre los dos, no puede competir á éste el retracto (*c*). Por la misma razon si el que tiene la propiedad sola la vende al usufructuario, podrá retraerla el socio en la misma propiedad ó el pariente próximo; si bien no se extenderá su derecho al usufructo, ya porque la consolidacion de éste con aquella se hizo

(*a*) Ley 8 tit. 11 lib. 5 R. ó 2 t. 13 lib. 10 N. R.

(*) Sin embargo por otra parte seria muy extraño que estuviese en el arbitrio del vendedor o comprador el uso de un derecho que la ley concede al pariente mas cercano, y por lo mismo parece que asi como se practica en el tanteo de las lanas, habia de admitirse al pariente la oferta de la consignacion del precio ó la correspondiente fianza al poner la demanda de retracto con los requisitos legales, y pidiendo la manifestacion del documento ó escritura de la venta.

(*b*) Com. ley 70 de Toro n. 29 (*c*) Leyes 24 y 25 t. 31 P. 3.

sin culpa del usufructuario, y ya porque se seguiria que se retraía mas que lo que se habia vendido, lo cual es contra la mente de nuestras leyes.

96 Siendo nula la venta por defecto de solemnidad ú otra causa, no tiene lugar el retracto, así porque en el nombre de venta no se comprende la que es nula, y antes bien se tiene por no celebrada, como porque si se admitiera el tanteo, se quitaria la finca al vendedor que no perdió su dominio, no al comprador que ningun derecho adquirió á ella por la inútil venta. Lo mismo procede cuando esta fue simulada, pues verdaderamente no la hubo, y así el que la celebró, no es visto haber querido enagenar por ella su finca, ni abdicar su dominio sino retenerle aparentando ó fingiendo lo contrario.

97 Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, no solo puede el socio ó partícipe en una finca proindiviso, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consócio quiere vender su parte á estraño, sino tambien despues de vendida esta, con tal que acuda precisamente dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y pague el precio ofrecido sin fraude por el comprador, aunque sea excesivo y mayor que el valor de la parte vendida ó menor, y no en otros términos (*a*): lo cual milita, aunque el que retrae tenga una parte muy pequeña en la finca comun, y al consócio vendedor toquen las demas; pues esto no le priva del derecho de tanteo, y es lo mismo que si estas fueran suyas y aquella del vendedor.

98 Aun cuando uno de los enfiteutas que poseen proindiviso una finca, venda su parte á estraño procediendo requerimiento al señor del dominio directo, podrá el consocio en la cosa enfitéutica retraerla del estraño, si el señor no la quiere, pues queriéndola es preferido. Asímismo vendiendose una parte del usufructo (*) puede el consócio en este retraerla del extraño, lo cual no se permite al consanguíneo. Tambien tiene lugar este retracto de comunion en la servidumbre de casa ó fundo, en el derecho de apacentar ganado en prado ó dehesa agena, en las cosas muebles y semovientes (**), en la transaccion, en el arrendamiento hecho á muchos de algun fundo, diezmo ú otras rentas, en la dacion en pago, sea voluntaria ó necesaria, y en la accion ó derecho á alguna cosa inmueble comun á los sócios. Finalmente

(*a*) Leyes 55 t. 5 P. 5 y 14 t. 11 lib. 5 R. ó 9 t. 13 lib. 10 N. R.

(*) En cuanto á la comodidad ó utilidad de el querrá decir, no en cuanto al derecho de usufructuar.

(**) No es esto tan cierto que no haya AA. que opinen lo contrario.

tiene lugar, aunque la cosa comun esté dividida intelectualmente entre los sócios, como si por convenio de ellos tiene uno la porcion del fundo hácia una parte, y el otro la de hácia otra, pues no se dice realmente dividido hasta que se amojona; y en todos los casos expresados, sin embargo de que la finca ó cosa comun se venda muchísimas veces, la puede retraer el sócio ó partícipe dentro de los nueve dias siguientes al de la última venta.

99 Siendo muchos los sócios puede cada uno insólidum retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos á su tanteo segun la parte que les corresponda en ella y no con igualdad; pero si el sócio vende á uno de los consócios la suya, no pueden los demas retraerla, por grandes que sean las de ellos y pequeña la del consócio comprador, excepto que sea díscolo é insufrible.

100 En cuanto al señor del dominio directo, superficiario y enfiteuta digo: que si el señor del dominio directo, ó del suelo ó area le vende á estraño, pueden retraerle por el tanto el superficiario y enfiteuta dentro de los nueve dias referidos, por tener el dominio útil. Si estos venden el suyo, pueden retraerle aquel dentro del propio término, caso que no le paguen ninguna pension; pues si se la pagan, deben requerirle para que le compre, si quiere, por el mismo precio, ó permita la venta, y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderle, y el señor sin accion por aquella vez para tantearle. Si el señor y el superficiario, ó enfiteuta concurren con el consanguíneo ó con el sócio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos: el señor del dominio directo se ha de preferir al superficiario y enfiteuta por razon del mayor y del principal derecho que como dueño del suelo le compete en la finca; y el señor, superficiario, enfiteuta y sócio deben ser preferidos al pariente por el órden con que se nombran: de modo que este es postergado á los otros, concurra con todos ó con cada uno solo, el sócio lo es al superficiario y enfiteuta, y estos dos lo son al señor del suelo (*a*).

101 El señor del dominio directo puede dar licencia absoluta al enfiteuta para vender la finca enfitéutica, ó limitada sin perjuicio de su derecho de tanteo: si se la da absoluta, no puede retraerla por aquella vez, y si la concede sin perjuicio de usar del tanteo, deberá tantearla den-

(*a*) Ley 13 tit. 11 lib. 5 R. ó 8 t. 13 lib. 10 N. R.

tro de los nueve dias siguientes al de la venta, pues los dos meses son para que la finca no caiga en comiso, si se vende sin permiso suyo.

102 No puede retraer la finca como sócio el dueño del censo reservativo al quitar, porque no tiene parte en ella por razon del dominio, ni tampoco el dueño del censo consignativo, por no estar recibida en estos reinos la bula de San Pio V que lo permite, excepto que se pacte, y á la observancia del pacto se hipoteque especialmente la finca, ó en pueblos donde la bula está en observancia; por cuyo fundamento será preferido el consanguíneo al sócio censualista.

103 Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro el quinto ú otra cuota de sus bienes indistintamente, si el heredero quiere vender finca patrimonial ó abolenga heredada, no tendrá derecho al legatario para tantearla por razon de sociedad ó comunion; pues es incierto, si se le pagará en dinero ó en otros bienes su legado, y cuáles serán estos, por lo que en ninguna cosa de la herencia adquiere dominio, ni puede llamarse partícipe en dicha finca ni en otra.

104 Para que haya lugar al retracto de comunion, son precisos como en el de consanguinidad cinco requisitos: el primero, que el sócio que le intenta lo sea en la cosa vendida por razon de dominio y lo acredite: el segundo, que la cosa no esté real y verdaderamente dividida, ó amojonada, aunque los sócios se hayan convenido sobre el parage en que han de tener y disfrutar sus partes: el tercero, que el tanteador jure quiere para sí y no para otro la parte vendida, y que no procede con fraude: el cuarto, que acuda á retraerla dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion y perfeccion de la venta, al del otorgamiento de la escritura, si se pactó que se habia de otorgar, al de remate vendiéndose la cosa en pública subasta, y al del cumplimiento de la condicion si la venta es condicional; y el quinto, que no solo ofrezca, sino que entregue al comprador el precio, alcabala, laudemio y expensas justas que haya hecho, que le deposite judicialmente, no queriendo recibir su importe, ó estando ausente, y si la venta fué al fiado, que practique lo que el consanguíneo. En caso que el comprador deba algo al tanteador, puede éste compensarlo con el precio de la parte vendida, y se le debe admitir la compensacion hasta en su importe; y aunque ésta no se admite al consanguíneo, puede usar de la cautela de depositar todo el precio para que se verifique que cumple con el precepto legal, y pretender al mismo tiempo no se le entregue la canti-

dad líquida que resulte deberle, y lo conseguirá.

105 No solo compete el derecho de tanteo ó de preferencia en las cosas espresadas, sino tambien en otras varias por la utilidad pública y disposicion de las leyes, de que no debemos dejar de dar noticia. Las alhóndigas se han de preferir por el tanto en la compra del pan adelantado á todas las personas eclesiásticas y seculares con quienes concurran á comprar el que no se hubiese vendido (*a*). Los abastecedores de pescado de los pueblos pueden tomar en las ferias y mercados por el tanto el pescado que hubiese comprado para revender, dentro de dos dias despues de esta compra, pagando á los compradores lo que les hubiere costado, y los gastos que hubiesen hecho, observándose las disposiciones prevenidas en la ley (*b*). En concurrencia de un obligado á dicho abasto y de otro abastecedor, aquel ha de ser preferido á éste. Ademas para el mayor fomento y prosperidad de las fábricas del reino en que tanto se interesa el estado, ha concedido nuestro Gobierno la preferencia ó derecho de tanteo á varios fabricantes, como á los de jabon que le tienen por coste y costas en todas las cantidades de sosa y barrilla que necesiten para sus propias fábricas, sean de las que vendan los cosecheros, sean de las que se hallen almacenadas en poder de factores, comisionistas ó tratantes para extraerse de la península (*c*): como á los fabricantes de indianas de Barcelona respecto de todos los algodones traidos de América que hayan menester para su consumo (*d*): como á los de curtidos en los cueros y pieles al pelo conducentes á sus fábricas sobre cualquier revendedor ó extractor del reino (*e*): y como á los fabricantes de papel por el trapo en concurrencia de los tratantes (*f*).

106 A fin de que las compras anticipadas de seda para extraerla no causen escasez ó alteracion de precio en los primeros meses inmediatos á la cosecha, tienen las fábricas del reino el derecho de tanteo sobre todas las sedas compradas para extraerse ó revenderse por naturales ó extrangeros, mientras no hayan salido del reino, sin tener precision de hacer constar que es necesaria en ellas la seda que tantean, y con solo la obligacion de manufacturarlas por sí ó de su cuenta,

(*a*) Ley 18 tit. 11 lib. 5 R. ó ley 10 t. 13 lib. 10 N. R. (*b*) Es la 20 t. 11 lib. 5 R. ó tit. y lib. cit. N. R. (*c*) Real Prov. de 17 de Noviembre de 1769, que es la ley 19 tit. 13 cit. N. R. (*d*) Real cédula de 30 de Junio de 1773. Nota 3 tit. 13 cit. N. R. (*e*) Real cédula de 8 de Mayo de 1781 artículos 33 y 34. (*f*) Real cédula de 1 de Marzo de 1802, que es la ley 20 tit. 13 cit. N. R.

mas para evitar á los extractores ó revendedores todo perjuicio en el uso de estos tanteos deben „los fabricantes satisfacerles el coste y costas con atencion á los precios de los contrastes al tiempo de la cosecha, y ademas un medio por ciento al mes desde el dia de la compra hasta el en que se verifique el tanteo, por el lucro cesante y premio del dinero que ya tenia empleado en esta negociacion.„ Los Intendentes han de cuidar de que los fabricantes no abusen de su derecho contra los que compren la seda para su extraccion, y de que consuman en sus telares la que adquieran por este medio : á cuyo efecto no han de conceder licencia alguna para extraer á los fabricantes que se hubiesen valido del expresado derecho, y castigarán, como les parezca conveniente, á los que con el pretexto de ser las sedas para sus fábricas la estraigan por sí ó por otros. Los cosecheros no pueden retener á su nombre la seda que hayan vendido con licencia de los Intendentes, ni los compradores ocultarla bajo cierta pena pecuniaria á los unos y á los otros que por este medio embarazen el surtimiento preferente de las fábricas del reino (*a*).

107 Sobre el tanteo de lanas concedido á los fabricantes de paños y demas tejidos de ella se ha expedido, ademas de una ley de los Señores Don Carlos y Doña Juana (*b*), y de una Real resolucion del Señor Don Carlos III á varias consultas (*c*), otra Real resolucion del mismo Soberano (*d*) que por ser la ultima acerca de este punto extractaremos aquí.

108 Para asegurar y facilitar á las fábricas nacionales las lanas que necesiten, cortando de una vez los efugios con que se procura eludir el derecho de tanteo que se les ha concedido, se confirma y ámplia con varias declaraciones. El tanteo ha de entenderse sobre todo extractor ó revendedor de lana comprada, (aunque sea al mismo tiempo fabricante) exceptuandose únicamente las partidas que se compren con destino á fabricas del reino. Todos los extractores y revendedores de lana han de registrar las compras que hagan, expresando con juramento en los registros la vecindad del ganadero y comprador, las arrobas de lana comprada y su calidad, la fecha y condiciones de las contratas, y si es a recibo segoviano ó vellon redondo ; y declaran-

(*a*) Vdanse las leyes 12, (20 t. 13 lib. 5 R.) 13, 14 y 15 tit. 13 lib. 10 N. R. (*b*) Es la 46 tit. 18 lib. 6. R. ó 16 t. 13 cit. N. R. (*c*) Es la ley 17 siguiente, antes la Real cédula de 11 de Mayo de 1783 (*d*) La consulta de 4 de Setiembre de 1802 y cédula de la Junta de comercio de 14 de Febrero de 1803, que es la ley 18 siguiente N. R.

do, si hay uno ó mas precios, cuales sean y con qué condiciones: si media anticipacion, de qué cantidad ha sido ésta, y el tiempo en que se ha verificado ó haya de verificarse; y si hay plazos, cuales son, y á cuántos años se estiende la contrata, sin omitir ninguna de las demas particularidades de ella para su perfecto conocimiento.

109 Estos registros han de hacerse en el pueblo del contrato ante el escribano de fabrica, y no habiéndole ante el de cabildo, para el dia primero de Mayo de cada año, siendo las contratas anteriores á esta fecha, y siendo posteriores dentro de los cuatro primeros dias siguientes al en que se hubiesen celebrado. Los que por comision compren lanas para fabricas de estos reinos, deben hacer tambien en los mismos tiempos sus registros, espresando en ellos el ganadero de quien compran, la fábrica á que destinan la lana, y el número de arrobas á que se estiende la comision; pero sin precision de espresar los precios, plazos, ni condiciones. Si los comisionados de fábricas hacen otras compras fuera de los encargos de ellas, deben registrar las contratas en la forma espresada al principio, y lo mismo ha de decirse de los fabricantes que al mismo tiempo sean estractores.

110 Los interesados á quienes se prescribe la formalidad de registrar las lanas, deben sacar testimonio del registro y presentarle en cierto tiempo al escribano de fábricas ó en su defecto á uno de los del cabildo de la cabeza del partido. No haciendo esto ó no haciéndose los registros en los términos prevenidos, han de poder denunciarse y darse por de comiso las lanas, donde quiera que se hallen, siendo bastante para proceder por falta del registro la personalidad de los comisionados para las compras, y la de los demas encargados del beneficio de las lanas, contra quienes han de dirigirse los apremios.

111 Si en los contratos en que no haya anticipacion de dinero, tantea la lana algun fabricante, ha de satisfacer el coste y costas, y medio por ciento cada mes desde el dia en que el comprador pagó el importe hasta el del tanteo; pero si se pacta alguna anticipacion del comprador al ganadero con interés determinado, ha de ser éste de cuenta del segundo desde el dia de la anticipacion hasta el de la entrega de la lana; y el fabricante abonará al comprador desde éste hasta el del tanteo y reintegro dicho medio por ciento. Cuando se venda la lana estipulando alguna anticipacion sin interés, aunque embebiéndole en lo equitativo del precio, debe el fabricante pagar al estractor ó revendedor de quien tantee, el medio por ciento mensual desde el dia de la anticipacion hasta el del tanteo. Vendién-

dose la lana á plazos por precio fijo y el interés desde su entrega hasta el pago, ha de satisfacer este, no escediendo del medio por ciento el fabricante que tantee, desde el dia de la entrega hasta el en que tenga efecto el tanteo, si quiere hacer la entrega del importe; mas si el fabricante usa de los plazos del contrato, ha de ser con la fianza competente y á satisfaccion del ganadero. Finalmente si se señala plazo sin interés, por recargarse su utilidad en el precio de la lana, puede pedir el fabricante que esta la regulen peritos, nombrándose tercero en caso de discordia; y llenará el contrato, pagando el precio que resulte de esta regulacion, y el interés del medio por ciento desde el dia de la entrega de la lana al comprador hasta el del tanteo y pago, ó hasta el del plazo, y si usase de él, afianzándole como se ha prevenido."

112 Justificándose simulacion en el precio, en la anticipacion, ó en la asignacion de intereses, queda relevado de pagar estos el fabricante, y ha de entenderse su tanteo por el precio medio que las pilas de igual clase tengan en aquel año: en cuyos casos los subdelegados ó justicias que entiendan en el tanteo, han de dar cuenta á la Junta general de comercio, para que pueda acordar las providencias que estime convenientes, atendidas las circunstancias del ganadero y comprador para su escarmiento.

113 En los mismos términos que se ha concedido el tanteo ó preferencia á los fabricantes de tegidos de seda y lana, se ha concedido tambien á todas las fabricas de tegidos de lino y cáñamo establecidas, ó que se establezcan en estos reinos respecto á dichos frutos ó primeras materias sobre cualquiera comprador natural ó estrangero que las hubiese acopiado para revender ó estraer, y no para otras fabricas nacionales de la misma clase (*a*).

114 Pero aun nos queda que hablar de otros retractos ó tanteos mas justos, mas importantes y beneficiosos al estado que los referidos. Todos sabemos muy bien que los apuros y necesidades de la Corona han obligado en diferentes tiempos, y con especialidad en los reinados de los señores Don Felipe II y Don Felipe IV, á la enagenacion de muchos oficios de justicia y de republica, sin embargo de ser muy graves los perjuicios que se siguen á los pueblos de que no egerzan aquellos personas dignas de su eleccion por su conducta y ta-

(*a*) Real resolucion de 21 de Abril de 1792, que es la ley 21, tit. 13 cit. N. R.

lento (*a*). De aquí es que en los casos de dicha enagenacion y acrecentamiento de empleos públicos, inútiles y gravosos á los pueblos, no puede menos de competir á estos el derecho de tanteo, con cuya condicion deben siempre creerse hechas las ventas de ellos, y por lo mismo en ninguna manera se viola la fé pública valiéndose los pueblos del expresado derecho, y reintegrando por este medio el precio desembolsado á los compradores ó sus herederos. A consecuencia de estas poderosas razones se halla pactado por varias condiciones de millones que no se enagenen, empeñen, ni aumenten los mencionados empleos, y que todos los pueblos puedan tantear los que ya lo estuviesen (*b*); lo cual se pactó con particularidad y formalmente entre S. M. y el reino en las condiciones de millones, librándose Real cédula para su observancia (*c*).

115 En un Real decreto que expidió á la cámara el Señor Don Felipe V (*d*), se mandó vender los oficios de gobierno político y económico de la Corona de Aragon; mas por otro (*e*) revocó el mismo Soberano la venalidad de dichos oficios, mandando que no se admitiese mas, y que los enagenados pudieran tantearse para quedar en el pie antiguo, satisfaciendo á los compradores las cantidades que hubiesen dado por ellos, aunque exceptuándose de esto las ciudades capitales de Zaragoza, Valencia y Barcelona.

116 Los tanteos de jurisdicciones, señoríos y vasallage que ha enagenado la Corona por la pobreza de su erario y los grandes apuros en que se ha visto; sino se hallan apoyados en pactos hechos entre los Soberanos y el Reino, se fundan seguramente segun el testimonio de célebres Jurisconsultos de la nacion (*) en la practica universal de España á egemplo de lo pactado en cortes respecto de los oficios públicos, y con mayor razon que en estos. Dichas enagenaciones hechas no sin grave sentimiento y daño de los pueblos comprehendidos en ellas á varios asentistas y otras personas acaudaladas, llevaban tambien la condicion del tanteo por los pueblos, por cualquier vecino de ellos como derecho ó accion popular, y por la misma Corona para volverse á incorporar en esta restituyendo á los compradores de precio integro, sin poder obstarles ningun lapso ó transcurso

(*a*) Ley 17 tit. 3 lib. 7 R. ó ley 3 tit. 8 lib. 7 N. R. (*b*) Escrituras de Millones condicion del quinto género nn. 21, 25 y 87, y condiciones nuevas n. 7 y folios 91 y 136. (*c*) En 18 de Julio de 1650 Escrituras de Millones, fol. 136. (*d*) En 27 de Enero de 1739. (*e*) De 10 de Noviembre de 1741.

(*) Puede verse al señor Larrea en la alegacion 46.

de tiempo. Esta incorporacion es tanto mas justa y equitativa, que habiendo salido de la Corona las jurisdicciones enagenadas volvian á ella naturalmente como á su propio centro en virtud de la correspondiente indemnizacion.

117 Las ventas de vasallos hechas en el reinado del Señor Don Felipe II. fueron las de aquellos que por breve del Pontífice Gregorio XIII. se habian desmembrado de las iglesias, é incorporado á la Corona en virtud de cierta recompensa que les fué dada; pero las que se hicieron por el Señor Don Felipe IV, se apoyaron en la concesion ó consentimiento del reino, prestado en las cortes, á fin de que su importe se invirtiese en el pago de deudas contraidas con los asentistas ó factores para satisfacer las obligaciones ó empeños de la Corona; y como para la formalidad de estas ventas y entregas de sus productos se formasen varias instrucciones ó reglas, tomaron de los asentistas ó factores el nombre de *reglas de factoría*, las cuales se han incluido en la última edicion del cuaderno de rentas Reales. Antes de hacerse la enagenacion que se pensaba hacer de los pueblos, se les hacia la correspondiente intimacion, para que dentro del término señalado usasen del derecho de prelacion ó preferencia, teniendo pronto el dinero necesario para redimirse ó redimir su propia jurisdiccion; pero aunque algunos lo hicieron, otros, por no tener dinero, ni poder en modo alguno tomarle á censo, tuvieron que soportar la enagenacion á los asentistas, quienes vendian á otros particulares las jurisdicciones, ya por acomodarles mas el dinero, ya por ser extrangeros sin domicilio fijo en nuestra España. Ademas algunos compradores al fiado se apoderaron de varias jurisdicciones sin haber satisfecho á la Real hacienda el precio estipulado, y disfrutando sin embargo el egercicio de la jurisdiccion y señorío con las regalías y emolumentos anejos á él.

118 Como de estos tanteos y de los tocantes á los oficios públicos, vendidos ó acrecentados, ha conocido inconcusa y privativamente el Supremo Consejo de Castilla en su Sala de Mil y Quinientas, en virtud con especialidad de una escritura entre el Soberano y el reino celebrada en Madrid (*a*) para el cumplimiento de las condiciones de millones, librandose á este efecto Real cédula (*b*); y por otra parte el Consejo de Hacienda ha entendido de la valuacion de las ju-

(*a*) A 10 de Octubre de 1656. (*b*) Con fecha de 16 de Marzo de 1659. Escritura de Millones folio 158 n. 7 y folio 200

risdicciones, de los autos para sus ventas, de todas las incidencias ocurridas en ellas, de las posturas, remates y posesion de los compradores, y otros varios puntos; no pudo menos de ofrecerse competencia entre ambos supremos tribunales que se decidió en la Real cédula de 10 de Marzo de 1778; pero en el dia no puede tener absolutamente lugar á causa de la Real cédula moderna (a), por la que se ha dado al Consejo de Hacienda nueva planta y mas estensa jurisdiccion.

119 „Ordeno, se dice en ella, que los negocios pendientes, y que se promovieren de reversion á la Corona de bienes y derechos que fueron de ella, y deban volver á serlo por la calidad de sus donaciones y enagenaciones, los de tanteo de jurisdicciones, señoríos y derechos anejos; y los de tanteo y consuncion de oficios enagenados de la Corona, aunque radicados en mi Consejo Real, y algunos en las Chancillerías y Audiencias, se pasen inmediatamente al Consejo de Hacienda, se radiquen para siempre en él, como todos los de incorporacion á la Corona, y sean de su jurisdiccion y privativo conocimiento, con inhibicion del Consejo Real y demas tribunales. Y es mi expresa y determinada voluntad que se promuevan con zelo y actividad los negocios de esta clase, como de la primera importancia, por mis Fiscales en el Consejo de Hacienda, por convenir asi a mi servicio, y ser mucho mas facil promoverlos en dicho tribunal, por cuanto en sus oficinas existen las razones, noticias y documentos necesarios para ello y su mas acertada determinacion; y quiero que los pleitos de reversion é incorporacion, y los de tanteo de jurisdicciones y señoríos se vean y determinen por siete Ministros togados a lo menos, y que de los tres Fiscales entienda cada uno en los de las provincias de que esté encargado, no obstante tener mandado que todos interviniesen juntamente en los de incorporacion; y que se escuse conferirles comisiones que puedan desempeñarse por otros Ministros del Consejo, para que permaneciendo libres y esentos de ocupaciones agenas de su oficio, puedan dedicarse mas bien a hacerle con esmero constante en dichos negocios y los demas ocurrentes de igual importancia, en inteligencia de que Yo cuidaré de premiar sus servicios."

120 »Para facilitar la instauracion de los negocios de incorporacion á la Corona, mando que la caja de consolidacion de vales

(a) Espedida por el Consejo de Hacienda en 11 de Febrero de 1803.

reales constituya en sí misma los depósitos de las cantidades de los precios de la egresion que acordare el Consejo, á disposicion de éste, y que cuando lo dispusiere, las entregue á las partes á que pertenecieren; pero si por ser manos muertas debieren imponerse á favor de ellas, se cancelarán los depósitos, y otorgarán escrituras de imposicion de censo redimible con réditos de 3 por 100 sobre la misma casa, sus fondos, y arbitrios presentes y futuros á favor de las mismas, quedando los efectos incorporados á disposicion de la comision gubernativa de consolidacion de vales para disfrutarlos por el tiempo necesario á reintegrarse de su desembolso, y por diez años mas que la concedo por via de nuevo arbitrio para aumento de sus fondos; y despues se incorporarán de hecho con los demas efectos de mi patrimonio real.»

121 Ademas de un real decreto posterior (*a*) se dispone lo siguiente: «Con el justo fin de evitar motivos de quejas y reclamaciones de los interesados en los pleitos de reversion á la Corona, é impedir dilaciones voluntarias y perjudiciales, he resuelto con arreglo á las leyes, y conformándome con el dictamen de varios ministros de mi confianza, declarar y establecer el órden y la forma especial de proceder, que se ha de observar de aquí adelante en dichos pleitos.»

122 «Llegado que sea el caso de reversion por muerte sin sucesion legítima del poseedor de bienes donados por el señor Rey D. Enrique II, mandará mi Consejo de hacienda poner en posesion de ellos á la Corona, luego que el fiscal lo pretenda con documentos que acrediten la calidad reversible de los bienes, y la muerte sin sucesion legítima de su último poseedor; y lo mismo se hará en cualquiera otro caso de reversion, prevenido en las mercedes de los demas señores Reyes mis progenitores, verificado que sea el de vacante actual, quedando sin efecto legal contra la Corona las posesiones, que por mandado de los jueces ordinarios ú otros tribunales hubieren tomado antes ó despues cualesquiera personas de los mismos bienes: y si alguno se creyere con derecho de suceder en todos ó en parte de ellos por justos títulos diversos del de la reversion y esclusivos de él, deberá poner la correspondiente demanda en el Consejo, y presentarlos en el preciso y perentorio término de 90 dias primeros siguientes al de la toma de posesion por la Corona, haciéndolo así, se examinará dentro de otros 40 dias, tambien precisos y siguientes á aquellos, en un artículo sumario y semejante á los de administracion de

(*a*) De 12 de Febrero y comunicado en 27 del mismo de 1803.

los juicios de tenuta, y se decidirá con citacion y audiencia de las partes y vista formal, si corresponde encargar la administracion libremente ó con fianzas al demandador de dichos bienes, ó si por el contrario ha de continuar la Corona en la posesion de ellos hasta la decision del juicio principal, que será recibido á prueba en la misma providencia por el término de la ley, con la calidad de no haberse de prorogar, ni suspender por causa alguna, egecutándose la determinacion del artículo, de que tampoco se admitirá súplica, ni otro recurso ordinario ó estraordinario, y continuándose despues el juicio principal por todos sus trámites hasta que se determine por sentencias de vista y revista, consultándoseme ésta con los fundamentos de su apoyo, los votos en contrario, si los hubiere, y el memorial ajustado para la resolucion de mi real agrado; pero si el demandador no pusiere la demanda, ó aunque lo hiciere, no presentare los títulos en dicho término perentorio de 90 dias, se le admitirá aquella, y seguirá el juicio en la forma espresada, sin hacerse novedad en la posesion, y lo propio se observará en el caso de no haberse pedido por el fiscal, ni dado por consiguiente á la Corona la posesion de los bienes reversibles en el término de 90 dias contados desde la vacante actual de ellos, y en el de ponere por el fiscal la demanda de reversion por translineacion anterior, á menos que en cualquiera de estos casos se escuse el demandado á presentar sus títulos, ó no los presentare en el término tambien perentorio de 40 dias siguientes al de la notificacion de la demanda, pues entonces se pondrá en posesion á la Corona, y continuará el juicio sin admitirse reclamacion en contrario, sean los que fueren los fundamentos, causas y motivos con que se intentare (*).»

(*) No queremos omitir dos cosas que por olvido no se han espresado en los lugares oportunos. Una es que la real cédula de 8 de Junio de 1802 habla sobre la introduccion y venta de los libros estrangeros; pero que respecto á este punto ha de estarse particularmente á lo prevenido en los artículos 18, 19 y 20 de la real cédula de 3 de Mayo de 1805, por la que se creó un nuevo juzgado de imprentas y librerías del reino con inhibicion del Consejo, &c. Otra es que la circular de 11 de Noviembre de 1802 dirigida á evitar los monopolios y abusos en el comercio de granos, se halla concebida en estos términos.

»Por diferentes reales cédulas y provisiones espedidas despues de la pragmática de 11 de Julio de 1765, y con particularidad por la de 16 de Julio de 1790, estan prescriptas las reglas convenientes para evitar todo abuso en el comercio de granos, y que este quede en términos de que no se estanquen en monopolistas, y circulen para el consumo y abastecimiento del reino, conciliando el beneficio de los labradores y la comodidad posible de los consumi-

§. FINAL.

Formulario correspondiente á este capítulo.

123 *Venta de casa.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Francisco Aguado, vecino de ella, dijo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores vende para siempre á Santiago Jimenez, vecino tambien de ella, y á los suyos una casa sita en tal calle de esta villa que le pertenece en posesion y propiedad, se compone de cuarto bajo, principal y segundo, tiene tantos pies de fachada y tantos de fondo, con lo que le toca de medianerías, de suerte que multiplicadas unas líneas por otras asciende á tantos su area plana: linda por la mano derecha entrando en ella con una de Pedro Rodriguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Mendez, y por la fachada con dicha calle; y en lo antiguo fue de N. quien por escritura que otorgó en esta villa á tantos de tal mes y año, ante N. escribano de su número, le vendió á N. (*aquí se relacionarán, si se quiere, los títulos de pertenencia y luego proseguirá*) por

dores sin intervencion de manos intermedidas que obsten á estos loables objetos.»

»A pesar de esto, por las representaciones que se han hecho últimamente, se ha convencido el Consejo de la necesidad de tomar otras providencias que frustren los proyectos de los codiciosos, que por hacer una ganancia injusta en el comercio de trigo ponen los pueblos en consternacion y á punto de perderse: y habiendo oido sobre el asunto al señor fiscal Don Simon de Viegas, y atendiendo á remediar la escasez aparente que se esperimenta, causada por la codicia de los tenedores de trigo, que le reservan con la esperanza de que se aumente el precio, sin embargo de ser tan esorbitante el que por medios tan reprobados han logrado darle, ha resuelto este supremo tribunal que V. observe y haga cumplir rigurosamente lo prevenido en la citada real cédula de 16 de Julio de 1790, con declaracion de que por ahora pueda obligar á los cosecheros y cualesquiera otros dueños de trigo que le tengan sobrante á que lo vendan al precio corriente para el abasto del público, bajo la pena de perdimiento de todo el que tengan por su resistencia ú ocultacion; y advirtiendo á los tenedores de dicho género que no puedan negarse á vender el que les sobre á precios corrientes á todos los que lo soliciten; entendiéndose por trigo sobrante aquel que no necesiten sus dueños para el mantenimiento de sus casas y familias, ni para hacer sus siembras.»

»Asimismo encarga á V. el Consejo zele con el mayor esmero y cuidado sobre la observancia de las condiciones y reglas, bajo las cuales se concedió el libre comercio del trigo, mandando á todos cuantos le hayan comprado para entrojarlo que lo manifiesten, con el libro de cuenta y razon de los precios y personas de quienes lo hayan comprado, bajo de igual pena de perdimiento de todo el trigo que oculten, y á cuya averiguacion se procederá con la mayor vigilancia; dando cuenta al Consejo de cuanto adelante V. en el asunto, y demas que tenga por conveniente. Todo lo cual participo á V. &c.»

cuyos títulos corresponde al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni empeñada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza y de cualquiera otra especie de gravámen, y como tal se la vende con todas las entradas, salidas, servidumbres y demas cosas que anejas tiene y le pertenecen conforme á derecho por tantos mil reales, que le entrega efectivamente en este acto en tales monedas, (*se espresarán las que sean*) que contadas y suplidas sus faltas (*si las tuvieren*) segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse hecho á presencia mia y de los testigos que se nombrarán. (*Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberle recibido, y renunciará la ley 9 del tit. 1, P. 5, segun se esplicará en el cap. 30, n. 1.*) Asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales, y que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por ella; y si mas vale ó puede valer, hace del esceso en poca ó mucha suma á favor del comprador y de sus herederos y sucesores, gracia y donacion perfecta é irrevocable con todas las seguridades legales, renunciando la ley 1, tit. 11, lib. 5 de la Recopilacion, que trata de los contratos de venta, trueque, y de otros en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ó el suplemento á su justo valor. Por tanto, desde hoy renuncia para siempre por sí y sus herederos y sucesores el dominio, posesion y otro cualquier derecho que le corresponda en la enunciada casa, traspasándole con todas los acciones que le competen en el comprador y en quien le represente, para que la posea, enagene y disponga de ella á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título; le confiere la competente facultad para que de su autoridad ó judicialmente tome de la espresada casa la posesion que le compete por derecho; y para que no necesite tomarla me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado; se obliga á que nadie le inquietará ni moverá pleito sobre la propiedad, posesion ó disfrute de dicha casa, y á que no aparecerá en ella ningun gravámen, y si se le inquietáre, moviere ó apareciere, luego que el otorgante y sus herederos ó sucesores sean requeridos conforme á derecho, saldrán á su defensa, y seguirán el pleito á sus espensas en todas instancias y tribunales hasta ejecutoriarle, y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y pacífica posesion; y no pudiendo conseguirlo le darán otra igual en valor, fábrica, sitio, renta y comodidades, ó en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, precisas y voluntarias que tenga á la sazon, el mayor valor que adquiera con el tiempo, y todas las costas, gastos y menoscabos que se le siguieren, con sus intereses, por todo lo cual se les ha de poder egecutar solo en virtud de esta escritura y juramento del que le posea ó le represente, en quien defiere su importe relevándole de otra prueba. Asi pues, á la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes &c. (*Aquí se pondrá la renuncia de leyes que en otra cualquiera escritura de obligacion, de que hablo en el cap. 28, n. 32, y si el comprador quiere, puede haber igual donacion del menos valor de la finca á favor del vendedor que la que éste le hace del mayor, y renunciar la misma ley recopilada, con lo cual ninguna podrá reclamar la venta.*) La ley 86, tit. 18, P. 3, trae estendida esta escritura.

124 Se ha de suponer que esta escritura es de venta llana otorgada por un mayor de 25 años, y que la casa está libre de todo gravámen; pero si tuviere

alguno, debe espresarse y añadirse en la escritura la cláusula *que no tiene mas*, en cuyo caso se pondrá aceptacion, en la que se obligará el comprador á su responsabilidad, y á dejar libres de él al vendedor, á sus herederos y bienes: reconocerá por dueño del gravámen al que lo sea, é hipotecará á su seguridad la misma finca, y si quisiere le hará igual gracia y donacion del menos valor, renunciará la ley recopilada, y ambos firmarán la escritura; bien que aunque no lleve aceptacion del comprador, por el hecho de usar éste de la cosa es visto obligarse á responder de las cargas á que está afecta, una vez que la obligacion sigue á la hipoteca. He puesto en la escritura la cláusula *y demas cosas anejas que tiene y le pertenecen conforme á derecho*; porque en las cosas que se venden, suele haber unas que deben entenderse vendidas con ellas, aunque no se especifiquen, y otras que es menester especificarse, aun cuando esten en las mismas cosas, de lo cual tratan las leyes 28, 29, 30 y 31, tit 5, P. 5, y poniéndose se evitan dudas y pleitos. No he puesto la cláusula *y se obliga á la eviccion y saneamiento de la casa*, porque es superflua á causa de ponerse con toda estension lo que quieren decir estas palabras, y dejarlo esplicado en el núm. 39. Si el comprador y vendedor pactaren que ni éste ni sus herederos queden obligados, ni puedan ser compelidos á restituir á aquel las *mejoras ó reparos necesarios y voluntarios*, de que he hablado en el núm. 43, no lo ponga el escribano, ni tampoco aunque no lo pacten, sin que preceda consentimiento espreso del vendedor, pues es acto voluntario en él obligarse á ello y no cláusula precisa ni sustancial de la venta; pero en órden á los útiles puede poner la obligacion, porque ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, como tambien la tocante á las costas, daños y menoscabos con sus intereses, porque á estos queda obligado por la naturaleza del contrato, si no es que el comprador se los remita y done espresamente. Si la casa se halla en esta corte y tiene carga real de huesped de aposento, prevendrá en la escritura que se tome la razon de ella en la contaduría del real hospedage, con arreglo al capít. 16 de las Ordenanzas de 22 de Octubre de 1749; y lo mismo advertirá en otra cualquiera de enagenacion, donacion ó cesion, observando bajo la pena que se le impone lo mandado en dicho capitulo, que á la letra dice así: »Todos los escribanos ante quienes se otorgaren escrituras de enagenacion de casas por cualquiera causa de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes la han de traer á la contaduria para que se reconozca, si se espresa la carga legítima que consta en los libros, debe pagarse, tome la razon y se note en la escritura lo conveniente; y hecho la recogerá el escribano, y copiará en el registro que queda en su poder la nota que haya puesto; lo que ejecutarán, pena de suspension de oficio por seis años, y de 50 ducados aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia; y para que lo cumplan mandará el intendente se les notifique, y archivará esta diligencia para que conste" Las ventas de tierras, viñas, olivares, dehesas y montes deben tener las mismas clausulas, observándose lo que se ha esplicado en el núm 34.

125 *Cláusula de venta á tasacion.* Cuando se celebra venta dejando el valor de la cosa al arbitrio de peritos, de que he hablado en los nn. 1 y 22, se ordenará la clausula en la forma siguiente. »Cuya casa le vende por el precio en que, bajo de juramento, la valuen dos peritos, á cuyo fin nombra por su parte á F. alarife de esta villa, el cual, y el que elija el comprador en la aceptacion de esta escritura, han de medir y apreciar la citada casa, haciéndoseles saber por mi el nombramiento, y no conformándose ambos ha de elegir la

justicia de esta villa un tercero para el propio efecto; y el comprador ha de pagar incontinente al otorgante la cantidad en que la tasen, y no haciéndolo ha de ser apremiado á su solucion, y á la de las costas y daños que por su morosidad se le ocasionen en su esaccion con solo su juramento, ó el de quien le represente; á cuya consecuencia ninguno de los dos ha de poder reclamar la valuacion, pretender baja, aumento ni moderacion de ella, ni alegar lesion en mucha ni poca suma; pues si la hubiere, por lo que al otorgante toca, hace al comprador gracia y donacion pura é irrevocable con todas las seguridades legales de lo que importe, y renuncia la ley recopilada, &c." Asi continuará como la anterior, y en la aceptacion nombrará el comprador al perito que quiera, se obligará á estar y pasar por la tasacion que los dos hagan, o el uno de ellos junto con el tercero que elija la justicia en caso de discordia, hará á favor del vendedor igual gracia y donacion del menos valor con la misma renuncia, y si ambos quisieren, se impondrán pena para que exija al contraventor tantas cuantas veces falte al cumplimiento del contrato, sin que ya la pague, ya se le remita graciosamente, deje de compelérsele á él por todo el rigor de derecho. Luego proseguirá la escritura con las cláusulas generales que se ponen en las demas, y otorgada en estos términos hará saber el escribano á los peritos el nombramiento, y les recibirá juramento de que tasarán la cosa por el precio justo segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados. Despues la valuarán, y hecha la valuacion, que ha de estenderse á continuacion del protocolo de la venta, la participará el escribano á los contrayentes, quienes si se conforman con ella firmarán la diligencia, y el comprador pagará el importe de la tasacion, poniendo recibo de ello el vendedor en el protocolo ante el escribano para evitar la carta de pago separada, lo cual se prevendrá en la venta; y asi evacuado dará copia de todo al comprador para que le sirva de título de propiedad; y si no se conforman, usarán de su derecho judicialmente para que se apremie al infractor á observar el contrato. Si los peritos estan discordes, darán los interesados pedimento al juez ordinario, espresando el contenido de la escritura y la discordia, y solicitando que nombre tercero, el cual bajo de juramento, teniendo presentes las declaraciones de los otros dos, hará la suya, y estando concorde con alguna de ellas, se apremiará á cumplir el contrato al que se resista, dándose, cumplido que sea, copia de todo lo actuado al comprador, como que es parte integral y sustancial de la escritura. Si ambos contrayentes quieren conformarse con un perito, pueden hacerlo. Sobre como deben proceder los peritos en la valuacion, véase el cap. 1, lib. 1 de la segunda parte, nn. 66 &c. y 86.

126 *Venta de esclavo.* Don Francisco Lopez, vecino de esta villa, por la presense, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo: que vendo á don Antonio Rodriguez, de la propia vecindad, un esclavo que tengo, y adquirí por tal razon, llamado Pedro de tal, que es de tal altura, color, edad, &c. no padece mal de corazon, gota, ni otro accidente ni enfermedad manifiesta ni secreta: no es prófugo, ladron, borracho, ni tiene otro vicio, tacha ni defecto que le impida servir bien; no ha cometido delito porque merezca pena capital, ni ser deportado ó relegado (*desterrado*), ni tampoco está obligado, ni hipotecado á deuda ni responsabilidad mia, y por tal lo aseguro: cuya venta hago por tanta cantidad (***Se pondrá la fe de entrega del dinero ó renuncia de la ley de Partida que cité en la escritura anterior***) declaro que los tantos reales son el justo precio y verdadero valor del citado esclavo, y que no vale mas, ni he hallado quien me haya dado tanto por el; y si mas vale, ó

puede valer, hago al comprador del esceso, cualquiera que sea, gracia y donacion perfecta é irrevocable con todas las firmezas congruentes: renuncio la ley 1, tit. 11, lib. 5 de la Recop. que trata de las cosas que se compran, venden ó permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio; y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ó el suplemento á su justo valor; y desde hoy en adelante para siempre hago una absoluta renuncia del derecho de patronato, señorio y posesion que me pertenece en dicho esclavo, todo lo cual, juntamente con las acciones que me competen, lo traspaso en el comprador y en quien le represente, para que sea su esclavo, y por tal le posea, venda y disponga de él á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, á cuyo fin se le entrego en presencia de los testigos que se nombrarán, y del infrascrito escribano, á quien pido que para documento de su pertenencia le de copia autorizada de esta escritura, con la cual sin mas acto de aprehension ha de ser visto habérsele transferido enteramente su propiedad y posesion; y me obligo á la eviccion y saneamiento del espresado esclavo, y á que si sobre él se le moviese pleito le defenderé á mis espensas en todas instancias hasta ejecutoriarle y dejarle en su pacífica posesion; y sino pudiere conseguirlo, y por este motivo fuese despojado de él ó tuviere algunas de las tachas ó enfermedades espresadas al principio de esta escritura, le restituiré incontinenti á eleccion suya el precio que ha desembolsado, y todas las costas y menoscabos que se le ocasionen, cuyo importe defiero en su juramento, relevándole de otra prueba, ó el menos valor que tenga, á causa de la tacha ó enfermedad, por lo cual ha de poder ejecutarme solo en virtud de esta escritura, y usar para ello de las acciones redhibitoria, y del cuánto menos en el término que prescriben las leyes 64 y 65, t. 5, Part. 5, y no despues, sin perjuicio de las de eviccion y lesion que quedan en su fuerza y vigor para el mismo fin. Por tanto, al cumplimiento de todo lo espuesto obligo mis bienes &c.

127 Si el vendedor dice que lo que vende no tiene vicio, tacha ni defecto, ó los oculta al comprador, y éste no quiere intentar contra él las acciones redhibitoria y del cuánto menos, se omitirá la obligacion del vendedor en cuanto á esto, y se obligará el comprador en la aceptacion que ha de contener la escritura á no usar de ellas, poniendo á este fin el escribano la cláusula estendida en el núm. 50. Si lo vendido es esclavo, caballo, mula ú otro animal, ó mercaderías ó cosa semejante, ha de renunciar el comprador las leyes 64 y 65, t. 5. Part. 5; y si es heredad ó campo que cria malas yervas, ó casa, ó torre ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo, la 63 del mismo título y Partida que tratan de dichas cosas, segun se ha esplicado en el núm. 50 cit.

127 *Venta de lana.* En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Suarez, vecino de ella = Otorga: que vende á Antonio del Rio, que lo es de tal villa, tantas arrobas de lana merina (*ó como fuere*) y de la pila de su cabaña lanar fina trashumante y esquileo que ha de hacer en el mes de Mayo próximo venidero en tal parage, y en dia claro, sol alto, corral barrido, limpio y seco, cuya lana ha de ser blanca, buena, lavada, (*ó sucia enteramente segun se pactare*) enjuta, escogida, desfaldada y deservada, sin roña, cola, cadillo, hierro, añino, copete, basto y bastaso, y de toda satisfaccion á recibo segoviano, consideradas tres arrobas de añinos por dos de lana, segun costumbre, y pesada arroba por arroba en marco de teja, como lo previene la ley recopilada (*ó con las caidas, peladas, añinos y roña, segun pacten los contrayentes*) se la vende por tantos reales cada arroba, de

que recibe en este acto por parte de paga, tantos en tales monedas, que contadas y suplidas sus faltas los importaron, de la cual entrega doy fe, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán; otorga de ellos á su favor la mas eficaz carta de pago que conduzca á su seguridad: declara que el justo precio de las tantas arrobas de lana son los tantos reales á razon de tantos cada una, y que no valen mas, ni ha hallado quien le dé tanto por ellas; y si mas valen ó pueden valer ahora, ó cuando se haga el esquileo, del mayor valor en poca ó mucha suma, hace á favor del comprador gracia y donacion pura é irrevocable con todos los requisitos legales, renunciando la ley 1, tit. 11, lib. 6 de la Recop. que trata de lo que se compra y vende por mas ó menos de la mitad del justo precio, y el término que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su justo valor; y desde hoy en adelante para siempre se aparta del derecho que tiene á las tantas arrobas de lana, y le traspasa enteramente en el comprador, quien podrá acudir ó enviar persona de su satisfaccion á tal parte, en donde se ha de entregar, á escogerla y desechar todo lo que no fuere de legítimo recibo, segun queda pactado, para lo cual se obliga á avisarle ocho dias antes á tenérsela entregada en tantos de dicho mes y año, si el tiempo lo permitiere, á no venderla, darla, ni enagenarla en todo ni en parte á otro por mas, ni por el tanto que le ofrezca; y si lo hiciere ha de tener facultad el comprador para comprarla tan buena en donde y á quien quisiere por el precio en que pueda ajustarla; pues el otorgante se obliga á devolverle lo que dió en cuenta, y á satisfacerle por entero lo que mas le cueste, queriendo se le apremie a ello por todo rigor de derecho, como asimismo á la solucion de todas las costas y daños que se le ocasionen, cuyo importe defiere en su relacion jurada y testimonio de la tal compra, sin que sea necesaria otra justificacion, de que le releva; hipotecando especial y espresamente á su seguridad la referida cabaña, con lo que tuviere de aumento entonces, é imponiéndose la pena de tantos reales, para que en defecto de puntual cumplimiento en todo o parte á lo estipulado en esta escritura, se le exija mas de lo espresado, y se entregue al comprador, sin que, ya se pague o no, ó graciosamente se remita, deje de llevarse á debido efecto este contrato, y de ser compelido á su puntual observancia. Por tanto, el citado comprador que está presente, enterado de lo que se ha referido, dijo: que acepta esta venta en todo y por todo, á cuya consecuencia se obliga á la solucion de tantos reales que faltan para cumplir los tantos, total importe de dichas tantas arrobas de lana en el mismo dia, y acto en que se las acabe de entregar, y en buena moneda de plata ú oro, pena de perder los tantos que dió en cuenta y parte de pago, á lo que quiere se le compela, en la propia conformidad que al vendedor; y declara que no vale menos cada arroba, y caso que al tiempo del esquileo tenga menos valor del que sea, hace á favor del vendedor igual gracia y donacion que la que éste le ha hecho del mayor, para que este contrato sea igual á entrambos, con renuncia de la misma ley recopiladada; y término que prescribe; por lo que se obliga á no reclamarle, &c.

129 *Venta de censo.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Rodriguez, vecino de ella, dijo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores y de quien hubiere de ellos título y causa en cualquiera manera, vende para siempre á Bernardo de las Heras, vecino de tal lugar y á los suyos tantos mil reales de principal de un censo al quitar con réditos de tres por ciento al año que le pertenece, segun consta de la escritura que otorgó á su favor F., en tal parte y tal dia, mes y año ante tal es-

cribano, hipotecando especialmente á su responsabilidad tales bienes con obligacion de pagarle dichos réditos á tales plazos; cuyo censo está libre de toda especie de gravamen, se le vende por los tantos reales que importa su capital y recibe de su mano en este acto en tales monedas á mi presencia, de que doy fe, y como satisfecho efectivamente de ellos formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago y resguardo que conduzca á su seguridad, obligándose á no volverlos á pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas; y en su consecuencia renuncia por si y sus herederos y sucesores la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le corresponda en dicho censo, traspasándole con todas cuantas acciones le competen en el comprador para que de su autoridad ó judicialmente tome la posesion de él, perciba y cobre enteramente desde hoy sus réditos á los plazos estipulados en la escritura primordial de imposicion hasta que se redima, y en este caso su capital, otorgando de todo las cartas correspondientes de pago, finiquito y redencion; y para que no necesite tomar la posesion le entrega por titulo de pertenencia la mencionada escritura á presencia mia, de que doy fe; formaliza á su favor ésta, de la cual me pide que le dé copia autorizada, y con ambos, sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberla tomado. Asimismo dá facultad al comprador para apremiar al censatario actual, á los poseedores que fueren de las hipotecas de este censo, y á cada uno insólidum á que le reconozcan por dueño de él, y le paguen como á tal desde hoy sus réditos y no al otorgante, el cual consiente en que se les requiera sobre su cumplimiento, y subroga al comprador y á quien le represente en su propio lugar, grado y prelacion: se obliga á la eviccion y saneamiento del enunciado censo, y á que será cierto y efectivo su capital, se le pagarán los réditos á los plazos pactados en la escritura primitiva de su creacion, y no se le moverá pleito, ni pondrá impedimento sobre su propiedad y goce; y que si se le moviere ó pusiere saldrá á su defensa, luego que sea requerido conforme á derecho, y seguirá el pleito á sus espensas en todas instancias hasta ejecutoriarle y dejarle en pacífica posesion de él y segura cobranza de sus réditos; y á que no pudiendo conseguirlo le dará el capital que ha desembolsado y réditos que á la sazon se le deban, con todas las costas, gastos y perjuicios que se le causen, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que necesite de otra prueba, de que le releva en forma, queriendo ademas que de esta escritura se tome razon en el protocolo de la censual, en los títulos de pertenencia de sus hipotecas, en la contaduria de éstas en el término legal bajo de la pena establecida, y en las demas partes que convenga para los efectos que haya lugar. Por tanto, al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes &c.

130 *Venta de Juro.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, don Alvaro de Andrade, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad un juro de tantos maravedis de principal y tantos de renta anual impuesto sobre la de salinas de tal parte en cabeza de F. á cuyo favor el señor Rey don Felipe IV el grande espidió privilegio en el real sitio de tal á tantos de tal mes y año, firmado de su real mano, y refrendado de don F. su secretario, del cual se tomó la razon en tales oficinas: que tiene tratado el venderle á Juan Martinez, vecino de tal lugar, y que para ello ha impetrado licencia de S. M., que Dios guarde; la que me entrega original para documentar esta escritura é insertarla en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente. (*La licencia en §. á parte.*)

Y usando de la licencia inserta, que concuerda con la que está en el proto-

colo de esta escritura, de que doy fe, en la mejor forma que ha lugar en derecho, y cerciorado del que le compete = Otorga: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título y causa en cualquiera manera, vende y enagena para siempre al referido Juan Martinez y á los suyos tantos maravedís de renta anual y tantos de capital del espresado juro, el cual está libre de toda especie de gravámen, como lo asegura, por la misma cantidad que importa el capital: (*Se pondrá la fe de entrega ó renuncia de sus leyes, y luego proseguirá de esta suerte:*) y renuncia la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le corresponda en el citado juro, traspasándole con todas las acciones que le competen en el mencionado Juan Martinez para que tome judicial ó estrajudicialmente su posesion, y le goce, enagene y disponga de él á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título; y para que no necesite tomarla le entrega en este acto á mi presencia, de que igualmente doy fe, el privilegio original con todos los instrumentos que acreditan su pertenencia, y cuya relacion se omite por evitar prolijidad: formaliza á su favor esta escritura, con la cual sin mas acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado; y le da facultad para que acuda á las espresadas oficinas, y presente en ellas dicho privilegio con la copia original de este documento, á fin de que se tilde y borre el nombre del otorgante en todos los libros que está sentado, y tomada la razon se siente y ponga en su lugar el suyo como legítimo dueño; y asimismo para que se le sasistaga desde hoy toda la renta que debe pagarse anualmente, y llegado el caso de su redencion, los maravedís de su capital sin desfalco. Por tanto, se obliga á su eviccion, seguridad y saneamiento, &c. (*Proseguirá la cláusula de eviccion como en la venta de censo, escepto lo tocante á toma de razon que se ha de omitir, y luego se pondran las cláusulas generales como en las escrituras anteriores. Si se quisiere hacer relacion de los títulos de pertenencia del juro, se pondrá en el lugar correspondiente con arreglo á la escritura de venta de casa ya estendida. Las de venta de efectos de villa requieren las mismas cláusulas que las de juros, pero no es necesaria la licencia que en la de estos; y en cuanto á su relacion é introduccion los mismos títulos servirán de norte y regla al escribano para hacerla.*

131 *Venta de oficio renunciable de escribano.* En tal parte y en tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que vende á Antonio del Rio, de la propia vecindad, el oficio de escribano público de tal ciudad que le pertenece en posesion y propiedad, con todos sus protocolos de escrituras públicas, pleitos civiles y criminales, y demas papeles concernientes á él, por libre de toda especie de gravámen, y por tantos mil reales que le entrega en esta acto en tales monedas á presencia mia y de los testigos infrascriptos, de que doy fe, y como satisfecho efectivamente de ellos formaliza á favor del comprador la mas eficaz carta de pago que conduzca á su resguardo y seguridad; declara que los tantos mil reales son el justo valor del referido oficio, y que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por él; y que si mas vale hace del esceso en poca ó mucha suma á favor del comprador donacion para é irrevocable, renunciando la ley 1, tit. 11, lib. 5 de la Recop., que trata de lo que se compra, vende ó permuta por mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su verdadero valor: se desprende desde hoy para siempre por sí y sus herederos y sucesores de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le pertenece en el mencionа-

de oficio, traspasándolo todo en el comprador para que de su autoridad ó judicialmente tome la posesion del citado oficio que le corresponde en virtud de esta escritura; y á fin de que no necesite tomarla judicialmente, formaliza á su favor este instrumento, del que me pide le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado. Y por cuanto el espresado oficio tiene la calidad precisa de renunciarse, para que S. M. (*ó tal ciudad á quien por real concesion toca su provision*) haga merced de él al comprador y se libre el título competente, se obliga á renunciarle siempre que lo pretenda, previniendo que si despues de renunciado no viviere los veinte dias que prescribe la ley 4, tit. 4, lib. 7 de la Recop. y por esta causa se perdiere y recayese en el fisco, ha de ser por su cuenta y riesgo, y no del comprador, el cual ha de poder compelerle por todo rigor de derecho á la restitucion de los tantos reales que desembolsó por él, y de las costas y perjuicios que bajo del juramento, en que lo defiere, declare habérsele seguido; y para evitar el daño que pueda ocasionarle el defecto de renuncia, sin perjuicio de constituirla separada como corresponde, le hace desde ahora con todas las cláusulas y firmezas que se exigen por derecho para su validacion, y quiere que la tenga y se estime como hecha con ellas sin reservacion; pero si viviere los veinte dias, y por no presentarla á S. M. (*ó al Ayuntamiento de dicha ciudad*) ó no tomar la posesion del oficio, ó no sacar el título y aprobacion dentro del término prevenido por leyes de estos reinos, ó por otro motivo que no dependa del otorgante, cayese en comiso, ha de ser de cuenta del comprador, quien no ha de poder reclamar contra el vendedor ni sus herederos en ningun tiempo. Por tanto, en los términos propuestos se obliga á su eviccion, seguridad &c. (*Proseguirá como la primera escritura de venta Si el oficio no tiene la calidad de renunciarse, deben omitirse las cláusulas de renuncia, en cuyo caso será una venta llana; y si es de regidor ú otro semejante, no se ha de hablar de protocolos ni papeles, sino tan solo de lo concerniente á él, y de que instruirán al escribano sus títulos, los cuales deberá tener presentes para la estension de la escritura*).

132 *Venta de bestia.* En tal parte, y en tal dia, mes y año, ante mi el escribano y testigos, José Lopez, vecino de ella, dijo: que vende á Antonio Fernandez, que lo es de tal lugar, un caballo suyo de tal edad, altura y color (*se espresarán las demas señales que tenga*), ensillado y enfrenado (*ó sin freno ni silla, segun se pactáre*) sin tacha ni vicio que impidan servirse de él por tantos reales, (*se pondrá la fe de entrega ó renuncia de sus leyes*) y declara que la espresada cantidad es el justo valor de dicho caballo, que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por él, y que si mas vale hace del esceso en poca ó mucha suma á favor del comprador, gracia y donacion perfecta é irrevocable, con las firmezas necesarias, renunciando la ley 1, tit. 11, lib. 5 Recop. y los cuatro años que prescribe para pedir la rescision del contrato, ó que se supla su justo precio. En esta atencion, se desprende de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le pertenece en dicho caballo, traspasándole en el comprador para que le tenga, use y disponga de él como de cosa suya adquirida con título legítimo, á cuyo fin se le entrega por la oreja (*ó freno si le tuviere*), y me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la cual y con dicha tradicion ha de ser visto habérsele transferido conforme á derecho la posesion del referido caballo. Asimismo se obliga á que sobre su propiedad y disfrute no se le moverá pleito, y á que no se descubrirá vicio, tacha ni ningun defecto; y si se le moviere ó descubriere &c.

(Proseguirá esta cláusula como la de venta de esclavo que he estendido, y luego se pondrán las generales). La ley 65, tit. 18, Part. 3 trae estendida esta escritura.

133 Si se vende la bestia con todas las tachas, y costumbres buenas y malas que tiene, que llaman á estilo de feria ó mercado, ha de ponerse aceptacion en la escritura, obligándose el comprador á no intentar contra el vendedor las acciones redhibitoria y del cuánto menos, como en la clausula estendida en el núm. 50, y solo se obligará éste á la eviccion de la propiedad, goce y posesion de la bestia, como en otra cualquiera venta llana.

134 *Venta de villa.* Don Francisco de Andrade, vecino de esta villa, y poseedor del mayorazgo fundado por N. digo: que á aquel corresponde entre otros bienes la villa de tal, con su término, que por el oriente confina con el de tal ciudad, por el occidente con el de tal lugar, por el septentrion con el de tal villa, y por el mediodia con el de tal, en cuya villa me pertenecen la jurisdiccion civil y criminal, alta, baja, mero, misto imperio, sus alcabalas, tales pechos, dehesas, montes, palacio, tantos prados de pastar, y otros derechos en sus moradores, que como vasallos mios me pagan hasta en tanta cantidad anual; de que hizo merced al fundador el señor Rey don N. en tal parte, á tantos de tal mes y año, firmada de su real mano, y refrendada por don N. su secretario; y por hallarme molestado de varios acreedores (*ó por otros motivos que tenga, los cuales se espresarán*) para satisfacer los empeños que he contraido, y redimir la vejacion en que me hallo, determiné vender la referida villa, con todo lo que le corresponde, á cuyo fin supliqué á S. M., que Dios guarde, me concediese la competente licencia, y precedidas varias diligencias é informes, se ha dignado deferir á mi pretension, como acredita la real facultad espedida en el Real Sitio de tal, á tantos de tal mes y año, que original se une á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aqui la facultad real en § á parte*)

Y haciendo uso de la licencia contenida en la real cédula inserta, por mí y en nombre de mis hijos, herederos y sucesores, y demas llamados á la obtencion y goce del mencionado mayorazgo, y de quien de nosotros hubiere titulo y causa en cualquier manera, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, de mi libre voluntad = Otorgo: que vendo á don Fernando de tal y á los suyos la referida villa con todo su término, palacio, jurisdiccion civil y criminal, alta, baja, mero, misto imperio, alcabalas, pechos, prados, pastos, dehesas, montes, aguas estantes y corrientes, usos, costumbres, entradas, salidas, derechos, regalías y servidumbres, y con todo lo demas que en ella, su término, y contra sus vecinos y moradores me pertenece, y puede corresponder de hecho y de derecho, con arreglo á la merced espedida por S. M. el señor Rey don N. de que se ha hecho mencion, sin reserva alguna, y por libre de toda especie de gravámen (*si tuviere alguno se especificará, y añadirá* que no tiene mas), en tantos mil ducados, que hacen tantos mil reales, y que en virtud del auto proveido ante el presente escribano en tantos del mes próximo anterior, por el señor don N. Corregidor de esta villa, y Juez comisionado por la enunciada real facultad para la solucion de mis acreedores, depositó el comprador en las arcas de la depositaria general de ella, como resulta de los autos de depósito que originales se insertan en esta escritura, y á la letra dicen asi. (*Aqui los autos en § á parte.*)

Con este depósito me doy por satisfecho de los mencionados tantos mil

ducados, y aunque su entrega ha sido efectiva, por no parecer de presente, la confieso renunciando la escepcion del dinero no entregado (*ésta es la llamada* de la nota non numerata pecunia) la ley tit. 1, P. 5, que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo: otorgo á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que conduzca á su seguridad, y en su consecuencia declaro, que el justo precio de la mencionada villa con su término, jurisdiccion, regalías y demas derechos referidos, son los tantos mil reales depositados, que no vale mas, ni he hallado quien me haya dado tanto por ella, y que si mas vale, hago al comprador del esceso en mucha ó poca cantidad gracia y donacion perfecta é irrevocable, renunciando la ley 1, tit. 11, lib. 5 Recop. que trata de las cosas que se compran, venden y permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio; y el cuadrienio que prefine para pedir rescision de ellos ó el suplemento á su justo valor; y en virtud de la real facultad inserta, segrego y doy por segregada del citado mayorazgo la referida villa con su término y demas que queda espresado, del mismo modo que si nunca se hubiera vinculado ni incorporado en él, traspasando por mí y los que fueren poseedores de él, segun los llamamientos prescriptos en su fundacion, el dominio, propiedad y otro cualquier derecho que me pertenece en dicha villa, &c. (*Proseguirá como la venta llana hasta el fin, y se prevendrá que en la escritura de fundacion del mayorazgo y en su protocolo se pongan las notas conducentes, para que conste en lo sucesivo de su separacion. Si la villa es libre, no se necesita facultad real para su venta, á no ser que en la merced hecha de ella se haya mandado que sin este requisito no pueda venderse ni enagenarse, y que todos los poseedores tengan precision de obtener título de confirmacion para poseerla.*)

135 *Cabeza de venta de bienes de convento.* Estando en la sala de *profundis*, ó como se llame, del convento de santo Domingo de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, el R. P. Fr. Francisco de tal, Prior, Fr. Juan, Subprior, &c. *Se nombrarán los demas que hubiere y tengan voto de comunidad*, todos religiosos profesos, que confiesan ser la mayor parte de los que hay en él, y tienen voto de comunidad, congregados á son de campana, segun lo acostumbran cuando tienen que tratar y conferir sobre alguna cosa tocante al servicio divino y utilidad de este convento, por sí y en nombre de los ausentes, é impedidos de presenciar este acto, y de sus sucesores, por quienes prestan caucion de que pasarán por el contenido de este instrumento, y no le reclamarán bajo de la espresada obligacion que para su firmeza hacen de los bienes, y rentas presentes y futuras de este convento= dijeron: le pertenecen en posesion y propiedad diferentes tierras con su casa en término de tal villa, en que sucedió por muerte de F. que le instituyó por su único y universal heredero en el testamento que otorgó en tal dia, mes y año ante F. escribano de su número, de las cuales no puede utilizarse á causa de la dilatada distancia, y de producir muy poco en renta, atendido su valor en propiedad, por no poder cultivarlas; en cuya atencion, habiéndose proporcionado venderlas á F. vecino de aquella villa, en tanta cantidad, é invertido en otras inmediatas á este convento que quiere enagenar F. y seguírsele mucha utilidad de vender aquellas y comprar éstas, resolvieron ejecutarlo, á cuyo fin se congregaron tres dias, é hicieron tres tratados canónicos, dando despues parte de esta determinacion al R. P. Fr. F. su Provincial, quien en vista de las razones propuestas, y del manifiesto beneficio que se seguia á este convento, le concedió la competente licencia en el de tal parte, tal dia, mes

y año, firmada de su mano, refrendada de F. F. secretario de esta provincia, y sellada con el sello mayor de sus armas, que original con los tratados se une á este instrumento para documentarle, é insertarla en sus traslados, y que á la letra dice asi. (*Aqui los tratados y licencia por el órden de sus fechas en §. á parte.*)

Y aceptando los padres otorgantes la licencia inserta, y usando de ella en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete en este caso, de su libre voluntad = Otorgan: que venden á F de tal, vecino de la espresada villa, &c. (*Proseguirá como la venta llana, añadiendo los requisitos esplicados en los nn.* 97 *y* 98.)

136 *Primer tratado.* Estando en la sala de *profundis* del convento de santo Domingo de esta villa de tal (*si fuese cabildo dirá, en la sala capitular, ó el nombre que tenga*) á tantos de tal mes y año, por ante mi el escribano y testigos, el R. P. Fr. F. Prior de él, Fr. F. Subprior, Fr. F. &c. á quienes doy fe conozco, todos religiosos profesos conventuales, y la mayor parte de los que dijeron haber en él y tener voto de comunidad, se congregaron á son de campana, segun lo acostumbran siempre que tienen que conferir sobre alguna cosa util al servicio de Dios y á este convento, y estando juntos les propuso dicho P. Prior (*se espresará con la mayor claridad lo que les proponga*), y les mandó en virtud de santa obediencia que traten entre si sobre lo espuesto, que vean si será ó no útil á este convento que se efectúe, y que den libremente su voto y parecer; y enterados respondieron que lo mirarian y reflexionarian para dar con mas maduro acuerdo su voto, lo cual firmaron siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. (*El segundo tratado se estiende como el anterior, y si los religiosos responden que les parece útil, se espresará, como tambien si estan discordes, en cuyo caso deben ponerse las razones en que afianzan su dictámen y contradiccion, añadiendo, que no obstante difieren darlo decisivo para el dia tercero. Si los religiosos resuelven en el primer tratado, porque segun su costumbre no ha de haber mas, se pondrá su resolucion.*)

137 *Tercer tratado.* Estando en la sala de *profundis* del convento de santo Domingo de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, el R. P. &c. todos religiosos profesos de este convento, que confesaron ser la mayor parte de los que hay y tienen voto de comunidad en él, estando congregados á son de campana, como lo acostumbran cuando han de tratar alguna cosa tocante al servicio de Dios y beneficio de este convento, les propuso dicho P. Prior (*se pondrá la proposicion como en las juntas precedentes*) y les mando que libre y decisivamente diesen su voto; y enterados nemine discrepante, dijeron: que les parecia muy útil y conveniente se efectuase todo, segun dicho P. Prior habia própuesto, á cuyo fin querian que para su mayor estabilidad se formalizasen las escrituras correspondientes, y se impetrase la licencia del R. P. Provincial, prescripta por derecho canonico; y en esta atencion, dicho P. Prior dijo, que aprobaba su resolucion, la cual haria presente á dicho R. P. para que concediese la licencia referida, y tuviese cumplido efecto lo que les habia propuesto: mandó que todo se pusiese por testimonio, y lo firmó con los demas religiosos á quienes doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

138 *Cabeza y pie de venta judicial.* Don F. de tal, del Consejo de S. M., su alcalde de Casa y Corte, y Teniente Corregidor de esta villa de Madrid, su sierra y jurisdiccion por el Rey nuestro Señor: hago saber al esc

celentísimo señor Conde de tal, Presidente del Consejo, á los señores de él y de todos los de S. M. á los Alcaldes de su Real Casa y Córte, al Corregidor de esta villa, á los Jueces de comision y demas de estos reinos, y á cualesquier ministro de justicia ante quienes se presentáre esta escritura y pidiere su cumplimiento; que á instancia de Pedro de tal se han seguido ante mí por la escribanía del presente escribano autos ejecutivos contra F. sobre paga de tanta cantidad que le debia, los cuales tuvieron principio en tal dia de tal mes y año por pedimento que presentó con escritura de obligacion que habia otorgado á su favor en tal parte, á tantos de tal mes y año ante F. solicitando que mediante á haber espirado el plazo en que debió satisfacérsela y no haberlo cumplido, despachase ejecucion por ella, su décima y costas contra su persona y bienes, jurando no pedirla de malicia, y protestado admitir en cuenta legítimas y justas pagas: á lo cual deferí en el propio dia, y en su consecuencia, &c. (*Se relacionarán lacónicamente y en §. á parte los autos hasta el estado de despachar la venta, en la que se insertará un testimonio á la letra de ellos para documentarla, y no los originales, porque si se llega á ofrecer en lo sucesivo que tenga que tomarlos algun heredero del deudor ú otra persona, no se le pueden entregar estando protocolados.*)

Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que el infrascrito escribano da fe, y á que me refiero: en cuya atencion, usando de la real jurisdiccion que ejerzo, y de la facultad que me conceden las leyes del reino, en la forma que mas haya lugar en derecho= Otorgo en nombre de F. sus hijos, herederos y sucesores, que vendo á F. &c. (*proseguirá como la venta regular, hablando siempre el juez en nombre del deudor, dueño de la casa que se vende, privándole de su propiedad y posesion, y obligándole juntamente con sus herederos á la eviccion y saneamiento, del mismo modo que si fuera su apoderado, y concluida la renuncia general, añadirá*) y de parte de S. M. exhorto á los referidos señores Jueces, y de la mia les pido y encargo y mando á los alguaciles de esta córte y villa, porteros de ambas, y demas ministros (*si la venta se despachare en otra jurisdiccion, mandará solamente á los de la suya*) guarden y ejecuten y hagan guardar y ejecutar esta escritura, sin contravenir á ella con ningun pretesto, y los referidos ministros han de cumplirlo, pena de prision y de cincuenta mil maravedís para la real Cámara, bajo la cual mando igualmente á cualquier escribano que sea requerido por el comprador o por quien le represente, se lo notifique y dé testimonio de ello sin sacar esta escritura de su poder; y para su estabilidad así lo otorgo y firmo ante el presente escribano del número en esta villa á tantos de tal mes y año, siendo testigos F. F. y F. vecinos de ella, y dando fe yo el escribano de que conozco al señor Juez otorgante.

139 *Retroventa.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Antonio Fernandez, que lo es de tal lugar, por escritura que otorgo á su favor en tal dia, mes y año, ante tal escribano, le vendió una casa suya, sita en tal parte, con tales linderos, por tanta cantidad, con la condicion de poder recobrarla dentro de tantos años, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, á que se remite; y estando cerca de espirar el término prefinido para su recuperacion, requirió judicialmente al otorgante que se le restituyera, pues estaba pronto á entregarle incontinente los tantos reales que desembolsó por ella, á lo cual condescendió en fuerza de la obligacion que constituyó en la aceptacion de dicha escritura, y cumpliendo con ella, en la forma que mas haya lugar en dere-

cho = Otorga: que retrovende y restituye al enunciado Antonio Fernandez la mencionada casa en la conformidad que se la vendió, con todas las cláusulas de translacion de pleno dominio, posesion y demas que se espresan en la referida escritura de venta, las cuales da aqui por repetidas é insertas como si literalmente lo fueran, y si por la espresada escritura, que le entrega original con los demas títulos de pertenencia, de que doy fe; y por el tiempo que ha poseido la enunciada casa, ha adquirido algun derecho á ella, le traspasa enteramente en el mencionado Antonio, mediante á recibir de su mano en este acto los tantos reales que el otorgante le dió por ella en tales monedas, &c. (*se espresarán las que sean, y si la entrega hubiere precedido al acto, se pondrá la confesion y renuncia de la ley* 9, *tit.* 1, *Part.* 5, *como en otras escrituras, y proseguirá*): y formaliza á su favor la escritura de retroventa, cesion é integra restitucion con todas las cláusulas necesarias por derecho para su estabilidad y resguardo, sin quedar obligado á su saneamiento ni responsabilidad, en atencion á no haber padecido decremento ni deterioro, mientras la ha tenido en su poder, ni haber impuesto sobre ella ningun gravámen; y si este pareciere, quiere y consiente en ser compelido á indemnizarle, exhonerarle de él, y a satisfacerle otro tanto como importe, y las costas y gastos que se le originen en su esaccion, sin que sea necesaria mas justificacion que el testimonio que acredite el gravámen, aunque para darle no preceda su citacion ni auto de juez, pues le releva de todo. Asi pues, el referido Antonio que está presente acepta esta escritura, se da por entregado de la venta y de los títulos de dicha casa, confesando que ésta no tiene desmejera ni desfalco en su fábrica, y que se halla en el mismo estado que cuando la vendió al espresado Francisco, segun el reconocimiento que han hecho peritos de su satisfaccion, por lo cual le da enteramente por libre de responsabilidad, se obliga á no reclamar esta escritura, aunque se descubra luego en la casa algun daño grave ó leve; y si lo hiciere, quiere, á mas de no ser oido judicial ni estrajudicialmente, que se le compela á su observancia y condene en costas, como á quien pretende lo que no le toca. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obligan ambos otorgantes sus personas y bienes &c.

140 *Permuta de bienes profanos.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Antonio de tal, vecinos de ella, á quienes doy fe conozco, dijeron: que les pertenecen en posesion y propiedad al espresado Francisco, una viña y dos tierras contiguas de pan llevar en término de esta villa, y sitio llamado tal, tasadas en tantos reales, y al mencionado Antonio una casa dentro de sus muros, en tal calle, valuada en otros tantos reales, las cuales han determinado permutar; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar por derecho, de su libre voluntad = Otorgan: que por si y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título y causa en cualquier manera, permutan para siempre, el enunciado Francisco una viña con tantas cepas de vidueño blanco, y dos tierras de pan llevar confinantes con ella de tanta cabida, situadas en término de esta villa, y parage llamado vulgarmente *tal*, que lindan (*se pondrán sus linderos*) y estan apreciadas por peritos nombrados de conformidad en tantos mil reales; y el citado Antonio una casa, sita en esta villa, en tal calle (*se espresarán su fábrica, pies de sitio, linderos y demas señales conducentes*) la cual han valuado alarifes que los otorgantes eligieron á este fin, en otros tantos mil reales, cuyas tierras, viña y casa declaran no tener vendidas ni enagenadas, y que estan libres de toda especie de carga y responsabilidad, y

como tales las truecan en los términos propuestos con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías y servidumbres que han tenido, tienen y les corresponden y deben corresponder sin reserva alguna, por el mismo precio en que las han valuado dichos peritos, del que con ellas se dan mutuamente por contentos y pagados á su voluntad, y por no parecer de presente su entrega, renuncian &c. (*Se pondrá la renuncia y carta de pago como en la venta de villa, y continuará*) y asimismo declaran que la cantidad en que se han estimado las referidas fincas, es su justo precio, y que no valen mas, ni han hallado quien les haya dado tanto por ellas; y si mas valeu se hacen del mayor valor en mucha ó poca cantidad recíproca gracia y donacion perfecta é irrevocable, &c. (*Proseguirá como la de venta hasta el fin, y se obligarán ambos á la eviccion de lo que truecan*).

141 Si las cosas que se permutan ó alguna de ellas tienen gravámen, se espresará. Si interviene dinero para igualarse, ya sea por valer menos algunas de las permutadas, ya por tener sobre sí alguna carga, y se entrega al tiempo del otorgamiento, dará el escribano fe de ello, y sino parece de presente, confesará el otorgante que le ha recibido del otro, en la misma forma que en las escrituras anteriores, y ambos declararán que con él quedan igualados, y no hay lesion, y que de la que haya se hacen mutuamente gracia y donacion irrevocable &c.

142 *Permuta de piezas eclesiásticas.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, don Francisco Perez, canonigo de la santa iglesia catedral de Santiago, y don Pedro Bermudez, que lo es de la de Toledo, ambos presbíteros, á quienes doy fe conozco = dijeron: que por beneficio de su salud y otras justas causas determinaron permutar sus prebendas ó canonicatos; y para conseguirlo impetraron licencia de S. M. que Dios guarde, quien se ha servido concedérsela en el Real Sitio de tal, á tantos de tal mes y año, firmada de su real mano, y refrendada de don F. su secretario, la cual se une original á esta escritura para documentarla é insertarla en sus traslados, y á la letra dice así. (*A parte la licencia*).

Y usando los otorgantes de la licencia inserta, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgan, que permutan las citadas prebendas, para que cada uno goce y sirva desde el dia en que tome posesion, la que el otro ha gozado y servido hasta ahora, con las regalías, emolumentos, cargas y pensiones anejas á ellas, segun lo practican y deben practicar los demas canonigos de dichas iglesias sin reservacion; renuncian el derecho que han tenido á ellas, traspasándole recíproca y enteramente, y se dan tan amplio y suficiente poder como es necesario, para que puedan tomar la posesion de sus respectivos canonicatos, sin que sea preciso que por su parte intervengan mas requisitos, ni que para ello espere el uno al otro; juran por las sagradas órdenes que han recibido, formando al mismo tiempo la cruz sobre su pecho con la mano derecha, conforme á su estado, que esta permuta es simple, y que en ella no ha intervenido, interviene ni intervendrá directa, indirecta, tácita ni espresamente ninguna especie de simonía, ni otro pacto ilícito y reprobado por derecho: declaran que tampoco hay lesion ni engaño, por estar cerciorados del producto, utilidad y cargas de los espresados canonicatos; y que si la hubiere se hacen de la que haya mutua gracia y donacion perfecta é irrevocable, con las firmezas necesarias, no quedando por consiguiente sujetos á ninguna responsabilidad; se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte, y consienten, si lo hicieren, en que no se les oiga judicial ni estrajudicialmente, y en que se

les condene en costas. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obligan sus bienes, &c.

143 *Posesion estrajudicial.* Estando en tal sitio, termino y jurisdiccion de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, Francisco Perez, vecino de ella, á quien pertenecieron las tierras contenidas en la escritura de venta anterior, dió Juan Alvarez, vecino de tal parte, en cuyo favor la formalizó, la posesion real, actual, corporal ó cuasi de tal tierra, por ésta y por todas las demas, entrándole por la mano en ella; y el dicho Juan Alvarez se paseó por dicha tierra, esparció puñados de ella, arrancó yerbas, é hizo otros actos posesorios sin contradiccion de ninguna persona, de todo lo cual pidió se le diese testimonio para su resguardo; á cuya consecuencia el vendedor requirió por ante mí á Antonio Rodriguez, colono ó arrendador de todas las tierras que constan vendidas en dicha escritura, y está presente, contribuyera toda la renta que habia vencida, y se devengara desde el dia tantos de tal mes de este año, en que se celebró la venta al comprador y no á otro, y le reconociese por dueño propietario de ellas, lo cual se obligó á cumplir; y todos tres, á quienes doy fe conozco, lo firmaron, siendo testigos, &c. (*Si la posesion fuere de casa dirá:*) y en señal de verdadera posesion se paseó por sus piezas, abrió y cerró sus puertas y ventanas, quedándose con sus llaves, é hizo otros actos posesorios, &c. (*El requerimiento á los inquilinos, si los hubiere entonces, ha de ser como arriba, y no habiéndolos se pondrá en diligencia separada. Si la posesion fuere de una cosa sola se omitirá la espresion*, y por todas las demas *que contiene la antecedente.*)

144 *Auto para dar posesion judicial.* La posesion judicial se da en virtud de auto ó mandamiento de juez ante quien la parte legítima presenta ó exhibe hara tomarla los documentos, en cuya virtud, y no de otro modo, debe dársele. El auto se estiende en estos términos: »Por presentados, *ó exhibidos*, los documentos que se refieren, y por lo que resulta de ellos dese á esta parte, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion real, actual, corporal ó cuasi de (*se espresará lo que sea*) con el goce de sus frutos, regalías y aprovechamientos desde tal dia inclusive siguiente á el en que falleció fulano, *ó en que se celebró la venta de tal cosa, ó se le donó, ó lo que fuere*, y con la obligacion de cumplir sus cargas (*si las tuviere, y si no se omitirá esta espresion*), y ampárese le y defiéndasele en ella: imponese la pena de cincuenta mil maravedís para la cámara de S. M. á quien le perturbare sin vencerle primero en juicio: requiérase á las personas que deben contribuirle con sus rentas, lo hagan bajo la de volverlas á pagar, si las diesen á otra persona, para lo cual se confiere comision á cualquier alguacil de este juzgado y escribano de S. M. dénse á esta parte los testimonios que pida para su resguardo, devuélvanse los documentos presentados. El señor don F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año, y lo firma."

145 *Posesion de un vínculo.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, F. alguacil de su juzgado, cumpliendo con lo que se manda en el auto anterior, por ante mí el escribano, dió á don F. vecino de ella, la posesion real, actual, corporal ó cuasi del vínculo fundado por F. y sus agregados, con el goce de sus frutos, emolumentos, regalías y obligacion de cumplir sus cargas desde tal dia inclusive siguiente al del fallecimiento de don F. su último poseedor, por el cual está vacante; cuya posesion le dió sin perjuicio de tercero de mejor derecho en la escritura de su fundacion (*se citará con individualidad el escribano, fecha y lugar de su otorgamiento*), y en señal de verdadera posesion

ojeó y leyó en dicha escritura, é hizo otros actos posesorios, y la tomó sin contradiccion alguna, por todos los bienes y efectos pertenecientes al referido vinculo, asi por fundacion como por agregacion; estando pronto dicho alguacil á ampararle y defenderle en ella, y á exigir la pena de cincuenta mil maravedis para la Real Cámara en cumplimiento de dicho auto, á quien se la perturbe sin vencerle primero en juicio; de todo lo cual pidió testimonio para su resguardo, y firma con el mencionado alguacil, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa, de que doy fe.

146 *Posesion judicial de una casa.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano F. alguacil de su juzgado, en virtud de la comision dada en el auto anterior, dió a Francisco de tal, vecino de ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho la posesion real, actual, corporal ó cuasi de tal casa sita &c. (*se espresarán la calle y los linderos*) con el goce de sus alquileres y aprovechamiento desde tal dia, en que consta por la escritura exhibida habérsela vendido F. y en señal de verdadera posesion, habiéndole entrado por la mano en dicha casa, y entregándole las llaves de sus puertas, las abrió, cerró, se paseó por sus piezas ó cuartos, echó fuera á los que estaban en ellos, é hizo otros actos posesorios sin la mas leve contradiccion: estando pronto dicho alguacil á ampararle y defenderle en ella, y á exigir para la Cámara de S. M. la pena de veinte mil maravedis, en cumplimiento del auto mencionado, á quien se le perturbe sin vencerle primero en juicio; de todo lo cual pidió testimonio para su resguardo, y firma con el citado alguacil, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa, de que doy fe.

147 En los autos de posesion judicial se pone siempre el aditamento (*sin perjuicio de tercero de mejor derecho*) porque se dá sin audiencia ni citacion de nadie, y el que la toma puede pedirla con instrumentos simulados, ó aunque no lo sean, puede haber algun otro llamado que sea preferido por la proximidad de parentesco, ó por otro motivo, lo cual no sucede cuando precede conocimiento de causa en contradictorio juicio, como en la tenuta, en que quien no parece dentro de los seis meses siguientes al dia de la vacante, solo tiene accion á litigar la propiedad, y aquel á cuyo favor se declara aquella, hace suyos los frutos vencidos. Las demas posesiones únicamente sirven para provocar al juicio, y luego que comparece otro, se convierten en simple citacion á persona incierta de ciertas, que son las que tienen derecho á poseer y no se conocen. No pase pena en la posesion estrajudicial, porque nadie puede imponerla á otro sino la ley ó el juez como ejecutor de ella.

148 *Libertad de esclavo.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Hernandez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, dijo: que tiene un esclavo llamado Juan de los Santos, negro, con los ojos grandes, de tal estatura, edad y nacion, que adquirió por tales razones; y por haberse convertido á nuestra santa religion, servídole con toda lealtad, y por otros justos motivos, ha determinado manumitirlo, y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que da plena libertad al citado Juan de los Santos, para que la tenga, goce y disfrute, como si fuera naturalmente libre, renunciando desde hoy para siempre el dominio que hasta ahora he tenido, y el derecho de patronato que podria tener sobre él, y confiriéndole amplia facultad para que trate, teste, comparezca en juicio por sí ó por medio de sus apoderados, y practique sin intervencion del otorgante todo cuanto está permitido á los que nacieron libres; pues para ello formaliza á su favor esta escritura, con los requisitos conducentes á su mayor

estabilidad ; me pide que le dé de ella las copias autorizadas que quiera para su resguardo ; obliga su persona y bienes á no revocar ni en todo ni en parte, a no interpretar ni reclamar esta libertad y manumision, aunque concurran las causas que para volverle á su poder y dominio prescriben las leyes de estos reinos, que renuncia juntamente con todas las demas que le favorezcan, y quiere que si lo hiciese no se le oiga ni admita en ningun tribunal. Asi lo otorga y firma, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

149 Las copias de las escrituras de venta y retroventa se han de sacar en papel del sello mayor, siendo la cantidad de mil ducados, en una ó muchas sumas ; siendo de menos hasta ciento en el del sello segundo, y bajando de aqui en el del sello cuarto. Lo mismo se ha de decir de las escrituras de permutas de cualesquiera géneros ó especies, señalandose precio, y sino se señala se escribirán en papel del sello primero. Las posesiones judiciales ó estrajudiciales y los tratados se han de escribir en papel del sello cuarto, y las escrituras de libertad en el del segundo. (*)

Varios pedimentos.

150 *Demanda de compra.* F. en nombre de N., vecino de, &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á P. de la misma vecindad y = digo, que mi poderdante le compró en tal tiempo tales fincas, con tales linderos, en tanto precio, del que se dió por entregado, como acredita la escritura que tambien presento ; y mediante á que rehusa ahora dejar á mi poderdante libres y desembarazadas aquellas con la entrega de los titulos de su pertenencia = A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos instrumentos y por admitida esta demanda, se sirva condenar al mencionado P. á que entregue á mi poderdante las mencionadas fincas con sus respectivos titulos y rentas caidas desde el dia en que se celebró el contrato. Pido justicia y costas = *Auto.* = Traslado.

151 *Demanda de venta.* F. en nombre de N., vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y = digo : que mi poderdante le vendió en tal dia de tal mes y año tal heredad, sita &c. por tanta cantidad que habia de satisfacer en tal tiempo, como consta de la escritura que tambien presento ; pero sin embargo de que mi poderdante le ha entregado aquella, y de haberse pasado el tiempo, no ha tenido efecto lo estipulado, Por tanto, = A V. suplicó, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo esta demanda, se sirva condenar al mencionado S. al pago de la espresada cantidad. Pido justicia y costas = *Auto.* = Traslado.

152 *Pedimento de nulidad de un contrato por lesion enormísima.* F. en nombre de N. vecino, &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á E. del mismo vecindario, de nulidad del contrato de venta que celebró con mi poderdante de tal finca, en tanta cantidad y en tal tiempo, y = digo: (*se refiere el hecho*). Por tanto, = A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva declarar por nulo el espresado contrato, y en su consecuencia condenar

(*) Parte del formulario puesto en este cap. correspondia en esta edicion á otros muchos ; pero ha parecido conveniente no distribuirlo en *ellos sino conservar lo reunido, como lo ha estado siempre.*

al referido E. a que entregándose en la mencionada finca, restituya á mi poderdante el precio en que se hizo su venta. Pido justicia y costas. = *Auto* = Por presentado el poder, y por admitida esta demanda, y traslado.

153 *Pedimento de rescision de un contrato por lesion enorme.* F. en nombre de N. vecino do esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á D. de la misma vecindad, de recision del contrato de venta que celebró con mi poderdante de tal heredad, en tal tiempo y en tanta cantidad, y = digo: (*refiérese el caso*). Por tanto: = A V. suplico, que teniendo por presentados el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar al mencionado D. á que restituya á mi poderdante la espresada cantidad en que por mas de su valor le vendió dicha heredad, ó á la consignacion formal de lo que percibió, entregándose en ella. Pido justicia y costas = *Auto.* = Traslado.

154 *Pedimento solicitando alguno que otro salga á la eviccion como obligado á ella.* F. en nombre de N. vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, = digo: que S. de este mismo vecindario, vendió á mi poderdante tal caseria en tanto, obligándose á su eviccion y saneamiento, segun acredita la escritura que tambien presento: mediante lo cual, y de que en el dia de hoy se ha hecho saber á mi poderdante una demanda de reivindicacion de aquella finca puesta por M. para que pare al referido S. el perjuicio á que hubiese lugar = A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, mande se le cite en la forma ordinaria haciéndole saber el estado de la causa, para que tomándola á su cargo la siga y defienda á su costa, hasta poner á mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de dicha caseria con apercibimiento. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Como se pide.

155 *Demanda de eviccion.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien tengo presentado poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de esta misma vecindad, y = digo: que habiéndole comprado mi poderdante en el año de tantos tal caseria en tanta cantidad, segun resulta de la escritura que presento, le puso M. demanda de reivindicacion en este juzgado, y por el propio oficio, donde obtuvo sentencia favorable en tantos, que despues confirmaron los señores del Consejo, á cuya consecuencia se despojo á mi poderdante de dicha finca, y satisfizo las costas de ambas instancias, que ascendieron á tanto. En esta atencion, y en la de que aunque mi poderdante citó de eviccion en tiempo al mencionado S. para que saliese á su defensa, no pudo conseguir lo hiciese, como resultará de los autos = A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenarle á que dé á mi poderdante otra caseria tan buena como la vendida con los correspondientes frutos, satisfaciéndole ademas todos los perjuicios y costas. Pido justicia. = *Auto.* = Traslado.

156 *Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, y tutor de M. hijo menor de R. ya difunto, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que entre los bienes adjudicados á dicho menor por fallecimiento de su padre, lo fue una casa sita en tal calle, que por su antigüedad necesita para su conservacion de considerables reparos, á los cuales no alcanzan ni sus réditos, ni las facultades del menor, por lo cual es muy útil venderla y destinar su valor á otras cosas fructíferas. Por tanto = A V. suplico, que habiendo por presentado

el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y hecha la bastante se sirva mandar se subaste por el término ordinario dicha casa, y se reciban las posturas que se hagan á ella, defiriendo á su tiempo al remate en el mayor postor, concediendo á mi poderdante la correspondiente licencia para otorgar la escritura de venta, é interponiendo su autoridad y decreto judicial en todo. Pido justicia. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

157 *Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor.* F. en nombre de B. vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y = digo: que habiendo fallecido en el año de tantos R. padre de mi poderdante, dejándole por su tutor y curador á J. se le discernió el cargo en la forma ordinaria, y debiendo en su cumplimiento cuidar de los bienes de su menor como un diligente padre de familia, lo hizo tan al contrario, que sin necesidad, utilidad, ni la licencia judicial correspondiente vendió al referido S. tal heredad, sita aqui ó allí, por tanta cantidad, valiendo dos terceras partes mas. Por tanto = A V. suplico que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nulo en un todo el espresado contrato, y consiguientemente condenar á S. á que restituya á mi poderdante la heredad con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la real entrega. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

158 *Demanda de servidumbre de una heredad.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á V. de este mismo vecindario, y = digo: que perteneciendo á mi poderdante como dueño de tal heredad la servidumbre de pasar por otra del mencionado V. para labrar, sagar y beneficiar sus frutos, le ha impedido éste sin título ni causa alguna usar y gozar de aquella, causándole gravísimos perjuicios, y para que en lo sucesivo no se le perturbe en la pacífica posesion que hasta aquí ha tenido y debe tener = A V. suplico, que habiendo por presentado el poder se sirva declarar que dicha heredad de V. debe servidumbre á la de mi poderdante, condenándole en su consecuencia á que no le inquiete en la cuasi posesion en que se halla de aquella, á que le reintegre de los frutos, daños é intereses correspondientes, y á que dé la competente caucion y fianza de que ni ahora ni en ningun tiempo él, sus herederos y sucesores, ó los que tengan por ellos la espresada heredad, inquietarán á mi poderdante ni á los suyos en el uso de dicha servidumbre, bajo la multa que fuese del agrado de V. imponerles para su cumplimiento. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

159 *Demanda de libertad de servidumbre.* F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á T. de esta misma vecindad, y = digo: que hallándose mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de una casa, sita en tal calle, que linda &c. y está libre de toda servidumbre, T. hizo arrimar una viga en tal pared para asegurar su casa, ocasionando con este hecho mucho perjuicio á mi poderdante. Por tanto, para su remedio = A V. suplico, que habiendo por presentado el poder se sirva declarar que dicha casa no debe ninguna servidumbre, mandando en su consecuencia que se quite de la pared la viga introducida á costa de T., dando éste caucion por sí y sus sucesores de que ni ahora ni en ningun tiempo harán igual novedad contra mi poderdan-

le y los suyos, y de que contraviniendo les satisfarán los perjuicios ocasionados. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

160 *Demanda de retracto.* F. en nombre de N. vecino de &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho,= digo: que G. del mismo vecindario, vendió en tal dia tal finca de abolengo á T en tanta cantidad; y mediante competir á mi poderdante como á su nieto el derecho de tanteo dentro de nueve dias= A V. suplico que habiendo por presentado el poder me admita informacion, que ofrezco hacer incontinente á continuacion de este escrito, y hecha la bastante, se sirva declarar tiene lugar el derecho de retracto, nombrando asimismo sugeto en quien se deposite el valor de dicha finca, que consigno desde luego. Pido justicia y juro ser para mi poderdante y no otra persona. =*Auto*=De la informacion, y hecha, autos.

APÉNDICE.

1 Siendo frecuentes las contiendas y litigios sobre los mojones ó límites de los terrenos y heredades, me parece útil tratar aqui de una materia que Febrero no hizo mas que tocar en un número de este cap. de las ventas (*).

2 El Soberano es mirado como dueño de todos los términos y pastos que hay en sus reinos, y asi puede donarles, dividirles ó limitarles, dando nueva forma á su goce y aprovechamiento, aunque gocen de ellos los pueblos, por presumirse que solo concede su uso y administracion, reservándose su propiedad. De aqui es no poder los pueblos enagenar sus términos ni pastos sin real facultad (a).

3 Siempre se presume que los términos antiguos conservan su primitivo estado, con especialidad concurriendo al deslinde un comisionado régio, quien no tiene facultad para dar y asignar términos á unos pueblos con perjuicio de otros, sino para señalarles los cerrados y privativos que previno literalmente la comision, y ya señalados deben considerarse como dote de cada poblacion, y sus habitantes para usar de ellos, sus pastos y ejidos.

4 Pero si en efecto los términos antiguos se han alterado, ó no aparecen, y se duda cuales fueron, es forzoso señalarles de nuevo, procurando venir en conocimiento de ellos, dificultad en que ante

(*) Por esta razon se trató de la espresada materia en el tomo de adiciones con referencia á dicho núm. y ha parecido poner ahora lo que entonces se espuso en este capítulo como un apendice.

(a) Leyes 234 del Estilo, 2, tit. 1, Part. 2, 15, tit 4, Part. 5, 11, tit. 7, lib. 7 de la Recop. Sr. Larrea, allegat. 109, núm. 5. Otero de Pascuis, cap. 11, núm. 9. Sr. Elizondo, Práct. univ. for. tom. 3, pág. 107, num. 1.

todo debe atenderse la posesion, presentando á este fin los interesados todos los documentos justificativos de su intencion (*a*).

5 A falta de posesion, ó no acreditándose ésta, pueden probarse los linderos con los antiguos monumentos, v. gr. zanjas, árboles, autores y censos anteriores al pleito, como tambien con la fama antigua, presunciones y otros requisitos; si bien contra esto podrá hacerse una prueba superior, fundada en las sucesiones y aumento ó diminucion de las heredades por la voluntad ó disposicion de los poseedores (*b*).

6 Habiendo duda en la prueba de confines de los pueblos, se pueden recurrir á varios medios que hay de calificarlos. Entre estos lo es uno el pago de los derechos de alcabala y el de diezmos de los frutos del terreno litigioso á cierta y determinada poblacion. Otro es el egercicio en el territorio sobre que se controvierte, de la jurisdiccion civil y criminal por las justicias de un pueblo llevando su vara, prendando los ganados, y prendiendo á sus guardas ó pastores por introducirse á pastar en dicho territorio (*c*).

7 Tambien puede recurrirse á diferentes conjeturas. La principal es la que se funda en el hecho de ir los mojones de uno en otro derechamente, pues en las divisiones de términos aquellos se ponen los unos en derechura de los otros, y su posesion inmemorial es un título que tiene fuerza de privilegio.

8 Otra conjetura se funda en la proximidad ó menos distancia, y así se cree pertenecer á cualquiera ciudad, villa ó pueblo los términos adyacentes, por manera que los vecinos de otra poblacion no pueden pastar en ellos, ni gozar de otros aprovechamientos sin tener título legítimo para ello (*d*).

9 Asimismo son conjeturas que hacen al propósito, el »no hacerse mencion de los mojones por palabras enunciativas, ó razones de que el término llegue, alinde ó se junte con el pueblo ó tierra que litiga su propiedad; y la verosimilitud en los nombres de los mojones hecha su confrontacion con la mas ó menos distancia de uno á otro" (*e*).

10 »Las escrituras de amojonamientos, dice el señor Elizondo (*f*), prueban plenamente en estos juicios, donde la vista de ojos

(*a*) Sr. Elizondo tom. 2, pág. 119, num. 2. (*b*) Sr. Elizondo lug. cit. n. 3. (*c*) Sr. Elizondo tom. 3, pag. 109, nn. 9 y 10. (*d*) Ley 9, t. 28, Part 3. (*e*) Sr. Elizondo lug. cit. nn. 16 y 19. (*f*) Tomo 3, pags, 109 y 110. nn. 7, 11, 12 y 13.

y paño de pintura que se levanta sobre el terreno, con presencia de las escrituras y de las declaraciones de los apeadores, suministra la mas apreciable autoridad en los juicios de division de términos (*a*), sin que nombrados una vez por las partes puedan despues recusarles.»

11 Para que las visitas y mojoneras causen un estado inalterable, es necesario se citen los pueblos y personas particulares á quienes perjudiquen en manera alguna, pues en otra forma pueden de su propia autoridad quitar ó mudar cualesquiera mojones que se hubieren puesto dando cuenta á la justicia

12 »Los confines ó mojones por donde se parten y dividen términos, se prueban por aquellos testigos que mas se conformen con los instrumentos, y se conocen mas fidedignos, á cuyo grado se elevan los de mas edad, que regularmente deponen con circunstancias de grave recomendacion, como son la fama publica, y con primeras y segundas oidas, dando autores que prueban plenamente.

13 »Entre los testigos fidedignos merecen un particular aprecio los vecinos labradores, pastores, ganaderos y rústicos de los lugares inmediatos que tengan entero conocimiento de los sitios, mojones y términos comprehendidos bajo de ellos, y sobre que se sufran los litigios, habiendo aquellos visto guardas en los mismos terrenos, cuyo acto como jurisdiccional prueba la que tenga el magistrado que les paga, sucediendo lo mismo por la espresion que hagan de haber visto, saber ó constarles las de licencias para cortas y rozas en aquellos sitios, asistiendo los denunciados á las causas, y pagando las penas.»

14 »La esperiencia nos enseña en muchos juicios de confines, dice el autor citado en otro lugar (*b*), el vicio comun de los peritos de no contenerse éstos dentro de las canceles de su propia arte, en lo que no deben ser creidos; de modo que para evitar las dilaciones y contiendas que suelen ocasionar estos escesos, acostumbran los jueces doctos prescribir á aquellos un modo preciso, al cual sujetándose en sus reconocimientos, digan categoricamente lo que entiendan, afirmando ó negando el hecho que motiva el dubio: siendo no menos frecuentes en la practica faltar en el egercicio de la propia arte ó pericia á las reglas de

(*a*) Ley final tit. 15, Part. 6. (*b*) Pract. univ. for. tom. 4, páginas 230 y 231, nn. 27, 28, 29 y 30.

esta, no distinguiendo por egemplo, asi en los predios rústicos como en los urbanos para su estimacion, ó cuando tratan de venderse ó reclamarse por nulidad de su venta ó adjudicacion, si son antiguos ó modernos, infructíferos ó fructíferos, ó capaces de fructificar al ausilio de la industria y del tiempo, debiendo dar concluyentes razones y causas que hagan verosímil su dicho para ser creido sobre unos hechos, donde solo deben ser elegidos para declararles y resolverles por su influjo de una prueba rigorosamente subsidiaria, cuando por otra via no pueda descubrirse la verdad."

15 »Establecidas ya las reglas mas frecuentes en el foro sobre el juicio de los peritos, descendemos al acto del reconocimiento sobre el terreno, á instancia de las partes, y con asistencia del juez inferior ó del relator y escribano de cámara en las chancillerías y audiencias, levantando un paño de pintura, segun lo exija la gravedad del asunto, haciéndose saber á las partes el dia y hora en que ha de puntualizarse, por si quisieren asistir, ó sus abogados á la diligencia, de modo que sin citacion de las partes padece el acto una notoria nulidad."

16 »Por estos principios entendemos qne en todos aquellos casos donde puedan tenerse por suficientemente probados la situacion y estado de la cosa por peritos y testigos, sin contrariedad y diversidad, ó por mapas topográficos ú otras especies de justificacion, no han de decretar los jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria, por escusar las dietas y otros gastos que son insoportables á los contendientes, y debe la prudencia judicial por todas las vias evitarles.»

17 »Entre los mapas para las controversias de confines, situaciones é identidades de las cosas litigiosas, es preciso distinguir los públicos de los privados: esto es, los geográficos de los topográficos (*) impresos para la utilidad pública, ó hechos por pura conveniencia de las partes, sin consentimiento reciproco de ámbas, ó con su citacion, audiencia y asistencia judicial, en cuyos únicos casos merecen fe, no reclamándose su error, y haciéndose este manifiesto con presencia del terreno: siendo rarísimo el caso en que no

(*) Mapa geográfico es aquel en que se describe toda la tierra, ó alguna parte considerable de ella como provincia, reino, imperio, &c. y topográfico aquel en que solamente se describe algun sitio ó lugar.

litigando los límites de un reino, provincia ú obispado, y sí otros particulares se valgan los interesados de los mapas geográficos, ya por no designar estos individualmente los mojones y límites, é ya tambien por la diversidad de sus autores, mas ó menos clásicos, y del tiempo en que se hicieron, el cual influye á variar el sistema de los objetos, como respectivamente observamos, y podemos decir lo mismo de los hidrográficos (*), concluyendo en este punto con manifestar ahora, que en los casos sujetos á la inspeccion ocular del juez no está obligado á pasar por la declaracion de los peritos contraria á aquello que él mismo recibió por sus sentidos corpóreos en las cosas pendientes de solo este juicio.»

18 »Si los términos en todo ó en parte no pueden cómodamente dividirse, dice finalmente en otro lugar el citado autor (*a*), bien porque son oscuros los derechos probados por los contendientes en posesion y propiedad, ó bien por otra alguna causa, puede el juez dirigir los nuevos términos de otra suerte, por adjudicacion y condenacion *ex æquo et bono* para quitar de enmedio la oscuridad, á cuyo fin deberá ir él mismo á las heredades, ó dar comision á cualesquiera escribano, si se hallare justamente ocupado, para que con citacion de las partes declaren los peritos por su medida los términos de las heredades, cuya declaracion impone fin á la controversia de sus posesiones.

19 Despues de declarada la cuestion de division de términos, si se atreviese alguno de los interesados á usurpar al otro parte de su fundo, incurre en las penas establecidas por derecho contra los que despojan á los poseedores.»

20 »Como de las causas suscitadas entre los pueblos vecinos suelen originarse muchos males, bien privados, bien públicos, será muy conveniente poner término á ellos en los casos dudosos por medio de unas justas y arregladas transacciones que sofoquen las contiendas, aseguren el derecho de los pueblos, y cuya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo.»

21 En el Consejo y Sala primera de gobierno pueden cualesquiera comunidades y particulares solicitar, presentando pedimento y poder, la provision ordinaria de apeo, la cual no se despacha para

(*) Mapa hidrográfico es descripcion de las aguas ó parte de estas.
(*a*) Tom. 2, pág. 120.

el reino de Aragon, ni principado de Cataluña, por espresar sus fueros y constituciones la forma de practicarse los cabrebes y apeos, aunque sí para el reino de Valencia, para el cual se espide, »como en Castilla, con solo la diferencia de que como al mismo tiempo que la comision para el apeo la piden para el cabrebe, no se da la comision á las justicias ordinarias como en Castilla, conforme á la ley de Toledo, sino á la persona de letras que se nombra por el señor Presidente ó Gobernador del Consejo, por comprenderse dos puntos entre sí distintos, pues á el de cabrebe pertenece un formal reconocimiento de censos y otros derechos perpetuos y á el de apeo corresponde lo que en sí explica, que es apear y deslindar las tierras y heredamientos con las regulares apelaciones al tribunal superior del territorio." (*a*)

Formulario correspondiente á esta materia.

22 *Pedimento solicitando dicha provision ordinaria.* M. P. S. F. en nombre y en virtud de poder que presento de N. ante V. A. parezco: y digo: que á mi poderdante pertenece en propiedad la villa ó lugar de tal ó tales haciendas, cuyos mojones o límites se han obscurecido en el transcurso del tiempo, originandose de aqui que los pueblos ó hacendados circunvecinos los hayan quebrantado; y para que se aclare y verifique lo que corresponde á cada uno, poniéndose linderos conocidos = A V. A. suplico se sirva despachar la ordinaria de apeo ó deslinde cometida al juez que fuese del agrado de V. A. como es justicia que pido, &c = *Decreto.* = Madrid, &c. Despáchese la ordinaria cometida á justicias y escribanos. (*Esta provision se entrega bajo recibo al procurador que firmó el pedimento.*

23 *Pedimento solicitando un apeo.* F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que mi poderdante tiene en el término de esta jurisdiccion varias tierras y huertas confinantes con las de M. P. y T. segun acreditan los instrumentos que tambien presento; y conviniendo al derecho de mi poderdante hacer apeo y reconocimiento de sus linderos para que no se obscurezcan = A V. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos, mande se practiquen con citacion de los mencionados M. P. y T, á quienes se les haga saber presenten los títulos de pertenencia de dichas sus heredades, y que evacuado asi se me entregue todo para pedir lo que convenga. Pido justicia &c. = *Auto.* = Como lo pide.

24 *Pedimento solicitando una villa se declare que sus términos son cerrados, y condene á los pueblos confinantes á que no los perturben.* M. P. S. F. en nombre y en virtud de poder que presento del concejo y de la justicia de tal parte, ante V. A. como mas haya lugar en derecho = digo: que habiendose seguido pleito en tal tribunal entre mi poderdante y las villas de &c.

(*a*) Escolano, Práctica del Consejo, tom. 1, cap. 96.

se sirvió el Rey don E. por su cédula espedida en tantos, dar comision á M. para que pasando á aquellos pueblos señalase y amojonase á cada uno el termino que juzgase debia corresponderle, y que desde luego daba S. M. con la jurisdiccion civil y criminal sin impedimento alguno: en cuya virtud asigno el comisionado sus términos á cada villa, y los amojonó dando por cerrados á mi poderdante este y aquel, segun se justifica con los documentos que presento; pero sin embargo, con el transcurso del tiempo las villas de &c., interrumpieron la posesion que tenia mi poderdante en virtud de tan legítimos títulos, ocasionando las mas graves contiendas, que por último se terminaron amigablemente por un compromiso en X. y Z. quienes dieron su sentencia arbitraria en &c. declarando &c. como lo acredita el testimonio que tambien presento; y cuando creia mi poderdante que se hubiesen estinguido para siempre las diferencias, ocurre al presente la novedad de &c. En esta atencion, para remedio de todo = A V. A. suplico que habiendo por presentados dichos documentos se sirva condenar al Concejo de tal ó tal parte, y á sus vecinos y moradores á que en observancia de la citada real cédula, de las diligencias obradas en su virtud y de la sentencia arbitraria, no entren en los terminos de la villa de &c. de mi poderdante á pastar con sus ganados, beber las aguas, hacer rozas, cortar leña, ni a disfrutar de los demas aprovechamientos, condenándoles á que satisfagan á mi poderdante el importe de los que han gozado hasta aqui con la pena impuesta por la sentencia arbitraria al que perturbase en ella á cualquiera de los que celebraron la transaccion. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

25 *Pedimento solicitando en parte de prueba el reconocimiento de una heredad litigiosa.* F. en nombre de N. de este vecindario en los autos con M. que lo es de &c. sobre la reivindicacion de una heredad sita en tal termino = digo: que por providencia del dia tantos se recibieron aquellos á prueba por el término de la ley; y siendo una de las graves dificultades y aun la mas principal de este negocio la identidad o diversidad de la finca litigiosa con la que agrego R. á su mayorazgo fundado en &c., por cuyo concepto y el de sucesor en él trata de reivindicar aquella mi poderdante; para hacerlo constar = A V. suplico se sirva mandar que agrimensores de la satisfaccion de M. á quien se haga saber les nombre dentro de tercero dia, con apercibimiento de elegirse en su defecto de oficio; y G. y J. que nombro por mi parte, hagan á presencia de V. en el término de prueba, teniendo á la vista los títulos de pertenencia producidos en autos, el reconocimiento y mensura de la espresada heredad, con especificacion de su cabida y linderos, manifestando si segun su pericia tienen por una misma esta heredad y la vinculada. Pido justicia. = *Auto.* = Como lo pide.

TABLA

De los capítulos de este tomo primero.

Capítulo I. De los propios y arbitrios de los pueblos (*) (a).

Cap. II. De los pósitos ó graneros públicos (*).

Cap. III. De los modos originarios de adquirir el dominio (*).

Cap. IV. De los modos derivativos de adquirir el dominio de las cosas en vida de sus dueños, y por incidencia de la posesion y de las servidumbres (*)

Cap. V. De la adquisicion del dominio por testamento ó última voluntad.

Cap. VI De las herencias abintestato.

Cap. VII. De las renuncias en general, y en especial de las que hacen los religiosos y religiosas.

Cap. VIII. De la reservacion que tiene que hacer el viudo ó viuda. que se vuelve á casar.

Cap. IX. De los mayorazgos y sus agregaciones.

Cap. X. De los patronatos y capellanías.

Cap. XI. De la moneda y papel moneda (*).

Cap. XII. De los pesos y medidas (*).

Cap. XIII. De las marcas (*).

Cap. XIV. De las ferias y mercados (*).

Cap. XV. De los corredores y por incidencia de las bolsas públicas (*).

Cap. XVI. De los libros de los comerciantes (*).

Cap. XVII. Del trueque, cambio ó permuta (*).

Cap. XVIII. De las ventas y retractos.

TOMO SEGUNDO.

Cap. XIX. De los arrendamientos (*) y la mesta (*).

Cap. XX. De los censos.

Cap. XXI. De las donaciones.

Cap. XXII. De las dotes y arras.

Cap. XXIII. De las compañías y del contrato trino.

Cap. XXIV. Del mandato en general, de los factores en particular, y del administrador voluntario llamado *negotiorum gestor* (*).

Cap. XXV. De las promesas.

Cap. XXVI. De los prestamos.

(a) Con las estrellitas se indica que son los añadidos los capítulos que las tienen.

Cap. XXVII. De los depósitos.
Cap. XXVIII. De las prendas é hipotecas.
Cap. XXIX. De las fianzas y mancomunidad, del arraigo de aquellas, de la caucion juratoria y de la indemnidad.
Cap. XXX. De las cartas de pago y finiquitos.
Cap. XXXI. De los compromisos y transacciones.
Cap. XXXII. De los poderes, cesiones y lastos.
Cap. XXXIII. De las protestas y de los protestos de cambio.
Cap. XXXIV. De las letras de cambio y de los cambistas ó banqueros públicos (*).
Cap. XXXV. Del mar, rio, riberas y puertos. (*).
Cap. XXXVI. De la navegacion(*).
Cap. XXXVII. De los navegantes con respecto al comercio, esto es, del maestre, capitan ó patron de una embarcacion, de los pilotos, marineros y pasageros, &c. (*).
Cap. XXXVIII. De los seguros, á saber, de las cosas esenciales del seguro, de las personas que celebran este contrato, de sus formalidades, de las obligaciones de los aseguradores y asegurados, y derechos que nacen de ellas &c. (*).
Cap XXXIX. De la gruesa ventura (*).
Cap. XXXX. De los fletamentos(*).
Cap. XXXXI. Del naufragio, y de las averias y su arreglo. (*).
Cap. XXXXII. De los consulados (*).

APÉNDICE

De diversas materias que no pueden referirse á ninguna de las dos secciones de esta primera parte.

§. I. De los oficios públicos.
§. II. De los escribanos en particular (*).
§. III. De los prohijamientos.
§. IV. De las legitimaciones.
§. V. De las emancipaciones.
§. VI. De los aprendices y pupilos.
§. VII. De la denuncia de obra nueva.
§. VIII. De los perdones de injurias.
§. IX. Del homenage.
§. X. Del acto para dar hábito militar.
§. XI. De los instrumentos públicos.
§. XII. De las prohibiciones á los escribanos.

FIN DEL TOMO I.

LIBRERIA

DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,

QUE COMPUSO

DON JOSÉ FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CÓRTE,

Y HA REFORMADO DE NUEVO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO É INUMERABLES DOCTRINAS, ILUSTRÁNDOLA Y ENRIQUECIÉNDOLA SEGUNDA VEZ CON MUCHAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MAS MODERNAS,

EL LICENCIADO DON JOSÉ MARCOS GUTIERREZ:

Obra, no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios, y á toda clase de personas.

PARTE SEGUNDA.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, de los juicios ordinario, egecutivo, y de concurso de acreedores, de las materias de competencias, avocaciones, &c. y de las instancias de apelacion, suplicacion, segunda suplicacion é injusticia notoria, con sus correspondientes formularios: á todo lo cual ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, en que nunca se ha tratado de materia tan necesaria é importante.

TOMO TERCERO.

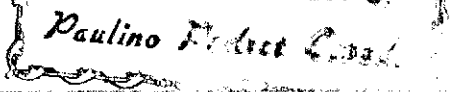
SESTA EDICION.

A costa de la heredera del Reformador
Doña Josefa Gutierrez.

MADRID: AÑO DE 1825.

IMPRENTA DE D. FERMIN VILLALPANDO, IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.

Se hallará esta obra con la Práctica Criminal de España del mismo Autor en la librería de Fuente, *calle de la Almudena.*



Ca tenemos que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes (*Ley* 31, *tit.* 14, P. 5.) I debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1. *tit.* 1, *lib.* 2 *Recop.* ó 1, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Recop*).

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE SANTIAGO

INDICE

De los libros, capítulos y párrafos de esta segunda parte.

LIBRO PRIMERO.

Del inventario y tasacion de bienes, y particion de los del que murió testado ó abintestato, entre su viuda y herederos.

CAPITULO PRIMERO.

§. I. *Qué es inventario, entre qué personas, cómo, dónde, de cuáles bienes, y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ó no.*

§. II. *Qué personas estan obligadas á hacer inventario solemne, con cuyo motivo se trata estensamente de tutelas y curadurías: si haciéndole ó no el heredero deberá pagar las deudas hereditarias y legados, aunque la herencia no alcance para todos; y si por hacerle es visto haberla aceptado.*

§. III. *Se habla de la tasacion de los bienes inventariados, de las personas que han de hacerla, y de los remedios que competen á los herederos, en caso que aquellas discuerden, ó hagan una injusta valuacion.*

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

§. FINAL. *Del modo de estender el inventario y tasacion de bienes del difunto.*

CAPITULO II.

§. I. *Qué es division, quién puede pretenderla, y ante quién: en cuánto tiempo prescribe el derecho de pedirla: cómo ha de hacerse entre herederos presentes y ausentes, y de qué forma debe proceder el juez en ella.*

§. II. *De los partidores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer con justicia la particion y las adjudicaciones.*

§. III. *Se habla del modo de dividir las cosas individuas, y entre ellas de la jurisdiccion y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.*

§. IV. *Cómo se ha de dividir la finca enfitéutica.*

CAPITULO III.

§. I. *Cómo y por qué órden se han de bajar del caudal inventariado la dote y los demas bienes que la muger llevó al matrimonio ó heredó durante este; y cuál habiendo dos ó mas dotes se ha de bajar primero, haya ó no gananciales.*

§. II. *De dónde deben deducirse el capital del marido y los bienes que heredó ó le donaron durante el matrimonio.*

§. III. *Qué deudas se han de bajar del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador: cómo se han de deducir los derechos del inventario, tasacion y demas que ocurran hasta finalizarse la particion; y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, deberán satisfacerse los gastos que hizo.*

CAPITULO IV.

§. I. *Cuáles son los bienes gananciales, y cómo han de dividirse entre los hijos de dos ó mas matrimonios.*

§. II. *Cuándo no se comunican los bienes gananciales á los cónyuges, ó estos los pierden.*

§. III. *Cómo han de dividirse las mejoras que hicieron los cónyuges en sus bienes libres ó vinculados.*

§. IV. *Cómo se han de partir los bienes adquiridos durante la comunion cuando por muerte de uno de los consortes poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos.*

§. V. *Se trata de si se han de pagar á los hijos de los bienes gananciales ó de los patrimoniales la dote ó capital que sus padres ó el padre solo les dan ú ofrecen constante el matrimonio, ó durante la comunion; como tambien de si por muerte de uno de estos deben colacionar aquellos todo lo percibido, ó solamente la mitad al hacerse la particion.*

CAPITULO V.

§. I. *Cómo se han de dividir, y á quién pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador y no entregada al comprador.*

§. II. *Se especifican cómo han de partirse los frutos de la finca enfitéutica en caso que el enfiteusis denominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta.*

§. III. *Cómo han de dividirse los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor.*

§. IV. *De la division de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del último poseedor.*

§. V. *Se habla de la particion de*

os frutos pendientes en los bienes de los cónyuges disuelto el matrimonio, ya sean libres ó vinculados, ya sean llevados á éste ó adquiridos durante él por uno de los dos ó por ambos.

CAPITULO VI.

§. I. *Cómo y de dónde se han de deducir las arras, ó las joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia.*

§. II. *Se espresa si los herederos del marido tienen obligacion de dar alimentos á su viuda, mientras se hace la particion, y de dónde deben deducirse.*

§. III. *De dónde han de bajarse el luto de la viuda y herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cuotidiano que toca al consorte viudo.*

CAPITULO VII.

§ I. *Cuántas especies hay de usufructo: en qué conviene y se diferencia del legado anual: y si el usufructuario debe pagar ó no las deudas del testador y las cargas de los bienes que usufructúa.*

§. II. *Se especifica si el usufructuario está obligado á dar la fianza para gozar el usufructo y cómo debe darla: cuándo tendrá lugar en aquel el derecho de acrecer, y por qué causas se estingue.*

§. III. *Cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario deja percibidos ó pendientes, y á quién corresponden.*

LIBRO SEGUNDO.

De la particion de los bienes del que murió testado ó abintestato entre sus herederos legítimos y estraños, haya ó no mejora.

CAPITULO PRIMERO.

§. I. *Se esplica de cuántas maneras puede hacerse la division: si el padre podrá hacerla y revocarla y señalar á sus hijos la legítima: qué ha de practicar el juez cuando no la hizo: si los hijos pueden pedir se les supla la legítima cuando los bienes paternos se aumentaron: y si tiene lugar en ella el derecho de acrecer.*

§. II. *De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma: ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus descendientes legítimos, y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral y misas.*

§. III. *Qué puede dejar el testador á sus descendientes ilegítimos, tenga ó no descendientes ó ascendientes legítimos.*

§. IV. *En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legitimados por el subsecuente matrimonio ó por el Soberano, y los prohijados.*

CAPITULO II.

§. I. *Se especifican cómo pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes legítimos, consignarles la mejora y gravar á los mejorados, y asimismo cómo se han de deducir.*

§. II. *Si los ascendientes pueden revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus ascendientes legítimos, y cuándo se entiende revocada.*

§. III. *Se trata de si los ascendientes que prometen mejorar ó no mejorar á sus descendientes legítimos, deben cumplir su promesa: de si el mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora; y de si habiéndose mejorado á dos ó mas en contrato ó última voluntad, repudiáre uno su parte, ó no pudiese percibirla, se acrecerá á los demas.*

§. IV. *Cómo han de dividirse los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó última voluntad: cuándo pertenecen al mejorado ó donatario, esten ó no pendientes en la finca consignada; y si aquel debe restituirlos en caso de revocar la mejora el testador.*

CAPITULO III.

§. I. *Qué es colacion, qué se requiere para que tenga lugar, y entre cuáles personas debe hacerse.*

§. II. *Qué bienes han de colacionar los descendientes legítimos, y qué debe observar el partidor en cuanto á estimar los colacionados por legítima ó mejora en caso de duda.*

§. III. *Se espresa de cuántos modos puede hacerse la colacion, á quién compete el derecho de hacerla y pedirla: qué tiempo ha de atenderse para ver si la donacion es inoficiosa: por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá restituir sus frutos repudiando la herencia.*

§. IV. *Se trata de si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes y han de colacionar por su fallecimiento; como asimismo de la cuarta marital deberán deducirse las mejoras hechas y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, antes ó despues de la tradicion de los bienes colacionados.*

CAPITULO IV.

§. I. *En qué bienes sucederán los*

ascendientes por testamento á sus descendientes legítimos, y si la colacion tendrá lugar entre aquellos.

§. II. *De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus ascendientes legítimos; y si se han de sacar de ella los gastos de su funeral, misas y legados.*

§. III. *Trátase de la sucesion en los bienes troncales en los pueblos donde se observa por algun fuero ó costumbre.*

CAPITULO V.

§. I. *Se esplica en qué casos los viudos que teniendo hijos ó descendientes legítimos se vuelven á casar, tienen obligacion de reservarles lo que hubieron de ellos, ó del cónyuge muerto.*

§. II. *Se especifica en cuáles no estarán obligados á hacerles la reservacion.*

CAPITULO VI.

§. I. *Se habla de las especies que hay de legados, y de las cosas que pueden ó no legarse.*

§. II. *Qué condiciones puede imponer el testador en los legados: cuándo estará obligado el legatario á cumplirlas, y percibirá la manda; y si se entienden repetidas en el sustituto.*

§. III. *Trátase de la revocacion espresa y tácita de los legados, y se dice de dónde se deben deducir, deje el testador herederos legítimos ó estraños.*

§. IV. *Si tiene ó no lugar el derecho de acrecer en los legados ó fideicomisos particulares.*

§. V. *Si los legados que haga el testador á su muger, á sus acreedores y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe á los segundos y con la decima que corresponde al tercero.*

§. VI. *Cómo se han de dividir los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada, y los que produzca desde su muerte hasta la entrega hecha al legatario, y si revocándose el legado debe restituir los que percibió.*

CAPITULO VII.

§. I. *Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos, é ilegítimos, y á sus parientes muriendo intestados.*

§. II. *Cómo han de heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron abintestato.*

§. III. *Cómo deben suceder los parientes transversales á los que fallecieron intestados: qué han de distribuir aquellos, y los ascendientes y descendientes por el alma del difunto; y si los instituidos en testamento se graduarán en caso*

de duda por la regla del abintestato.

CAPITULO VIII.

§. UNICO. *Quiénes se llaman herederos estraños: de cuántas maneras los puede instituir el testador; y si siendo muchos los instituídos le heredarán todos igualmente y á un propio tiempo, ó por el órden sucesivo.*

CAPITULO IX.

§. I. *Por qué causas se pueden impugnar y rescindir las particiones de bienes de difunto.*

§. II. *Cuándo habrá lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quien se adjudicaron, ó al legatario.*

CAPITULO X. Y ÚLTIMO.

§. UNICO. *Se estienden dos particiones para instruccion del partidor, y dos escrituras de ellas.*

LIBRO TERCERO

De los juicios ordinario, ejecutivo, y de concurso de acreedores.

Preliminares en que se trata de varias personas principales que suelen intervenir en los juicios contenciosos

CAPITULO PRIMERO.

§. I. *Divídese el juicio y se espresa en qué dias puede hacerse, y cuáles personas pueden ó no comparecer en él.*

§. II. *De la demanda y cláusulas que debe tener: si se puede mudar, ampliar y enmendar: qué ha de mirar el actor para ponerla: á qué juez debe acudir: qué juramentos se han de hacer en los juicios, &c.*

§. III. *De la citacion ó emplazamiento con la demanda y de los modos de hacerse.*

§. IV. *De las varias clases de escepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que se le concede para ello.*

§. V. *De la contestacion de la demanda y de sus efectos: cómo y dentro de qué término ha de hacerse.*

§. VI. *De la reconvencion y sus efectos; dentro de qué termino y ante qué jueces se debe hacer; y en cuáles causas tiene ó no lugar.*

§. VII. *De las varias especies de prueba que pueden hacerse en juicio.*

§. VIII. *Del término de prueba siendo mayores los litigantes: cómo se cuenta: desde cuándo corre; y si podrá suspenderse y practicarse otra cosa durante él.*

§. IX. *De la publicacion de probanzas y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.*

§. X. *De las tachas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.*

§. XI. *De la conclusion de la causa para difinitiva, y de si conclusa podrán hacerse probanzas.*

§. XII. *De la recusacion de los jueces superiores é inferiores, y subalternos de los tribunales: de las causas por qué puede hacerse, y del modo de hacerla.*

§. XIII. *De la sentencia difinitiva, y de los requisitos que exige para su validacion: de si el juez podrá revocarla ó reformarla, ó del término para apelar de ella.*

§. XIV. *De la nulidad de las sentencias, y del término en que se debe pedir.*

§. FINAL. *Del modo de estender las diligencias que ocurran en el juicio civil ordinario.*

CAPITULO II.

§. I. *Qué es juicio ejecutivo, y qué cosas traen ó no aparejada ejecucion.*

§. II. *Quién puede pedir ejecucion y ser ejecutado: cuántas clases hay de bienes, y en cuáles se puede ó no trabar: y si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dejarla y pasar á la ejecutiva.*

§. III. *Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion: con qué órden y en qué dias podrá hacerse: qué personas pueden ó no ser presas por deudas y deben afianzar de saneamiento: por cuánto tiempo han de darse los pregones á los bienes embargados; y cuándo y cómo se ha de citar de remate al reo ejecutado.*

§. IV. *De la oposicion del ejecutado, y de las escepciones que se le deben ó no admitir; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion; y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.*

§. V. *De la sentencia, fianzas y remate de los bienes ejecutados.*

§. VI. *Del tercero opositor á la via ejecutiva.*

§. VII. *Cuándo deberá el ejecutado ser condenado en costas y pagar décima de la ejecucion.*

§. FINAL. *Cómo se estienden las diligencias de la via ejecutiva hallándose presente el deudor.*

CAPITULO III.

§. I. *Del primer género de concurso llamado cesion de bienes: quién puede hacerle ó no: qué requisitos son necesarios para que se tenga por bien hecho, y cómo se ha de sustanciar y seguir.*

§. II. *De la ocurrencia ó pleito de acreedores, de sus clases, hipotecas y prelacion.*

§. III. *De la espera de acreedores: á quienes, por qué personas y por cuánto tiempo se puede conceder.*

§. IV. *Cómo y á qué deudores pueden los acreedores remitir sus deudas.*

§. FINAL. *Del modo de ordenar las diligencias del concurso de acreedores y de la cesion de bienes.*

LIBRO CUARTO

De los recursos de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria.

CAPÍTULO PRIMERO.

De las apelaciones y sus efectos, de las mejoras de ellas, y de su curso y término.

§. I. *De las apelaciones y sus efectos.*

§. II. *De la mejora de la apelacion, y del curso y fin de ésta.*

§. III. *Apelacion al cabildo.*

§. FINAL. *Formulario correspondiente á este capítulo.*

CRPITULO II.

De la súplica ó suplicacion, con su correspondiente formulario.

CAPITULO III.

De la segunda suplicacion, con el formulario competente.

CAPITULO IV.

Del recurso de injusticia notoria, en el Consejo, con su formulario.

LIBRO PRIMERO.

De inventarios y tasaciones de bienes, y de la particion de los del que murió testado ó intestado entre su viuda y herederos.

CAPITULO PRIMERO.

Del inventario y tasacion de bienes de difunto, de la pena en que incurre el heredero que oculta algunos de la herencia, y de cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

§. I.

Qué es inventario, ante qué personas, cómo, de dónde, de cuáles bienes, y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ó no.

1 Para distribuir con justicia y con arreglo á la voluntad de un difunto, ó á lo dispuesto por las leyes, los bienes que haya dejado, es indispensable inventariarlos, pues el inventario es el principio y basa de toda particion, y sin él no puede practicarse ésta con la pureza que corresponde.

2 El *inventario*, cuya voz latina se deriva del supino *inventum*, del verbo *invenio*, que significa *hallar, no es otra cosa que un instrumento en que se escriben y sientan los bienes de alguno por muerte suya, por embargo ú otro motivo* (*a*), y se introdujo por cuatro razones: la primera y principal para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles: la segunda, para que no estuviesen obligados á mas de lo que importase la herencia: la tercera, para que no dudando en vista de él á cuanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla ó dimitirla: y la cuarta para probar las alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables (*b*).

(*a*) Leyes 99 y 100, tit. 18, P. 3, y 5, tit. 6, P. 6. (*b*) Cap. 11 y 12 de probat. Hermosill. ley 9, tit. 1, Part. 5, glos. 5, n. 9.

3 Se divide el inventario en *solemne* y *simple*: el solemne es *el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho*; y el simple *el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nómina de bienes, sin observar con rigor dichas solemnidades*; bien que convienen en el fin, que es el de que se sepa qué bienes, de qué clase, precio, peso y medida hay y se administran, y se han de dividir y entregar.

4 Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto y ante su juez, aunque todos sus bienes no estén en un solo pueblo; pues una vez incoado y radicado el juicio debe el juez, á instancia del heredero, espedir su requisitoria á las justicias en cuyo territorio se hallen, para que los inventarien y tasen, y le remitan despues originales las diligencias obradas para unirlas á las principiadas en su juzgado, lo cual procede aun cuando fallezca fuera de su domicilio, porque este acaso no puede privar á su juez de conocer de su testamentaría como competente.

5 En real órden de 19 de junio de 1704 (*a*) se declaró que el conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los militares difuntos toca á sus jueces, y el de los que se hagan ú ocurran sobre bienes y herencias que les dejan personas á quienes no competa el fuero militar, y pleito sobre ellas, y las de sus criados que mueren fuera de campaña, á la justicia ordinaria y no á la militar; como lo dispone tambien el *art.* 14, *trat.* 8, *tit.* 11 de las ordenanzas del egército, cuyo tenor dice: »La justicia ordinaria ha de conocer en los inventarios y pleitos que ocurrieren sobre herencias que se dejaren á los militares por personas estrañas de la jurisdiccion militar, ó les pertenecieren por testamento ó abintestato, aunque fueren de sus padres, ó hermanos; y tambien conocerá en los inventarios y herencia por muerte de cualquiera criado militar acaecida fuera de campaña."

6 Tambien debe conocer la justicia ordinaria de las testamentarías de los factores de la provision de víveres del egército, entregados que sean los efectos de la provision, segun está declarado en real cédula de 8 de marzo de 1785 (*ley* 7, *t.* 21, *lib.* 10 *N. R.*) con motivo de la competencia formada entre el comandante de las armas de la villa de Estepona, su corregidor y el intendente de Andalucía sobre conocimiento de la testamentaría del factor

(*a*) Nota 6, t. 21, lib. 10 N. R.

don Antonio Uriondo. Dicha real cédula dice: »Con noticia que tuve de esta competencia, y tomado sobre ella los informes y noticias convenientes, he venido en declarar que el conocimiento y exámen de dichos autos corresponde notoriamente al espresado corregidor de Estepona, á quien mando se le devuelvan para que los continúe conforme á derecho, una vez que se hallan entregados los efectos de la provision, con cuyo respecto deberia gozar el fuero de hacienda, segun las últimas reglas dadas por la provision. Y conformándome, para evitar en adelante semejantes conflictos jurisdiccionales, y que se desautorice á los magistrados, con lo que se me propuso al propio tiempo, tuve á bien ordenar que la espresada declaracion sirva de regla en este y demas casos ocurrentes"

7 Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un solo Soberano, pertenece la formacion del inventario al juez del pueblo en que fallezca, porque éste es competente, no solo por razon del domicilio, sino tambien de su muerte. Pero si teniendo dos domicilios muere fuera de ellos, debe conocer del inventario y continuarle el juez de los dos que le prevenga, sino es que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, en cuyo caso pertenece hacerle al del en donde vivia la mayor parte del año.

8 Si el lego instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son clérigos, se debe hacer el inventario ante el juez secular, por cuyo mandato han de ser estos citados como los legos, pues esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso para que como interesados en parte de la herencia comparezcan, si quieren, á usar de su derecho; ni tampoco arguye superioridad, y así, ni le apremia á ello, ni por no comparecer incurre en contumacia, ni se anula el acto (*). Asimismo en la sucesion del lego al clérigo,

(*) Como el juez secular ante quien se forma el inventario tiene facultades para hacer se practiquen todas las diligencias que conduzcan á él, y de consiguiente las de citar al clérigo como uno de los herederos, para que no pueda quejarse ni alegar nulidad por no habérsele citado; creo que esta citacion lo es propia y verdadera, mayormente cuando si para la formacion del inventario es necesaria alguna diligencia del clérigo, podrá compelerle á ello el juez secular por los medios legales, pues de otra suerte se quedaria sin evacuar el acto, y serian ilusorias dichas facultades; y á vista de esto, y de que sobre el particular de que hablamos las personas eclesiásticas *deben*, segun se esplica la real cédula inserta en el n. 10, *acudir ante las justicias ordinarias*, tienen éstas sobre aquellas en el presente caso como en otros cierta especie de superioridad.

sea por institucion ó abintestato, como tambien en la apertura y publicacion de su testamento, é insinuacion de la donacion que haga el segundo al primero, se ha de proceder ante el juez secular, porque la cualidad eclesiástica como personal dura únicamente en los bienes del clérigo mientras vive, y espira con su persona, perdiendo la herencia por su adicion ó aceptacion el nombre del que la dejó, y tomando el del aceptante.

9 Y si el testador y su heredero son clérigos, ó el clérigo lo es del lego, la publicacion y apertura del testamento cerrado, asi como la insinuacion de la donacion que haga el secular al eclesiástico, se deben hacer ante el juez secular como competente (*a*), segun se ha dicho en la prim. part. (*b*), del mismo modo que la tutela legítima, y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al clérigo su pariente, la ha de discernir el juez secular (*c*), y por consiguiente se ha de dar cuenta de ella ante él, aunque la de menores clérigos que se encarga al lego ha de discernirla el juez eclesiástico, y él mismo ha de aprobar la cuenta; pero cuando el clérigo sucede al lego ó a otro clérigo por testamento ó abintestato como pariente mas propínquo, ó cuando es instituido lugar pio, se ha de hacer el inventario ante el eclesiástico, porque en estos casos se trata de interés de clérigo y cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes, perdiendo el nombre del sugeto de quien fueron.

10 Mas sin embargo de esto, que es conforme al dictámen de nuestros AA. fundados en la razon espuesta, (aunque algunos dudando de su opinion dicen que se ha de estar á la costumbre del pueblo) se halla resuelto en real cédula de 13 de junio de 1775, que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos é inventarios, secuestros, ni administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos y algunos de los herederos ó legatarios, sean comunidades ó personas eclesiásticas; y para que nadie deje de usar de su derecho é introducir los recursos competentes de fuerza en conocer y proceder, si se entrometiesen los jueces eclesiásticos en su conocimiento, á causa tal vez de ig-

(*a*) Leyes 15, tit. 4, lib. 5 R. ó 6, t. 18, lib. 10 N. R. y 9, t. 4, P. 5.
(*b*) Cap. 1, n. 220, y cap. 21, n. 5. (*c*) Leyes 45, tit. 6, P. 1. verb. E como quiera y 14, verb. Mas los otros clérigos, t. 16, P. 6.

norar esta decision, ni sea molestado y sacado de su fuero, tengo por útil y aun preciso insertarla aqui. »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 José de Lorra, síndico del convento de san Francisco de la referida villa, y la segunda que vivia en su compañia en estado honesto, otorgaron con el espresado don José, á influjo 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 1741, en el que dispusieron de todos sus bienes á favor del convento, con título de fundacion de misas rezadas, y que nombrasen administrador de los referidos bienes el guardian y discretos del convento, teniendo aquel un voto y estos otro; que los causantes de Nardiz, noticiosos de lo que pasaba, luego que falleció la doña Maria Antonia acudieron ante la justicia ordinaria de la espresada 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 eclesiástico de Calahorra y consiguió que inhibiese á la justicia real, y aunque llevados allí los autos declinaron la jurisdiccion ordinaria, substanciado el artículo se declaro juez competente, é introducida la fuerza en la real chancilleria de Valladolid declaró que no la hacia el juez eclesiástico en conocer y proceder en dicha causa; lo cual ha sido origen de los graves perjuicios é imponderables dispendios que despues se han seguido á la familia del referido Nardiz que por necesidad se sujetó á la jurisdiccion eclesiástica: Que sin embargo de que probaron en la primera instancia, no solo las persecuciones de los frailes de aquel convento, guardian y confesor, sino las amenazas y malos tratamientos que don José de Lorra hizo á su muger para obligarla á hacer aquella disposicion, como tambien las sugestiones que intervinieron para que accediese á ella su hermana doña Maria Antonia, la cual vivio miserablemente bajo la opresion de los frailes que la aterraban con el juramento que tenia hecho de no revocar el testamento, á lo que habia manifestado sus deseos; el Ordinario eclesiástico habia declarado válidas las disposiciones; y que llevados los autos al tribunal de la nunciatura despues de diferentes sentencias dadas en ellos re-

vocatorias unas de otras, últimamente habia recaido ejecutoria de tres conformes, declarando válidas dichas disposiciones; y esponiendo por menor la resistencia de éstas con lo dispuesto en las leyes del reino y autos acordados, la injusticia de dichas determinaciones segun lo que resulta justificado en autos, y la nulidad del auto de fuerza de la real chancillería que ha sido el motivo de tantos perjuicios, y con que ha quedado arruinada esta familia: me suplicó fuese servido mandar que el mi Consejo hiciese traer los autos que se hallaban en la secretaría de breves de la nunciatura, y resultando por ellos que es negocio que toca á la jurisdiccion real, emplazar á las partes, y con su audiencia se determinen en él por los mismos autos, coadyuvando el derecho de dicho don Juan Bautista Nardiz, el mi fiscal, atendiendo á las dilaciones y mayores gastos que se ocasionarian de remitirlo á la justicia ordinaria donde tuvieron su principio, ó á la chancillería; y habiendo sido servido de remitir al mi Consejo la citada representacion para que me consultase sobre su contenido y súplica cuanto se le ofreciese y pareciese; vista en él con los antecedentes que se citan, y se mandaron entregar *ad effectum videndi*, teniendo presente lo espuesto sobre todo por el mi fiscal, en consulta de 22 de marzo de este año, me hizo presente su parecer, y por mi real deliberacion á ella, que fue publicada en él y mandada cumplir en 11 de mayo próximo antecedente, entre otras cosas he venido en declarar: Que el conocimiento de la nulidad ó validacion de los testamentos y codicilos otorgados á nombre de don José de Lorra y su muger doña María Ana de Nardiz, y de doña María Antonía, su hermana, corresponde á la justicia real, y que se retengan los autos en el mi Consejo en donde toca su reconocimiento, por ser las citadas disposiciones notoriamente contra el auto acordado 3, tit. 10, lib. 5, R. (*ley* 15, *tit.* 20, *lib* 10 *N. R.*); y para ejecucion de lo demas resuelto he acordado espedir esta mi cédula; por la cual os hago la mas severa advertencia para que en adelante no permitais que los tribunales eclesiasticos tomen semejantes conocimientos de nulidad de testamentos, inventario, secuestro y administracion de bienes, ni en iguales juicios reales en que todos son actores, aunque se hayan otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiasticas, pues todo como verdaderos actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes tempora-

les y profanos, deben acudir ante las justicias reales ordinarias, por ser ademas de las razones espuestas la testamentifaccion activa civil sujeta á las leyes reales sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescripta la forma de su otorgamiento; y mando que los recursos de esta naturaleza se pasen á mis fiscales residentes en esa audiencia para que defiendan la jurisdiccion real con el zelo y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren atropellada; y quiero que esta mi real cédula se lea en el Acuerdo pleno con la asistencia precisa del regente y de los fiscales, y se coloque en el archivo, repitiendo su lectura en el primer dia de tribunal del mes de Enero de cada año, para que no se olvide su puntual observancia por lo mucho que importa escusar á los vasallos el ser fatigados con sacarlos á litigar de sus propios jueces, á cuyo fin dareis las órdenes y providencias que convengan" Esta real cédula, con referencia de las remitidas á las chancillerías y audiencias se renovó y publicó por otra de 15 de noviembre de 1781, que en lo dispositivo esta conforme con aquellas, y es la ley 16, tit. 20 lib. 10 N. R.

11 Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo, aunque esto procede solamente contra el que los puso ó mandó poner, contra el cual prueba de tal suerte, que aun cuando él ó su heredero alegue ser suyos algunos de los inventariados, no será oido, porque se juzga que el que los formó los donó al sugeto á cuyo favor le formalizó. Ademas, por el hecho de inventariarlos es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió, y no puede ir contra su propia confesion, pues ésta siendo hecha con cierta ciencia induce donacion.

12 Pero lo espuesto se limita en cinco casos; el primero, cuando el que puso sus cosas en el inventario, porque se hallaban entre las del difunto protestó incontinenti que eran suyas; el segundo, cuando los bienes suyos que inventarió son inmuebles, pues no es de creer que los hubiese donado; ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular que supera á otras pruebas; el tercero, cuando implora el beneficio de la restitucion, por haberlos inventariado inconsideradá é imprudentemente; el cuarto, cuando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues debe ser resti-

tuido, como si fuera menor, porque la presuncion, aunque sea de derecho, admite prueba en contrario; y el quinto, cuando con instrumentos legítimos y vista ocular justifica no ser tantos los bienes cuantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario (*).

13 Contra tercero jamas prueba, y asi siempre que haga constar que son suyos algunos de los bienes contenidos en el inventario, se le deben entregar, porque como no presenció su formacion, ni fue citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero, ó el que le formalizó; al modo que los libros de cuenta y razon que alguno tiene en su poder hacen fe contra él y no contra tercero (*a*).

14 En órden á si el heredero ó el que formó el inventario podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dejaba tales bienes, ó si esta declaracion induce prueba contra ellos, de modo que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion, se ha de distinguir de casos. Si el heredero reclama en virtud del derecho que le compete por su propia persona, v. gr. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto, puede impugnar legítimamente dicha declaracion; si lo hace en virtud del que le compete por la del difunto, no puede, aunque algunos afirman que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia en cuanto lo permita lo que lucre de la herencia; si hizo ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene igual obligacion, á menos que pruebe haberlo hecho ó declarado con error manifiesto; y si fue contra derecho puede impugnarlo, como el mismo difunto podria hacerlo.

15 Para que el inventario solemne de bienes de difunto sea válido y produzca los 68 efectos (**) que recopila Guerreiro y omito por la brevedad, han de concurrir en él varios requisitos

(*) Finalmente, son tantos los casos, limitaciones ó escepciones, que la regla general casi viene á reducirse á cero. (*Conclusion de este n.* 12.)

(*a*) Ley fin. t. 18, P. 3. Escob. de Ratioc. c. 11. Vela diss. 36, nn. 5 y 27.

(**) ¡Ardo la paciencia del tal Guerreiro! No he hallado este autor, aunque he hecho diligencias en su busca, pues deseaba ver por curiosidad qué tales eran esas mas de cinco docenas y media de efectos, entre los cuales habrá sin duda algunos muy estraños y singulares.

El primero es, que se cite, poniéndose en la citacion el dia, mes, año y hora, no solamente á los herederos sino tambien á los legatarios y acreedores ciertos, á cada uno particular ó singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar su formacion: estando ausentes en parage de donde puedan venir, por requisitoria, é ignorándose su paradero, por edictos ó proclamas (*a*); pero hoy no se practica regularmente en estos reinos de Castilla esta disposicion legal en cuanto á citar á los acreedores y legatarios, y ya porque está en su arbitrio redarguir de diminuto el inventario, siempre que averiguen haberse omitido incluir en él algunos bienes; y ya porque como habiendo bienes que partir, antes que se haga la division, se deducen, segun debe hacerse, los creditos contra el caudal, por no haber ni llamarse herencia sino el residuo, no se les puede causar perjuicio, en cuya atencion se cita únicamente á la viuda y herederos, entre quienes se ha de hacer la particion.

16 El segundo requisito es, que se haga ante juez y escribano, aunque de necesidad no se requiere la presencia del primero y basta la del segando, porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99 y 100, t. 18, P. 3 que prescriben la forma de estender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5, t. 6, P. 6 hablan de semejante cosa; por lo que conociendo el Consejo que á mas de no ser del caso la presencia del juez, se originaban dispendios inútiles, y perjuicios á los menores y ausentes: que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente, ó el tutor nadie se lo puede impedir, por mas que el juez se desvele en precaver la ocultacion: que los menores y ausentes pueden usar despues de su derecho, si la acreditan; y que la asistencia del juez ningun vigor da al inventario, y antes bien causa desfalco á los interesados, por mas que la hidrópica codicia de algunos quieran aparentar que es conveniente para evitar el estravio de los bienes; mandó sábia y justísimamente en el cap. 5 del arancel dado á los tenientes de corregidor de esta villa en 11 de Abril de 1768 lo siguiente. »Los tenientes solo asistan á inventarios y tasaciones de bienes de testamentarias en los casos que haya que recontar dinero, ó inventariar bienes y alhajas preciosas, para lo cual se consideran que bastan dos dias; y en estos casos solo puedan lle-

(*a*) Ley 5, t. 6, P. 6.

var 30 reales por mañana y otros tantos por la tarde. En los demas inventarios, tasas y almonedas no es necesaria la asistencia del juez, pues basta la de los interesados; y siéndolo menores, ó ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores por ellos.» Este capítulo exonera á los interesados del crecido gravámen de derechos superfluos del juez, y se debe observar en todo el reino, porque cuando el Soberano manda á algun juez una cosa, es visto mandarla á todos los de sus dominios en igual caso y circunstancias; mayormente si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor, testamentario, ó personas que elige, lo hagan estrajudicialmente á presencia de escribano y testigos; pues puede mandarlo asi, como tambien que formalicen la tasacion y particion de sus bienes (*). Esta práctica se observa como justa en Aragon y Valencia, segun afirma Colon (*a*); pero esto se entiende no pre-

(*) Sobre este punto debo insertar aqui la real cédula de 4 de noviembre de 1791, ó ley 10, t. 21, lib. 10 N. R.=Don Cárlos, &c. Sabed: Que con el fin de evitar que el caudal de los pupilos y huerfanos se disipe en diligencias judiciales y en costas que por lo comun causaban los llamados padres generales de menores y defensores de ausentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reino, adopté en mi Consejo el medio de conceder permiso á los testadores que lo han solicitado, para que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas, tutores ó testamentarios que señalan como sugetos imparciales, íntegros y de su total confianza, cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion y que se protocolicen en los oficios del juzgado del juez ante quien se presentan. Consiguiente á estas providencias y habiéndose promovido espediente en mi chancillería de Granada sobre la particion de los bienes que quedaron por fallecimiento de un vecino de la ciudad de Cordoba, declaró aquel tribunal que el contador de cuentas y particiones en ella no debia intervenir en la de la disputa; y de sus resultas el dueño de estos oficios don Damian de Castro y Garcia, vecino de la misma ciudad, me representó que por estas disposiciones se hallaba despojado de la formacion de cuentas y particiones entre menores que le pertenecia por su título: con cuya atencion solicitó entre otras cosas me sirviese declarar no debian obstar dichas providencias al egercicio, uso y facultades de su título. Esta representacion la mandé remitir al mi Consejo para que me espusiese su parecer; y visto en él y consultado el asunto con mi real Persona he venido en declarar no haber lugar á las pretensiones de don Damian de Castro y Garcia, y quiero que esta providencia sea estensiva y sirva de regla general para iguales casos en que los contadores de cuentas y particiones á pretesto de las facultades concedidas en sus títulos soliciten privar á los testadores de las que tienen para nombrar partidores ó contadores que dividan las herencias entre sus hijos menores, cuya libertad debe conservarse á los testadores, pues lo contrario seria de mucho perjuicio á la causa pública.

(*a*) Instruccion de escribanos tom. 2, lib. 3, cap. 3.

tendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende, deberá intervenir el juez con los nombrados por el testador y satisfechos el acreedor ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán por sí solos entre sus herederos lo que el testador les ordenó, sin que el juez deba impedírselo, por haberse acabado la jurisdiccion que le prorogaron los acreedores.

17 El tercer requisito es que se inventarien todos los bienes del difunto, por manera que en el inventario se deben poner por clases separadas y por menor todos los bienes libres, muebles, raices y semovientes que el difunto haya dejado, y le pertenezcan, no solo en el pueblo de su domicilio y fallecimiento, sino tambien en otro cualesquiera de dentro y fuera del reino ó provincia con distincion y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexo, edad, linderos y demas correspondientes, segun sean los bienes, pues siendo oscuro por faltar esta especificacion, es nulo, mediante á que no puede servir para el fin á que se dirige, y asi no aprovecha al que no le formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe. Y sin embargo de que algunos inventarian indistintamente por piezas los que se hallan en cada una, no debe observarse este método, por ser confuso para hacer la division y saber á cuanto ascienden los de cada clase, en cuya atencion los de cada una se han de poner juntos aunque esten en diversos lugares y piezas, como se practica en esta corte.

18 En igual forma se han de inventariar los intrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, y los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres: siendo de advertir que los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios deben quedar depositados en poder de quien hizo el inventario, para que no padezcan estravio, ni los interesados en ellos esperimenten perjuicio.

19 Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales, ó á dia cierto que el testador tenia á su favor, ó contra sí, y asimismo el débito del mismo heredero; pues haciendo el inventario con la pureza legal tiene derecho á cobrarle como los demas acreedores sus créditos; mas no está obligado á poner en él los gastos que hizo en su entierro, ni otros que sean justos, y si se dudase de ellos, puede probarlos por su juramento,

testigos ú otro medio legal (*a*). En dichas deudas se incluye lo que las hermandades que tenia el difunto debian darle por socorros, lutos, enfermedad y otras cosas segun sus constituciones, y satisfacieron á sus herederos ó viudas; porque todo es caudal suyo anticipado en vida, y asi es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto, ni á otro en particular. Algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, sino es que consten por instrumentos ú otras pruebas legítimas, ni tampoco de las deudas en contra, escepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion y requieren mayor conocimiento, el cual no toca al juicio de particion, que es sumario; pero sin embargo no se sigue esta opinion, y unas y otras se ponen por via de declaracion con su respectiva cualidad al fin del inventario, haya ó no instrumento que las acredite: las primeras, porque de omitirse se da lugar á ocultacion, y no se puede intentar su cobro por ignorarse, ni aprovechan á los partícipes en la herencia; y las segundas, para deducirse de esta, caso que se verifiquen antes de proceder á la division, y no causar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorata contra cada heredero, despues de hecha. Ademas de esto la ley 100, t. 18, P. 3 que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que da á entender, que se debe practicar asi. »E primeramente otorgó, é vino conociendo que avia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, é tantas raices, é tantas debdas quel devian, ó quel devia, nombrando todas estas cosas cuantas son, é quales; é otrosí quien son los debdores, é quántas son las cartas de las deudas, é por qual escribano fueron fechas.» Pero si alguno de los interesados negare el débito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario le haya confesado.

20 Igualmente se deben inventariar las cosas litigiosas con esta cualidad; pero no han de dividirse hasta que se declare, si pertenecen ó no á la herencia. Asimismo se han de inventariar las agenas que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de éste, téngalas en depósito, comodato, ó prenda, para que no se pierdan, ni estravien, ni se haga fraude á sus due-

(*a*) Ley 8, t. 6, P. 6 y su glos. 1.

ños, á no ser que estos repugnen que se inventarien, en cuyo 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.

21 En los propios términos deben inventariarse los frutos de los bienes libres y vinculados del testador, sean naturales como trigo, vino, aceite y otros semejantes, para cuya produccion es necesaria ó no la industria humana, sean civiles como réditos, pensiones, alquileres, arrendamientos de tierras, viñas y olivares, censos, juros, efectos y oficios; y esten pendientes en las mismas fincas, ó se hayan vencido hasta el dia de su muerte. Tambien se han de inventariar las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia; y en cuanto á las de los vinculados respecto no tocar parte alguna de ellas á la muger, hijos, ni herederos del poseedor difunto segun la ley 46 de Toro (*a*), tengo por inútil el que se inventarien; pero los frutos naturales y civiles que no quedaron pendientes ni vencidos, y produjeron los bienes privativos del muerto ó del vivo, mientras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con éste ni con los herederos de aquel, porque son propios del dueño de las fincas, censos y efectos que los rindieron (*b*); escepto en los casos en que continue tácitamente la sociedad conyugal, los cuales se espresarán en el lug. cit.

22 Los vestidos de la muger é hijos del difunto se deben poner asimismo en el inventario, escepto los cuotidianos, aunque si su padre, ó marido les hubiesen dado para este uso los preciosos; como suelen hacer los maganates y ricos, ó en el pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos y vestidos preciosos de la muger é hijos del difunto por cuotidianos, no se inventariarán, y antes bien se estimarán como donados por este en parte de los alimentos á que estaba obligado y los harán suyos: lo cual se practica en esta corte con los vestidos y joyas que las grandes compran con los que se les dá con título de alfileres, ó gastos de cámara, pues son suyos privativamente

(*a*) Véase el cap. 4, §. 3 de este lib. (*b*) Ayor. part. 1, cap. 6, n. 10.

porque se pacta así en las capitulaciones, y hay tal costumbre (*a*).

23 El lecho cuotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone; pues aunque, sino hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al viudo ó viuda, como diré mas adelante, sirve su descripcion para su restitucion especifica en el estado en que se halle, si se vuelve á casar, segun tambien espondré; y en caso de haberlos, para que no se dude, si es el festivo, ó cuotidiano, ó si le ha de llevar, ó no el viudo ó viuda en perjuicio de ellos. (*b*). Si se omite inventariarle, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él y carece de accion para que se le abonen dos.

24 Los bienes legados especificamente se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben ó no en el tercio, ó quinto en caso de ser ascendientes, ó descendientes legitimos los herederos (*c*).

25 Ultimamente se han de inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger que se hallen entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de éste sino para entregarlos á su tiempo á su viuda; pues se presume que todos los que deja el testador son suyos, mientras no se pruebe lo contrario, y así se deben inventariar como tales, haciéndose despues en el juicio de division la separacion y repartimiento correspondientes: todo lo cual se observa en esta corte, y ha de observarse como justo y arreglado (*d*).

26 El escribano no ha de proceder en este inventario por inquisicion ni apremio como en el de la via ejecutiva y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido á segurar el débito, pena y costas, sino que debe estar á la manifestacion voluntaria del que hace el inventario; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados usar de la accion que les concede el derecho para no ser perjudicados; y todos los bienes se han de depositiar en quien quieran aquellos por su cuenta y riesgo, ó en quien formaliza el inventario, porque aunque ni la ley 99 que trata del

(*a*) Véase acerca del vestido ordinario de la viuda el n. 47. cap. 6 de este lib. (*b*) Ayor. part. 1 cap. 3 n. 40. (*c*) Ayor. cap. 3 n. 30 al fin. (*d*) Sobre si se debe inventariar y partir el dinero del caudal comun de marido y muger puesto en el fondo vitalicio en cabeza del viudo ó viuda ó de alguno de sus hijos, ó por la viuda de otro, véase el cap. de las dotes P. 1 n. 12 al fin.

que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100, t. 18, P. 3 que espresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna manda que se depositen, se ha introducido esta costumbre para precaver su estravio; bien que si el heredero está ausente, y el difunto no ha comisionado a nadie su custodia, la debe encargar el juez la persona abonada para impedir su ocultacion, y entregárselos á su dueño, cuando venga, ó á quien le represente.

27 Se ha de añadir al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas cosas de la herencia, y el de las que tomó, ó substrajo de esta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ó por otro medio legal se acredita sumariamente, y se le ha de adjudicar en vacío, ó entrada por salida, como si efectivamente se le entregára por el precio que valian antes de deteriorarlas; y si lo niega, se inventariarán no obstanta como cosa dudosa y aplicarán proporcionalmente á cada uno en la particion para que perciba su parte, caso que aquel sea condenado en el juicio plenario. Pero si el heredero hizo el daño antes de fallecer el testador, no se ha de inventariar ni hacer mérito de él en el juicio divisorio, sino usar de su derecho los coherederos en el correspondiente, porque exige mas prolijo examen é investigacion; y si es condenado el heredero á su resarcimiento, se repartirá despues su importe entre todos en la forma espuesta (*a*), sin que por esto se suspenda la particion de los bienes efectivos.

28 Contienden muchas veces los herederos sobre si se han de inventariar y dividir algunos bienes que se hallan entre los de la herencia, y lo que se debe practicar es lo siguiente. Si por su confesion, por sumaria informacion que el juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son agenos, ó de mayorazgo, ó sujetos a restitucion, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque á este no pertenece el juicio de division, por no ser heredero ni tener derecho á la herencia, y asi han de separarse de esta y entregarse luego á su dueño (*b*). Si lo niegan, y no consta entonces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere mas pleno conocimiento é indaga-

(*a*) Ayor. part. 1, cap. 3, n. 37. (*b*) Ayor. n. 36.

cion en cuya atencion se inventariarán y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se le declarase. Y sino consta incontinenti, si tocan ó no á la herencia, porque unos herederos afirman y otros niegan pertenecerle, se han de distinguir tres casos. El primero es, cuando los bienes se encuentran entre los del difunto, y éste los poseia como libres, en el cual no solo se han de inventariar sino tambien dividir, porque segun están, se conceptuan, y por la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos; pero á los que lo contradicen, se reservará su derecho para que sobre su propiedad le deduzcan en via ordinaria, por exigir mayor inspeccion y conocimiento (*a*). El segundo es, cuando no se duda haberlos poseido el difunto, sino solamente si los poseia como libres, vinculados, ó sujetos á restitucion, por afirmar algunos de los herederos una cosa y otros otra, en cuyo caso se ha de recurrir á conjeturas, y si por algunas se pueba estar vinculados, concurriendo con ellas la fama de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han de inventariar, mas no estimar ni dividir hasta que con previo y maduro exámen se decida la duda. Y el tercer caso es, cuando de ningun modo aparece breve y sumariamente, si los bienes sobre que se controvierte, son agenos ó del difunto, y entonces no se deben inventariar ni dividir, por prevalecer la pretension del que afirma no ser de éste.

29 El cuarto requisito para la validacion del inventario solemne es, que se pongan en él como forma substancial el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye, del mismo modo que en cualquiera instrumento público, pues de lo contrario no vale. Pero así como en los instrumentos no necesita el escribano poner con individualidad la casa, pieza, ni hora en que se otorgan, pues basta hacer mencion del pueblo con el dia, mes, año y otorgantes, así tampoco en los inventarios es necesario que pongan las piezas en que se hallan los bienes muebles que cada dia se sientan; y solo será conveniente espresar la hora en que se principia y concluye en cada uno, para que se sepa las que se emplean á fin de regular las dietas ó salarios; como tambien será muy útil mencionarla en los instrumentos, cuando un deudor otor-

(*a*) Ayor. dicho n. 36.

ga muchas obligaciones en un dia á favor de diversos sugetos ante un mismo escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia, ó concurso. Antes del año de 1383 en que Don Juan el Primero mandó se contasen los años desde el dia del nacimiento de J. C. se contaban por eras ó por la era de César que principia 38 años antes de la cristiana que seguimos; pues en instrumentos anteriores á dicho tiempo verá el escribano que se hace mencion de eras.

30 El quinto requisito del inventario es, que presencien su formacion tres testigos, en quienes concurran tres circunstancias: la primera es, que sean varones de buena fama y vecinos del pueblo en que se formaliza (*a*). La segunda es, que conozcan al heredero, ó al que hace el inventario, como se echa de ver en la ley 5 t. 6 P. 6. »Estonce devese facer tal escrito ante tres testigos que sean omes de buena fama, é á tales, que conozcan á los herederos." Y la tercera es, que vean lo que se inventaria, y oigan y entiendan lo que se escribe y sienta, y no lo uno sin lo otro, por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario, ni tampoco el sordo total, sea de nacimiento, ó por enfermedad.

31 Pero se duda si valdrá el inventario ó instrumento, cuando los testigos le impugnen, para cuya resolucion se distinguen cinco casos: el primero, cuando todos le impugnan, y entonces no vale, ni hace fé: el segundo, cuando uno ó dos le reprueban, y tres ó mas le confirman, en cuyo caso es válido así el inventario como el instrumento, escepto que los primeros depongan que el contrato contenido en este no se hizo en el tiempo y lugar que se menciona, porque los contrayentes, ó alguno de ellos se hallaban en cierto pueblo tan distante que era moralmente imposible haberse hallado allí: el tercero, cuando en igual número le aprueban unos testigos y le reprueban otros, en el cual caso debe prevalecer la deposicion de aquellos, porque en duda se ha de estar por la validacion del acto, y mas crédito se dá á los testigos instrumentales que afirman que á los que niegan: el cuarto, cuando el testigo que reprueba el instrumento, fué puesto en él sin que se requiriese por necesidad ó precepto legal, y entónces este basta para enervar ó destruir su fe, si los demas no deponen de positivo por él; y el quinto, cuando algunos de los testigos

(*a*) Ley 100 t. 18 P. 3 cerca del fin.

instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su celebracion, en cuyo caso no se debilita su fe, porque nada afirman contra él. (*a*)

32 El sesto requisito es segun unas leyes de partida (*b*), que quien hace el inventario le subscriba ó firme, y si no sabe, un escribano por él; mas lo que se practica es que el heredero ó el que hace el inventario firme todos los dias con los interesados presentes el inventario y tasacion de los bienes, depositense ó no en él, y si no sabe escribir, firma por él y por los demas que tampoco saben, un testigo á su ruego como en cualquiera instrumento, autorizando el escribano de la comision el acto, sin que (esten ó no presentes los legatarios, ó todos los herederos) intervenga mas escribano, con lo cual queda firme el inventario; y asi no se observa la disposicion de las leyes citadas, por ser esto imposible en lugares en que no hay mas que un escribano, ó ninguno, y dicha práctica como inmemorial é inconcusa tiene fuerza de ley.

33 El séptimo requisito es que se empiece y concluya el inventario dentro del término legal; y por lo tocante al heredero debo advertir que está obligado á principiarle dentro de los 30 dias siguientes á el en que sepa que esta instituido, y concluirle dentro de tres meses (inclusos los 30 dias) si en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador se hallan los bienes de la herencia; pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año á mas de los tres meses, (*c*) cuyo término como señalado por la ley es perentorio, no le puede prorogar el juez, y corre al enfermo é impedido; si bien algunos afirman que si hubiese causa grave y justo impedimento, podrá prorogarle. En esta corte se suele empezar regularmente dentro del novenario, mas por principiarse fuera de él no se invalida, si se comienza y concluye en el término legal, como lo he visto practicar, y practicado de ambos modos, y por no ser contra ley sino antes bien arreglado á ella, no se anuló.

34 Para que corra el término espresado, es preciso que el heredero acepte la herencia, por lo que si pide al juez 9 meses para deliberar, si la ha de aceptar ó repudiar, ó al Soberano un año, que es el término que le pueden conceder (*d*) para este efec-

(*a*) Véase el n. 304 del juicio ordinario. (*b*) La 100 citada al fin y 5 t. 6 P. 6. (*c*) Ley 5 citada. (*d*) Ley 2 t. 6 P 6.

to, no le corre en su intermedio hasta que acepte, escepto que por dolo difiera su aceptacion y espire el tiempo de aceptar, en cuyo caso correrá y le perjudicará, si dentro de él no le formaliza.

35 Pero lo que se practica para evitar dilaciones y perjuicios, es aceptar el heredero la herencia con beneficio de inventario, con lo cual no necesita pedir ni gastar tiempo en deliberar, si la ha de aceptar ó repudiar, ni queda obligado á mas de lo que alcanza la herencia, por deudas ni legados, si hace el inventario en el término y con la pureza que prescribe el derecho.

36 Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto pasados nueve dias despues de su muerte; pero ni dentro de estos, ni mientras se formaliza el inventario, deben inquietarlos los legatarios ni fideicomisarios, (*a*) lo cual se observa; bien que á los acredores no se paga, ni debe pagar hasta que se finalizan el inventario y tasacion, escepto que se conozca que hay para todos y para heredar, porque de lo contrario podrán ser perjudicados los privilegiados, si á los que no lo son, se paga antes.

37 El octavo y último requisito es, que quien ha hecho el inventario jure haberle formalizado bien y fielmente sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste agregar á él otros cualesquiera bienes y efectos que aparezcan pertenecer á la herencia, incontinenti que llegue á su noticia, segun se practica y debe hacer, pero este juramento no es esencial en el inventario, pues solo se manda que quien le haga diga en él que es verdadero, y se ha formalizado con exactitud y legalidad, (*b*) por manera que el juramento únicamente sirve para escluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion, tenga el gravámen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa probable. La protesta es para no incurrir en la pena impuesta á los que no le hacen con pureza, de que trataré en el §. 4 de este capítulo.

(*a*) Leyes fin. t. 13 P. 1, 7 t. 6 P. 6 y 13 t. 9 P. 7. (*b*) Leyes 100 al fin. t. 18 P. 3 y 5 cerca del fin. t. 6 P. 6.

§. II.

Qué personas están ó no obligadas á hacer inventario solemne, con cuyo motivo se trata estensamente de tutelas y curadurías: cuándo el heredero deberá pagar las deudas y legados del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la formacion de dicho inventario es visto haber aceptado ó no la herencia.

38 Regularmente hablando deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: el *heredero*, sea simple, y absolutamente instituido, ó *fiduciario*, que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, pues debe dar cuenta á este que se llama heredero *fideicomisario*: el *tutor* y *curador*, el *administrador de bienes agenos*, el *prelado eclesiástico* y el *fisco*; y en una palabra todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion. De cada uno se tratará separadamente.

39 El heredero está obligado á pagar las deudas que el difunto dejó contra sus bienes, ya porque representa su persona y se transfieren en él todas las acciones que competian al difunto contra algunos, asi como en otros contra él; y ya porque aceptando el heredero la herencia se dice que cuasi contrae con los acreedores y legatarios; pero si hace el inventario en los términos ya dichos, solo está obligado á lo que alcancen los bienes de la herencia; (*a*) y aunque pague primero las mandas que las deudas, no deben reconvenirle los acreedores antes que á los legatarios sino á estos primero, y por lo que falte, á él hasta en lo que importe la herencia: (*b*) procediendo lo mismo si paga á los acreedores que acudan primeramente á cobrar sus créditos ignorando que hay otros mas privilegiados que ellos, (*c*) y no haciéndolo en la forma espuesta, si la acepta, ó como heredero entra en ella, tiene obligacion, regularmente hablando, de satisfacer todas las deudas y legados, aunque los bienes del difunto no cubran su total importe: (*d*) lo cual se entiende, ya sea legitimo, ó estraño, varon ó hembra, instituido solo, ó con otros, ma-

(*a*) Leyes 5 y 7 t. 6 P. 6. (*b*) Dicha ley 7 verb. Pero decimos. (*c*) Greg. Lop. dicha ley 7 glos. 9. (*d*) Ley 10 t. 6 P. 6.

yor ó menor; y ya suceda por testamento, abintestato, ó contra testamento. Y el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, puede deducir de ella las espensas que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, antes que pague las deudas del testador, si obtuvo escluirlos de ella.

40 La proposicion sentada en el número inmediato se limita en varios casos, de los cuales espresaremos ocho. El primero es, cuando el heredero goza del privilegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad; pues entonces no estará obligado por deudas ni legados á mas de lo que importe la herencia. El segundo es, cuando el testador mandó al heredero que pagase de sus bienes los legados, porque puede imponer á los legatarios las leyes y condiciones que quiera, y remitir á su heredero en perjuicio de ellos la formacion del inventario. El tercero es, cuando fue inducido el heredero á aceptar la herencia por dolo de los acreedores y legatarios. El cuarto es, cuando los acreedores y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues aunque la ley quiere que el heredero que la acepta sin beneficio de inventario, se halle obligado á mas de lo que ella alcance, fundada en la presuncion que por este hecho resulta contra él, de haber substraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario, no repele la confesion que hace la parte, porque esta no es propiamente prueba sino relevacion de ella. El quinto es, cuando fué violentado á la adicion de la herencia, pues por la violencia no debe sentir comodidad ni incomodidad. El sexto es, cuando en la aceptacion se padeció error ó equivocacion, porque el que yerra ó ignora, no se juzga que hace acto que induzca aceptacion; pues el error escluye el consentimiento, sin este ninguna disposicion es estable, y lo que se hace con aquel, es lo mismo que sino se hiciera (*). El séptimo es, cuando la obligacion del difunto es nula por todos respectos, porque en este caso asi como el el difunto pue-

(*) Esta limitacion por sí sola casi ó sin casi destruye la regla general. ¿Qué acto, qué instrumento, qué obligacion tendria subsistencia, si el error ó la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? En vez de ser indulgentes con el error y la ignorancia, ¿no convendria mas castigarlos para que hubiese menos del uno y de la otra? Asi como á la sombra de una indiscreta y criminal compasion crecen y se propagan los delitos, asi tambien la necia indulgencia con el error y la ignorancia aumenta el numero de los errados é ignorantes.

de dejar de cumplirla, del mismo modo y con superior razon su heredero; y el octavo es, cuando el heredero es menor, no tiene padre ni curador, y fue leso en la adicion de la herencia sin beneficio de inventario; pues probada la lesion y pedida la restitucion por entero, se le debe conceder y volver al estado que tenia antes de su aceptacion, citando y oyendo á los acreedores, y no de otra suerte. (*a*)

41 La segunda clase de personas que están obligadas á hacer inventario solemne, son el tutor y curador, y siendo muy conveniente saber, cuáles se llaman así, á quiénes y por quiénes se han de dar, cuántas clases hay de ellos, y de tutelas y curadurias, cuándo y por qué causas se acaban estas, qué escusas pueden eximir de su admision á los nombrados, á que están obligados, y qué premio se les debe dar por evacuar fiel y exactamente su encargo; para que se tome una mediana tintura de estos siete particulares, ó puntos que tienen conexion con este capítulo, son frecuentes en la práctica de los tribunales, y no estan tratados en castellano con la claridad y estension que exigen, paso á esplicarlos por su órden con la claridad y brevedad posible; pero antes de entrar en su discusion debo hacer tres suposiciones. Primera. El *estado* en los hombres no es otra cosa que *la condicion ó la manera en que viven ò estan.* (*b*) La variedad de sus condiciones proviene ó de la naturaleza, ó de la voluntad de ellos mismos, por lo que su estado es natural ó civil. Segun el natural del cual trato pueden estar nacidos, ó por nacer, y á estos que se llaman *póstumos* ó postreros en el nacer, conceden las leyes por razon de humanidad los remedios posesorios, los de tenuta y restitucion por entero, y las demas prerogativas que á los nacidos, por manera que les aprovecha como á estos todo lo que se hace en su favor; (*c*) y aunque hasta que nacen no son tenidos por hombres ni herederos de sus padres, ni se les debe la legítima, ni pueden pedir su parte de herencia, podrán no obstante ser instituidos herederos y substituidos, y nombrados substitutos de otros, y se les puede dar tutor, nazcan varones, hembras ó hermafroditas, porque en todo esto se entiende la tácita condicion de que salgan á luz; aunque el póstumo no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su na-

(*a*) Ley 7 t. 19. P. 6. (*b*) Ley 1 t. 23 P. 4. (*c*) Ley 3 t. 23 P. 4.

cimiento. Mas para gozar de todo lo espresado, y para què se estime natural y no abortivo su nacimiento, han de concurrir precisa y copulativamente en ellos cuatro circunstancias, (*a*) en tanto grado que la falta de una sola basta para privarlos del derecho de suceder á sus ascendientes. La primera es, que nazcan entera y no parcialmente vivos, y con figura de racionales, porque si la tienen de brutos, no se contarán en el número de los hombres ni hijos sino de los muertos y monstruos, lo cual no sucederá teniendo forma humana, aunque sean disformes, ó defectuosos en algun miembro, ó parte de su cuerpo. (*b*) La segunda es, que nazcan en tiempo hábil ó legítimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo ni undécimo; bien que esto tiene su limitacion, cuyo discernimiento y esplicacion incumbe á los fisicos y anatómicos. (*c*) La tercera es, que despues de nacidos vivan 24 horas naturales á lo menos. Y la cuarta, que se les bautize antes de morir, (*d*) aunque sea con agua que llaman *de socorro*. Y si de un parto nacen dos, varon y hembra, se presume nacido antes el varon como de naturaleza mas robusta; (*) y siendo ambos varones, ó hembras, y no constando cual nació primero, se contemplan iguales, por lo que corresponderá igualmente á cada uno lo que corresponderia solo al primogénito. (*e*)

42 Segunda suposicion. Los nacidos pueden ser mayores de 25 años, ó menores de ellos, y estos considerarse antes, ó en la pubertad ó adolescencia, que en los varones empieza á los 14 años

(*a*) Véase el n. 47 cap. 1 P. I. (*b*) Ley 5 t. 23 P. 4. (*c*) Véase la nota del n. 46 cap. 1 P. I. (*d*) Leyes 4 y 5 t. 23 P. 4, y 2 t. 8 lib. 5 R., ó 2 t. 5 lib. 12 N. R.

(*) La ley 12 que se cita solo dice, *que devemos entender que el varon salió primero, pues que non se puede averiguar el contrario*; pero á favor del varon podrá alegarse una fuerte presuncion fundada en la autoridad de Hipócrates y en la asercion de casi todas las mugeres que han dado á luz muchos hijos. El primero asegura que el feto masculino se desenvuelve mas prontamente que el femenino, y que á los 30 dias se distinguen todas las partes del cuerpo del varon, siendo asi que las del cuerpo de la hembra no se perciben hasta 42 dias. Y las segundas afirman que las hembras nacen mas tarde que los varones. *Buffon Hist. nat. tom. 3 págs.* 405 *y* 430.

(*e*) Ley 12 t. 33 P. 7. Sobre lo que se debe hacer cuando de un parto nacen dos hijos, ó cuando muerto el marido se casa incontinenti ó á poco tiempo su viuda, y pare dentro del en que el hijo puede ser del difunto, ó del nuevo marido, y en otros casos semejantes, véase á Lara trat. cit. cap. 2 y cap. 12 nn. 5 y sig. y á Rojas de Incompat. part. 2 cap. 4.

cumplidos y en las hembras á los 12, (*a*) hasta los cuales dura la edad pupilar en todos los casos. La razon fisica, natural y en mi entender verdadera, de habilitar las leyes á las hembras antes que á los varones, es porque todo lo que regularmente se acaba mas presto, se perfecciona con mayor prontitud, y lo que es mas tardo en perfeccionarse, lo es tambien en espirar ó acabarse, (*b*) como lo vemos en los vegetales, en los brutos y aun en los racionales, y asi las mugeres son infecundas por lo general á los 50 años, y aun antes, y los hombres pueden propagar hasta los 80. (*c*) (*)

43 Tercera suposicion. A los menores considerados antes de la pubertad se da el nombre de *pupilos*, (*d*) que quiere decir *niños pequeños*, (*e*) y el de *infantes*, ó que no saben hablar por falta de edad, desde que nacen, hasta que cumplen los 7 años, (*f*) (**) y asi si se les deja alguna herencia ó legado para cuando hablen, se entiende cumplida esta condicion incontinenti que articulen las palabras de cualquier idioma, sin que sea necesario que hablen perfectamente y con discrecion. (***) Llámanse *próximos á la infancia* desde los 7 años hasta los 10 y medio, hasta los cuales por delito que cometan, no incurren en las penas legales, porque no se les contempla capaces de dolo y malicia; (*g*) y *próximos á la pu-*

(*a*) Leyes 12 y últ. t. 16 P. 6. (*b*) Plin. lib. 17 cap. 44. (*c*) Ley 12 Cod. de Legit. hæredib. Solin. Polihystor. cap. 4.

(*) "La edad en que el hombre pierde la facultad de engendrar, dice el Conde de Buffon, (*tom. 4 de su historia natural pág.* 100) no parece que está determinada por la naturaleza. A los 60 ó 70 años, tiempo en que la vejez empieza á enervar el cuerpo, el licor seminal es menos abundante y muchas veces cesa de ser prolifico: sin embargo tenemos bastantes ejemplares de ancianos que han engendrado hasta los 80 y 90 años, y las colecciones de observaciones están llenas de hechos de esta especie." Mas no obstante creo que para dar asenso, por lo menos como fisico ó naturalista, á algun caso semejante, cuando se ofrezca, será necesario tener bastante confianza en la virtud de la madre y atender muchas circunstancias.

(*d*) Ley 4 t. 12 P. 4. (*e*) Rubiños in Diccionar. liter. P. ante V. (*f*) Leyes 1 tit. 7 P. 2 y 4 tit. 16 P. 4. Lara Compen. vitæ homin. cap. 14 nn. 1 &c. y 6.

(**) Los menores de 7 años no se llaman infantes, porque antes no pronuncien, ni hablen claramente, pues por lo regular hacen esto los niños á los dos años y medio, sino mas bien porque hasta dicha edad no entienden lo que dicen.

(***) Escepto que por razon del asunto deba creerse otra cosa, como si se requiere el habla para algun acto verbal que exija entendimiento.

(*g*) Leyes 8 t. 9 y 8 t. 31 P. 7.

bertad desde los 10 y medio hasta los 12 y 14 respectivamente (*), en cuyo tiempo por la razon contraria estan sujetos á dichas penas (*a*), de suerte que en los delitos comunes se castiga con la ordinaria á los que tienen 17 años cumplidos (*b*), y en los de lesa Magestad la intencion manifestada esteriormente con dichos ó hechos. La menor edad, tanto en los varones como en las hembras, llega solamente hasta los 25 años, cumplidos los cuales pueden gobernarse por sí (*c*).

44 Sentadas estas tres suposiciones, como conducentes, para la perfecta inteligencia de los puntos propuestos, digo, que como los que no tienen 25 años carecen de la esperiencia, discernimiento, madurez y reflexion necesarias para saberse conducir, dispuso el derecho por su utilidad, por la del estado, y con la mira de que siendo huérfanos de padre no los engañasen ni perjudicasen los mayores de edad, se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que dió el nombre de *tutores* y *curadores*, ordenando que los tutores se diesen á los pupilos y los curadores á los adultos. Asi dice la ley 1, tit. 16, P. 6, que la tutela »es guarda, que es dada, é otorgada al huérfano libre menor de catorce años, é á la huérfana menor de 12 años, que no se puede nin sabe amparar." Y curador segun la ley 13 del mismo título y Partida, »es aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo." El pupilo debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no le pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes (*d*), y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. El curador se da al huérfano adulto, como tambien á los fatuos, locos y pródigos declarados,

(*) La hembra será próxima á la infancia antes de cumplir los 9 años y medio, porque en efecto, se halla entonces mas proxima á ésta que á la pubertad, y cumplido dicho tiempo será por igual razon próxima á la pubertad, asi como en los varones por empezar su pubertad á los 14 años el tiempo medio entre ésta y la infancia es el de 10 y medio. Pero las leyes de Partida citadas no hacen tal distincion, y Febrero va conforme con ellas.

(*a*) Leyes 6, t. 5, 2 t. 7, y 4, t. 19, P. 6, y 17, t. 14, P. 7. (*b*) Ley 8, t. 31, P. 7. Gom. lib. 3. Var. cap. 1, n. 63. (*c*) Leyes 4 y 5, t. 11, P. 5, y 2, tit. 19, P. 6. Véase la nota del núm. 18, cap. 1, 1. Part. (*d*) Ley 1, t. 16, P. 6.

aunque sean mayores de 25 años; por manera que el cuidado del curador se dirige principalmente á la administracion y custodia de los bienes del adulto, y accesoria ó secundariamente á la de su persona (*). Igualmente se nombran curadores ó defensores á los bienes de los ausentes de mucho tiempo de su pátria, cuyo paradero se ignora, á los de los cautivos, á los del difunto cuando está yacente ó sin aceptar su herencia, y á los de otros que menciona Garcia (*a*).

45 Todos los que tienen facultad para testar pueden, aunque sean menores, nombrar en su testamento, codicilo ú otra última disposicion legítima, ó en contrato á los sugetos que les parezca, y no tengan prohibicion (sean libres ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos que esten en su poder; y careciendo de ellos pueden darlos tambien á los huérfanos estraños que instituyen herederos, sino los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para todo, y no para una cosa sola, simplemente, ó con condicion, por tiempo determinado, ó sin prefinirle y con señales tan claras que no se dude quién es el nombrado, ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues confundiéndose, ninguno tendrá la tutela (*b*). Pero de cualquiera de los modos espresados que se haga, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, quien

(*) Nunca he podido comprender por qué dicen todos los jurisconsultos que el tutor se da principalmente para la custodia y defensa de la persona del menor, y secundariamente para la de sus bienes; y que por el contrario, el curador se nombra principalmente para la guarda de los bienes del menor, y secundariamente para la de su persona. Ni en las leyes romanas ni en las nuestras oso decir se encontrará semejante diferencia. Yo entiendo muy bien que el tutor *debe ser dado para guardar la persona del mozo, é sus bienes, é non deve ser puesto por una cosa ó un pleyto señalado tan solamente*; entiendo muy bien, que no solo se puede nombrar curador general para la persona y bienes del menor, sino tambien particular para un litigio ú otro negocio suyo; que los menores de 25 años no han de ser precisados á recibir curador; que las facultades de un tutor respecto de la persona del pupilo son y deben ser mayores que las de un curador respecto de la persona del menor, puesto que éste tiene mas capacidad que aquel, que aun en la minoridad, tan peligrosa y espuesta por la debilidad del juicio y el vigor de las pasiones, son de mayor importancia y mas dignas de atencion la vida, la salud, la buena educacion y la instruccion correspondiente que no la hacienda y los bienes, en verdad mas funestos que útiles sin la rica y amable virtud; entiendo muy bien, digo, todo esto; pero de ninguna manera entiendo lo que entienden los jurisconsultos. (Véase el n. 84).

(*a*) De espensis, cap. 20 al princ. (*b*) Leyes 1, 3, 6, 7 y 8, t. 16, P. 6.

puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y escesivos á lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su produccion, lo cual es corriente en esta córte; y con dicha asignacion se discierne el cargo á los nombrados.

46 Al modo que todos los capaces de testar pueden nombrar tutores, pueden ser nombrados todos esceptuando los siguientes: el menor de 25 años, aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro, y por consiguiente la madre del huérfano si no los tiene, pues mientras los cumple debe el juez proveer á éste de curador que administre sus bienes (*); el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo y pródigo declarado; los deudores y acreedores del pupilo, á menos que los nombre el mismo testador, ó le sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela; el que administra rentas reales ínterin no esté solvente de su administracion; el caballero ó soldado mientras se halla empleado en el real servicio; el accidentado habitual ó impedido de ejercer la tutela; los Obispos, los monges y demas religiosos profesos, y los clérigos seculares; bien que estos pueden serlo de sus parientes, y entonces han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses de como sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela (*a*). Tampoco pueden ser tutores el escomulgado vitando, el fiador del deudor del pupilo, el que empeoró mucho de condicion, como si de rico vino á pobreza, pues aunque le nombre el padre no debe confirmarle el juez.

47 Como las mugeres carecen regularmente de la claridad de entendimiento, ciencia, juicio, reflexion, constancia y esperiencia que tienen los hombres, les han prohibido las leyes ser tutoras (**),

(*) "Dispensa á una muger viuda de la edad que la falte para cumplir 25 años, á fin de poder ser tutora de los hijos que le queden de su difunto marido. Sirva á razon de 100 ducados de vellon por año." Cap. 30 del nuevo arancel de los servicios pecuniarios de las gracias llamadas al sacar por dispensa de ley inserto en real céd. de 21 de diciembre de 1800.

(*a*) Leyes 4 y 14, t. 16, y 2 al fin, t. 17, P. 6.

(**) El entendimiento de las mugeres no es inferior al de los hombres, como lo ha demostrado sábia y eruditamente nuestro célebre Feijoo, (*Teat. crit. tomo* 1, *disc. fin.*) ni la naturaleza ha condenado al bello sexo á ceder la preferencia al sexo varonil en los demas dotes que menciona Febrero. Al estudio, al manejo de los

escepto á la madre y abuela del pupilo, á quienes lo permiten por el entrañable y cordial afecto que conceptúan profesan naturalmente á sus hijos y nietos, y porque habiendo de heredarlas presumen cuidarán mejor que los demas parientes y estraños de su personas y bienes, cuyo permiso, aunque sean nombradas en testamento, se les concede con tal que se obliguen á no volverse á casar mientras tengan la tutela (*), y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, para que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos (*a*). El padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, á no ser que les nombre tutor en su testamento, único medio de privarle de la tutela (*b*); como ni tampoco gravar al tutor que da á su hijo, con que en su administracion siga los consejos de persona determinada, á menos que la nombre tambien por tutora, pues no le puede disminuir la facultad que la ley le concede.

48 Pero esta tutela les dura solamente ínterin se conservan viudas, pues si contraen segundas bodas, entre las penas que por ello les estan impuestas, y espresaré en el cap. 5, lib. 2 de esta segunda parte, una es que pierdan incontinenti que se casen, no solo la tutela legítima, sino tambien la testamentaria, porque en ambas versa igual razon (*c*), y asi es nulo todo cuanto practiquen

negocios y al mayor trato de gentes y de mundo deben los hombres su superioridad en esta parte; mas sin embargo, una mezquina logica que frecuentemente arguye del no ser al no poder ser, y que no considera, por egemplo, que el hombre de mayor perspicacia solo podrá hablar de agricultura, si únicamente ha empleado en ella su talento; ha hecho respecto de muchas cualidades un concepto ruin de las mugeres. Tengan éstas las mismas ocupaciones que los hombres, y á fe que no serán entonces menos aptas que ellos para desempeñar las tutelas, las curadurias y los empleos públicos y de gobierno. Pero como al fin no tienen semejantes ocupaciones, y por otra parte es muy conveniente no distraerlas de sus deberes domésticos, ni de la educacion de sus hijos en la parte que les corresponde, cuyo esacto desempeño exige todo su tiempo, justamente les prohiben las leyes ser tutoras y curadoras.

(*) Licencia á una muger viuda para que sin embargo de pasar á nuevo matrimonio pueda continuar en la tutela de su hijo ó hijos habidos en el anterior. Siendo personas particulares sirvan con 400 ducados de vellon; con 500 las que obtengan renta hasta 30 ducados; con 600 los títulos de vizconde y baron; con 700 los títulos de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña, y Mallorca, y con 10 los grandes de España y honorarios." Cap. 14 del citado arancel.

(*a*) Ley 4, t. 16, P 6. (*b*) Lara comp. vit. hom. cap. 19, n. 16. (*c*) Ley 5, tit. 16, P. 6.

como tales tutoras, porque ya no lo son: lo cual procede en tanto grado que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres, sea ó no sospechosa la madre ó abuela, se deben sacar de su poder al pupilo y sus bienes, y son responsables no solamente los de ellas sino asimismo los del marido con quien casen, aunque este no los obligue espresamente, á los desfalcos que por la mala versacion y administracion padezcan los del pupilo; pues las leyes desconfian mucho de la muger que se vuelve á casar, *porque suele amar tanto al nuevo marido, que non tan solamente le daria los bienes de sus fijos, mas aunque consintiera en la muerte de ellos por facer placer á su marido* (*a*), como ha sucedido algunas veces (*). Y si estando viudas dicen al juez que quieren casarse y le hacen que provea de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aun cuando despues de provisto muden de parecer y no se casen; ni tampoco aunque casándose enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es cuando sus hijos no tienen tutor, ó no le pueden tener, ó no es idóneo y no de otra suerte, en cuyo caso las podrá reelegir el juez (**).

49 Lo espuesto procede sin embargo de que el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se le quite la tutela; porque este concepto cede en detrimento de tercero que son los mismos hijos, y carece de facultad el marido para perjudicarlos, violar las leyes y hacer que su voluntad prevalezca

(*a*) Leyes 26, t. 8, P. 5, 19 al fin, t. 16, P. 6, y 3, t. 7, lib. 3 del Fuero Real.

(*) Yo no privaria de la tutela de sus hijos á la muger que se casase segunda vez. El amor materno, no incompatible con el que se tenga al nuevo marido, es un poderosísimo incentivo para mirar por el bien de los hijos; ni el afecto que profesan las mugeres á sus maridos es, como vemos, tan desatinado y furioso que por él hayan de olvidarse de las personas á quienes dieron el ser y llevaron en su vientre. Confieso que seria mas útil á los hijos que su madre no contrajese segundo matrimonio; pero no pienso que por lo comun fuese mas perjudicial para ellos permanecer bajo la potestad de aquella que pasar á la de otros tutores parientes ó estraños, si reflexiono sobre la conducta general de estos. Los casos tan horrendos como raros no deben tenerse en consideracion; y respecto de los padrastros y aun de sus mugeres podrian las leyes tomar algunas sábias precauciones. Supuestos dos males, ha de reflexionarse atentamente cuál es el menor, y yo no fuera el abogado de la muger que hubiese contraido segundas nupcias, si para la tutela y curaduría se hiciese entre los parientes ó estraños una buena eleccion.

(**) Yo preferiria á la madre en uno y otro caso por el bien de los hijos.

contra lo que justamente ordenan; por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, caso que no haya otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá, si la aceptó y luego se casó; pero si habiéndola aceptado acude al juez diciendo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, será entonces tutor dativo que se preferirá al legítimo (*), y aun cuando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil á su hijastro: lo cual tendrá tambien lugar nombrándole la madre en dicho caso, ó cuando lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ó el menor ya adulto y capaz le elige por su curador de motu propio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que cuando le nombró. En el padre no milita nada de lo espuesto, y asi aunque se vuelva á casar, no pierde la tutela ni administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal, su ánimo es mas notable y constante que el de la madre, y no está sujeto á ésta como ella á él.

5o Tres clases hay de tutela, á saber, *testamentaria legítima* y *dativa*, y de consiguiente tres son tambien las clases de tu-

(*) Es un error manifiesto asegurar que pidiendo la madre al juez dé tutor á sus hijos, podrá nombrar á un estraño con esclusion del pariente del pupilo, cuando la ley 2, t. 16, P. 6 no quiere que tenga lugar el tutor dativo sino á falta de testamentario y de legítimo, ó no pudiendo ó no queriendo éste serlo. Estan bien claras sus palabras. »En tres maneras pueden ser establecidos los guardadores de los mozos que fincan huérfanos. La primera es, cuando el padre establece guardador á su hijo en el testamento que llaman en latin *tutor testamentarius*, que quiere tanto decir como guardador que es dado en testamento de otri. La segunda, cuando el padre non deja guardador á su fijo en su testamento, é ha parientes. Ca estonce las leyes otorgan que sea guardador del huérfano, el que es mas cercano pariente. E á este tal es dicho en latin *tutor legitimus*, que quier tanto decir como guardador que es dado por ley é por derecho. La tercera manera es, cuando el padre non deja guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; ó si lo ha, es embargado, de manera que non lo puede, ó non lo quiere guardar; é estonce el juez de aquel lugar le da por guardador algun home bueno, é leal, é á este guardador atal dicen en latin *tutor dativus*, que quiere tanto decir como guardador que es dado por alvedrio del juez." ¿Es bastante motivo la solicitud de la madre para contravenir á una ley que no está corregida por otra? ¿Por qué no queriendo la madre la tutela ó casándose despues de aceptada, ha de ser tutor el consanguíneo del pupilo, y en el caso de que se habla ha de ser nombrado por el juez? ¿Nos dan Gomez, Matienzo, Gutierrez y Gregorio Lopez que lo dicen, una buena razon de diferencia? No por cierto.

tores (*a*). Se llama testamentaría *la que da el testador al pupilo en testamento ó en otra última disposicion legítima y perfecta*, pues no siendo tal es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida, y esta tutela se prefiere á las otras dos. Puede el padre dar puramente, á tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno ó mas tutores consanguíneos, ó estraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los exherede, esten ó no en su poder, y á los póstumos, sino tambien á los naturales que nombra herederos, ó lega algunos bienes, y á los estraños que instituye, porque se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y estraños para poder egercer la tutela debe ser confirmado por el juez (*b*), de lo cual se deduce que siendo legítimos los hijos no es necesaria esta confirmacion para poder usar el oficio de tutor el nombrado por el padre, pues ninguna ley previene aquella solemnidad en este caso como en todos los demas, aunque lo mejor es que le confirme, escepto que el testador le confiera la facultad de administrar sin este requisito, pues entonces de ningun modo es necesario. Si nombra á la madre y á un estraño juntamente, ambos serán tutores; pero á su hijo espurio no puede dar tutor en su última disposicion ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo, ni tampoco al natural cuando nada le deja.

51 La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarle el juez, con tal que los instituya herederos, pues si únicamente les deja algun legado, no se le deberá nombrar, y si se le nombra, será habido por tutor testamentario solo en el caso de confirmarle el juez (*c*). Si el padre y la madre naturales dan tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el nominador dejó al hijo; y si no concurren será tutor el nombrado primero, y no el que lo hubiese sido despues, porque al que le tiene no se les debe dar (*). En cuanto á los abuelos maternos

(*a*) Ley 2, t. 16, P. 6 (*b*) Leyes 3 y 8, t. 16, P. 6. Gutier. part. 1, cit. c. 3, n. fin. (*c*) Ley 6, t. 16. P. 6.

(*) Gregorio Lop. es de sentir que esto ha de dejarse al arbitrio del juez, quien ha de tener en consideracion la utilidad del pupilo, aunque si es grande y dilatado el patrimonio, admite dicha distincion. Ley 8, t. 16, P. 6. al fin.

y demas ascendientes por esta línea se observará lo mismo que acerca de la madre.

52 En los propios términos puede el abuelo paterno dar tutor á sus nietos nacidos y póstumos, como no hayan de recaer en el dominio de su padre (*a*) (*). Tambien puede el testador que carece de ascendientes y descendientes legítimos, dar tutor de cualquiera de los modos espresados á los pupilos estraños que instituye herederos si no le tienen; pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede usar de la tutela sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como se ha espuesto (*b*); y lo mismo se ha de decir del nombrado por el padre en codicilo; cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle y darle suficientes facultades con que pueda evacuar plenamente su encargo, sin que se le oponga ningun reparo.

53 Tutela *legítima* se llama *la que concede la ley á los parientes del pupilo por falta de la testamentaría*, de suerte que habiendo tutor testamentario, aunque sea estraño, no tiene lugar el legítimo, aun cuando viva la madre del pupilo, pues puede escluirla el testador si deja tutor á sus hijos, y no en otros términos, de que se deduce que la madre viuda podrá escluir al abuelo y elegir á un estraño por tutor de sus hijos, sin que aquel pueda agraviarse de ello. Tienen derecho á serlo del pupilo sus parientes mas cercanos por ambas líneas, cuando su padre ó madre no le dejó persona señalada que le cuidase, ó ésta no quiso serlo y no hay mas nombradas, ó la que lo fue, murió ó se sustentó, ó faltó

(*a*) Ley 3, tit. 16, P. 6.

(*) Segun la ley 3 que se cita, el padre y el abuelo paterno tenian iguales facultades para nombrar tutores á sus hijos y nietos, porque no eximiendo el matrimonio á los primeros de la pátria potestad por el derecho de las Partidas, era consiguiente que los segundos estuviesen bajo el poder de su abuelo paterno; y como si al morir éste vivia su hijo, quedaban los nietos en la potestad de su padre, forzosamente habia de ser nulo el nombramiento de tutor que hiciese para el abuelo paterno; pero habiendo dispuesto la ley 47 de Toro que *el hijo ó hijo casado velado sea avido por emancipado en todas las cosas para siempre*, no pueden ya los nietos (sino es que falte la velacion) recaer bajo la autoridad ó dependencia del abuelo paterno, y asi el tutor que les nombre, aun cuando hayan de ser sus herederos forzosos, por haber muerto el padre, habrá de equipararse al nombrado por la madre ó los abuelos maternos. No debió Febrero dejar de advertir esta novedad.

(*a*) Ley 8, t. 16, P. 6.

por otro motivo, de modo que esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. En esta atencion la madre, aunque sea espuria, será preferida á los abuelos paternos y á todos los demas consanguíneos, si quisiese ser tutora de sus hijos huérfanos, con tal que siendo espurios no sea ilustre, y que sino lo es, no sean estos de damnado ayuntamiento por su parte.

54 Teniendo el pupilo muchos consanguíneos transversales iguales en grado que carezcan de escusa legítima para no admitir la tutela, (pues todos pueden ser compelidos á su admision, escepto la madre y abuela, por lo que la de estas se llama *anónima, irregular y estraordinario*) todos serán tutores y administrarán sus bienes, mas para evitar desavenencias entre ellos deberán elegir entre sí cual ha de egercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes, y en su defecto nombrar el juez al que le parezca de ellos mas idóneo y de mayores seguridades. Lo propio se observará siendo testamentarios, de suerte que administrará uno y los demas se tendrán por honorarios (*a*). Entre los consanguíneos transversales no se debe atender á la predileccion de linea sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados en este punto, y asi se admite á todos indistintamente, siendo mayores de 25 años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores, bien que concurriendo abuelo y abuela maternos egercerán la tutela igualmente (*): si concurren madre y abuelo paterno, se preferirá aquella á este, y concurriendo padre y abuela paterna, ó materna, será preferido el padre, quien si es natural, se preferirá igualmente á la madre natural (*b*).

55 No queriendo el pariente á quien por derecho toca la tutela admitirla sin escusa legítima, ó no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo que le provea de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia ú omision se cause á este, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus

(*a*) Ley 11 t. 16 P. 6 y su glos. 1.

(*) Sin embargo de que el abuelo y abuela maternos, tienen como iguales en grado igual derecho á la herencia de su nieto, yo daria la tutela de este al primero con esclusion de la segunda, por ser la tutoría un cargo propio de los varones como mucho mas capaces de desempeñarle que las hembras. Gutierrez y Lara no apoyan su asercion en ninguna razon, la menos sólida.

(*b*) Lara comp. vitæ hom. c. 19 n. 17 Gutierr. c. 6 cit. nn. 12, &c. y 16.

bienes si fallece antes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de ésta, como tambien el derecho á la sustitucion pupilar, aunque no á la fideicomisaria. Lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar sus bienes (*a*).

56 La tutela *dativa es la que á falta de la legítima y testamentaria, da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento en su persona ni bienes* (*b*), y ha de darse simplemente y no con condicion, sino es que sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria.

57 Deben los parientes mas cercanos del pupilo pedir al juez que le provea de tutor, cuando no le tiene, como se ha espuesto. A falta de parientes pueden pedirse los amigos del pupilo, ó el mismo, y por la de unos y otros cualesquiera del pueblo en que este ó su padre vive, ó nacio, ó del en que tiene la mayor parte de sus bienes, esté presente, ó ausente, y aunque lo contradiga. Si nadie le pide, y el juez conoce que está desamparado, puede nombrársele de oficio en virtud de la facultad que le concede el derecho, aunque fuera de los tres jueces referidos ningun otro puede darsele, y si todos se le nombraren, prevalecerá el nombramiento del que constare haberle hecho primero, y no pudiendo indagarse cual fue, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano. (*c*). Pero la práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría. El nombramiento de tutor para el hijo primogénito de grande compete al Rey ó magistrado á quien diere especial comision para hacerle, (*d*) bien que al del señor del pueblo en que fallece, puede discernir la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría. El discernir en dia de precepto, cuando por la ley no se requiere que se confirme con exámen y conocimiento de causa, y en caso de necesidad, aunque se requiera este.

58 Para que los mencionados tutores puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la escepcion de ilegitimidad de persona, debe el juez discernir ó confirmar sus tutelas, sin cuyo requisito nada deben hacer, y si lo hacen, no valdrá, bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios (*e*).

(*a*) Ley 12, t. 16 P. 6. (*b*) Leyes 2 y 12, t. 16 P. 6. (*c*) Dich. ley 12 t. 16 P. 6. (*d*) Ley 14, t. 5 lib. 2 R. o 17, t. 1, lib. 6 N. R. (*e*) Leyes 4, 6 y 8, t. 16, P. 6. Véase el n. 51 de este cap.

59 Aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno insólidum, sean testamentarios legítimos, ó dativos, y así cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquiera acto ó negocio, lo cual procede tambien en los curadores de pleitos, mas cuando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion.

60 Aun cuando el testador releve á los tutores de dar cuentas, si administran de propia autoridad sin decreto, ó discernimiento del juez, deberán darlas, y no surtirá efecto la relevacion, porque esto solo procede, cuando tienen una administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez y no antes ni de otra suerte.

61 La curaduría se da al varon mayor de 14 años y á la hembra de 12 que no tienen curador, (pues al que le tiene, no se debe dar otro sin causa) y al pupilo interinamente en el único caso de ausencia, ó de incapacidad temporal, ó impedimento del tutor legítimo, ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se da á los mayores de 25 años fatuos ó locos, y á los pródigos declarados que se consideran como tales, por no saberse conducir como hombres sensatos y cuerdos (*a*). Se diferencia la tutela de la curaduría, lo primero, en que el tutor se da al pupilo solamente, y el curador á este, al que no lo es, al póstumo, y á otros que se han mencionado al fin del n. 44: lo segundo, en que el tutor se da principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y secundariamente para la de sus bienes, y en el curador sucede lo contrario: (*b*) lo tercero, en que el tutor se da al pupilo, quiérale ó no, y el curador no se da al adulto, sino le quiere, á menos que sea para pleitos: lo cuarto, en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo, y el curador es solamente dativo escepto para el furioso: lo quinto, en que el tutor se da en testamento, y el curador no regularmente, y lo sesto, en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola, y el tutor ha de ser para todo y no para cierta cosa (*c*), escepto para la aceptacion de herencia, lo cual es especial en este caso (*d*). Y convienen ambas en que las obligaciones del tutor y curador para utilidad del me-

(*a*) Ley 13, t. 16 P. 6. (*b*) Véase la nota del n 44. (*c*) Ley 1. t. 16 P. 6. (*d*) Gutier. lug. cit. nn. 9 y 10.

nor son las mismas sin la mas leve diferencia (*).

62 Ningun derecho establece curaduría legítima sino para el furioso ó mentecato, y siéndolo el padre, sin embargo de que los descendientes carecen de facultad, para sustituir egemplarmente á sus ascendientes porque ninguna disposicion legal se la confiere (*a*), puede dársele por curador á su hijo capaz, mayor de 25 años y de buena conducta, el cual será preferido al estraño (*b*). No se debe dejar en testamento la curaduría, como se ha espuesto; pero si el padre la deja á su hijo, debe confirmarla el juez, si le parece apto para evacuar su encargo, y puede ser compelido á admitirle: ni los adultos capaces estan obligados, ni deben ser compelidos á recibir curador contra su voluntad para la administracion de sus bienes, y otras cosas, actos y negocios estrajudiciales: ni tampoco puede ser apremiado ninguno á admitir la curaduría, escepto que haya urgente necesidad de que lo sea el que se nombre; (*c*) si bien no ha de deducirse de esto, que los adultos no necesitan absolutamente de curador, que se pueden gobernar, tratar y contratar sin tenerle, quedar obligados natural y civilmente, y poder ser compelidos como si fueran mayores sin diferencia, sino que se les debe precisar y compeler á que reciban al que se les dé, porque pueden nombrarle por sí mismos, y siendo cual se quiere para desempeñar la curaduría, debe aprobarle el juez (**): en cuya atencion sino quieren que continuen en la curaduría despues que espira la tutela: el tutor, ó curador que les dejó su padre en su testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirle el juez siempre que sea idóneo, aunque una vez que le reciban, pueden ser compelidos á estar bajo de su custodia hasta los 25 años, no probando causa legítima para eximirse de ella (*d*), ya sea por mala versacion, ú otro obstáculo de parte del curador, ya sea por casarse, ú obtener venia de la cámara para gobernarse por sí los menores teniendo la competente edad.

63 En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indis-

(*) Esto favorece mi opinion en la nota citada.

(*a*) Véase el n. 96 cap. 1 part. 1. (*b*) Ley 13 t. 16 P. 6. (*c*) Dicha ley 13 de F.

(**) La ley 13 citada dice: *Pero los que son en su acuerdo, no pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, sinon quisieren.* Segun estas espresiones parece que está en mano de un menor tener curador ó no.

(*d*) Greg. Lop. Ley 13, t. 16, P. 6 glos. 2.

pensablemente el curador, ó el tutor, si el menor fuere pupilo, (bien que careciendo este de tutor, se le puede proveer de curador para aquellos y otros negocios) y ambos deben agenciar en ellos por sí propios, no por procurador; y hallandose imposibilitados de practicarlo pueden substituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleito en el poder que le confieran (*a*). Asimismo los menores adultos, sean actores ó reos, sea la causa civil ó criminal, deben nombrar por sí curador de pleito que los defienda en ella, y rehusando nombrarle puede el juez por su contumacia elegirle, para que no sea ilusorio y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él, porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en las causas profanas ó temporales puede constituir procurador, de suerte que debe hacerlo en su nombre su curador ó tutor, ó el procurador que estos nombren (*b*). Ademas puede el juez de oficio dar curador de pleito al mayor de 25 años que despues de principiado el juicio se volvió loco, ó perdió el suyo.

64 No procede lo espuesto en las causas espirituales y beneficiales, en las cuales se reputan mayores los adultos; pues en unas y otras sino tienen padre (*) pueden comparecer por sí en juicio y constituir procurador con mandato ó poder especial para cada una, por no ser bastante el general, lo cual no se permite á los pupilos (*c*) (**).

65 El curador pedido simple y generalmente para los pleitos y causas que ocurran al menor, le ha de dar el juez de su domicilio; pero si el menor le pide para la que ya está incoada, ó movida, ha de darle el que entiende en ella. (*d*). Y dicho curador puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros

(*a*) Ley 96 tit. 18 P. 3. (*b*) Ley 13 tit. 16 P. 6.

(*) Segun el capítulo que se cita, no tiene necesidad el menor del consentimiento de su padre para comparecer en juicio en las causas espirituales y beneficiales.

(*c*) Cap. fin. de Judic. in 6. Lara comp. c. 24 nn. 44, 45 y 46.

(**) No es facil encontrar una razon solida de diferiencia entre dichas causas y las demas para permitir que en aquellas pueda el menor obrar por sí, y en éstas no. Es verdad que si en las primeras recibiere algun perjuicio, podrá ser restituido; *Lara Comp. hom. cap.* 24 *nn.* 48 y 49) mas ¿por qué ha de darse lugar á que sea necesario implorar la restitucion?

(*a*) Veia dissert. 2 desde el n. 42.

contratos de este respectivos al pleito y su ejecucion, porque esto no es acto ó cosa nueva ni diversa, como tambien los que hayan de preceder á él, si no tiene tutor ó curador de bienes, y no de otra suerte (*a*). Para intervenir en otros negocios es menester que no haya curador de bienes, y que le habilite especialmente el juez con maduro exámen y conocimiento de necesidad ó utilidad. Debe tenerse presente esta doctrina, porque aun hay jueces y abogados que la ignoran.

66 Se acaban la tutela y curaduría por cumplír 25 años el menor, por el destierro, cautiverio ó esclavitud, y muerte del tutor y curador, ó del huérfano, ó por el prohijamiento de cualquiera de ellos, por cumplirse la condicion y tiempo porque el tutor testamentario fue nombrado, y asimismo por escusas legítimas que el tutor tenga para no admitir, ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría (*b*).

67 Tambien se acaban la tutela y la curaduría, cuando se remueve al tutor ó curador por sospechoso, segun se llama al que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (*c*). El pobre solo por serlo no se hace sospechoso, y el rico sino es de buen proceder, puede ser acusado y removido de la administracion, aunque ofrezca fianzas, porque estas no le contendrán para no disipar ni malgastar los bienes del menor, y las mejores son el buen gobierno y las buenas costumbres. Mientras dura la acusacion, se ha de nombrar curador interino al menor, al cual debe dicho tutor ó curador resarcír el daño que le haya causado, ademas de ser infame por mala versacion, en cuya pena no incurre, si solamente es acusado de omiso (*d*) (*). Tienen obligacion de acusar al tutor ó curador sospechoso la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, y puede acusarlos cualquiera del pueblo, sea varon ó hembra, y aun el mismo menor siendo adulto, con consentimiento de sus parientes, mas no si es pupilo, cuya acusacion se ha de instaurar ante el juez del lugar en que el huérfano tiene sus bienes. No habiendo quien le acuse y siendo evidentes los perjuicios que le cau-

(*a*) Lara lug. cit. nn. 20, &c y 24 (*b*) Ley 21, tit. 16, P. 6. Véanse los nn. 71 y 72. (*c*) Dicha ley 21. (*d*) Leyes 1, 3 y 4, tit. 18 P. 6. Gutierr. de tutel. part. 2 cap. 18 nn. 10, 11, 12 y 13. Parlad. lib. 2 cap. 12 n. 2.

(*) Pienso que en el dia ningun juez declarará infame al tutor ó curador removido por haberse versado mal en su encargo.

sa, puede el juez de oficio y por su propia autoridad removerle y pedirle cuentas, nombrando entre tanto otro que cuide de él y de su hacienda (*a*). Los consanguíneos del mismo huérfano por su órden son responsables en subsidio de la mala versacion y administracion del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola no dan cuenta al juez para que se la quite.

68 Las causas porque el tutor y curador pueden tenerse por sospechosos, y de consiguiente ser removidos de la tutela y curaduría, son estas, por haber sido tutor, ó curador de otro huérfano y malversado su hacienda, ó enseñádole malas costumbres: por haberse descubierto despues de electos que eran enemigos del huérfano, ó de sus parientes: por decir delante del juez que no tiene con que sustentarle y acreditarse ser falso: por no hacer inventario de sus bienes, por no defenderle en juicio ó fuera de él: por esconderse y no querer parecer luego que supieron el nombramiento (*b*): por no hacer de las rentas del huérfano la correspondiente provision para sus alimentos: por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que sin que éste preceda, les está prohibido enagenar: por privarle inconsideradamente de alguna herencia renunciándola en su nombre, y por otras varias causas (*c*). Pero aunque el tutor dado por el padre sea sospechoso, no se le removerá, si este no lo ignoraba, y lo mismo procederá siendo pródigo, aunque el padre no tenga 25 años, pues á tanto llega la confianza que la ley tiene en sus consejos y amor á sus hijos (*), bien que por causa posterior á su muerte, ó ignora-

(*a*) Leyes 2 y 3, tit. 18 P. 6. Gutierr. dicho cap 18 nn. 3, &c. y 23. (*b*) Ley 1, tit. 18 P. 6 verb. E las otras razones. (*c*) Las traen la ley 3 y otras del título ff. de Suspectis tutorib.

(*) Reflexionese sobre si se deberá seguir esta doctrina apoyada solo en leyes civiles, mayormente cuando la ley 21, tit. 16 P. 6 dice que se acaba la tutela, si al autor *le tirasen de la guarda por sospechoso*, y la 1, tit. 18 sig. empieza con estas palabras. *Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que es de tales maneras, que pueden sospechar contra el que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres.* Ademas esta misma ley que especifica las causas porque ha de removerse á los tutores, se esplica así. *E las otras razones porque pueden toller á los guardadores los huérfanos, ó dar otros en su lugar son estas, assi como, &c.* cuyas dos últimas palabras dan claramente á entender que la ley quiere se remuevan los tutores no solo por los motivos que espresa, sino tambien por otros que sean justos y razonables. Tan ridículo como necia seria la confianza en un padre que nombrase por tutor de sus hijos á un hombre sospechoso, ó á un pródigo siendo sabedor de ello.

da por el padre debe el juez no confirmar el nombramiento de tutor que les haga (*a*). El curador de pleito puede ser removido en cualquier derecho, porque se equipará al procurador ó apoderado (*b*).

69 Habiendo llegado á la pubertad el huérfano no tiene obligacion su tutor de admitir la curaduría, ni puede ser compelido á continuar en el cuidado y administracion de sus bienes, aunque su padre le haya nombrado en su testamento (*c*); pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, ó si fuere removido por sospechoso, al que nombre el juez, y luego que el menor cumpla los 25 años, debe darlas á este su curador. A la responsabilidad de los daños que ambos le causen, no solo están obligados sus bienes y los de sus herederos en cuanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que aceptan la tutela y curaduría, hasta que dan cuenta con pago de ella (*d*); cuyos fiadores no deben ser oidos, si pretenden que el tutor y curador los exoneren de la fianza, porque esta se constituye por tiempo determinado, cual es el de la tutela y curaduría, aunque si advierten que se conduce mal en la administracion de los bienes de su menor, pueden acusarlos de sospechosos, y pedir se les prohiba el manejo de ellos.

70 Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion, ni entregado al curador los bienes y papeles que tenia del menor, está obligado á proseguir en su pubertad las causas y otras cosas conexas con las principiadas en la edad pupilar; mas no, si hubiese dado su cuenta y hecho la entrega, escepto que lo pretenda el contrario y no el menor. Y para que no se le pueda compeler á entrar en la curaduría, no solo debe pedir é instar á que se dé curador al adulto, sino tambien presentar su cuenta, hacer la entrega referida, y no mezclarse entretanto en cosa alguna, por que si se mezcla, se le podrá obligar á la continuacion (*e*).

71 Aunque todos, regularmente hablando, pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela (*f*), pueden no obstante eximirse muchos de su admision (*g*). Unos pueden escusarse

(*a*) Gutierr. de Tutel. p. 1, c. 3, n. 12 y part. 3 c. 18 n. 2. (*b*) Baez. de Decim. cap. 17, n. 19, Gutier. part. 1, cit. cap. 19, n 26. (*c*) Ley 3, verb. Otrosi decimos, t. 17 P. 6. (*d*) Leyes 23, t. 13, P. 5 y 21, t. 16, P. 6. (*e*) Gutier. de Tutel. p. 3, cap 19. nn. 1 &c. y 16, y nn. 19 y 20. (*f*) Gutier. p. 1 cap. 1, n. 21. (*g*) L. 1. cit. 17. P. 6.

por privilegio, y son los que tienen ó han tenido cinco hijos varones vivos, aunque en la guerra hayan perdido alguno ó algunos de ellos; los comisionados del Rey, y de su república durante su ausencia, pues habiéndose restituído de su comision á su patria, se les debe entregar el menor con sus bienes, aunque hasta pasado un año contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra tutela: los jueces mientras ejercen la judicatura, de todos los cuales ninguno se exime del dicho cargo, si su aceptacion fue anterior al motivo de su escusa: los maestros públicos de Gramática, Retórica, Filosofia, Teologia, Jurisprudencia (*), ú otra facultad que se hallan en actual egercicio en su patria ó fuera de ella (**); y los caballeros ó soldados que estan sirviendo al Rey (*a*). Otros pueden escusarse por impotencia ó imposibilidad, y son el que tiene tres tutelas, ni el que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, puede eximirse de la cuarta tutela, ú otra curaduría (*b*); el muy pobre que ha de vivir precisamente de su trabajo personal, el enfermo habitual, el que no sabe leer ni escribir y el mayor de 60 años. Otros finalmente pueden escusarse por decoro, y son el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia, ó parte de ella: el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió con él (*c*), y el marido, pues este por el motivo que da la ley 3, t. 17. P. 6, no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, antes sí pedir al juez le provea de otro que no sea sospechoso, porque el menor no se constituye mayor por el matrimonio para libertarse de tener curador, ni para dejar de gozar del beneficio de restitucion, si es leso; bien que hoy casandose antes de los 18 años puede, luego que entra en ellos, administrar los bienes de ambos, sin que para su administracion necesite habilitacion, ó vénia de la Cámara (*d*), lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener 20 el varon y 18 la hembra, y obtener la habilitacion precediendo los requisitos espresados en el n. 39, cap. 18 de la Prim. P.

72 Para que los mencionados no sean compelidos á aceptar

(*) Los doctores en leyes, quizá por ser los mas aptos para desempeñar el cargo de tutor ó curador, solo pueden escusarse de serlo, si sirven á los Reyes, viviendo con ellos por sus jueces ó por sus consejeros. Ley 3, t. 17, P. 6.

(**) Si estan ausentes por mandato del Rey. Dicha ley 3.

(*a*) Leyes 2 y 3, t. 17, P. 6. (*b*) Gutier. p. 3, cap. 17. n. 10. (*c*) Ley 2 t. 17, P. 6. (*d*) Ley 14, t. 1, lib. 5 R. ó 7 t. 2, lib. 10 N. R.

el cargo de tutores y curadores, deben antes de su aceptacion hacer ver su escusa al juez en donde se hubiese hecho el nombramiento, y pedirle, que dé otro tutor ó curador al menor, lo cual han de practicar dentro de los 50 dias siguientes á el en que tuvieren noticia judicial de él, sino dista dicho juez del pueblo en que residen mas de 100 millas, ó 33 leguas y un tercio (*a*), y escediendo de ellas la distancia tienen de término un dia mas por cada 20 millas de esceso, fuera de otros 30; pues no escusándose dentro de dicho tiempo es visto haber aceptado el cargo; y el espediente acerca de la admision de escusa se debe concluir dentro de 4 meses contados desde el dia en que se principió el término, substanciándose con el curador que se nombre al menor. Si se sintieren agraviados de la declaracion que haga el juez, pueden interponer apelacion en la forma que de otra cualquiera sentencia (*b*). Y es de hacer presente, en primer lugar que para eximirse del cargo el tutor ó curador no le sirve la escusa de no hallar quien le fie, mientras esto no conste; y en segundo lugar, que el tutor testamentario que rehusa la tutela, pierde el legado y lo demas que el testador le dejó, cuando se conoce que lo hizo porque la admitiese.

73 Sean testamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores, deben antes apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela ó curaduría, jurar en manos del juez, ó del escribano á quien comisione, y obligarse á que evacuarán fiel y exactamente el cargo de tales, cuidando del huérfano y de sus bienes, como corresponde, llevando cuenta y razon individual, clara y espresiva de todo lo que ellos produzcan, y de los verdaderos y efectivos gastos que hagan en su conservacion y reparos, y en la educacion y alimentos del mismo menor, para darla cuando se les mande, con apronto del alcance líquido que resulte contra ellos, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de satisfacer los daños que por su culpa, omision, ó negligencia se le ocasionen, y tomando para el acierto los consejos necesarios de letrados y peritos que puedan y sepan dárselos (*c*). Tambien debe jurar el curador de pleito el cumplimiento de lo que le toca.

74 Aunque son mucho mas apreciables la hombria de bien,

(*a*) Ley 25, tit. 26, P. 2. (*b*) Ley 1, t. 17, P. 6. (*c*) Ley 0, tit. 16, P. 6.

pureza de costumbres y buena conducta que las riquezas y dignidades, y parece por esta razon que á quien se halle adornado de aquellas nobles prendas, que son la real y verdadera nobleza, se debe discernir la tutela sin fianzas, especialmente siendo corta la herencia del huérfano; no obstante como hay pocos hombres de procederes recomendables y muchos tutores y curadores son infieles ó negligentes, determinaron las leyes, para que el huérfano no sea defraudado y tenga de que reintegrarse, que no solo juren sino tambien que afianzen, aun cuando sean muy ricos, la responsabilidad de la tutela y curaduría; así respecto al alcance que resulte contra ellos en sus cuentas, como respecto á los daños que por su culpa ú omision se le originen, obligándose á ello el fiador en subsidio del tutor, hecha escusion en los bienes de este; y no afianzando con bastante seguridad no se les ha de discernir la tutela ó curaduría, es nulo cuanto hagan, y se les puede privar de la administracion (*a*). En la recepcion de estas fianzas debe poner mucho cuidado el juez, pues no siendo buenas se da á los menores accion subsidiaria contra él; pero si al tiempo de darlas lo fueron, no será responsable, si los fiadores empobrecen despues, por no estar obligado á los casos fortuitos, ni deber serle sin culpa suya gravoso ni nocivo su oficio (*b*). Los curadores de pleitos tambien suelen dar fianzas; pero aunque no las den, no será nulo el acto, porque no administran ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuenta como los otros (*c*), de suerte que son ligeras y aparentes las que dan.

75 La obligacion de dar fianzas seguras y saneadas los tutores y curadores tiene lugar en los legítimos, aunque sean la madre y abuela, bien que no se les han de pedir tan cuantiosas como á los demas parientes tutores, sino las que buenamente pueden ofrecer; pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda, presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio se le conservarán y aumentarán. Lo mismo procede en los dativos que con conocimiento de causa nobra el juez inferior á falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los tribunales supremos para eximirlos de su dacion. Pero los testamentarios, sean legítimos ó

(*a*) Leyes 94, t. 18, P. 3 y 9, t. 16, P. 6. (*b*) Leyes 1, §. últ. y 6 ff. de Magistrat. conveniend. (*c*) Lara cap. 24, nn. 29, 30 y 31.

estraños, y confirmados ó no por el juez, no estan obligados á afianzar; pues ademas de no mandarlo nuestras leyes, por el hecho de nombrarlos el testador aprueba su fe y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano; y mucho menos lo estarán, si los releva de fianzas, cuya relevacion, aunque nada necesaria, suele ponerse á mayor abundamiento en las últimas disposiciones, y es conveniente para evitar dudas y disputas con ignorantes. Lo propio ha de decirse del curador dejado en testamento, siendo de buena conducta y no de otra suerte. Mas la doctrina espuesta se limita en dos casos: el primero, cuando el tutor es de mala fama, y no le conoce el testador, pues á saberlo este no es creible que le hubiera elegido, en cuya atencion no se halla obligado el juez á conformarse con su voluntad; y el segundo, cuando siendo nombrados muchos en el testamento uno de ellos quiere administrar por sí solo, porque este tiene obligacion de dar fianzas á los cotutores de la indemnidad del pupilo y de ellos, escepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administracion.

76 No solo estan obligados los tutores y curadores á jurar y dar fianzas, sino tambien á hacer despues de discernida la tutela y curaduría, y no antes, inventario solemne ante escribano público y testigos de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones pertenecientes al menor, á costa de éste, sin que sea necesaria la presencia del juez, lo cual se entiende, aun cuando su padre los releve de su formacion, pues no será obedecido, (sin embargo de decir algunos lo contrario) porque cede en detrimento de su hijo á causa de facilitar la ocultacion de los bienes. Dicho inventario tiene tal fuerza que no se les admite contradiccion aun en el caso de que pongan en él mas de los que tenia el menor, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduria (*a*); y no se deben poner en él los débitos que el menor tiene contra sí, sino los que son á su favor.

77 Para principiarle y concluirle ningun término les prefine la ley, y solo manda que le formalicen lo mas pronto que puedan, despues que se les discierna la tutela, y que se les pueda remover de esta por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerle no

(*a*) Leyes 99 y 120, t. 18, P. 3, y 2, t. 7, lib. 3 del Fuero Real. Gutier. de Tutel. part. 2, cap. 1, nn. 14, 30, 35, &c. y 41 y 81.

teniendo justo impedimento, sin imponerles otras penas (*a*). Mas lo que se practica es entregarles los bienes por inventario antes que empiecen el uso de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, para evitar todo fraude y sospecha de ocultacion.

78 Cuando el testador nombra tutor y por su omision el juez, ó los mismos menores siendo adultos nombran curador, basta que aquel ó este asista por ellos al inventario y particion, y á lo demas que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador de pleito ni gravar á los menores con dietas ó salarios superfluos de éste, como por abuso, y por no resistirlo los tutores y menores á causa de ignorarlo se suele hacer en algunos pueblos, pues discernido el cargo pueden otorgar poder, y substituir por su cuenta y riesgo la tutela y curaduría en favor de quien quisieren, para lo que sea preciso, á no ser que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia, en cuyo caso es indispensable que un curador de pleito ó el contutor, si le hay, los defienda para que no se les perjudique.

79 Estando habilitados por la Cámara los menores para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario y particion, sea entre sí, ó con su madre, ó padrastro, porque la habilitacion los constituye en la clase de mayores para ello, y para otras cosas, escepto para enagenarlos y gravarlos, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion siendo lesos; y lo mismo procede, cuando estan casados, si son mayores de 18 años, ó han entrado en ellos, porque los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin que necesiten obtener venia de la Cámara (*b*).

80 Omitiendo por dolo y no por imposibilidad, ni por otra causa justa los tutores y curadores la formacion del inventario de los bienes de sus menores, deben abonar á estos el daño ó perjuicio que prueben habérseles originado, por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su dolosa omision, estaran obligados á resarcirles su deterioro y pérdida: lo cual procede, no solo cuando no perecerian los bienes á haber hecho el inventario en tiempo debido, sino tambien cuando del mismo modo hubieran perecido haciéndole, no obstante que el

(*a*) Ley 15, tit. 16. P. 6. (*b*) Ley 14, t. 1, lib. 5. R., ó 7 t. 2, lib. 10 N. R.

deudor de especie cierta se exime de su solucion ó tradicion, si perece.

81 Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no le formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad correspondientes, ó con dolo y sin causa justa no incluyeron en él todos los bienes y créditos tocantes á sus menores, ó los pusieron tan oscura y confusamente que no se les puede reconvenir por cosa cierta, serán responsables igualmente al daño é interes, el cual se probará por el juramento *en pleito* (*in litem*) que haga contra ellos el interesado capaz de jurar, estando cierto de lo que jura y pide, y concurriendo en él los demas requisitos que esplicaré mas adelante (*a*); pues es lo mismo que sino le hubieran hecho. Y antes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni curador, y si la practican, es nula, incurre por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos (*b*); bien que la costumbre es aprobar lo que hicieron antes de la formacion del inventario, sin atender á otra cosa mas que asi les está discernido el cargo para tenerlos por personas legítimas.

82 Por el dolo del tutor no tiene lugar regularmente el juramento en pleito contra sus herederos, porque no se hallan obligados sino por la culpa lata, ó grave cometida en la administracion de la tutela, no obstante que los tutores lo estan por la leve, pues las acciones penales no se transmiten ni transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino las que se dirigen al resarcimiento del daño ocasionado (*c*). Pero esto se limita, cuando el pleito se contestó con el tutor, en cuyo caso se puede jurar en pleito contra sus herederos (*d*).

83 Lo que se ha espuesto en órden al inventario y administracion de bienes de menores que deben hacer y tener sus tutores y curadores, milita en los administradores de bienes de hospitales y de otros que tienen que dar cuenta, por lo que y por no ser de mi intento omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos.

(*a*) Lib. 3. c, 1 de esta II P. (*b*) Ley 15, t. 16, P. 6. (*c*) Ley 11, §. 1 ff. de Reg. jur. Cov. lib. 3 Var. cap. 3, n. 7. (*d*) Ley 6, t. 11, P. 3. Sobre si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, véase á Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 3, nn. 32, &c. y 48, que lo esplica bien y sigue la negativa.

84 Deben finalmente los tutores y curadores, haciendo un verdadero oficio de padres del menor darle educacion, instruirle en los dogmas de nuestra santa religion y santo temor de Dios, que es la basa del hombre de bien y buen católico, y de toda felicidad, y en las artes y ciencias correspondientes á su calidad, talentos y haberes, poniéndole con maestros que se las enseñen; alimentarle con los frutos de su hacienda todo el tiempo que esté á su cuidado, segun lo ordene su padre ó su abuelo, ó el juez en su defecto; darle casa ó habitacion, que será la que su padre le haya destinado, y si no se la señaló, la de su madre; y no teniendo madre, ó casándose ésta, la que el juez elija, pues no es preciso que esté en la del tutor, aunque de ninguna suerte ha de vivir en la del pariente que puede heredar sus bienes, por la presuncion de que intente quitarle la vida para apoderarse de ellos; emplear el dinero que tenga para que produzca y no esté ocioso, sea imponiéndole á censo, sea comprando fincas, para que no se les haga cargo de su morosidad, pues serán responsables á los intereses que empleado podia rendir; vender los frutos en tiempos oportunos, llevando cuenta de los vendidos en cada uno, y á qué precios; cuidar de su hacienda y administrarla, procurando, no solo su conservacion, sino tambien su incremento, como si fuera suya propia, ó mejor; dar estado á la pupila, señalándole dote competente (*a*); y en los negocios y contratos con tercero interponer su autoridad para su mayor validacion, pues el curador de bienes carece de facultad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y asi han de intervenir los dos en él, aunque lo contrario se ha de decir del tutor, porque el pupilo es incapaz de obligarse civilmente (*b*) (*).

85 No deben vender, trocar y donar, empeñar ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre, casar alguna her-

(*a*) Leyes 16, 17, 19 y 20, t. 6, P. 16. Baez. de Decim. tutori, c. 2. (*b*) Leyes 17, t. 6. Acerca de estos contratos, y de las facultades que tienen ó no los menores para celebrarlos, véase en el cap. 27, nn. 37, 38 y 39 de la I. P.

(*) Esto es, segun las leyes civiles, ó en términos que se le pueda reconvenir y compeler á dar ó hacer lo que prometio. Naturalmente, ó solo por las leyes naturales si quedará obligado el pupilo, siempre que tenga capacidad para querer y consentir, y entender lo que se trata, como puede con especialidad decirse del próximo á la pubertad.

mana, ú otras cosas indispensables, y aun en tal caso con otorgamiento del juez, precediendo conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo espuesto (*a*), ni tampoco comprar cosa alguna suya sino con espresa licencia del juez y consentimiento de los contutores habiéndolos, y para utilidad del menor, pues de lo contrario puede éste reconvenirlos dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad (*b*); ni finalmente, hacer compromiso ni transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia, aunque sí de los dudosos.

86 Por ser un oficio de piedad el de tutor y curador, parece que debe ejercerse gratuitamente sin esperanza de lucro, y así el derecho romano ningun premio, salario ni remuneracion les señalaba por el cuidado y administracion, sino es que fuesen pobres, ó que por este encargo tuviesen que ausentarse, ó espender algo de su propio caudal, en cuyos casos y otros semejantes para compensarles el daño que esperimentaban, ya que no percibian utilidad, podia el juez á su arbitrio asignarles la competente recompensa, pues no se hallaba determinada á causa de no ser posible prefinírsela por la variedad de negocios que ocurren de caudales y otras circunstancias (*c*).

87 Mas no obstante, segun nuestra legislacion castellana pueden los tutores y curadores, aunque sean parientes de los menores, percibir para sí y por sí propios por razon de su trabajo, y por las obligaciones y responsabilidades en que se constituyen y refiere Baeza (*d*), la décima parte de los mismos frutos que produzcan los bienes de los menores mientras dura la tutela, ó hayan percibido cuando espire, y que les conceden la ley 3, t. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, cuyas palabras son estas: »E mandamos que tome la décima parte del fructo en que viva, porque non faga grandes despesas, en ó al", (*en los bienes patrimoniales*) y la 2, t. 7, lib. 3 del Fuero Real, que está en uso en estos reinos de Castilla, y al medio dice: »é quienquier que los tenga (habla de los huérfanos) mantenganlos de los frutos, é tome para sí el diez-

(*a*) Leyes 14 t. 11 P. 4, 4 t. 5 y 8 t. 13 P. 5 y 18 t. 16 P. 6. Gutier. part. 2, cap. 5, 6 y 21. (*b*) Leyes 4 t. 8 P. 5, y 23 tit. 11 lib. 5 R. ó 1, t. 12 lib. 16 N. R. y en ella Matienz. glos. 1 y 2. (*c*) Gutier. de Tut. part. 3 cap. 2 nn. 1 &c. y 7. Baez. de Decim. tutori cap. 1 Parlad. diff. 130 §. 11, n. 1. (*d*) Cap. 8.

mo de los frutos por razon de su trabajo.» No solo pueden llevarla la madre, hermanos y demas parientes del pupilo ó adulto sino tambien su padre, cuando es tutor suyo y administra bienes de él, de los que no le concede el usufructo la ley, porque se halla obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, á sufrir todas las demas cargas que los otros tutores, y asimismo á hacer inventario y dar cuenta como estos, á lo cual no lo está, cuando es su administrador legítimo por derecho y efecto de la patria potestad, en cuyo caso le pertenece el usufructo de sus bienes adventicios; y asi no debe ser de peor condicion que ellos (*a*), no obstante las razones que espone Baeza (*b*) para escluirle de su percibo, y que solo tendrán lugar cuando todos los frutos son necesarios, ó no alcanzan para alimentar á su hijo. Esta décima se debe á los tutores y curadores desde el dia que saben que estan nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que esta se verifica, con tal que administren fielmente y no de otra manera (*c*). Tambien deben llevarla el curador del adulto por la misma razon que el tutor, el del loco, fatuo, ó mentecato y pródigo declarado, el del póstumo, cuyos bienes administró antes y despues de nacer (*d*), y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos (*e*), porque tienen el propio trabajo y se hallan obligados á dar cuentas, aunque este último no tan estrechas como los demas.

88 No corresponde décima al tutor ni curador del Rey, de los magnates y personas poderosas que tienen rentas pingües, ni al curador de bienes del ausente, cautivo, ni difunto, porque se equipara al procurador á quien no se debe, y asi á todos estos se asigna un salario moderado y proporcionado á su trabajo (*f*). Tampoco corresponde al curador de cierta cosa, porque la ley habla del universal que se halla obligado á cuidar de la persona y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros actos útiles á este, á lo cual no lo está aquel; ni al que ignorando ser tutor administra solo como amigo, pues únicamente se le deberán abonar las espensas útiles y un salario moderado á arbitrio

(*a*) Gutier. part. 3 cap. 4 nn. 1, &c. y 8. (*b*) Cap. 4 nn. 10 y sig. (*c*) Gutier. dicha part. 3 cap. 42 n. 2. (*d*) Baez. cap. 3, 4 y 5, y 10 nn. 27 &c. y 39. (*e*) Baez. dicho cap. 4 nn. 31 y sig. Gutier. part. 3 cap. 4 nn. 9, 10 y 11. (*f*) Lara Comp. vitæ hom. cap. 16 n. 20 y cap. 19 n. 74.

del juez; ni finalmente al que lo es de pleitos, porque no administra; aunque al de los bienes sitos en algun pueblo se le deberá de los frutos de ellos, porque en esta parte es contutor (*a*).

89 Deben percibir décima los tutores y curadores no solo de los frutos de los bienes que su menor posee en estos dominios, en donde les está concedida, sino tambien de los que tiene en otros, en los que segun sus estatutos es gratuita su administracion; pues cuidan y deben dar cuenta de los unos del mismo modo que de los otros, puede la costumbre de aquí estender sus efectos por razon de la persona del menor á cualquiera parte en que esten sitos, y la ley habla general é indistintamente (*b*). Tambien deben percibir enteramente la decima aun de los fundos patrimoniales que den fruto dos ó mas veces al año, porque la ley no la limita á un fruto anual, y la misma razon hay para percibir la del segundo que para la del primero (*c*). Y el testador, nómbrelos ó no, no puede prohibirles que la perciban, ni gravarles en ella, ya porque nadie puede privar á otro del beneficio concedido por la ley ó costumbre, y ya porque a ninguno se debe quitar el derecho que le compete, sin que preste el consentimiento, ni obligar á que trabaje sin premio ó recompensa (*d*). Siendo muchos los tutores ó curadores no deben llevar mas que una décima, la cual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo, ó segun se convengan (*e*).

90 No se limita la décima á los frutos naturales percibidos por el tutor y curador, y antes bien se amplia á los industriales y civiles como réditos, pensiones, intereses de acciones, giro, comercio y negociacion: á los anejos á jurisdiccion como multas y confiscaciones pertenecientes por razon de ella al menor, con tal que la sentencia en que se hayan impuesto, se hubiese pronunciado durante la tutela ó curaduría y no de otra suerte, aunque despues que estas espiren, se confirme aquella; á lo que lucran negociando ó ejerciendo algun arte con el caudal del menor (*f*): á las aves, peces y otros animales: al dinero que por razon de réditos ó contribuciones le pagan sus colonos, enfitéutas y vasallos, mas no,

(*a*) Gutier. dicha part. 3 c. 18. (*b*) Gutier. dicha part. 3 cap. 44 nn. 1, 2 y 3. (*c*) Gutier. dicha part. 3 cap. 34 (*d*) Ley 13 t. 34 P. 7. Gutier. part. 3 cap. 5 n. 59. (*e*) Gut. lug. cit. cap. 16 nn. 4, &c. y 14. (*f*) Esto es opinable sin embargo de ser justo, porque ponen su trabajo que es digno de remuneracion. Véase a Gutier. lug. cit. cap. 30 n. 29.

si es en señal ó demostracion de alegría, y por obligacion: á los animales que nacen y se crian en sus gallineros, estanques, palomares y otros parages destinados para ello: á los frutos producidos por los bienes que el menor adquiere en la guerra, y se emplean para que reditúen, pero no á los mismos bienes: á los réditos anuales que este goza por su vida, pues el mismo trabajo tienen el tutor y curador en recogerlos y custodiarlos que en los perpetuos: á los de la parte que perciben por deberse al menor y á otros copulativamente insólidum: á las alcabalas, portazgos y tributos que cobran; á las obvenciones, emolumentos y propinas que tenga que percibir por razon de patronato, mas no al derecho de este y de presentar, porque es honor y no fruto, y aunque se le quiera llamar asi, no es del que habla la ley del Fuero y sirve para alimentar al hombre: á las rentas del mayorazgo, ó bienes prohibidos de enagenar que goza; pues todos los referidos se comprehenden en el nombre genérico de frutos, y con ellos pueden sustentarse el tutor y curador, que es el fin de concedérseles su décima (*a*); y á los de los predios que los mismos tutores y curadores cultivan, porque ninguna ley les obliga á arrendarlos, si quieren cultivarlos por sí (*b*): todo lo cual procede; aunque los frutos que produzcan los bienes del menor, apenas basten para mantenerle, como contra Baeza defiende Gutierrez (*c*) (*), á cuya opinion me adhiero por las razones que espone.

91 No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor, en cuyo número se comprehenden no solo los raices, semovientes y muebles sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador, y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor, porque únicamente se la concede la ley de los frutos posteriores que cogió y cobró; y de los réditos y pensiones que no cobró, no se le debe, aunque esten vencidas, cuando espira la tutela, por no haber tenido

(*a*) Gutier. part. 8 cap. 23, 24, 27, 28, 29, 30, 33 y 35. (*b*) Ley 15 t. 18 P. 6 Gutier. dicha par. 3 cap. 2 n. 29. (*c*) P. 3 cit. cap. 12.

(*) Este autor funda muy bien su opinion y satisface solidamente á los argumentos contrarios. Aunque los frutos ó réditos de los bienes del pupilo y menor apenas sean suficientes para su manutencion, seria injusto privar al tutor y curador de la recompensa que la ley da a su trabajo y cuidado, sin los cuales por ejemplo no se cultivarian; ó se cultivarian mal las posesiones de los menores ó pupilos, y producirian muy pocos ó ningunos frutos.

trabajo en su adquisicion y cobranza (*a*). Asimismo no debe exigirse del aumento que sobreviene á los predios del menor, porque no es fruto, aunque sí de los frutos del aumento: del tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio, así como lo es de la dote y no fruto dotal el que se halla en la casa ó predio de la muger casada, por lo que no le adquiere su marido: ni de lo que se le dona, por no ser fruto: ni de lo que lucra con su arte, oficio, ó industria que es trabajo personal suyo (*b*): ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica que goza (*c*). Tampoco llevará la décima íntegra de los frutos maduros ni de las pensiones pendientes y vencidas, cuando empieza la tutela, sino á proporcion de su trabajo; y lo mismo procede en los frutos naturales que estaban pendientes y manifiestos al tiempo que espiró la tutela ó curaduría (*d*), si aquellos se cogieron despues de acabada, debiendo deducirse todas las espensas, inclusas las de recoleccion. Igual proratéo se hará cuando muera antes de cumplirse el año (*e*).

92 Si estando maduros en el campo, y separados ó no del suelo los frutos, espirare la tutela, puede el tutor prohibir al menor, ó á su curador que los lleven y recojan sin su intervencion; y si el menor ya mayor no quiere dar á su curador la décima, puede este retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague (*f*). Ademas siendo el tutor y curador acreedores del menor por alguna cantidad pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero, ó en bienes muebles; pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades que se requieren en la venta de los menores, y de otra suerte no valdrá, porque la dacion en pago se reputa venta. La décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si existen (*g*), y no ha de sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su cualidad y á si admi-

(*a*) Gutier. dicho cap. 30. (*b*) Gutier. part 3 cap. 25 y 30. (*c*) Gutier. cap. 32. Parladorio afirma (diff 130 §. 11 5 y 6) que si el padre del menor dejó arrendado el beneficio, podrá el tutor cobrar la décima del arrendamiento. (*d*) Cov. lib. 1 Var cap. 15 n. 1. (*e*) Sobre si de las canteras y minerales de donde se estraen piedras y metales, de los ejemplares que se saca de los protocolos, de los bosques de donde se cortan árboles, y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberan percibir décima los tutores y curadores, véase á Gutier. part. 3 cap. 25 y 27, y á Baez. cap. 25. (*f*) Baez. cap. 31. Gutier. dicha part. 3 c. 39. (*g*) Gutier. cap. 40 n. 3.

te ó no cómoda division, de modo que sea de bueno, malo y mediano ; pues cuando se debe alguna cuota, se ha de deducir en los mismos términos (*a*).

93 No se deben deducir de la décima las espensas ó gastos que el tutor y curador hagan en la administracion de los bienes de su menor, porque á deducirse ó compensarse con ella las pagarian de su propio trabajo y premio: lo cual es conforme á la ley del Fuero Juzgo citada, que prosiguiendo dice: "E si algunas despensas ficier por los negocios de lo só (*de lo suyo*) é por los hermanos, mostrelo ante el juez, é cóbrelo de lo de sos hermanos comonalmente." Asimismo, aunque por ser labradores cultiven con sus manos y por su cuenta las fincas, ó predios del pupilo ó menor, pueden cobrar y deducir su trabajo por el cultivo; pues una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas, y la décima se les concede por su administracion, no por las labores del cultivo, por el que cualquiera les pagaria las que hiciesen en las suyas. Pero no podrán cobrar ni deducir las espensas que hicieron en ir á aceptar la tutela fuera de su pueblo, porque son anejas al mismo oficio: ni las que satisfacieron al sugeto, ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben pagarles su trabajo de su décima, y de lo contrario seria gravado injustamente con ellas el menor (*b*): ni tampoco los gastos de caballerías y alimentos de sus personas hechos en viages para cobrar las rentas, ó evacuar otros negocios de su menor, porque tienen salario por ello que es la décima: lo cual no sucederá al tutor, curador, ni á otro administrador que no le tenga señalado, y asi podrán exigirlos (*c*.

94 En cuanto á las espensas que se han de deducir anualmente antes de exigir el tutor su décima, procediendo para la debida claridad con la distincion que se requiere, mediante á no especificarlo la ley, debo decir que en las tierras, viñas, olivares, huertas y demas fundos que se labran de cuenta del menor, (cuyos frutos se llaman naturales) se deben bajar las del cultivo, siembra, caba, poda, recoleccion y las demas regulares hechas en cada año segun la costumbre del pueblo, como tambien el diezmo que

(*a*) Gutier. cap. 40 cit. n. fin. Escovar. de Ratiocin. cap 30 n. 1, &c. y 7. (*b*) Baez cap. 31 cit nn. 26 y 27. (*c*) Parlador. diff. 130 §. 11 n. fin. Garcia de Espen. cap. 20 n. 15 Gutier. dicha part. 3 cap. 2 n. ultim.

se paga á Dios: en los ganados, el costo de criarlos y mantenerlos inclusos el salario de los pastores: en las casas y otros edificios, los reparos menores indispensables para su habitacion, y rendicion de alquileres y rentas, sin los cuales no habria quien las alquilase ni habitase (*a*); y en los artefactos, se han de bajar los gastos de compras de primeras materias, jornales de operarios, conduccion y demas cosas necesarias; sin las que no puede hacerse lo que se intenta. Si para continuar ó aumentar el trafico, comercio, ó industria buscó dinero el tutor, se ha de deducir ante todas cosas como caudal ageno juntamente con los intereses pagados, y que se deban segun lo pactado con su dueño; porque de no deducirse antes resultaria que el tutor se utilizaba de caudal que no era de su menor, como asimismo que este pagaba no solo la décima sino tambien los intereses integros con detrimento suyo; y lo propio milita cuando el tutor acredita que le suplió siendo necesario, y que no se halla reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirle. Pero no se han de bajar las espensas hechas en los reparos mayores de las casas y demas edificios; pues aunque se deben hacer con sus alquileres y productos, son principalmente para la perpetua duracion y utilidad de los edificios y de su dueño (*b*); y de practicarse esta deduccion se seguiria que el tutor, ó curador contribuiria con su trabajo y pérdida de lo que merecia por él, á las mejoras é incremento de los bienes de su menor, no hallándose obligado á ellas sino solo á su conservacion. La regulacion de espensas mayores ó menores toca al prudente arbitrio del juez atendidos su importe, los motivos de hacerlos y la costumbre del pais (*c*).

95 Sobre si han de bajar tambien las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor, hay variedad de opiniones. Baeza (*d*) y Gutierrez (*e*) llevan la afirmativa fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de exigir de lo liquido de los frutos que pagadas percibe y hace suyo el menor para sus alimentos, porque este es lo que aprovecha de ellos, y de lo que únicamente le concede la ley. Pero sin embargo la opinion negativa es la corriente, y la que siempre he visto

(*a*) Gutier. dicha part. 3 cap. 37. Escobar de Ratiocin. cap. 30 nn. 9 y 10. (*b*) Gutier. cap. 37 cit. n. 6. (*c*) Garcia de Espens. cap. 11 n. 16 y cap. 20 n. 23. (*d*) Cap. 27 nn. 9 y sig. (*e*) Part. 3 cap. 34.

practicar, lo primero porque ninguna ley dice que para entenderse frutos y serlo se han de deducir las cargas sino las espensas, y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos sin hablar de cargas: lo segundo, porque las cargas de las fincas y las espensas de los frutos se diferencian mucho, y no se debe hacer ilacion, ni vale la consecuencia de una cosa á otra distinta (*a*); y lo tercero, porque el tutor no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino tambien para percibir aquellos con que se han de pagar las cargas, y para satisfacerlas, y así seria cosa injusta que aumentándosele su trabajo se le minorase el premio. Lo mismo procede en los gastos de pleitos, derechos de cartas de pago y otros semejantes que son indispensables para la defensa de la hacienda, exaccion y cobranza de sus rentas y productos, como lo he visto declarado en juicio. Pero lo contrario se ha de decir, cuando el menor tiene que pagar cada año alguna cuota de los mismos frutos, como lo advierte escobar (*b*); pues en este caso se deducirá aquella antes que la décima del tutor, porque no es del menor.

96 Lo que se ha dicho acerca del premio de los tutores y curadores, y deduccion de espensas, milita en los administradores, á quienes por no estar asignado salario, se abona la décima de lo que cobran; pues se gobiernan por las mismas reglas, por no haber ley especial que trate de ellos, aunque no tienen mas trabajo que el de administrar; ni de consiguiente igual responsabilidad y cuidado de persona alguna; escepto que en la asignacion de la décima, ó en el poder se les conceda facultad específica para exigirla de todo lo que cobren y produzcan los bienes, en cuyo caso nada tendrán que bajar para su deduccion, y todas las espensas mayores y menores serán de cuenta del dueño, porque así lo quiere.

97 En órden á si el fisco estará obligado á hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se ha de distinguir: ó le tocan como á heredero instituido, ó como á sucesor, por haberse confiscado á algun delincuente, ó por estar vacantes á causa de no parecer parientes del difunto, é ignorarse á quien corresponden: si como á heredero instituido, debe hacer el inventario,

(*a*) Cap. 2 de translat. Prælator. (*b*) De Ratiocin. cap. 30 n. 20.

y de lo contrario estará obligado á mas de lo que alcance la herencia por las deudas y legados, al modo que otro cualquiera heredero, porque en este caso usa del derecho de persona privada, y como tal solo goza de privilegio en los casos espresos en las leyes, aunque algunos dicen lo contrario. Pero cuando sucede en los bienes confiscados ó vacantes, no tiene obligacion de hacer el inventario ni de satisfacer mas que lo que importen (*a*); pues los herederos *anomalos* ó irregulares, cuales son el fisco en dicho caso, el monasterio que sucede al monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales que tienen el lugar del heredero, y otros que no suceden por derecho hereditario se tienen por sucesores y poseedores, no por verdaderos herederos.

98 El padre que tiene sus hijos en su poder, no está obligado á formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legítimo administrador y usufructuario de estos, y no tiene que dar cuenta, ni caucion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, de suerte que aunque los administre mal, no es responsable por esto, á no ser culpable ó dolosa su administracion, ni incurre en ninguna pena por no haberse establecido contra él (*b*); pero lo contrario se ha de decir sino tiene el usufructo, por ser castrenses ó cuasi castrenses los bienes, ó por estar casado y velado juntamente, ó emancipado el hijo, ó por otro motivo, pues entonces, como no es legítimo administrador suyo, debe darle cuentas, y por consiguiente inventariarlos. Y en caso de tener el padre el usufructo debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad y distincion ante escribano y dos testigos á presencia de los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al juez ni de citacion alguna, en lo cual se diferencia el inventario solemne de la descripcion, pues esta solo es para que los hijos sepan qué bienes adventicios les corresponden, y no se oscurezcan, ni si su padre se vuelve á casar, se presuman adquiridos en el segundo matrimonio con perjuicio suyo, ni tampoco se ignore, si debe reservar á los demas. Para dicha descripcion no hay término prefinido; por lo que si quiere volverse á casar, deberá hacerla antes de casarse y de otorgar la dote

(*a*) Ley 16 tit. 7 P. 6. (*b*) Gom. ley 48 de Toro n. 16. Ayor. p. 1 cap. 2 n. 16.

de su muger con declaracion y liquidacion de los que son suyos y de sus hijos, y "obligarse con su persona, y los suyos presentes y futuros á restituírselos, ó su importe, y darles cuenta con pago, cuando salgan de su poder." Si tiene bienes raices, podrá hipotecarlos especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarles, y el escribano protocolizará la descripcion y obligacion que á su continuacion haga el padre, como otra cualquiera escritura ó acto estrajudicial que pasa ante él, y de ello dará las copias autorizadas que se le pidan. Sino quisiere que intervenga escribano, puesto que es quien hace el inventario y se ha de estar á su manifestacion, mientras no se pruebe ocultacion, que no es presumible quiera gravar su conciencia y defraudar á sus hijos, y que el escribano solo da fe de lo que él dice y manifiesta, por lo que es lo mismo que le autorice que no, bastará que el padre haga por sí solo la descripcion en una relacion jurada ó individual que firme, por la que se deberá pasar, y con ella se escusa de gastos inútiles, entendiéndose esto sin perjuicio de lo que se ha dicho debe practicar en caso de querer casarse; pues el derecho hace gran confianza del padre, y forma mejor concepto de él que de la madre y demas parientes. Si los hijos están casados y velados, y han cumplido los 18 años, pueden partir con su padre los bienes que haya dejado su madre, y darse recíprocamente el correspondiente resguardo estrajudicial sin intervencion de curador, porque de dicha edad los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres sin necesidad de impetrar ni obtener venia de la Cámara, segun ya he dicho: con la diferencia de que siendo todos muebles basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples, y si algunos ó todos son raices, es necesario intervenga escribano, porque como son perpetuos, se requiere escritura pública que acredite á la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad y pertenencia para poder disponer de ellos; bien que si son lesos en la particion, sea judicial, ó estrajudicial, hecha con asistencia de curador, ó sin él, podrán usar de su derecho dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad, aunque estuviesen casados, cuando la hicieron, porque el matrimonio no se la suple, ni les priva del ausilio de la ley. Pero si sucede como heredero instituido á algun hijo capaz de testar que no se halla bajo su dominio, debe hacer inventario

solemne, pues de omitirle estará obligado por las deudas en mas de lo que alcance la herencia, porque se tiene como estraño, y ninguna ley le esceptua en este caso.

99 Si el marido, ó su muger sin hijos que no se instituyeron recíprocamente herederos, se apoderare de todos sus bienes y de los del consorte difunto, deberá por razon de la mutua sociedad celebrada entre ambos con el matrimonio hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta á sus herederos de los que dejó; mas por omitir la formacion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas á los herederos, y otros que estando obligados á hacerle no le hacen, porque ninguna ley se las impone, ni manda formalizarle con toda solemnidad (*a*).

100 El usufructuario, sea particular de ciertas cosas, ó universal de todos los bienes, puede y debe ser compelido á hacer inventario, porque teniendo como tiene obligacion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon para restituirlos acabado el usufructo, no habiéndolos inventariado, no se podrá conocer, si los usó ó no, como era debido, ni si hace una plena restitucion de todos los que entraron en su poder, y se perderá fácilmente su propiedad á causa de no poder justificarse por falta de documento que la acredite (*b*). Pero no es preciso que formalice este inventario con la solemnidad que el heredero, por no haber ley que espresamente se lo mande, y asi basta que haga descripcion de todos los bienes muebles é inmuebles con intervencion del propietario, á la cual no debe resistirse, aunque el testador le hubiera dispensado el hacerla, porque así como no puede remitirle la caucion de usar y gozar los bienes en la forma espresada (*c*), tampoco puede remitirle la formacion de su descripcion, que es un antecedente necesario para la caucion (*d*). Lo mismo se ha de decir, aunque el testador le hubiese impuesto la pena de privacion del usufructo ú otra, si hacia la descripcion; pues sin embargo tiene obligacion de hacerla á instancia del propietario sin miedo de incurrir en ella (*e*), prestando juramento de no haber ocultacion y con los demas requisitos espresados anteriormente (*f*). Por tanto, si no la hiciere y se mezclare en los bienes, se podrá jurar en

(*a*) Ayor. part. 1, c. 2 nn. 10 &c. y 14. (*b*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 28, n. 4 Garcia de Espens. cap. 11, n. 4 Castill. de Usufruct. cap. 14, n. 4.
(*c*) Castill. lug. cit. (*d*) Castill. de Usufruct. cap. 15, n. 17 Molin. lug. cit. n. 4, 13, 15 y 16. (*e*) Castill. n. 18. (*f*) Castill. n. 20.

pleito contra él no obstante la remision y prohibicion del testador, sea usufructuario particular ó universal; si bien el propietario no está obligado á entregárselos hasta que haga la descripcion. Pero si el usufructuario posee los bienes, sea con licencia del testador, ó del heredero propietario, no se deberá decir que procede con mala fe, ni que es moroso por no inventariarlos ni dar la caucion, hasta que acerca de ello le interpele judicialmente el propietario, en cuya atencion hace suyos los frutos aun antes de la fianza, si la posesion es legítima y justa, bien que una vez interpelado, si se resistiere, podrá el propietario jurar en pleito contra él (*a*).

101 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervinieron en él, aunque algunos dicen que para esto es necesaria la cesion del que le formalizó. Asimismo se duda, si el inventario aprovecha á otros sin cuya intervencion se hizo, como por egemplo en este caso: muerto el marido pide su viuda se inventarien los bienes que dejó, é inventariados y tasados legalmente, y divididos, ó antes de su division aparecen deudas contra el caudal. Pretenden los acreedores sus créditos, y los hijos responden que solo están obligados en cuanto lo permita la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario; y los acreedores replican que no deben gozar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Esta cuestion trae Ayora (*b*) afirmando que es suficiente el formalizado por su madre, y que cumplen con satisfacer hasta la cantidad que percibieron (*).

(*a*) Castill. de Usufruct. c. 16, nn. 14 y 28. (*b*) P. 1 c. 2 nn. 22.

(*) Como el heredero es obligado por la ley á la formacion del inventario para que no substraiga ningunos bienes en perjuicio de los acreedores y legatarios, y esta substraccion se previene bastantemente con el inventario que hace la muger de todos los bienes hereditarios y comunes, no hay justo motivo para que deje de aprovechar asimismo al heredero, pues no teniendo lugar la razon de la ley tampoco debe tenerle su disposicion. Ademas con el inventario formado por la muger y la particion hecha con los hijos ó herederos del marido se satisface mejor á la intencion de la ley que manda al heredero hacer inventario que con el que aquel haga únicamente de los bienes hereditarios, puesto que en el primero se ponen fuera de los del difunto los que corresponden á la muger, y asi se puede mostrar mejor cuántos y cuáles quedaron por muerte del marido. Estas razones trae Ayora en el lugar citado; pero yo creo que puede darse en favor de su opinion otra mas poderosa y que hace inútiles las suyas: á saber, que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos ó herederos, debe atenderse hecho tambien por estos.

102 Antes de resolver si por la formacion del inventario es visto haber aceptado el heredero la herencia, debo sentar en primer lugar, que el heredero puede ser instituido de cuatro modos, á saber: *puramente*, *con condicion*, *para dia cierto*, *y bajo de cierto modo*: puramente cuando al momento que el testador fallece, puede su heredero aceptar la herencia y entrar en ella; con condicion, cuando le impone alguna, para que la cumpla antes de la aceptacion ó ingreso en sus bienes, la cual puede ser posible ó imposible: si es imposible por naturaleza ó por derecho, se tiene por no escrita, y si es posible, vale; pero hasta que se cumpla, no ha de aceptarse ni percibirse la herencia: para dia cierto, cuando la adicion de la herencia está suspensa hasta que llega el dia, y bajo de cierto modo, cuando se hace la institucion, con tal que el heredero le observe en la adicion de la herencia, y entonces puede regularmente aceptarla y ocuparla dando caucion de cumplirle.

103 En segundo lugar debo sentar que la herencia puede aceptarse con palabras, cuando se dice espresamente que se quiere, y con hechos, cuando el heredero se conduce como tal haciendo algun acto ó gestion que solo compete al que lo es, y no puede hacer, sin que sea visto haberla aceptado, v. gr. tomar la posesion de los bienes, vender, ó dar órden para la venta de algunos, labrarlos, arrendarlos, disfrutarlos, ó usar de ellos como dueño (*a*), cumplir la condicion con que fue instituido, disponer de la herencia en su testamento, transigir algunos créditos de ella, comparecer en juicio como heredero y otros que refieren Antúnez (*b*) y Veleron (*c*), aunque si practica algunos actos de estos no con ánimo de aceptarla sino de evitar el estravío, ó pérdida de algunos bienes de ella, lo debe protestar así delante de testigos, ó del juez para que no se le cause perjuicio, como lo dice la citada ley.

104 Y en tercer lugar debo sentar que para que la herencia pueda aceptarse, se requieren varias circunsrancias; es á saber, que si está el heredero bajo del dominio de otro, obtenga su consentimiento (*d*): que sea mayor de 14 años (*e*), que sepa que el testador ha muerto, pues si lo duda, no puede aceptarla ni re-

(*a*) Ley 11, tit. 6 P. 6. (*b*) P. 3 cap. 25. (*c*) De Transact. t. 5 q. 7.
(*d*) Ley 13, t. 6 P. 6. (*e*) Ley 13 cit.

nunciarla (*a*); y que siéndolo en virtud de testamento esté habil, si es heredero estraño en tres tiempos, que son: el en que se formaliza, el de la muerte del testador, y el en que acepta la herencia; pues tocante á los legítimos, ó forzosos, basta que no tengan impedimento legal al de su muerte, aunqne al de la institucion le hayan tenido (*b*), como he sentado en mi primera parte (*c*). Y la posesion de los bienes de la herencia no se transfiere en el heredero sino la toma, lo cual puede hacer estando vacantes sin autoridad de juez; como tambien que los contradictores legítimos para impedirle la toma de dicha posesion son el que los poseia al tiempo de la muerte del testador, el que manifiesta título mas poderoso y que merezca asimismo la posesion, y el que tiene en favor suyo una legítima prescripcion.

105 Esto supuesto digo que por la mera formacion del inventario no se comtempla aceptada la herencia, porque la aceptacion es un hecho, el cual no se presume, sino se prueba; y por tanto quien afirma que el heredero la aceptó, debe probarlo plena y concluyentemente, pues no bastan presunciones, conjeturas ni pruebas equívocas. Un heredero por egemplo puede hacer el inventario, no porque haya aceptado la herencia sino con el fin de cerciorarse del valor de ella para deliberar si ha de aceptarla ó repudiarla; y así como el que puede egercer algun acto con dos motivos, no se conceptua haberle egercido precisamente con el uno, á menos que lo esprese; del mismo modo el que con dos ó mas puede hacer el inventario, no se presume haberle hecho con ánimo de aceptar la herencia, mientras no lo diga, ó le haga como heredero; bien que basta se le llame asi en él, aunque el escribano le haya puesto este título, una vez que lo consiente y lo firma. Tambien procede lo dicho, aunque la herencia sea opulenta, si bien en este caso bastan menores pruebas; y se amplia asimismo á los hijos, siempre que se trate de perjuicio suyo (*d*); pues tratándose de su utilidad ó comodidad se presumen herederos, escepto que se justifique lo contrario.

106 Si el descendiente que se halla en poder de su ascendiente cuando fallece, no quiere aceptar la herencia, por entender

(*a*) Ley 14 sig. (*b*) Ley 22 tit. 3 P. 6. (*c*) Cap. 1 n. 56. (*d*) Gom. lib. 1. Var. c. 9 n. 25.

está muy gravada, y maliciosamente compra en cabeza de otro los bienes de ella, ó hurta, y substrae algunos; es visto por cualquiera de estos hechos haberla aceptado y obligádose, de modo que despues ya no puede repudiarla; pero á los herederos estraños en igual caso solo podrán demandar los acreedores del difunto para que restituyan lo substraido (*a*).

§. III.

De la tasa de los bienes inventariados: cómo y qué personas deben hacerla, y de cuáles remedios pueden usar los herederos en caso que aquellas discuerden, ó hagan una valuacion injusta.

107 Aunque segun el sentir de algunos AA. para que el inventario se tenga por bien hecho, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, siempre que conste en él, no obstante, es nulo cuando en él mismo no se espresan clara y distintamente el peso, medida, número, y aprecio, y asi no solo se han de inventariar en los términos espuestos sino tambien apreciar, sin embargo de cualquiera costumbre, ó por mejor decir, corruptela que haya, pues de lo contrario se daria lugar á que el heredero ó el que hiciese el inventario, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos, y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, suplantando otros de menos valor: todo lo cual debe aplicarse á la descripcion. Ademas sin la valuacion no se puede proceder á la particion, porque ni los fundos y edificios son iguales, ni los muebles semovientes de un mismo valor, especie y cualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe.

108 Lo espuesto no tiene lugar, cuando el difunto valuó sus bienes antes de fallecer, pues no se debe reiterar despues su aprecio, porque se presume haberle hecho justificadamente, escepto que se puebe que padeció error, ó que por alguna causa no se condujo en su tasacion con la rectitud que debia, en cuyo caso se deberán tasar, como sino los hubiera tasado.

(*a*) Ley 12, t. 6, P. 6 y Greg. Lop. glos. 12.

109 La valuacion ó aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por peritos diputados públicamente á este fin, y no habiéndolos, por los que elijan los interesados, ó por uno, si estos se conforman en él, por ser práctico é inteligente en las clases de bienes de la herencia, como en esta corte se hace muchas veces; pues no siendo así se ha de nombrar para cada clase el suyo, v. gr. para las heredades agrimensores, para las casas y edificios alarifes, &c. y pueden nombrarlos los interesados por pedimento ante el juez, ó solamente ante el escribano que entiende en el inventario, porque no hay ley que d'ga lo contrario, y así suele prreticarse en esta corte.

110 Estos peritos han de ser de buena vida y fama, y mayores de toda escepcion, y jurar que haran bien y fielmente la tasacion segun su inteligencia sin causar agravio á los interesados, escepto que sean tasadores públicos electos por el Rey, ó por el ayuntamiento del pueblo, pues siendolo, si juraron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tienen necesidad ni obligacion de volver á jurar en cada tasacion que hagan, ni de espresar su edad; ni tampoco cuando los interesados los eligen de conformidad y relevan del juramento, ó para negocio estrajudicial como amigos. Los peritos hacen veces de testigos y de jueces: de testigos porque deponen como estos, y de jueces en cuanto juzgan y estan autorizados por el juez para dar su dictamen fundado.

111 El juramento de estos peritos es propiamente de *creencia*, porque recae sobre su inteligencia y concepto, que segun las reglas de su arte ú oficio, las circunstancias del tiempo, su práctica y esperiencia forman del valor de lo que tasan; y no de *decir verdad* como el de los testigos que deponen de vista u oidas lo que percibieron por los sentidos; pues de cierto no pueden saberlo á causa de depender de la estimacion comun de los hombres, y no tener valor intrínseco puesto por la ley como la moneda.

112 Siendo nombrados públicamente pueden ser compelidos á admitir su encargo y hacer la valuacion, porque su oficio es publico á no ser que para su admision tengan impedimento, ó escusa legítima; y si los eligen los interesados, aunque regularmente no pueda obligárseles á aceptarle contra su voluntad, porque es oficio voluntario; se les podrá compeler aun en este caso, sino hay otros igualmente idoneos y rectos, porque de lo con-

trario se daria ocasion á diferir la particion por falta de aprecio de los bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros con notable detrimento de los interesados; mayormente cuando no hemos nacido para nosotros solos sino tambien para ser útiles á la patria y á nuestros conciudadanos. Pero una vez que le acepten se le pueden apremiar á evacuarle, porque con su aceptacion se obligaron á ello (*a*).

113 Pueden ser recusados estos peritos con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia ni con ánimo de injuriarlos, siendo nombrados por el juez ordinario; pues si este lo puede ser, con mayor razon los que elija. Pero si los nombra por contumacia de los inseresados, es menester que haya causa para recusarlos, y que la proponga y pruebe el recusante porque el nombramiento del juez se considera hecho en nombre de aquellos, y de consiguiente por ellos mismos.

114 Si los mismos interesados eligen los peritos, no los pueden recusar, porque con el hecho de elegirlos y presentarlos en juicio es visto aprobar sus personas, como sucede en los testigos, escepto que sea por causa originada ó sabida despues del nombramiento, y aprobada, pues no se les admitirá la recusacion con solo el juramento espresado; y cuando cada uno nombra el suyo, no puede recusarle el otro, porque se guarda igualdad entre ambos, y como cada perito defiende contra el otro el derecho de quien le nombró; queda subsanado el defecto que se le podia objetar, y el recurso al tercero en discordia; á no ser que el tal nombrado, si fuese presentado como testigo, pudiera ser repelido de testificar, en cuyo caso lo podrá ser y deberá nombrarse otro (*b*). Siendo peritos públicos es preciso que el recusante espresse y pruebe las causas antes de empezar á ejercer su encargo, ó luego que lleguen á su noticia, porque como se conceptuan personas de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el público ha depositado su fe y confianza, no se presume su soborno, sin que se acredite en forna.

115 Para hacer la tasacion se ha de citar á los interesados asi como para el inventario, por si quieren asistir al juramento y reconocimiento que hagan los peritos, aunque no á oirlos de-

(*a*) García de Espens. cap. 24, n. 26. (*b*) Hermosill. ley 56, t. 5, P. 5 glos. 6 nn. 46, &c. y 54. Sanchez de matrim. lib. 7, disp. 113, n. 9.

clarar, y no presenciándole ó no citándolos, es nula; sino es que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia ni citacion, ó que los hayan elegido de conformidad, pues entonces como se cree haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion ni presencia; bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir á todo; y en la citacion se ha de poner fecha, y señalar á los interesados el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

116 Deben ver y registrar los peritos cada cosa de las que valuan, porque de lo contrario es nula la tasacion; y apreciarla separadamente y no muchas por un precio: como asimismo hacer la tasa respectiva de todas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar por ellas el precio que se les dé, (y no como cuando se han de subastar, pues por la baja que suele hacerse, se tasan en mas, para que con esta se vendan por lo justo) procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaría esperimente perjuicio, y no por informes de otros. El precio justo se ha de regular no por la aficion singular ó particular á lo que se tasa, sino por la estimacion general y comun de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y producto anual, la cualidad, cargas y condicion de las mismas cosas, y su fecundidad ó esterilidad; ni tampoco con nimio rigor, y mucho menos en el juicio divisorio, porque como reina la envidia, principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad y caridad fraternal; pues aunque se diga que tanto vale la cosa cuanto se saque en su venta, esto se entiende cesante todo fraude.

117 Tampoco se deben valuar, sean raices ó muebles, por el precio en que se compraron, sino por la estimacion presente, aunque se hubiesen comprado en pública subasta, ya porque asi en la venta pública como en la privada puede engañar ó ser engañado el comprador, ya porque el precio de las cosas varía cada dia segun los tiempos y circunstancias, mayormente el de las que se deterioran ó consumen con el uso, y ya porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por alguna utilidad peculiar que se les sigue de su compra que á ningun otro se seguiria, como cuando tienen otra contigua á ella,

ó tambien porque otro no la lleve, como frecuentemente sucede.

118 Para ver si queda á los herederos forzosos su legítima, se ha de atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador, porque aunque despues tengan incremento, ó decremento los bienes que dejó, no la aumentan ni disminuyen (*a*). Mas para el único efecto de partir los bienes entre los herederos se ha de mirar siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen al hacerse la division, y segun este deben valuarse en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subastas y almonedas, como he dicho en el núm. 116: ya porque como desde la muerte hasta la particion pueden aumentarse ó disminuirse, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos como á dueños el incremento y decremento de ellos; y ya porque si habiendo pasado muchos años se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos y beneficiados otros, puesto que unos bienes se habrán mejorado y otros empeorado; lo cual no sucede en el caso de la legítima, porque esta se deduce del monton ó cúmulo de bienes (*).

119 Discordando los tasadores o peritos en las tasaciones han de elegir los interesados un tercero, y no conformándose en el que ha de ser, le nombrará el juez por su contumacia, y valdrá el parecer de la mayor parte de los nombrados. El tercero electo, nómbrenle los interesados de conformidad, ó el juez por su discordia ó contumacia, no puede recusarse sin justificar alguna causa superveniente al nombramiento, ó si era anterior, ignorada por el recusante, pues se cree maliciosa la recusacion. Despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos no se ha de nombrar otro, porque sería proceder en infinito (*b*).

120 Si los tres estan discordes, puede el juez seguir el voto que le parezca mas verosímil y arreglado, ó elegir un medio proporcional juntando las valuaciones de los tres y deduciendo de su total el tercio, que será el precio justo de la cosa, cuya opi-

(*a*) Leyes 1 y 3, t. 11, P. 6 Gom. en la 70 de Toro n. 8.

(*) Como el testador está obligado por las leyes á dejar la legítima á sus herederos forzosos, es preciso atenerse á lo que valgan los bienes al tiempo de la muerte, para que se sepa si ha cumplido con su deber.

(*b*) Hermosil. ley 56, t. 5, P. 5, glos. 6, n. 60. Faria ad Covar. lib. 1 Var. cap. 13, nn. 31. &c. y 37.

nion es la mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que estando discordes los peritos se debe practicar, como afirma Hermosilla (*a*). Por egemplo, si uno tasa la cosa en 5, otro en 10 y otro en 15, el tercio de estas tres partidas que componen 30, son 10 y el justo valor de ella. Si los interesados, creyendo que es corta ó escesiva la tasacion, reusan tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para darla al que toque, ó venderla y repartir su precio para evitar pleitos y discordias (*b*).

121 Regularmente hablando, no está obligado el tercero á conformarse contra su propio juicio con el parecer de alguno de los peritos, asi como el tercero nombrado por discordia de los árbitros tampoco se halla obligado á seguir el parecer de ellos, y será válido el suyo, si es mas arreglado. Pero si los interesados nombraren unánimemente los peritos y tercero, deberá este conformarse con el parecer de uno de los dos que estime mas justo, sin hacer valuacion por sí, porque una vez que los interesados los nombraron á todos desde el principio y no acordaron en uno solo, es visto haber querido que el tercero no hiciese oficio de tasador, sino que espresase cual de los pareceres de los otros era mas arreglado, y se conviniese con él, para que hubiese dos conformes. Si el tercero fue nombrado por el juez, podrá disentir de ambos (*), y para quitar toda duda se hará en él el nombramiento con la espresion de que sea para dicho efecto y no otro. Y aunque los interesados prometan y juren pasar por el dictámen de cierta persona, no estan obligados á conformarse con él, si es injusto, y antes bien se ha de arreglar y reducir á lo justo, segun debe decirse tambien de la promesa de obedecer el precepto de alguno (*c*).

122 Si hay muchos peritos y todos discuerdan entre sí, para saber á quién se debe dar crédito, se distinguen siete casos. Cuando son desiguales en número, se ha de creer al mayor: cuan-

(*a*) Lug. cit. nn. 158, &c. y 166. (*b*) Ayor. part. 1 cap. 4, nn. 7 y 8.

(*) Tambien podria decirse que cuando por discordia de los peritos nombra tercero el juez es visto hacerlo para que diga cual parecer tiene por mas razonable y se conforme con él; pues no es facil dar una razon solida de diferencia entre este caso y el anterior. A mi me parece mas conveniente que el tercero esprese siempre su propio juicio, y que el juez decida lo que conceptúe mas arreglado, á no ser que los interesados declaren que nombran el tercero para que se agregue á uno de los peritos discordantes.

(*c*) Leyes 24, t. 4 y 27, t. 11 P. 7. Escobar de ratiocin. cap. 32, nn. 26 y 27.

do los peritos é imperitos discuerden, debe seguirse el parecer de los primeros, aunque sea mayor el número de los segundos: cuando los peritos igualmente hábiles discuerdan en igual número, se ha de estar al de los que deponen lo mas verosímil: cuando entre los peritos es absoluta la igualdad así respecto del número de los discrepantes como de la pericia y verosimilitud, debe creerse á los que deponen á favor del reo, cuando muchos peritos contradicen al mas perito, se seguirá á aquellos y no á éste: cuando los peritos discuerdan en igual numero de los mas peritos, se ha de dar crédito á estos y no á aquellos, habiendo de probarse la mayor pericia, v. gr. por estar uno doctorado y otro no, ó por hallarse mas versado en el egercicio á que se refiere la controversia; y últimamente cuando el uno es anciano y el otro jóven, mas perito se presume aquel que éste, así como el práctico mas que el teórico (*a*).

123 Los peritos y el tercero, sean nombrados por los interesados, ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro: ya porque ninguna ley les concede esta facultad, ya porque deben jurar que harán la tasacion bien y fielmente, en cuya atencion por sí y no por otro han de cumplir lo que juran; y ya porque su oficio es personalísimo á causa de haber confiado los interesados en su habilidad, conciencia y bondad (*b*).

124 Procediendo injustamente en la tasacion los peritos por impericia, malicia ó soborno de alguno de los interesados, competen al agraviado tres remedios para su desagravio. El primero es pedir por via de queja de reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el juez ordinario que conoce del negocio, caso que no la hubiese aprobado ó confirmado: el segundo es, supuesto que la haya aprobado, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior, y el tercero es pujar los bienes (*c*).

125 Para que el juez defiera á la reduccion á alvedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta, si otro lo contradice, pues en igual número se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se cree á los tasadores, porque como peritos é imparciales tienen á su favor la presuncion,

(*a*) De esto tratan con mas estension Hermosilla ley 56, t. 5 P. 5 glos. 6 nn. 24, &c. y 38, y nn. 44 y 45, y Escobar de Ratiocin. c. 32. (*b*) Ayor. part. 1, c. 3 n. 6. (*c*) Ayor. dicho cap. 3, n. 26.

mientras no se acredite plena y claramente lo contrario, de haber evacuado fielmente su oficio, con especialidad habiendo precedido, como debe preceder, su juramento de practicarlo así: por lo que si el que impugna la tasacion, consiente en que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido, y en otros términos no, á causa de presumirse maliciosa su asercion.

126 Si siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion para valerse de un tercero estraño que le dé incontinenti, lo cual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos; pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe y comunero; si bien no se le admitirá, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, sino es que lo consienta al menos uno de los interesados en ella, el cual basta para compeler á los demas á que los pujen ó le admitan.

127 Vendiéndose por algun motivo ciertos bienes de los inventariados luego que se tasen, y dando por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó queriendo tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado á plazo cierto, escepto que todos los demas interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero en los términos que propone, ó que afiance á su satisfaccion, pues entonces esto se observará.

128 Cuando una heredad ó cortijo que tiene muchas fanegas de sembradura, y algunas de mejor calidad que otras, se tasó no por un tanto sino á cierto precio cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja alguna señalando el parage de su situacion, no se debe admitir esta puja ó mejora, pues debe pujarlas todas ó ninguna, porque en las cosas conexas é inseparables ninguno puede aprobar una parte y reprobar otra, y antes bien debe aprobarlas ó reprobarlas en el todo (*). Pero esto se entien-

(*) La principal razon es, porque en semejante puja quien la hace, aunque atendida la tasa hecha de toda la heredad aumenta el precio de unas fanegas, disminuye el de otras, esto es, el de las de inferior calidad, por manera que no hace beneficio, ó perjuicio á los coherederos, y acaso no da por las fanegas que señala su justo precio, pues unas valen mas y otras menos de lo que corresponde á cada una con arreglo á dicha tasa.

de, cuando la heredad no tiene cómoda division, ó hay otra causa justa para no dividirla; pues no habiendo estos motivos pueden los herederos y cualquiera de ellos reclamar la tasacion, pretendiendo que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra segun su calidad y bondad: lo primero, porque no se puede hacer igual la division á causa de ignorarse á cual de ellos se adjudicará, y si le cabrá toda la heredad, ó tendrá á todos cuenta llevarla entera, ó solamente su parte en ella: lo segundo, porque aunque la valuacion sea cierta respecto al todo de la heredad, es incierta, oscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprende; y lo tercero, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y parte de lo que valuan, con especialidad cuando es cómodamente divisible.

129 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer despues de la tasa y antes que se proceda á su division, pues entonces á ninguno se causa perjuicio y sí utilidad á todos en que se aumente su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y es visto que el pujador lo hace por odio ó enemistad. Lo mismo procede cuando antes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dijeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco debe admitirse, por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, y haberla aprobado con su silencio (*a*).

130 Estando cerciorados los herederos del aprecio de los bienes de la herencia y hecha á cada uno su adjudicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretesto de haber sido leso en alguna cosa, cuyo valor está subido, y así no tendrá lugar el beneficio de la restitucion por la menor edad: en primer lugar, porque el menor hizo lo que el mas diligente é instruido haria, que fue consentir en el aprecio, como consintieron en él los coherederos; en segundo lugar, por la incertidumbre, pues se ignoraba á quien tocaria la cosa, y por aquella y la casualidad se admiten, ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirian (*b*); y en tercer lugar, porque quien por una

(*a*) Ayor. lug. cit. nn. 30 y 31. (*b*) Ayor. n. 31 cit. Gom. lib. 2 Var. cap. 14 n. 4.

convencion, ó pacto puede tener daño ó utilidad, no se debe llamar leso, si es perjudicado, ó por ser esto casual y compensarse con el lucro que podia percibir (a). Por estas razones, cuando de algun negocio puede resultar ganancia ó pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir nulidad, restitucion, rescision, ni otro remedio por la lesion que haya habido, (b) aunque fuese por suerte, porque en esta á nadie se perjudica haciéndose sin fraude.

131 Si una cosa estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de su justo valor, no hubiese otras tan subidas, y los partidores la adjudicaren toda á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, sea mayor ó menor de edad, reclamar la adjudicacion y pedir reduccion á arbitrio de buen varon ante el juez ordinario, para que le desagravie; repartiendo el importe del esceso entre los coherederos, ó haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca; pues si cuando los árbitros perjudican gravemente con su sentencia, se conceptúa proceden con dolo, y los que los eligieron no estan obligados á pasar por ella, con mayor motivo ha de tener esto lugar en unos meros apreciadores ó peritos sin ninguna jurisdiccion.

132 Aunque los aprecios de los tasadores nombrados por los herederos, no perjudican regularmente á los acreedores ni legatarios del difunto, no es esto tan corriente que no padezca alguna escepcion, ni deba distinguirse. Si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda del testador la particion sin autoridad judicial, es indubitable que la particion ni valuaciones no perjudican á los acreedores ni á otro tercero que tengan contra sus bienes accion real ó personal. Si interviene autoridad judicial á pedimento de alguno de los herederos, y los acreedores son reales ó hipotecarios en los bienes hereditarios: tampoco les perjudican los aprecios ni division, y antes bien á su instancia se pueden volver á tasar judicialmente, y el aprecio y particion que se hicieren con dicha solemnidad, perjudicarán á los herederos. Pero si los acreedores no tienen accion real contra la herencia sino meramente personal, les perjudica lo practicado por los herederos no habiendo intervenido colusion por defraudarlos.

133 Asi como la tasacion hecha por los peritos que nombra-

(a) Hermosill. ley 56, t. 5, P. 5. (b) Olea de Ces. jur. t. 6. q. 10.

ron los herederos, no perjudica á los acreedores, así tampoco á los terceros poseedores en duda de si es ó no justa; pero sí acreditándose serlo como por ejemplo: muerto el testador se apreciaban sus bienes á instancia de sus herederos por peritos que eligen juntamente con la viuda, y todos no alcanzan para satisfacerle enteramente su dote. La viuda acreditándolo en forma repite contra el tercero poseedor de algunos que su marido le enagenó, solicitando se los entregue ó le complete lo que le falta de su dote. El tercero alega que los que dejó el marido, valen mas que lo que tasaron por ellos los peritos, y que la tasacion perjudica únicamente á quien los eligió. En este caso ó se prueba ó no que es justa la tasacion, ó hay duda: si se acredita serlo perjudicará al tercero, y tendrá que devolver los bienes que compró: si no lo es, se volverán á tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar, y no cubriéndola, la reintegrará hasta en lo que falte; y si hay duda, no le perjudicará á él ni á otro acreedor, por lo que volverá á hacerse y oirá sobre ello á los interesados en vía ordinaria (*a*).

134 Se ha de inventariar y apreciar por lo que justamente vale la alhaja que el testador legó á alguno, sea hijo suyo, ó estraño, aunque dijese que valia menos, y hubiese mandado que se le diera por este inferior precio, pues su voluntad no fue legarle todo lo que valia, sino el precio en que la valuó consignado en ella; y así aunque tiene derecho á que se le entregue como legado específico, y la llevará dando el esceso que se agregará al caudal comun y partirá entre los herederos; sin embargo no queriendo entregarle cumplirán éstos con darle el valor en que el testador la estimó (*b*) (*).

135 Tocante á los juros, puesto que teniendo cabimiento se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto bajan tambien su capitales: que para estas deducciones hay reglas fijas dadas por su Magestad, ya esten sobre cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, ya

(*a*) Ayor. dicho cap. 3, n. 39. (*b*) Ayor. dicho cap. 3, n 38.

(*) En el presente caso ú otro semejante se han de examinar atentamente las palabras con que se dejo la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras, pues podria suceder que segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos no tuviese el legatario que dar parte ninguna del precio de lo legado.

sea para redimir, ó para inventariar y adjudicar; y que el partidor no debe alterar el inventario, por carecer de facultad para ello; conviene que para no causar perjuicios á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y que con arreglo á ella se inventarien y dividan, pues por su omision puede haber agravios, y no se podrán cobrar los réditos.

§. IV.

En qué pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia, y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

136 Dúdase si por omitir con malicia el heredero poner algunos bienes en el inventario perderá el beneficio que la ley le concede, quedando obligado á satisfacer enteramente á los acreedores sus créditos y á los legatarios sus legados, y si se viciará el inventario; pero la opinion mas corriente y fundada es, que el heredero no se halla obligado á dicha satisfaccion por no haber ley que condene á ello; que segun derecho solamente incurre por su dolo en la pena del duplo de lo ocultado (*a*); y que el inventario tampoco es nulo, porque cuando la ley en vez de anular impone pena ó castigo, vale el acto (*b*).

137 En esta suposicion debo decir, que para que el heredero estraño que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en dicha pena del duplo, han de concurrir precisamente tres cosas: la primera, que el que alega la ocultacion especifique con individualidad los ocultados y no inventariados: la segunda, que pruebe haberlos ocultado quien hizo el inventario con cierta ciencia, dolo y malicia, pues el que alega dolo y culpa debe probarlos, como ha de hacer todo el que funda su intencion en alguna cualidad; y la tercera, que pruebe igualmente se hallaban en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco antes, porque quien hace el inventario tiene en su favor la presuncion de que no habia mas entonces.

138 No solo puede hacer la prueba de ocultacion por testigos de vista, sino tambien por presunciones y congeturas, y por testigos de oidas, si en ellos y en sus dichos concurren las cir-

(*a*) Ley 9, t. 6, P. 6. (*b*) Ayór. part. 1, cap. 2, n. 21.

cunstancias que se requieren en semejantes casos, porque la ocultacion se hace con gran cautela y secreto, y es muy dificil probar el dolo directa y paladinamente.

139 La prueba que haga el que alega la ocultacion ha de ser de dolo verdadero, pues no basta el presunto, y no probándole se presume error Se llama *dolo verdadero el que se prueba con evidentes y manifiestos indicios ó presunciones*, como en los delitos de hurto, adulterio, homicidio y otros actos, en los cuales es indispensable que quien los hizo ó cometió lo quisiese así con toda premeditacion y deliberacion, y que no pudiese ser de otra suerte. *Dolo presunto es aquel en que hay culpa lata, ó grande negligencia*, y *se prueba con indicios probables*, como si el que tiene en su poder alguna cosa depositada la deja de noche en el camino, ó de dia en lugar por donde transitan muchos, ó sino paga pudiendo, ó no restituye lo que sabe está debiendo, ó no es suyo; en cuyos casos y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delincuente lo hizo con ánimo determinado, no obstante, como no repugna y cabe el que hubiese habido olvido, ignorancia ú otro motivo, hay dolo presunto contra él, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece ningun motivo justo del hecho, y así le escluye cualquiera causa, aunque sea leve.

140 Se eximirá de la pena de ocultacion el heredero, si protestó agregar al inventario todos los bienes que llegase á su noticia pertenecer al difunto; pues esta protesta escluye el dolo presunto por su omision, mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del que la hace y así en virtud de ella, si el que omitió poner algo en el inventario lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena, mayormente habiendo hecho tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos. Mas no obstante, si son con presunciones o indicios graves y vehementes se probáre que la omision fue maliciosa, no les sufragará la protesta para eximirse de la pena; con especialidad si habiéndosele notificado que ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador se hallaban en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpelo y no obedeció, incurrió en la pena por haber cometido verdaderamente dolo, y porque con el convicto de esto no se debe usar de indulgencia.

141 En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, aunque por procederse de otro modo no se anula el proceso; mas por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados. Y si el interesado que sabe la ocultacion no quiere por evitar escándalo ó por otros motivos deducirla en juicio, puede pedir al juez que tales bienes que no se inventariaron se inventarien y dividan, y el juez debe compeler á ello al que los ocultó; aunque lo mas seguro es que pida se añadan al inventario por haberse ocultado, pues entonces será oido en cualquiera tiempo, y no tendrá lugar ninguna prescripcion por la mala fe del encubridor.

142 Antes de hacerse la particion debe intentarse el juicio de ocultacion ante el que conoce y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae á sí todos los incidentes conexos y necesarios para su perfecta evacuacion, de tal suerte que si se intentáre ante otro, le debe éste remitir los autos como accesorios al negocio principal; pero hecha y aprobada la particion se puede intentar ante él, ó ante otro del fuero del encubridor, por haberse concluido enteramente el de la testamentaría.

143 La accion de ocultacion respecto á la pena no pasa contra los herederos del encubridor, porque no cometieron el delito (*a*), sino únicamente en órden á reivindicar lo ocultado (*b*), escepto que con el encubridor se haya contestado el pleito, en cuyo caso pasa contra ellos tambien en cuanto á la pena (*c*).

154 No incurre en la pena de encubridor el heredero del difunto cuando hizo el inventario algun criado suyo, y sin su noticia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes; pues por no haber cometido delito en la omision no se le debe castigar, aunque estuviese en la misma casa. Tampoco incurre en ella cuando no hace por sí mismo el inventario, como regularmente sucede á los grandes y otros señores, cuyos criados mayores ó apoderados le formalizan sin su intervencion, porque en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo inventariado.

145 La pena de encubridor en que incurre el heredero no se estiende al poseedor que como tal y no como heredero formaliza

(*a*) Leyes 58, y 111, ff. de regul. jur. (*b*) Leyes 7, §. fin. ff. Depositi, 12 y 49, ff. de Obligat. & actio. y 157, §. ult. ff. de Regul. jur. (*c*) Ley 20 t. 14 P. 7.

el inventario, porque la ley 9 t. 6, P. 6 que la impone, solo habla del primero, y por ser penal no debe ampliarse á las personas que no menciona.

146 Si despues de aceptada la herencia substrae ó quita uno de los herederos algunas cosas de ella, no es visto haberlas tomado con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas pro indiviso, y se contempla cuasi dueño; bien que los coherederos pueden indemnizarse y recuperar las cosas substraidas ó su importe, pretendiendo las devuelva á la herencia para su repartimiento, ó que se le imputen en su haber, y no cabiendo en este que restituya el esceso. Lo propio milita en la muger y consocio, porque son dueños del todo en los mismos términos (*a*).

147 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia á causa de hallarse ausentes los herederos, ó ignorar lo que son, ó por otro motivo, si algun otro substragere ú ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir como robador, porque en aquella sazon no tenian dueño, sí condenarle el juez á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, é imponerle la pena de destierro si es noble, y no siéndolo la de trabajar en las labores del Rey (*b*).

(*a*) Leyes 6 y 17 t. 10 P. 5, y 4 t. 14 P. 7. (*b*) Ley 21 t. 14 P. 7.

§. FINAL.

Del modo de estender el inventario y tasacion de bienes de difunto.

149 El inventario se puede pedir por cualquiera de los interesados en la herencia, ó por todos, ó por sus testamentarios y comisarios, y hacerse á su instancia, ó de oficio por muerte abintestato de alguno, cuyos herederos se ignoran, ó son menores, ó incapaces, ó aunque capaces estan ausentes, á fin de evitar el estravio de sus bienes, cuando el difunto no nombró quien los custodiase, pues habiéndolo hecho no debe mezclarse el juez en ello.

Inventario á instancia de parte.

149 *Pedimento.* Francisca Lopez, vecina de esta villa y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. como mas haya lugar, digo: que el citado mi marido falleció en tal dia bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F. escribano, en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez nuestra hija, menor de 12 años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez mayores de 25, hijos suyos, habidos en el primer matri-

monio que contrajo con Angela Fernandez, segun acredita el espresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion, para que sepa qué bienes dejo, y se divida á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte = A V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio espresado, y á su consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que nombremos todos los bienes del difunto; pues evacuado esto protesto pedir lo que corresponda en justicia, que es lo que solicito.

Otrosí: respecto carecer de edad competente la espresada Nicolasa Rodriguez, mi hija, para nombrar por sí curador de pleito = A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya citacion ó asistencia se practique todo: pido como antes. = Francisca Lopez.

150 *Auto.* Hase por presentado el testamento que se cita, y por aceptada la herencia en la forma que se espresa; con citacion de los interesados hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejo Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez se nombra por su curador de pleito á Pedro Sanchez, procurador de este juzgado; notifíquesele para que acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que aquel sea practíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano de S. M., á quien para ello se comisiona en forma; lo cual evacuado pidan los interesados lo que les convenga. El señor don F. corregidor de esta villa de tal, lo mandó á tantos &c.

151 *Notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número notifiqué en su persona el auto anterior á Pedro Sanchez, procurador de su juzgado, quien enterado de su nombramiento, dijo: que acepta el cargo de curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, pupila, hija de Miguel Rodriguez, difunto, y bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usar bien y fielmente su oficio, y á defender á la referida, no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino tambien en todos los pleitos, causas, y negocios civiles y criminales que tenga al presente y se le ofrezcan en lo sucesivo con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actora ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad, á cuyo efecto hará y practicará cuantos pedimentos, recursos, actos y diligencias judiciales y estrajudiciales sean necesarias, y practicarla por sí dicha menor, si fuera mayor, aconsejándose de letrados, ó personas de ciencia y conciencia, de modo que por su culpa, omision ó morosidad no quede indefensa, ni esperimente el mas leve detrimento. Y si por no cumplir lo prometido se le causare algun daño, le satisfará con sus bienes, á lo cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo para el mas esacto cumplimiento de lo espresado ofrece por su fiador á Juan de tal, que está presente, quien dijo se constituye por tal, y promete que el espresado curador cumplirá como debe todo lo que ha ofrecido con la mayor actividad, y en su defecto pagará á la menor todos los daños que le ocasione, y no lo haciendo lo asegurará el otorgante como su fiador llano hecha escusion en sus bienes. Por tanto, los dos se obligan á todo lo dicho con sus personas y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros; dan amplio poder á los señores jueces de S. M. y especialmente á los de esta villa, para que los compelan á todo como por

sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncian las leyes que le favorezcan, y así lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

152 *Discernimiento de curaduría de pleito.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor don F. corregidor de ella, habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dijo: que discernia y discierne el cargo de curador de pleito de la persona y bienes de Nicolasa Rodriguez, menor, á Pedro Sanchez, procurador del número y juzgado de esta villa, confiriéndole amplio poder y todas las facultades necesarias por derecho para que la defienda, asi en el juicio de inventario y particion de los bienes de Miguel Rodriguez, su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga actualmente y le ocurran en lo sucesivo, siendo actora ó demandada con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares en todos los tribunales superiores é inferiores donde convenga y sea preciso, poniendo demandas, contestando á las que pongan á la menor, presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, y haciendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas que se ofrezcan; para que forme artículos é introduzca recursos que proseguirá ó abandonará; para que decline jurisdiccion de los jueces incompetentes, acuse rebeldías, pretenda y goce, ó renuncie términos y prorogas de ellos, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los contrarios, tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dijeren y alegaren, concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y difinitivas, consienta en las propicias, y apele ó suplique de las gravosas y perjudiciales, gane provisiones reales, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos que hará leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y finalmente, para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y estrajudiciales que se requieran, y debe practicar como buen curador de pleito en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no baste de letrados y personas de ciencia y esperiencia que sepan darsele, de modo que á su menor no se cause detrimento por su culpa ni morosidad, pena de satisfacer los daños. Asi pues, para todo lo espresado y lo anejo le confiere dicho señor juez poder amplio, con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda substituir esta curaduría en quien y las veces que quisiere, revocar los substitutos y elegir otros; y en todo lo que practicare en utilidad y defensa de la citada menor y de sus bienes, interpone su autoridad cuanto ha lugar en derecho, y lo firma. = Don F. = Ante mi F.

153 La curaduría de pleito no es otra cosa que un poder que el juez como padre de menores confiere al curador para que los defienda en cuanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Cuando se hallan en la pupilar debe de oficio proveerles de él; pero en llegando á la pubertad han de nombrarle por sí y proponérsele por pedimento, para que precedidas las solemnidades del juramento, obligacion y fianza le apruebe y confirme, que esto es el discernimiento del cargo. Las diligencias se estienden como las anteriores, y evacuadas se practican las de inven-

tario y tasacion con su citacion y de los demas interesados, quienes si quieren asistir pueden, pues para ello se les cita, y si no, el escribano comisionado no debe por esto dejar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica como si le presenciáran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los 30 dias de la ley para cumplir con su mandato, y señalándole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarle, ó confiera poder bastante á quien le presencie en su nombre, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido se continuará el inventario, y le parará el perjuicio á que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos y nombra defensor, que viene á ser lo mismo que el curador de pleito, pues se diferencia solamente en la voz, y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente, ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador de pleito para defender en juicio al menor, y asimismo al loco ó fatuo en sus causas y negocios civiles y criminales, y sus bienes, aunque sean mayores de 25 años; por lo que la defensoria se estiende del modo que la curaduría de pleito, mudando solamente de voces

154 *Citaciones.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en sus personas para la formacion del inventario espresado en el pedimento y auto anterior á Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, á Manuel y Lorenzo Rodriguez, hijos de éste, y á Pedro Sanchez, curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, quienes respondieron estan prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas; á cuya consecuencia les señalé desde mañana tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y asi en los demas dias sucesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados; doy fe.= F.

155 *Primer dia de inventario* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias se me ha conferido, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos mayores, (que dijeron aceptan la herencia de su padre con beneficio de inventario y no de otra suerte) y Pedro Sanchez, curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto á Francisca Lopez, su viuda, á cuyo pedimento se proveyo pusiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariarlos, y en cumplimiento de lo mandado manifestó y por ante mi se inventariaron los siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua, con tantas gabetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombres, y de hechura de moda, cubiertos de damasco de lana, &c.

Asi se irán poniendo con separacion los demas bienes que se inventarien en el dia, y luego proseguirá.

Y por ser tal hora de la tarde de este dia se cesó en este inventario con ánimo de proseguirle mañana á las mismas horas, quedando los bienes inventariados en la casa mortuoria, de los cuales se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la mencionada viuda, quien se da por entregada de

ellos con renuncia de las leyes respectivas á este caso, prometiendo custodiarlos, tenerlos en depósito y no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la justicia fia á su cuidado, y demas á que haya lugar; obliga á ello todos los bienes suyos, muebles, raices, presentes y futuros; da poder á los señores jueces que deben conocer de esta causa, para que la compelan á ello como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida; renuncia las leyes que la favorezcan, y asi lo otorga y firma con los demas interesados, á todos los cuales doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

156 He puesto en las citaciones del señalamiento de dias y horas para evitar diligencias, pues aunque lo regular es ponerle con separacion y luego hacerle saber á los interesados, esto es arbitrio, y asi cada uno le hara como le parezca. Tambien he puesto en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen tal vez perjudicados, mediante no haber dado el pedimento, ni de consiguiente aceptadola en estos términos, porque sin embargo de que su mera formacion no induce la aceptacion llana, para evitar dudas, lo mas acertado es que se espresé, sea en pedimento, ó en el primer dia, o en diligencia separada.

157 Con arreglo á este primer dia de inventario se han de estender ú continuar los demas; y para cesar en el inventario no es necesario auto, aunque el juez asista, como se practica en algunas partes, pues basta espresar la causa porque se cesa; ni tampoco para pasar, concluida una clase de bienes, á inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiene el primer auto. Finalizado el inventario de bienes muebles, raices y semovientes se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarian por menor y con separacion los créditos á favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estas y aquellos no consten en los libros, papeles ni asientos del difunto; si quien hace el inventario, sea viuda, hijo, criado ú otro que esté en su compañia, sabe cuáles son, se deben poner por via de declaracion suya, por los motivos espresados en los nums. 17 y 18. Despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del ultimo dia, o en otra separada se cierra y finaliza el inventario con el juramento y protesta del que le formalizo, de que hablé en el n. 33.

158 *Conclusion del inventario, y juramento y protesta del que lo hizo.* En la forma espuesta se ha concluido el inventario de los bienes, créditos y efectos que se han hallado pertenecer al mencionado Miguel Rodriguez, los cuales quedan en la casa en que vivió y murió al cargo y cuidado de la dicha Francisca Lopez, su viuda, quien se ha constituido depositaria de los inventariados en este dia en los propios términos que de los que lo fueron en los precedentes; y bajo de juramento que hizo ante mi por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ha declarado no tenia noticia de otros, protestando y obligandose bajo del propio juramento, y que siempre que la tenga los manifestará y hara poner en este inventario, para que los interesados no esperimenten perjuicio en su importe, lo cual firma con los demas, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

159 *Tasacion de bienes.* Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, aunque para evitar tantos gastos mejor es hacerlo todo á un tiempo, como se practica en esta corte. No habiendo peritos diputados publica-

mente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren los interesados, y estos han de proponerlos al juez por pedimento, o al escribano que entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos.

160 *Nombramiento de tasadores.* En tal parte, á 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 de pleito de Nicolasa Rodriguez, tambien su hija, dijeron: que mediante á ser preciso tasar los bienes inventariados para saber su valor y poder dividirlos, (si á un tiempo se hicieren el inventario y tasacion se dirá: *Que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo y con mayor prontitud*) nombran unánimemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F. agrimensor, para el de las casas á F. maestro alarife, para el de trastos de madera á F. maestro carpintero, para el de lo dorado y pintura á F. pintor, &c y quienes quieren se notifique este nombramiento para que le acepten; y asimismo dijeron que estan prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman, doy fe.=

161 *Notificacion á un tasador.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en su persona el nombramiento anterior á F. maestro carpintero, quien enterado, dijo: acepta el encargo que le está hecho, obligándose á evacuarle bien y fielmente segun su inteligencia sin agraviar á los interesados, y lo firma, doy fe.=

162 *Primer dia de tasacion.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dejo y estan inventariados, hallándose presentes Francisca Lopez, su viuda, Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien hija suya; 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 le hizo, como se requiere, y bajo de él prometió hacer el aprecio y tasacion segun su leal saber y entender, sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que tiene hecha ante mi de este encargo, tasó los bienes siguientes.

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras, llaves y sus travesaños de hierro en cincuenta rs. 0050

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua con tantas gabetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves en ciento y veinte rs..... 0120

Así se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa, y luego concluirá la de cada dia en estos términos. 0

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá, *inventariados y tasados*) tantos reales, salvo error, y el referido tasador declaró haberlos apreciado bien y fielmente segun su inteligencia, bajo del juramento hecho, en que se ratifica, firmándolo con los interesados que se hallaron presentes, y espresando ser de tratos años de edad poco mas ó menos, de que doy fe.=

163 Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo y por el orden que la precedente, mudando lo que deba mudarse; pero ademas de lo espresado debe prevenirse; en primer lugar, que tan-

que en la mera tasacion no se necesitan testigos como en el inventario, segun he dicho, si á un propio tiempo se inventarian y tasan los bienes, son precisos, como tambien el depósito en la forma esplicada; en segundo lugar, que si el tasador no sabe firmar, se ha de espresar asi, pues por este defecto no se anulará la tasacion; en tercer lugar, que del inventario y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados para que espongan lo que les convenga, ya cerca de si algunos bienes se omitieron, ó no, ya acerca de si los inventariados fueron o no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra esto dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto el juez aprobándolo todo, y mandándoles pasar por ello, con lo cual ya no pueden reclamarlo pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos espondrán lo que se les ofrezca, y asi en esta córte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion; y en cuarto lugar, que para el valor porque se han de inventariar los bienes muebles y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio, ó durante éste hereda, ó le donan, se ha de distinguir de clases y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantias, se deben estimar por el que tenian entonces, sea mayor, ó menor, porque su dueño conserva su dominio, y el incremento ó decremento que tengan por solo el tiempo es propio y privativo de él como intrínseco y no comunicable al otro cónyuge. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles, &c. que no se mejoraron ni deterioraron constante el matrimonio, lo cual resultará del contenido de los títulos de propiedad y del reconocimiento que se haga se ha de practicar lo propio; pero si se acreditáre que hubo mejoras útiles, se han de valuar éstas con separacion, especificando en qué consisten, para que se divida su importe; y lo mismo ha de practicarse si hay pérdidas ó menoscabos conocidos, y resultan gananciales, porque antes de dividir estos se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en la sociedad. Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles que no se consumen ni deterioran con el uso, se han de inventariar y aplicar por el valor que tenian cuando su dueño los llevó al matrimonio. Pero sin embargo de lo espuesto, si los interesados se conformaren espresamente en que se tasen nuevamente y apliquen por el precio que se les dé, se estará á su convenio; y una vez prestado su consentimiento espreso no podrán retractarse; lo cual tendrá presente el escribano para advertirselo y evitar pleitos.

164 *Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno.* Muriendo alguno sin disposicion testamentaria, sea repentinamente, ó de enfermedad que le perturbó el juicio y privó de hacerla, y dejando hijos menores, ó herederos ausentes, conocidos ó ignorados, debe providenciar el juez la custodia de sus bienes para evitar su ocultacion, y que sus herederos sean defraudados, y aun poner guardias de vista dentro y fuera de su casa mientras está enfermo, si es comerciante o acaudalado, aunque tenga muger propia. Si la muerte fue repentina, no solo ha de procurar evitar el estravio de sus bienes, sino tambien mandar justificar la identidad de su persona para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que le reconozcan médico y cirujano, á efecto de inquirir si la muerte fue ó no violenta, y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fue natural, y porque lo grave de la enfermedad le perturbó la cabeza, o porque sin embargo de estar capaz y muchos dias enfermo, no quiso testar, (pues hay personas de esta tenacidad) es superfluo el reco-

nocimiento de médico y cirujano, y basta justificar su cristiandad, ó que certifique su párroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado; ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia ni de homicidio, ni en qué fundarla. Las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio como el siguiente.

165 *Auto para prevenir un abintestato.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el señor don F. corregidor de ella, dijo: se le acaba de dar noticia que F. ha fallecido de accidente repentino á tal hora, dejando hijos menores (ó sin herederos conocidos), y sin haber hecho disposicion testamentaria, á cuya consecuencia, para evitar la ocultacion de sus bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona, y proceder á lo demas que tenga lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso, y en su virtud manda á cualquier alguacil de este juzgado que en mi compañia pase á su casa, y constando estar difunto, recoja todas las llaves, secuestre sus bienes, y los custodien donde no se estravien, procediendo al exámen de testigos, médico y cirujano que reconozcan el cadáver, para lo cual nos da comision en forma; como tambien que evacuado se traiga para resolver en su vista lo conveniente. Asi lo proveyó, mandó y firmó por este auto, de que doy fe. ==

166 *Fe de muerte del cadáver, y requerimiento á la viuda para la entrega de llaves.* Incontinenti el citado alguacil pasó conmigo á la casa donde vivia F. que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadáver, porque aunque le llamé tres veces en voz alta nada respondió, y conocí ser el mismo que yo habia tratado; en cuya vista el mencionado alguacil requirió á presencia mia con el auto anterior á F. su viuda, para que le entregase todas las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde estan custodiados sus bienes muebles y papeles, y en su cumplimiento le entregó tantas, que dijo ser todas las que hay de dichos cofres y trastos, con las que se abrieron y volvieron á cerrar, haciendo meter ademas de esto en una pieza que está hácia tal parte todos los muebles que habia en otras, dejándola tambien cerrada, y recogiendo su llave, todo lo cual firma, de que doy fe. ==

167 *Informacion sobre la identidad del difunto.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, F. alguacil de su juzgado, en uso de la comision que se le ha conferido, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N. vecino de ella, quien habiendo prometido bajo de él decir verdad y lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y habiéndolo sido por mí al tenor del auto con que estos principian, dijo: que conoció de vista, trato y comunicacion á F. que ha oido decir falleció en este dia á tal hora de accidente repentino, sin haber hecho disposicion testamentaria, dejando tantos hijos menores; y que sabe que el citado F. era cristiano y temeroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces, y frecuentar los santos sacramentos de la penitencia y eucaristía; todo lo cual declaró ser verdad, y lo que puede decir bajo de juramento que ha hecho, firmándolo con el citado alguacil, y espresando tener tantos años de edad, de que doy fe.

168 Segun se ha ordenado esta declaracion se han de ordenar las de otros dos ó mas testigos. Si la muerte fue repentina, han de reconocer el cadáver médico ó cirujano, y han de estenderse sus disposiciones con los términos facultativos de que usen, y resultando por éstas haber sido

natural se provee auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadáver, y se continuan las diligencias de inventario, nombrando curador de pleito á los menores, si se hallan en la edad pupilar, ó defensor á los herederos ausentes. con cuya citacion y la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias y fijando edictos para llamar á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos forzosos.

160 *Auto para que se dé sepultura al cadáver, y se inventarien los bienes.* Por lo que resulta de las diligencias precedentes, dése sepultura sagrad al cadáver de F. en la iglesia parroquial de donde fue feligres, á cuyo fin s saque testimonio de este auto para entregarle á su párroco (si hubiere provisor ó vicario en el pueblo, se dirá, *con el que se acuda al señor provisor ó vicario de esta villa, para que conceda á su parroco la competente licencia*) y hecho, inventariense y tásense los bienes que dejo, con citacion de los interesados, los cuales nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de M. y N. hijos menores del espresado F. se nombra por su curador de pleito á F. procurador de este juzgado, con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza y discernimiento, se practique todo. El señor don F. corregidor de esta villa de tal, lo mando á &c.

170 Resultando haber sido natural la muerte no es necesario que el escribano asista al entierro del cadáver, ni hay para qué; pero si resultase que fue violenta, como por razon del delito es preciso proceder criminalmente se le debe mandar en este auto que le presencie y forme pieza separada, dando fe del parage y sepultura en que se le enterró, habito que llevaba, y demas señales y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarle y volverle á reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio, por lo que pueden conducir los reconocimientos, y demas diligencias é inquisiciones que se hagan.

171 *Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato.* No habiendo dejado hijos ni otros herederos forzosos el difunto, se ha de nombrar defensor á la herencia yacente, fijar edictos en los parages publicos de su pueblo, y espedir requisitorias á el en donde se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fijen allí tambien, llamándolos á ellos y á sus acreedores con término perentorio; y si alguno pretende tener derecho á la herencia, ha de dar pedimento presentando las partidas de bautismo y casamiento, testamentos y demas documentos que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y solicitando que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe proveer el juez que, con citacion del defensor, se le reciba la informacion, y que evacuada se le comunique traslado de todo. El defensor responderá conformándose con la pretension, si no duda de las justificaciones, ó espondrá lo que, segun lo que resulte de autos, se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ó aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que objete éste, se declarará al pretendiente por heredero abintestato del difunto, y se mandará darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado; (pues sino se le precisa á ello en el auto, es regular que nada haga, y solo piense en disfrutar la herencia) y que para la entrega de los bienes se requiera al depositario, al cual con testimonio de haberla hecho se dará por libre del depósito constituido. Si dejare el difunto hijos ú otros descendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos y presentacion de documentos, y se les declarará bajo la misma obli-

gacion ; en cuyo caso no es menester nombrar defensor ; porque la herencia no está yacente ó vacante sin tener quien la represente, como en el anterior. Esto es en sustancia lo que se practica para declarar á alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo, y por ser facil ordenarlo omito estender las correspondientes diligencias.

Modo de estender los autos de tutela y curaduría.

172 *Pedimento.* Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fue de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que el espresado mi marido falleció en tal dia bajo del testamento que otorgó ante F. escribano real, en el que instituyo por sus herederos á José y Antonio Alvarez, nuestros hijos que se hallan en la edad pupilar, nombrándome en una de sus cláusulas por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun acredita el testimonio que presento; en cuya atencion, = A V. suplico se sirva haberle por presentado, y por lo que resulta de dicha cláusula discernirme el cargo de tal tutora y curadora, con la espresada relevacion, mandando se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo, pues asi es justicia que pido.= Maria Fernandez.

173 *Auto.* Hase por presentado el testimonio que se espresa, y por lo que resulta de él se aprueba con relevacion de fianzas el nombramiento que hizo Antonio Alvarez en su muger Maria Fernandez de tutora y curadora de José y Antonio Alvarez, menores, hijos de ambos ; notifíquesele acepte, jure y se obligue, como corresponde, y hecho, tráigase para discernirle el cargo. El señor don F. corregidor de esta villa de tal lo mandó a tantos &c.

174 *Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué el auto anterior á Maria Fernandez en su persona, y enterada, dijo: que acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, sus hijos menores habidos en su matrimonio con Antonio Alvarez, su difunto marido ; y bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho promete usarle bien y fielmente ; que cuidará, educara y enseñará á dichos sus hijos ; que administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos ; que los defenderá en todos los pleitos que se les muevan, ó necesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, practicando las diligencias conducentes, y tomando para la mejor direccion y acierto parecer y consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan darsele, para que no se cause ningun daño á los menores, ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia ; que tendra libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande ; y que hará todo lo demas á que un buen tutor y curador esta obligado, y lo mismo que harian los menores por sí mismos, si tuvieran la competente edad para gobernarse ; á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros, dando amplio poder al señor corregidor que es y fuere de esta villa, y á todos los demas señores jueces que deban conocer de esta causa conforme á derecho, para que la compelan á todo como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida ; y renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Asi lo otorga y firma la interesada, á quien doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

175 De las fianzas que presente el tutor o curador conviene dar tras-

lado al curador de pleito, si le hay, para que oyéndole el juez las apruebe, y no quede en descubierto el escribano, quien de otra suerte seria responsable, por ser visto recibirlas por su cuenta y riesgo, y de practicarse lo espuesto lo quedan el juez y curador de pleito; bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez, como he espuesto en el n. 74; pero lo que abunda no daña. Las fianzas se han de proponer por pedimento, y el fiador ha de obligarse en la aceptacion y juramento, segun se ha hecho en la curaduria de pleito, ó en instrumento separado.

176 *Discernimiento de tutela y curaduría.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F. corregidor &c. habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: que discernia y discierne á Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvares, el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, sus hijos menores, confiriéndole ámplio poder para que mientras subsista viuda los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con maestros que lo hagan en lo que no pueda instruirlos por sí; para que administre sus bienes, arrendando los raices á las personas, por los tiempos, precios y con los pactos que sean mas útiles y comodos á los referidos menores, y acabados unos arrendamientos haga otros, conservando á los inquilinos y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las escrituras de arrendamiento y su próroga con las cláusulas y seguridades congruentes; para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, aprobándolas si estan arregladas, y si contuvieren agravios, esponiéndolos y aclarándolos hasta que queden sin el mas leve; para que perciba y cobre de S. M. (que Dios guarde) y de sus tesoreros y demas personas todas las cantidades de maravedís, granos, aceite, vino, lana, seda y otras especies y semillas que toquen á los menores y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos y por otra cualquier causa, motivo, ó razon sin reserva ni limitacion, aunque aqui no se esprese, formalizando de lo que percibiere y cobrare recibos, cartas de pago y demas resguardos que convengan á los mencionados, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados; para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales y volviéndolos á imponer sobre fincas libres, productivas, seguras y saneadas, de modo que no se pierdan; para que defienda á los espresados menores y sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, y en lo sucesivo se les ofrezcan con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actores, ó demandados, á cuyo fin comparezca en juicio y presente pedimentos, &c. (*proseguirá como la curaduría de pleito*); y ultimamente para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos, y diligencias judiciales y estrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente cuanto solicite á beneficio de los espresados menores, y las que estos, si fueran mayores, practicarian por sí sin escepcion, tomando consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele en lo que el suyo no baste, y teniendo libro de cuenta y razon con cargo y data para darla siempre que se le pida; pues para todo lo espresado y lo anejo le confiere dicho señor corregidor el mas amplio poder con facultad de que pueda substituir por su cuenta y riesgo esta curaduria, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que no pueda intervenir por sí misma, como tambien de revocar los substitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere;

en cuya atencion, en todo cuanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y substitutos en utilidad de los mencionados sus hijos, interpone su merced la autoridad de su oficio cuanto puede y ha lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, mandando que se le den de este discernimiento los testimonios que pida, y que estos se protocolicen en los registros de mí el presente escribano, y lo firma, de que doy fe.

177 Habiendo curador de bienes es superfluo el curador de pleito, á escepcion de los casos en que aquel es interesado con el menor, v. gr. en la particion, en las cuentas de su encargo y mala versacion de él, sino hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes; pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y colitigante con éste, y no puede hacer por él contra sí; mas para todo lo demas puede substituir la curaduría, ó dar poder á quien lo practique todo en su nombre, sin necesidad de gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador del pleito. Los autos de esta curaduría deben protocolizarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden conducir en lo sucesivo para los que se formalicen en su virtud, al modo que la curaduría de pleito queda con ellos por limitarse á lo judicial.

178 Si el menor posee algun oficio de escribano, procurador, &c. que no puede ejercer por su menor edad, ha de concederse facultad al tutor ó curador para que durante ella nombre quien le sirva, pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza de patronatos eclesiásticos, y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion, hasta que cumpla los 7 años, y pasados para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe, pues la que haga sin éste no sirve, porque en cumpliendo los 7 años puede hacerla por sí y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiales y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad no tiene facultad el curador para presentar sin su consentimiento, porque los curadores no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en esto dependen de ellos.

Varios pedimentos.

179 *Pedimento de un tutor testamentario pidiendo la tutela.* F. en nombre de N. vecino &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, = digo: que como resulta del testamento bajo cuya disposicion falleció M. que exhibo, nombró en una de sus cláusulas á mi poderdante por tutor testamentario de sus hijos menores A. y B. cuyo encargo acepta en forma y jura usar de él con la legalidad que es debida, dando á su tiempo cuenta con pago de lo que se le entrege como á tutor. En esta atencion, y en la de que mi poderdante se allana á dar las acostumbradas fianzas = A V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos y aprobando la citada cláusula se sirva mandar que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos que pertenezcan á los mencionados A. y B. se le entreguen. Pido justicia. *Auto* = Autos.

180 *Pedimento en que un tutor legítimo pide la tutela.* F. en nombre de N. vecina de &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun demuestra el testamento bajo cuya disposicion falleció H. marido que fue de mi poderdante, en ninguna de sus cláusulas nombró tutor á sus menores hijos P. y R. y mediante á que en este caso es mi poderdante tutora legítima conforme á derecho = A V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo á mi

poderdante las fianzas que está pronta á dar, mande que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos de los mencionados sus hijos, y aceptando con juramento el cargo, se le entreguen. Pido justicia. = *Auto.* = Autos.

181 *Pedimento solicitando la remocion de un tutor como sospechoso en la tutela.* F. en nombre y como curador de pleito de N. hijo que fue de M. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que por muerte de este se entregaron á P. como á tutor testamentario de aquel todos sus bienes y efectos; y mediante á que P. los va disipando por haber tenido mal éxito varias negociaciones que tiene = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha la suficiente se sirva mandar que el referido P. dé cuenta con pago de los bienes y efectos administrados, removiéndole á su consecuencia de dicha administracion, y encargándola de nuevo á tutor lego, llano y abonado. Pido justicia y costas. = *Auto* = Dé la informacion, y hecha, autos.

182 *Pedimento de un menor pidiendo su tutela.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que como acredita la partida de casamiento que tambien presento, mi poderdante se halla casado y velado con M. y mediante á ser mayor de 18 años, segun manifiesta la partida de bautismo, que asimismo presento con la protesta de que á su tiempo se me devuelvan ambas originales = A V. suplico que habiendolas por presentadas con el poder se sirva mandar que T. tutor y curador de mi poderdante le dé cuenta con pago de todos sus bienes y efectos. Pido justicia. = *Auto.* = Autos.

183 *Pedimento de una viuda solicitando se nombre tutor á sus hijos para contraer segundas nupcias.* F. vecina de esta córte, y viuda de N. ante V. como mejor proceda = digo: que de nuestro matrimonio tuvimos por hijos á C. y R. de quienes soy actualmente tutora testamentaria, como consta del testimonio que presento, y mediante á tratar yo de contraer segundas nupcias con B. de este mismo vecindario = A V. suplico que habiendo por presentado el referido testimonio se sirva proveer de curador á dichos mis hijos menores, pues hecho asi protesto dar cuenta con pago de la administracion que he tenido á mi cargo. Pido justicia. = *Auto* = Autos.

CAPITULO II.

De la division y modo de proceder en ella: de los partidores, su oficio, facultades y reglas que deben observar, y de cómo han de dividir las cosas individuas, entre ellas el censo vitalicio personal y la finca enfitéutica.

§. I.

Qué es la division de herencia, quién puede pretenderla, y ante quién, por cuánto tiempo prescribe la accion de pedirla, cómo se ha de hacer entre los herederos presentes y ausentes, y de qué manera debe proceder el juez en ella.

1 Conclusos legítimamente el inventario y tasacion de todos los bienes y efectos del que murió con testamento ó abintestato, su viuda ó algunos de sus herederos no le impugna por ocultacion de algunos, lesion en su valuacion ú otro motivo, en uso del traslado que se les debe dar de él, si no le presenciaron, (pues habiendo estado presentes es ocioso comunicársele, puesto que pueden pedirle, y no haciéndolo es visto aprobarle) se sigue su particion, la cual se introdujo, para que sabiendo cada uno cuales son suyos, se apodere y disponga de ellos á su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que se originan de estar los bienes pro indiviso; pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunion de bienes con otro (*a*), ni vale el pacto de subsistir siempre en ella, ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpetua está prohibida por derecho (*b*), y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. Y para que el partidor principiante se instruya en materia tan vasta, escabrosa y delicada que por lo mismo ignoran hasta muchísimos letrados, y no cause perjuicios á los interesados en la herencia, procuraré tinturarle mas que medianamente en ella, para que pueda proceder con justificacion en su desempeño.

(*a*) Ley 1 t. 10 P. 5. (*b*) Leyes 14 §. 2 ff. de communi dividendo y 70 ff. pro socio.

LA FACULTAD DE DERECHO

2 La division ó particion, generalmente entendida, es *un repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por haberlas heredado ó por otra razon* (*a*). Se ha de pedir la division de la herencia ante el juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio estan sitos los bienes de ella, como ha de decirse de las mandas (*b*), y hallandose en diversos territorios se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle término para aconsejarse (*c*). Si los herederos de lego fueren clérigos ó religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el eclesiástico, y si fueren clérigo y lego juntamente, se ha de distinguir; pues pidiendo la particion el clérigo, debe acudir el juez lego por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo, y pidiendola el lego ha de ser por la misma regla ante el juez eclesiástico, asi como el clérigo heredero del lego debe de ser reconvenido ante el eclesiástico, cuando no se principió el pleito con su causante difunto (*d*); bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion como conexa con él, segun se practica.

3 Pero si fuere heredero de clérigo el lego, como se hacen de este los bienes por la adicion ó aceptacion de la herencia, se ha de pedir la division ante el juez secular: de lo cual se deduce, que si el testador clérigo rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapaz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al fisco, y si fuese presbitero á la iglesia (*e*).

4 Pueden pedir la division todos y cada uno de los herederos ó socios (*f*), siendo mayores de 25 años y capaces; pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados y demas á quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores ó defensores, de los que se les debe proveer, si no los tienen, y con los cuales, si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan.

5 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero, ó tener parte en la herencia, ó cosa comun, aunque nada le toque de

(*a*) Ley 1 t. 15 P. 6. (*b*) Leyes 32 t. 4 P. 3 y fin. t. 9 P. 6. (*c*) Ley 1 t. 6 P. 6. (*d*) Covar. Pract. c. 35 n. 4 vers. Cuarta conclusion. (*e*) Greg. Lop. Ley 13 t. 7 P. 6 glos. penult. vers. Quod autem. (*f*) Ley 2 t. 15 P. 6.

ella, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la calidad de partícipe ó coheredero, no se hará con él la division, sin embargo de que la solicite y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos ó partícipes en los bienes que se han de dividir, por lo cual ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se declare ser uno de aquellos, y conseguido esto en juicio contradictorio con los demas será admitido en el divisorio.

6 Estando ausente uno ó mas de los herederos instituidos, pueden pedir la particion los presentes; pero el juez debe comunicarle traslado de la pretension de estos con término competente, para que esponga acerca de ella lo que le convenga, porque se trata de su interes, ó mandar á todos que nombren partidores; y no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca á su oficio substanciar el proceso con la formalidad legal, en cuya atencion le ha de proveer de defensor con quien se substanciarán la particion y sus incidentes; bien que ha de constar por informacion no solo su ausencia sino asimismo que no se espera pronto su regreso, ni es facil que venga, ni envie poder á quien haga sus veces por la distancia (*a*); pues sabiéndose su paradero fijo, y pudiéndose citarle por requisitoria, se debe espedir á este efecto.

7 No haciendo mencion del heredero ausente los presentes, porque le contemplan muerto ó por otra causa, si la particion se hace sin el ausente ni defensor en su nombre, no vale en cuanto á él, ni de consiguiente le perjudica; pero valdrá respecto á los presentes que consintieron en ella, quienes cumplirán con dar al ausente, cuando parezca, la parte que le corresponde, y todos tienen pro indiviso (*b*).

8 Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo de la venida del ausente la parte que le cupo por haberla vendido, ó sido trigo, ú otras especies semejantes que no se pueden conservar muchos años, ó ganados que se murieron, u otros bienes muebles que vendió en bajos precios; y cuando el ausente viene, valen mucho mas de lo que dieron por ellos, ó de lo que valian al tiempo de la particion; se pregunta, si estará obligado á sa-

(*a*) Ley 12 t. 2 P. 3. (*b*) Ley 17 cit.

tisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ó sino poseyéndola, ó habiéndose muerto ó consumido, se eximirá de su olucion: si habiéndola vendido en bajo precio cumplirá con pagar á prorata de lo que percibió, ó lo que mas vale, si en caso de existir y tenerla un tercero poseedor podrá pedirla á este valiendo mucho mas; y siendo poseedores de buena ó mala fe los coherederos, deberán restituir al ausente los frutos respectivos á su parte ó su estimacion.

9 Y se responde, que si el ausente quiere recibir el precio en que se vendió su parte, puede exigirle del coheredero, porque en este juicio como universal para los interesados sucede el precio en lugar de la cosa; pero si reusa su percibo, porque fue poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, ha de distinguir: si el coheredero tuvo buena fe, porque al tiempo de la particion corria la fama de haberse muerto, no estará obligado á satisfacerle mas que el precio que recibió sea el justo, o menor que lo que valia; y si este se perdió ó le empleó en otra cosa, la cual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á entregarle mas que el que embolsó, y si nada se utilizó, nada deberá restituirle, ni tampoco podrá exigir la cosa ni sus frutos del comprador ni de su heredero, si el vendedor se obligó á la eviccion; pero no habiéndose obligado á ella, se la podrá sacar: si tuvo mala fe el coheredero, porque sabiendo que el ausente estaba vivo, y en parage de donde avisándole podia venir ó enviar poder, no le avisó, y antes bien procedió á hacer la particion sin él, debe devolver su parte con frutos, entregando estos, si existen y si no existen, pero que existirian, si se hubiesen conservado, volviéndolos en la propia especie; pues no debió haberlos consumido ni vendido por no ser suyos, y en haberlo hecho cometió hurto, escepto que hubiese tenido causa justa para venderlos, como pagar deudas de la herencia, ó estar para perderse, en cuyo caso se hallará obligado únicamente á restituir el precio justo que tenian al tiempo de la venta; y si el heredero ausente estimare mas útil recibir el precio por su parte podrá hacerlo. Y si los frutos se consumieron ó 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 útil sino necesaria su venta, solo estará obligado á la solucion del precio que acredite haber percibido por ellos,

no obstante que si se hubieran podido conservar y conservado valiesen mas: todo lo cual debe observarse respectivamente asi en los casos espresados como cuando hay poseedor de cosa agena con buena ó mala fe, sea reconvenido por la accion universal de peticion de herencia, ó por la particular de reivindicacion.

10 La accion para pedir la division de herencia es mista de real y personal. Se llama real, porque intentándola el heredero trata de cosa suya como el que reivindica; y personal por razon de las obligaciones personales que un heredero suele contraer á favor de otro, esto es, de las contribuciones personales que exigen con nombre de *lucro*, *daño ó espensas*: de lucro, como si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla á los demas: de daño, como si por culpa, ó negligencia de un heredero sobreviene alguno á las cosas hereditarias, porque debe resarcirle á los demas proporcionalmente; y de espensas, como si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia que debia hacer por su parte, pues se las deben reintegrar los otros á prorata.

11 Por 30 años se prescribe la accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, á causa de ser mista de real y personal, aunque por estar los coherederos ó socios mas de los 30 ó 40 años en la posesion de las cosas hereditarias ó comunes, no tiene lugar dicha prescripcion: ya porque no puede inducir la prescripcion un acto voluntario, cual es haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunion; y ya porque 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 (*a*).

12 Mas para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el transcurso de 30 años, y asi si los hermanos despues de la muerte de su padre viven separados 10 años estando presentes y 20 estando ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna (*b*). Lo primero milita, cuando los herederos ó socios callaron en dicho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad, pues la posesion y su taciturnidad inducen la misma presuncion, que ha-

(*a*) Olea de Ces. jur. t. 3 q. 6 desde el n. 28. Ayllon al Gom. lib. 1 Var cap. 9 n. 17. (*b*) Gom. lib. 2 Var. c. 11 n. 17 al fin.

co tenga quien pide la division, la obligacion de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho no se presume y debe probarla el que alega estar hecha.

13 Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere á un estraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos; pues por la venta se transfieren en él todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor ó contra él.

14 Lo mismo sucede cuando por el delito que cometió alguno de los herederos, recae la herencia en el fisco; pues este se reputa como heredero, le competen dichas acciones, puede decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legítima y restitucion por entero, y practicar todo cuanto es permitido al heredero.

15 Pero los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes inmuebles ó raices, porque son partícipes y comuneros (*a*): lo mismo se ha de decir aunque todos los bienes de la herencia sean muebles (*b*), de las acciones y derechos vendidos con las cosas muebles y semovientes, no habiendo en ella otros bienes, de la comodidad del usufructo por razon de la comunion (*c*), y tambien del heredero del censo perpetuo, porque se reputa inmueble (*d*).

16 De todas las cosas propias del difunto en que tengan parte sus herederos, y sobre que está permitido celebrar contratos, se puede hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos ó libros reprobados, yerbas u otros simples ponzoñosos, se deben quemar y no partir; y si tiene algunas robadas ó mal adquiridas, tampoco se han de dividir sino restituir á sus dueños (*e*). Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio.

(*a*) Leyes 10, 13 y 24 t. 11 lib. 5, 6, 7 y 8 t. 13 lib. 10, y 7 t. 5 lib. 9 N. R. (*b*) Ley 55 t. P. 5. (*c*) Greg. Lop dich. ley 55 glos. 2 al fin. (*d*) Palac. Rub. ley 70 de Toro n. 22. Castill. en la 74 verb. Parte en ella. Sobre este retracto y el de consanguinidad véase el cap. 18 §. 3 de la Prim. Part. (*e*) Ley 7 t. 15 P. 6.

17 Tocante á los papeles de la herencia, sean honoríficos, ó títulos de sus fincas, ú otros, si los herederos son muchos, deben estar en poder de quien tuviere mayor parte en ella, que ha de dar traslado de ellos á los demas siempre que le pidan: si fueren iguales en el haber, ha de tenerlos el mas honrado, mas anciano y de mejor fama, escepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas cualidades, no se le han de entregar, y si fueren iguales en partes, honra y lo demas, han de echar suertes, y no queriendo echarlas se depositarán en lugar seguro (*a*); pero si el testador manda que uno de los herederos nombrados los tenga, debe tenerlos, sea el mayor, ó el menor, dando traslado de ellos ante todo á los coherederos á costa de la herencia, y obligandose á manifestárselos siempre que los necesiten y lo pidan, porque tocan á todos (*b*; bien que lo espuesto debe entenderse, cuando una finca de la herencia se divide entre todos, ó algunos de los herederos, ó cuando en un instrumento, v. gr. de compra estan inclusas muchas; en cuyos casos se observan las citadas leyes poniendo asi en el original como en los traslados las notas competentes; mas no cuando de cada finca hay títulos separados, pues entonces se entregan al heredero á quien se aplica, que es lo que se debe practicar.

18 En todos los juicios debe el juez á los interesados en via ordinaria escepto en los casos de alimentos y otros que traen los AA. y no estando comprehendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten dilacion por seguirse perjuicio de ella, parece que debe proceder en dicha via admitiendo todas las escepciones que los interesados opongan.

19 Mas no obstante se debe distinguir. Si el sugeto á quien se manda, ó pide que haga particion de la herencia, ó cosa comun, niega al que lo pretende, la cualidad de heredero ó comunero, y por consiguiente que tenga derecho á la herencia ó cosa, se ha de proceder en via ordinaria; si bien no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero ó socio, y declarado ó concluido este juicio, se incoará, ó no aquel, segun sea la declaracion Y si el demandado confiesa al demandante la expresada cualidad, debe proceder sumariamente el juez; mandando á todos los partícipes nombren partidores que eva-

(*a*) Ley 7 t. 15 P. 6. (*b*) Ley 8 dic. t. y P.

cuen la particion, para lo cual ha de señalarles tiempo y lugar, y que no compareciendo alguno de los nombrados la hagan los que asistan, con apercibimiento á los interesados que los nombraron, de que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y les parará el mismo perjuicio que si los suyos estuviesen presentes. Este es el estilo de muchos pueblos; pero la práctica de esta corte es »hacer saber el nombramiento á los peritos, quienes aceptan el encargo, obligándose bajo de juramento á evacuarle bien y fielmente segun su inteligencia, y sin causar agravio á los interesados," como lo manda la ley (*a*); y luego se le pasan los autos de inventario y demas papeles concernientes al asunto, 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, se pone en limpio, y se presenta al juez, quien comunica traslado de ella á los interesados, y aprobándola estos la aprueba y se da á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber con insercion de las suposiciones, declaraciones, bienes que se le aplicaron y sentencia de aprobacion; y finalmente si dicen de agravios, los oye en via ordinaria, ó sumaria, segun sean.

20 Tambien debe proceder sumariamente el juez cuando alguno de los interesados, temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas de lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho menos, por aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio, reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan, (pues no debe admitir escepciones dilatorias y maliciosas sino deferir á lo solicitado atendida la verdad) porque este incidente no perjudica al negocio principal. De esta manera se espide con mas equidad y prontitud el artículo de tasacion (*b*).

21 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, como en la recusacion de los partidores despues que principiaron á entender en el negocio, ó como cuando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al juez mande no se le incluyan en el inventario, pues acreditándolo sumariamente, debe condescender á la pretension. Pero si hubiese grande duda, ó se re-

(*a*) La 51 t. 5 lib. 5 R., ó 2 t. 21 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 10 t. 15 P. 6. Ayor. cap. 5 cit. n. 6.

quiriese mas escrupuloso examen é indagacion, se reservará para oir á los interesados en via ordinaria. En estos artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto, por ser frívola y dilatoria (*a*), y para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio.

§. II.

De los partidores, su oficio, facultades y reglas que deben observarse para hacer justificadamente la particion y adjudicaciones.

22 Ventilados y decididos los referidos incidentes, si los hubiere, deben los interesados elegir partidores que dividan entre ellos la herencia. Estos deben ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes no solo en cuentas, que es lo menos, porque esto se aprende en la escuela, y el error material de cálculo se puede facilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion sin necesidad de volver á formar la particion, sino tambien en los puntos de derecho, de que por ser lo mas arduo y dificil, procuraré tinturar á los legos cuanto me sea posible, por sino tienen quien les disuelva sus dudas; pues no concurriendo en ellos ambas circunstancias, será un absurdo cuanto hagan, se fomentarán por su impericia costosos pleitos, y originarán imponderables perjuicios á los interesados; por cuya razon en esta corte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales segun el auto del Consejo de 11 de abril 1768. Asimismo deben jurar en los términos espuestos en el núm. 19, al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario, ó de diligencias de la testamentaría, segun se practica.

23 Todas las personas á quienes se permite por derecho comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones, porque este acto no es judicial sino estrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que le apruebe y mande cumplir, siendo arreglado. Asi que, el menor de 25 años, si tiene 18, podrá ser partidor, puesto que no

(*a*) Leyes 130 tit. 23 P. 3, 10 tit. 7 lib. 2, 3 y 6 tit. 18 lib. 4 R. y 9 t. 12 lib. 5, 1 y 23 y 22 tit. 20 lib. 11 N. R. Ayor. c. 5 cit. nn. 8 y 9.

teniendo curador puede contratar por sí, ser procurador en negocios estrajudiciales, y asimismo egercer jurisdiccion delegada. (*a*). Lo propio digo del infame por derecho (*b*), en cuanto á ser partidor.

24 No pueden ser compelidos estos partidores á aceptar el encargo de tales; pero una vez aceptado los puede apremiar el juez á que le evacuen (*c*). Tampoco pueden recusarlos los interesados que los nombraron sino por causa justa superveniente, probada ante el juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (*d*); pero siendo nombrados por el juez de motu propio se les puede recusar como á éste con dicho juramento sin necesidad de espresar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion se les removerá enteramente del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar (*e*), como se practica. Si estan diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos espliqué en el otro lugar, cap. 1 de este lib. n. 114. porque milita la misma razon.

25 Las causas porque pueden conceptuarse sospechosos y ser recusados, son: una grande enemistad ó motivo para tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nominado y el nominador: el haber contraido afinidad con el contrario, ó sucedido en su herencia: el haber sido ordenado de órden sacro, desterrado, ó preso por delito: el haber enfermado ó ausentádose por largo tiempo, y otras á arbitrio del juez docto y prudente (*f*).

26 Ayora controvierte (*g*) si el hermano, primo, ó cuñado de la persona que le nombra, podrá ser recusado por el contrario, y resuelve que el partidor nombrado para la particion de alguna herencia puede serlo por las causas espresas en derecho, porque tiene jurisdiccion para pronunciar y adjudicar los bienes hereditarios, y puede agraviar en esto; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes no pueden serlo, porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad para dar sus pareceres y remitirlos

(*a*) L. 3. tit. 9 lib. 3 R. ó 3 t. 1 lib. 11 N. R. (*b*) Ayor. cap. 4 cit. n. 3.
(*c*) Ayor. n. 4. (*d*) Ayor. n. 14. (*e*) Ayor. n. 15. (*f*) Ayor. n. 16.
(*g*) Lug. cit. n. 19 vers. Restat nunc videre.

al juez para que determine. Mas sin embargo de su dictámen, puesto que ninguna ley hace mencion de los partidores de herencias que por lo mismo se debe recurrir á las que tratan de los árbitros; distinguiendo debo decir, que si los partidores fueron nombrados como jueces árbitros y arbitradores, ó componedores amigables, precediendo para ello compromiso de los interesados con las facultades de que diesen al uno y quitasen al otro á su arbitrio, y con pena convencional, podrán ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho; pues tienen jurisdiccion y pueden hacer agravio; (sobre el cual para ser oida la persona que se dice agraviada, es preciso que se deposite la pena, y apele ó pida reduccion dentro de los diez dias de la ley) pero faltando dicho requisito no se le podrá recusar, pues por mas autoridad que se le atribuya y quiera conceder, no se estiende á mas que á un parecer ó dictamen que con el título ó nombre de peritos dan segun su inteligencia, y que como no es exequible, mientras que el juez no le apruebe, y el agraviado en caso de apelar no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho (*a*), no tiene vigor de sentencia; mayormente cuando no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion, ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley (*b*); y si hay algun punto oscuro, ó duda de derecho, la deben consultar y proponer al juez, para que la resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder á formar la particion; y así pueden estos agraviarse del dictamen de aquellos en uso del traslado que se les debe comunicar de la particion, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó espongan ante el juez ordinario los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto, sobre lo cual si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica.

27 Como el juicio de la division depende del justo y arreglado arbitrio del juez segun la ley 10 tit. 15 P. 6 cuyas son estas palabras: »Poderío há el juez ante quien pidieren la particion

(*a*) Ley 24 auto 1 tit. 12 lib. 4 R. ó 5 y nota 1 t. 17 lib. 11 N. R.
(*b*) La 50 tit. 5 lib. 2 R. ó 1 t. 21 lib. 10 N. R.

los herederos, de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada, (*justa ó arreglada*) é mas á pro dellos;" si los partidores nombrados por los interesados discuerdan, podran nombrar de oficio tercero en discordia, segun ha parecido conveniente; y se observa en esta corte para evitar las contiendas y discordias que podrian suscitarse entre ellos acerca del nombramiento; y aunque se conformen dos de los tres, no se deja de comunicar traslado á los interesados para que aprueben la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido nombrado, y se les oye en via ordinaria, porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos espresos en derecho, y el tercero no es mas que un perito como los demas. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ya discuerden todos formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente á los interesados; y con vista de las probanzas que hagan si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podrán apelar en el termino de los cinco dias de la ley, ó consentirla.

28 Quedando la muger viuda y sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano, se han de nombrar dos partidores solos, el uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituidor, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto como todos juntos de los bienes gananciales. Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su partidor y los sobrinos otro solo; porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre, si viviera, se estiman por un heredero (*a*); lo cual procede tambien en la sucesion abintestato (*b*). Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo partidor por evitar discordias y gastos, como se practica en esta cor-

(*a*) Véanse los nn. 43 y sig. cap. 7 lib. 2. (*b*) Ayor. part. 1 c. 5 cit. n. fin.

te y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

29 Como una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictámen acerca de la cuota, ó cantidad que toca á cada uno por sus derechos, lo cual se llama con propiedad *liquidacion*; y otra hacer pago de esta cuota con los bienes de la herencia, que es y se llama *distribucion*, *aplicacion* ó *adquisicion*; debo decir que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicaciones á uno entera, ó parcialmente, condenándole á que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene comoda division, pues la ley le autoriza para ello, por evitar entre los interesados disturbios que consuman la herencia; como tambien aplicar los demas bienes segun su valuacion, esten bien ó mal tasados (*a*): porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible y adjudicar los bienes de la herencia por los precios en que se hallen valuados, pues para lo primero es el juicio de inventario, en el cual antes de llegar á la division se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones, comunicándose á este fin los autos á los interesados, si quieren tomarlos, hayanlas presenciado ó no.

30 Los partidores, segun parece, no pueden hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para determinar, y solamente tienen facultad para dar su dictamen y esponerle al juez para que determine; pero sin embargo de esto podran hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten comoda division (*b*), y tambien la de los demas por sus precios; pues por el hecho de nombrarlos los interesados, y de conformarse el juez con su nombramiento es visto darles comision para todo.

31 Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el partidor proceda justificadamente en las adjudicaciones, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos, ó socios, ni sea causa de discordias y pleitos entre ellos, debe tener muy presentes 14 reglas ó advertencias. La primera es, que observe igualdad y proporcion asi en cuanto al número, cuota ó cantidad que corresponde á cada interesado, como en cuanto al valor y estimacion, cuali-

(*a*) Ley final tit. 15 P. 6 Ayor. part. 3 quæst. 5. (*b*) Ayora q. 5 cit.

dad bondad de las cosas que le aplique: de modo que no dé á uno lo bueno y á otro lo malo, á uno lo redituable y fructífero, y á otro lo infructífero, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, de todas clases y en cada una, de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente, &c. y si hay cosas ó géneros comerciables, guarde en ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana, ó poca salida, y no precisamente á su valor, informándose á este fin de prácticos en su comercio, y dividiéndolos en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y cuantas mas se emplea el dinero, mas se lucra. Y si agravia á los interesados, y no son oidos en juicio contradictorio, debe el juez deshacer el agravio con su audiencia antes de aprobar la particion, pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en autoridad de cosa juzgada, deben observar en toda la particion, ya se haga estrajudicialmente por los interesados y se presente al juez para su aprobacion ya judicialmente (*a*).

32 La segunda regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los herederos ó interesados, sea por haberla comprado antes, ó por habérsele legado, donado, ó adquirídola por otro título, le prefiera el partidor á los coherederos en la adjudicacion de su total, pues debe ser así por la mayor porcion que le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que tenga mayor parte.

33 La tercera es, que si los socios ó herederos hicieren algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ú bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidor exactamente sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos y no á la de uno solamente. Lo mismo practicará cuando los cónyuges hubieren hecho en los contratos nupciales.

34 La cuarta es, que si alguna cosa raiz de la herencia, ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados, ó entre algunos, no les consigne el partidor sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y

(*a*) Ayor. p. 3 q. 6 y 7.

otra al fin sino unidas en cuanto sea posible.

35 La quinta es, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos, pues se han de aplicar unidos á cada uno los que le quepan.

36 La sesta es, que si fuere indispensable dividir entre muchos un fundo comun, en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos la de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para la suya, aunque no tenga entrada por otra parte, escepto que asi lo pacte espresamente, segun se ha de decir del vendedor respecto del comprador, sea rústico ó urbano el predio. Mas esto no procede en no pudiendo hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, del mismo modo que cuando los poseia todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior, pues en este caso debe el partidor dejar reservada espresamente en las partes de todos la servidumbre para ellos, de modo que ninguno puede impedir al otro el tránsito, y le tenga franco y espedito, como si fuera único dueño y posedor de todos tres.

37 La séptima regla es, que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados para evitar su discordia por causa de la comunion; bien que á veces se ha de permitir á todos el uso comun de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, como si dos de estos tienen dos casas antiguas y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo este cómoda division, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio con grave perjuicio suyo, asi debe quedar indiviso el portal.

38 La octava es, que en la division se entienda á lo mas cómodo y útil; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes se le aplique toda, y de lo contrario entregue en dinero el exceso; ó que no entregandole, si es raiz la cosa, se le adjudique imponiéndose cen-

so reservativo sobre ella, y obligándose á pagar al consocio, ó coheredero los correspondientes réditos, hasta que le redima, segun se practica para observar igualdad; pues sería cosa injusta que el uno se estuviese utilizando de los frutos, ó producto de la parte del otro. Se dice no permitir la cosa cómoda division, cuando por dividirse vale mucho menos y pierde la estimacion que tiene unida.

39 La nona es, que la valuacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite cómoda division, sea de toda ella, y no de la parte ó porcion que se asigne á cada partícipe separadamente, porque llegado el caso, ó precision de venderse, mejor se vende á uno, ó á muchos el todo que pedazo á pedazo; fuera de que unas partes por su calidad, ó por otro motivo suelen ser mas útiles que las otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fue con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, no se causa perjuicio; pues podria no haber quien tomase lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, una el partidor todas las porciones y aplíquelas á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo esplicado en la regla anterior.

40 La décima es, que no se venda la cosa mientras se pueda evitar; pues así como cuando no admite cómoda division, se puede vender, por el contrario, admitiéndola se ha de señalar en ella á cada partícipe su porcion, y no se le podrá compeler á recibir contra su voluntad el importe de su valor.

41 La undécima es, que en la division entre el cónyuge y los herederos del difunto haga el partidor separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio, ó heredaron durante este, ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que vendieron para comprarlos, y si existen, se los aplique, y no al cónyuge ó consocio ni á sus herederos dándoles otros en su lugar; pues aunque durante la sociedad son comunes, y en todos y cada cosa tienen todos el dominio pro indiviso para usufructuarlos (*); una vez que la particion debe hacerse con bondad,

(*) Es falso que durante el matrimonio tengan los dos cónyuges el dominio pro indiviso de dichos bienes, aunque sean comunes sus frutos, utilidades y

equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un estraño, y lo mismo debe hacer el partidor con los muebles del uso privativo del cónyuge y de los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ó á sus herederos; pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso como subrogadas en su lugar, ninguno compete al consocio porque no se le comunica su dominio, y es justo que se haga asi para que no se le perjudique por beneficiar á su socio, bien que asi como tiene derecho á que se le entregen las existentes, no debe resistirse á tomarlas, si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entonces se les dé. Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios, cuando su padre ó madre dejó algunos bienes adquiridos constante el suyo que se hallan pro indiviso, pues la parte que tocaba al muerto y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco, como que le representan y ocupan su lugar, y no a sus medios hermanos, padrastro ni madrastra en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Pero lo espuesto no tendrá lugar si los interesados mayores de 25 años hacen algun pacto contrario, ó si hay motivo grave que obste practicarlo asi.

142 La duodécima regla es, que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos como censos, juros, jurisdiccion, servidumbre, &c. divida el partidor sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que se ha espuesto; y si los derechos no se pudiesen dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó réditos. El uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorata del haber de cada uno, y el de la servidumbre por tiem-

obvenciones, lo cual es muy diverso. Cada consorte conserva el señorío de sus propios bienes, como poco mas abajo dice Febrero, y esta es la razon principal porque deben adjudicársele. Lo mismo se ha de decir de los socios, si su compañía es singular; bien que siempre ha de estarse á los pactos con que se celebre siendo justos y arreglados. En la compañía universal se comunican recíprocamente á los socios el dominio de sus bienes y efectos.

po. Pero el señorío y jurissdiccion como cosa honorífica, y que por lo mismo y por ser la hembra el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se le aplicará y se dará un equivalente á la muger escepto que el testador mande lo contrario, ó los interesados se convengan en otra cosa. Lo mismo se practicará con el patronato ú otro derecho ó regalía de honor.

43 Tocante á las deudas en favor del caudal ha de hacer el partidor su aplicacion y distribucion de modo que á ningun heredero ó socio perjudique, por beneficiar á otro; y ademas debe adjudicar á cada uno el débito entero, para que el deudor no sea vejado con muchos juicios siendo aquel uno solo, escepto que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas, pues de estas dos clases debe aplicar á todos su porcion respectiva en cada una, para que sufran á prorata la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas seguro y útil á todos es, que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren las repartan, con lo cual sufren todos el perjuicio y reciben la utilidad proporcionalmente. Y en caso que las adjudique á uno solo, debe reservarle su derecho para que le repita de los demas, y dejar á estos obligados á la eviccion, para que le satisfagan las partes que les correspondan asi de lo que salga fallido como de los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si le quitaran en juicio alguna cosa que se le hubiese aplicado como efectiva y segura, á no ser que pacte que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion. Pero debe tener presente el partidor que si interviene en la particion la viuda, ó quien la represente, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se le ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos que celebró su marido mientras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes ó dinero, y luego aplicarle por razon de gananciales la parte proporcional que le toque de ellas; pues asi por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion para recuperarlos, segun se los entregó ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas ó créditos habiendo alhajas y fincas con que satisfacerle. Tambien debe tener presente que si durante la comunion se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y ponerlos en este concepto

por cuerpo del caudal, aunque estén inventariados como créditos.

44 La décimatercia regla es, que si hay deudas contra el caudal, y por no haberse satisfecho antes de la division, se nombra por pagador de ellas á alguno de los interesados, haga á su favor el partidor adjudicacion, ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe, y no habiéndole, bienes en cuya venta no tenga ningun dispendio, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor; pues 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 sería perjudicado; y puesto que están obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de esta: que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que están satisfechas, deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede, bueno ó malo; pero si no hay plata, oro, ni otros bienes, en cuya venta no pueda haber pérdida, deben venderse antes los necesarios para el pago de deudas, y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al pagador nombrado la pérdida y gastos que tenga en ella, bajada su parte, pues como uno debe concurrir con los demas á proporcion de su haber, y asi se espresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar, si se le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus dueños, y no dinero por ellos como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y esacto con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

45 Y la décimacuarta regla es, que por ningun título altere el partidor la tasacion de los bienes modificándola ó aumentándola, pues esto no es de su inspeccion sino de la de los tasadores, y conforme estén valuados, ha de formar el cuerpo del caudal y adjudicarlos. Asi que, si entre ellos hubiere diamantes, ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa; por esto mismo y no por el tercio, ni por entre mitad y tercio las ha de distribuir y aplicar, escepto que pacten otra cosa los interesados,

ó que existan algunas de aquellas que estos hubiesen llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario por el intrínseco real y verdadero que tienen, en cuyo caso, ó ha de reducir el primero al segundo, ó en su defecto aumentar el esceso á éste, porque tales piedras como no se consumen ni deterioran, no tienen pérdida, por cuya razon y por no haberse transferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevo hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el esceso, que no era valor real sino aereo ó imaginario. Y en la adjudicacion v. gr. de un aderezo, ú de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacerse separacion de estas sino aplicarlas todas, como que unidas componen una completa, á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas, y si á ninguno cabe, se ha de vender, ó se han de convenir los interesados acerca de su aplicacion. Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán volverse á tasar para evitar perjuicio, lo cual hara presente á los interesados, para que los hagan valuar y no aleguen despues lesion en su adjudicacion, escepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

46 En órden á si los partidores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que aceptaron el encargo lisa y llanamente, fue para todo y no para la mera liquidacion; pero aqui he visto años pasados ejecutoria del Consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un partidor para que dividiese la herencia entre ellos. Liquidó el caudal y lo que tocaba á cada uno, y conociendo que eran de un genio díscolo les instó á que se juntasen en su casa para hacer la aplicacion con arreglo al inventario. Se resistieron diciéndole que se los adjudicase, mas lo reusó haciéndoles presente que ignoraba qué bienes acomodaban á cada uno, y no queria que luego propalasen habia procedido con pasion, ó dijesen de agravio de la adjudicacion y consumiesen la herencia. En vista de esta renuncia se quejaron al juez, quien oido el partidor, les mandó juntarse en su casa, y habiendo apelado de la providencia, la confirmó el Consejo.

47 Aunque los jueces ordinario y delegado no pueden en-

mendar ni revocar su sentencia despues de dada y publicada, por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio; no sucede asi en los meros partidores, pues sea de oficio, ó á pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido y reformar su parecer para evitar controversias, ya porque este no es sentencia, ya porque la comision que les dieron, fue para evacuarla perfectamente por sí mismos, y aunque no lo hayan espuesto asi en el nombramiento, se entiende tacitamente; pero la enmienda ha de ser antes que el juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite, por haber espirado su oficio y facultades.

§. III.

Cómo se han de dividir las cosas individuas, y entre ellas la jurisdiccion y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

48 Al juicio divisorio vienen las cosas corpóreas é inanimadas que pueden dividirse cómodamente en partes separadas, como el vestido, casa, fundo, olivar y otras semejantes. Tambien vienen algunas que sin daño suyo no se pueden dividir como el caballo, el molino, &c. las cuales se llaman individuas en derecho. Asimismo vienen otras que natural y legalmente son absolutamente individuas como las servidumbres que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir aunque se quiera. Y finalmente vienen otras que aunque por su naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que ipsojure se dividen activa y pasivamente entre los herederos, y no vienen al juicio divisorio sino solamente por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente.

49 Para que el partidor no ignore cómo ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones individuas, procurare instruirle con diferentes egemplos. Pedro prometio que Juan habia de pasar por su heredad, y que ni él ni sus herederos se lo estorbarian, y murió dejando varios de ellos. Esta obligacion individua no viene al juicio divisorio, y asi compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y cualquiera

de los del otro insólidum, prohiban el paso todos ó uno solo, por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho de uno no dañará á los otros. Lo propio sucede, si el testador lega la servidumbre de tránsito, pues cualquiera de sus herederos está obligado insólidum á concederle y dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagáre cierta suma, satisfará tanto en pena, en cuyo caso para eximirse de esta no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer todo el débito, ó uno por sí y por ellos, y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion insólidum contra todos.

50 Queriendo todos los herederos el fundo, casa, viña, olivar, ú otra cosa raiz, ó mueble de valor que hay en la herencia, y no conformándose en quien la ha de llevar, o cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y éste ha de pagar en dinero á los coherederos las porciones que les podian tocar en ella, precedida su justa tasacion, á lo cual le puede condenar el juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta, ó por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel á quien toque, no se debe escusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella en caso de caberle; ó sino, hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte entregue el residuo y se divida entre los demas, ó que se venda á un estraño, si no quieren comprarla, o no dan su justo precio, ó aunque uno le ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarle, y aplicarles el que dé el estraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar disensiones entre los partícipes (*a*). Estos modos de hacer particion de cosa individua, ó de la que reusan tomar en pago de su haber, por pretestar se les perjudica, son los mas frecuentes; pues aunque no está reprobado, no se usa regularmente el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los me-

(*a*) Leyes 10, tit. 15 P. 6 y 2, tit. 4, lib. 3 del Fuero real.

nores elijan, como lo practicó Abrahan con Loth para evitar las frecuentes contiendas que los pastores de sus ganados tenian por estar pro indiviso (*a*); y como se halla dispuesto en el derecho canónico, cuando dos obispos discuerdan sobre la division de parroquias (*b*), en cuyo caso el mayor divide y el menor elige. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la cosa que no tiene cómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y éste lo resiste y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no ha de procederse á la subasta, ni causársele estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consócio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es á lo que se le puede obligar.

51 Aunque la jurisdiccion es indivisible, y por esto pertenece insólidum á los mayores en edad que la tienen, sin embargo cuando hay muchos pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion se ha de dividir y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demas, y de esta suerte no tendrán que alternar anualmente, como si se dejase pro indiviso; pero si es de mas valor el que se aplica al uno que el del otro, debe mandar el juez que el primero satisfaga en dinero el esceso al segundo, y le puede compeler á ello.

52 Si en la herencia hay un pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella, porque así como el pueblo se divide realmente, así tambien la jurisdiccion inherente á él, sino es que por esta division se multiplique la jurisdiccion y tribunal, pues entonces no podrá dividirse sin consentimiento superior y urgencia de la causa pública, escepto en los feudos, ducados, condados y otros semejantes, los cuales aunque propiamente no se pueden dividir, sí el uso y la administracion aneja á ellos.

53 Cuando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun pueblo y discuerdan en el ejercicio de ella, deben ser compelidos á concordarse, ó á dividir alternativamente su uso por años, ó á elegir de acuerdo un juez que

(*a*) Genes. cap. 13, n. 9. (*b*) Cap. 1 de Parrochiis, & alienis Parrochianis.

la ejerza ; y si tienen partes desiguales , lo deben ser tambien á hacer unánimes la eleccion , ó sino , á nombrar cada uno por el tiempo que le toca , v. gr. el que tiene ocho partes , por ocho meses , y el que cuatro , por cuatro, &c.

54 Si el testador tomó dinero á censo ó renta vitalicia , y vive el pensionista ó alimentario , debe el partidor dejar el capital en uno de sus herederos por via de depósito con cargo de suministrar la renta anual al pensionista ó alimentario , y con la condicion espresa , de que si este viviere tanto que consuma el capital y perciba mas que su importe , ha de poder repetir y exigir el heredero de los coherederos el esceso que le pague á prorata , deduciendo la parte que como á uno de ellos le corresponda satisfacer ; y de que si por el contrario muriese antes que se consuma el capital , comunicará á los demas el sobrante , con lo cual nadie queda perjudicado.

§. IV.

Cómo se ha de dividir la finca enfitéutica.

55 Viene tambien al juicio divisorio la finca enfitéutica hereditaria , y así pueden los herederos dividirla aplicándola proporcionalmente á cada uno segun su haber , ó enteramente á uno solo con obligacion de dar á los otros la estimacion ó valor de sus partes ; y no necesitando de requerir al señor del dominio directo , si la quiere por el tanto , por ser la division una enagenacion necesaria y no voluntaria , de suerte que por la falta de dicho requerimiento no cae la finca en comiso , ni por la division se debe laudemio , escepto que en la escritura primordial del enfitéusis se haya estipulado lo contrario.

56 Tambien tiene lugar lo espuesto, cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto espreso de que el uno sucediese al otro , ó de que hubiese entre ellos derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirle igualmente en la forma espuesta , sin riesgo de que caiga en comiso , ni necesidad de requerir al señor , porque no hay persona nueva á quien éste no conozca , ni haya admitido ; y aun enagenar sus partes , porque esto no es propiamente enagenacion sino una anticipada renuncia de su derecho.

57 Enagenando alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo la parte que le tocó, sin requerir primero al señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en posesion de la finca, y en virtud de la enagenacion la entregó al comprador ó no: si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque: si no lo estaba ni entregó la finca, no tiene lugar el comiso.

58 Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfitéusis, y así las puede legar, donar y enagenar, por lo que si el enfitéusis es perpetuo, vendrán todas á la particion, y aquel en quien quede ó se encabece el derecho y finca enfitéutica, tendrá que satifacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las cuales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico y no separadas de él, porque es individuo, segun se practica.

59 Dúdase, si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánon ó pension anual con arreglo al auto acordado del Consejo sobre los censos perpetuos de esta corte, inserto en el n. 88 cap. De los censos P. I.: á lo pactado en la escritura de su creacion, ó en defecto de pacto á la costumbre del pueblo, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios ó á lo menos con uno, como cuando se celebra venta de la finca le percibe y hace suyo; ó deberá imponer todo el importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía. Para desvanecer esta duda ha de considerarse, quien es el dueño del enfitéusis, si la memoria ó el capellan; como tambien si los laudemios son renta ó fruto de ella. En órden á lo primero debo decir que la memoria es la dueña, y el capellan un mero usufructuario con el gravámen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas, y así no compete á este el derecho de tanteo ni el de conceder licencia para la venta, no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento han introducido, ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso, si el enfitéuta no paga en 3 años la pension, pues todos estos derechos como peculiares y privativos del señor del dominio directo en fuerza de la reserva que hizo de ellos para sí y sus suce-

sores en la escritura de dacion á enfitéusis, tocan á la memoria, la cual, en virtud de la transiacion de dominio que le hizo el fundador, señor del enfitéusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En órden á lo segundo, digo que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente al cánon, el apoderarse de el de el enfitéuta no le paga en tres años, y el de tantearia ó en su defecto conceder licencia para la venta y percibir el laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos, y pagándole el enfitéuta, se constituye dueño de todos y del solar, consolidando el dominio directo de que carecia y de que son privativos con el útil que tenia. Si se me replica que cuando hay venta, percibe el capellan el laudemio que se causa por ella, y que asi debe quedarse con uno á lo menos en el caso ¡ropuesto; como asi mismo que aun cuando se quede con los tres, son beneficiados la memoria y capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y éstos en percibir anualmente doble renta; responderé que el laudemio que el capellan percibe cuando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfitéuta debia y pagaria por el solar, si le tuviera arrendado, y asi quedan vivos é ilesos enteramente los espresados derechos á favor del señor: que por el contrario en el presente caso se estinguen para siempre, de modo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo y de usar del comiso y tanteo se le resarce con el capital que se forma de ellos, y su valor y con la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al cánon y laudemios que antes de estinguirse se pagaban; y que de quedarse con ellos el capellan, en cuya vida se consolidan ambos dominios, é imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, lejos de beneficar á la memoria y capellanes sucesores se les perjudica: á la memoria porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba; y á los capellanes, porque se les priva de percibir laudemios, los que antes podian superar mucho no solo á los actuales réditos del duplo capital sino tambien á los de el de los tres, si eran muchas las ventas que se celebraban en sus vidas, y mas se debe

mirar el beneficio de la memoria y su conservacion, y capellanes sucesores que al privativo del que quiere lucrarse en su detrimento, mayormente cuando por la imposicion del dupio capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuales del laudemio que deja de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que antes. Lo propio se ha de decir por la misma razon, cuando el enfitéusis pertenece á mayorazgo.

CAPITULO III.

De las deducciones llamadas comunes ó generales que se deben hacer del caudal inventariado.

§. I.

Cómo y por qué órden se han de bajar del caudal inventariado la dote ó bienes parafernales de la muger, y cuál en concurencia de dos ó mas dotes, se ha de deducir primero.

1 Son muy considerables los perjuicios que algunos partidores causan á los herederos en sus particiones, por ignorar el modo de hacer las deducciones generales y particulares, y no dar á cada una el lugar correspondiente. Así pues, para que el partidor principiante no los cause, paso á instruirle á fondo en materia de tanta importancia.

2 Así como en la sociedad convencional para saber si hay utilidad, ó pérdidas, es indispensable separar previamente, como se separan, del cúmulo de todo el caudal los bienes, capital ó fondo que cada socio puso, ó su importe, y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció, porque cuando se contrae simplemente entre algunos, se entiende de los bienes futuros y no de los capitales, á menos que especial y espresamente pacten lo contrario: así tambien en la conyugal, que regularmente se equipara á la convencional, se deben deducir ante todas cosas del cuerpo del caudal inventariado los que ambos cónyuges llevaron á la compañía que celebraron con el matrimonio, (sea al tiempo de casarse ó mientras estuvieron casados, por haberlos heredado ó adquirido por otro título lucrativo de algun pariente ó estraño) ó el importe de ellos y las

deudas causadas en su tiempo, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales.

3 Enterado el partidor del inventario y demas papeles concernientes á la particion que ha de evacuar, sea de uno, dos, ó mas matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga suposiciones de lo que resulte de todos por su órden cronológico, y que esprese en la última cuanto importa el caudal y el modo de dividirle, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente, qué motivo hubo para su distribucion y deducciones, en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arregladas; y vean asimismo en sus hijuelas ó adjudicaciones, como que se deben insertar en ellas, los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó, ó no en su haber; pues las suposiciones, aunque no son esenciales en la particion, dan una clara idea é instruccion de todo.

4 A continuacion de las suposiciones debe el partidor formar cuerpo del caudal, poniendo su total por clases y por mayor, v. gr. en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto, en ropa blanca tanto, en ropa de seda tanto, &c. como se verá en los ejemplares puestos al fin del lib. 2, y no ha de copiar el inventario; pues á mas de ser esto inútil, porque los bienes que contiene, se reparten entre los interesados, á quienes basta saber á cuanto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué y como, y qué es lo que les toca, y en qué especies con individualidad; se les originan gastos infructuosos que debe evitarles, sino hay motivo especial para lo contrario.

5 Formado el cuerpo del caudal en dichos términos ha de hacer de él el partidor las deducciones correspondientes. Lo primero que debe bajar es la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido, (sean legítimos ó estraños los herederos) por dos razones: la una, porque no solo es fondo, ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido y preferida á todas las que este contrajo constante el matrimonio; y la otra, porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de los suyos propios (*a*) regularmente hablando. Pero esto no procede,

(*a*) Ley 33, t. 13 P. 5.

cuando el mismo marido devolvió á su muger la dote, porque no tiene prohibicion de pagar en vida la deuda el que se halla obligado á satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y mientras vive, puede prevenir y hacer voluntariamente lo que por disposicion suya habia de practicarse despues de su fallecimiento, sin que por efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que habria percibido su padre á no haber hecho la restitucion; pues este carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservarla en su poder, ni á adquirir frutos para custodiarla, si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla sino quiere.

6 Si la muger llevó al matrimonio bienes muebles, como ropas, menaje de casa, alhajas de plata ú oro y diamantes: ó semovientes, como ganados, sean ó no productivos: ó que consistan en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceite, ó dinero, &c. y al tiempo de casarse se valuaron con estimacion cierta que causó venta, y el marido se obligó á la entrega de su precio, disuelto el matrimonio; como que se le transfirió irrevocablemente su dominio, y como dueño pudo disponer de ellos á su arbitrio, es de su cuenta el incremento, pérdida ó menoscabo que despues de celebrado su casamiento, y no antes padezcan, aunque no haya tenido culpa; por cuya razon, y porque es deudor de la cantidad á que asciendan, por haberse obligado así, y no de los mismos bienes, aun cuando perezcan por incendio ú otro caso fortuito, ó no estén deteriorados, debe restituir de su propio capital, sino hay gananciales, el mismo precio á su muger, la cual no puede ser compelida á recibir los bienes ni otros por ellos (*b*) sino quiere y hay dinero.

7 Mas esto no tiene lugar, cuando se pacta otra cosa en la escritura de dote, á la cual debe arreglarse el partidor para hacer á la muger ó á sus herederos la adjudicacion y pago, porque segun se obligue el marido, queda obligado (*c*); en cuya atencion aunque se hubiesen apreciado los bienes, si se estipuló que di-

(*a*) Escobar dice (*de Retinciniis Computat.* 18 *n fin.*) que cuando por empobrecer el marido, ó imposibilitarse de administrar la dote, se entrega á la muger para que le administre, no se le confieren facultades para disponer de ella á su arbitrio, sino para que la cuide como un curador, y se sostenga con sus frutos las cargas matrimoniales. (*b*) Leyes 18, 19 y 20, t. 11. P. 4. Covar. Pract. cap. 28. (*c*) Ley 2, t. 16, lib. 5 R. ó 1, t. 1, lib. 10 N. R.

suelto el matrimonio habia de volverlos, segun estuviesen, ó su estimacion á eleccion suya, y eligiese volverlos, será de cuenta de la muger su deterioro, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido este en sí todo el daño que acaeciese en ellos (*a*). Si se obligó á restituir los mismos bienes y hubiesen perecido ó destruídose algunos, bastará que entregue otros á justa tasacion, ó que supla con otros su deterioro, y no estará obligada á su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion para pedirle; y si se hizo de ellos un aprecio que no causó venta, y solo por saberse su valor, no se le transferirá su dominio como en el caso anterior, ni por consiguiente será de su cuenta su incremento, pérdida ó menoscabo.

8 Pero si el marido no dejó dinero, no están obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia, en los cuales recibirá la viuda su importe á justa tasacion (*b*); ni consistiendo la dote en muebles se les puede compeler á malvenderlos, por darle dinero que no llevó al matrimonio, puesto que ningun perjuicio se le causa: tanto mas que si aun el mismo deudor no puede ser compelido, y antes bien cumple con dar otros equivalentes á arbitrio del juez, como lo dispone una ley de Partida (*c*), con mayor razon sus herederos que, aunque les sucede en todas las acciones y obligaciones, no contrajeron la de restituir en dinero la dote. Asi que, este punto se dejará al arbitrio del juez, pues nunca dan ni con mucho por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella.

9 En cualquiera cantidad que se pruebe haber habido lesion y engaño en la valuacion de los bienes dotales, puede pedir el agraviado que se le indemnice, aunque no esceda ni llegue á la mitad del justo precio, como es necesario en las ventas y otros contratos. Asi lo dispone la ley 16, t. 11 P. 4. "E si la dote fuesse apreciada, segund que es sobredicho, é la apreciassen por mas, ó por menos de lo que valiesse, si se sentiera por engaño alguno dellos, puede mandar que sea desfecho el engaño, tambien el

(*a*) Ley 18 al fin t. 11 P. 4 verb. E si quando. (*b*) Ley 3 t. 14 P. 5. (*c*) La 3 citada donde se dice: »Pero si acaesciesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras á bien vista del juzgador."

que da la dote, como el que la recibe. E esto se entiende que dever ser guardado en la dote tan solamente. Ca en cuanto quier que sea fecho el engaño, en mas ó en menos de lo que vale la cosa, siempre deve ser desfecho, monstrando el engaño segund que es dicho, aquel que se tiene por engañado. Mas esto non es en los otros pleitos (*pactos ó contratos*). Ca non es tenudo (*obligado*) de desfacer el engaño el que lo fiziese; fueras ende si montasse mas ó menos de otro tanto el precio derecho que valia la cosa.» Esta ley no se señala término para usar de su privilegio, y así parece que se podrá hacer en cualquier tiempo que se advierta el engaño, acreditándose y existiendo las cosas dotales.

10 Si aunque se hubiesen valuado los bienes, no causó venta su aprecio, por constar haberse hecho solamente para saber su valor, por si al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian muerto, consumido ó deteriorado por culpa del marido; se ha de distinguir: si los bienes consisten en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales al tiempo de la disolucion del matrimonio, porque se le transfirió su dominio no obstante el aprecio (*a*); pero siendo de otras especies ó ganados, pertenece á la muger el incremento ó decremento que esperimenten, porque no se transfirió al marido su dominio, y así no habiendo gananciales no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen ó se deteriorasen; pues no probándolo, está obligado á satisfacer su pérdida, menoscabo ó perjuicio con otros bienes equivalentes, mediante á que es un administrador de los bienes dotales, y por su administracion estan obligados tácitamente los suyos propios (*b*.; bien que si hay g nanciales; se deducirán de ellos no como dote sino como fondo puesto en la sociedad que debe separarse antes que se dividan las utilidades: lo cual se practica como justo y razonable en estos reinos de Castilla (*c*), así en este caso como en los precedentes.

11 Habiéndose entregado sin aprecio al marido bienes que consistian en número, peso ó medida, los cuales se consumen

(*a*) Ley 21, t. 11, P. 4. Covar. (pract. q. cap. 28) trata de los casos en que causa ó no venta el aprecio. (*b*) Greg. Lop. ley 17, t. 11, P. 4, glos 2 Com en la 50 de Toro n. 43. (*c*) Mont. ley 1, t. de las ganancias lib. 3 del Fuero Real.

con el uso, le pertenecen tambien su incremento y decremento, porque sin embargo de no haberse valuado se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recibimiento y celebracion de este, valiesen entonces mas varatos ó mas caros (*a*), por lo que no habiendo gananciales le pagará de sus propios bienes; aunque esto se ha de entender cuando se obligó en dichos términos, pues si su obligacion se circunscribió solamente á volver otros tantos de la misma especie y bondad, deberá cumplirla esten mas caros ó mas varatos.

12 No consistiendo en número, peso, ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio sino en otras clases ó en ganados no productivos como bueyes, carneros, &c. toca á la muger su incremento, pérdida ó deterioro, de suerte que no habiendo gananciales cumple su marido con entregar los existentes, segun se hallen, y no debe responder con su capital de los perdidos, consumidos, ó menoscabados sin su culpa (*b*); pero habiendo gananciales se deducirá de estos lo que valian, no como dote sino como fondo puesto por la muger en la sociedad (*c*); regulándose prudentemente su valor segun costumbre de estos reinos de Castilla. Si los ganados son productivos como cabras, ovejas, bacas, yeguas, &c. ha de reemplazar con los hijos ó crias que procreen, otras tantas cabezas como perecieron de sus madres (*d*), haya llevado pocas ó muchas reses, pues aunque por derecho comun está dispuesto que llevando la muger manada ó rebaño de ellas, haga su marido el reintegro de los muertos con otros tantos hijos, y que no siendo manada sino menos de 10 los pierda la muger (*e*); como la ley 21, t. 11, P. 4 que debemos seguir, no distingue, no debemos distinguir tampoco; por lo que lleve ó no rebaño, ha de hacer la restitucion y reemplazo con los hijos, segun se ha espuesto. Sino hubiere hijos ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; pero habiendo gananciales, aunque no haya crias, sa-

(*a*) Ley 21, t. 11, P. 4. Ayor. de Partit. p. 1, cap. 7, nn. 9 y 10. (*b*) Leyes 18 y 21, t. 11, P. 4. (*c*) Ley penúlt. t. 10, P. 5. Gutier. lib. 2 Pract. q. 95, n. 16. (*d*) Ley 21 cit. verb. Pero si acaesciesse. Ayor. dich. cap. 7, n. 10 (*e*) Ley 21, ff. de Legat. 1 y §. 18. Instit. del mismo tit.

cará de ellos su valor como fondo de la sociedad y no como dote (*a*), que es lo que se practica. Si no hay crias de estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote ó heredó, mas sí otros gananciales, sacará el valor que tenian, cuando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en la obligacion de restituir la cosa, si perece, sucede en su lugar la restitucion de su estimacion; y asi no tendrá derecho á pedir lo que valdrian al tiempo de la particion, si vivieran, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento ni decremento; ni tampoco el valor que tenian, cuando los llevó al matrimonio, porque hasta que murieron fueron suyos.

13 Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar el débito contraido constante el matrimonio ú otro suyo que tenia antes de casarse, parece que su muger podrá pretender otros tantos ó su estimacion, especialmente si hizo la venta contra la voluntad de ella, porque contra el poseedor de mala fe que vende lo ageno, se da esta eleccion al dueño; pero sin embargo no tiene la muger tal derecho, ni su marido estará obligado á satisfacer mas que el precio que recibió por los espresados bienes, pues no es poseedor de mala fe, porque tiene la administracion legítima de ellos.

14 Y para que el partidor no dude cuando toca al marido el deterioro, ó pérdida de los bienes dotales no estimados, debo decir, que es de su cuenta y debe pagarle en estos casos: cuando se prueba que perecieron, ó se deterioraron por su culpa (*b*): cuando se obligó á satisfacerle (*c*): cuando fueron muebles que se vendieron y consumieron durante el matrimonio, ó se gastaron en servicio de su casa, escusando con ellos comprar otros preciosos para ella (*d*); y cuando hay gananciales en el matrimonio, segun queda espuesto; pues asi como aumentándose su valor estrínseco, se dividirá como ganancial el aumento entre ambos cónyuges, asi tambien si hay pérdida, se ha de deducir de ellos. El aprecio se ha de hacer segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion (*e*).

15 He sentado que lo primero que se debe bajar del caudal

(*a*) Ayor. part. 3 q. 30 n. 104 cerca del fin. (*b*) Ley 18 t. 11 P. 4. (*c*) Ley 18 cit. al fin. (*d*) Gom. ley 50 de Toro nn. 43 y 44 al fin. (*e*) Escobar de Ratiocin. c. 17 q. 24.

inventariado, es la dote; pero Ayora (a) dice que esto se entiende, cuando el marido la empleó, como era debido, en el fin para que se le dió, que fue el de sostener las cargas matrimoniales y aumentar con ella el caudal de la sociedad; pues si se prueba que la destinó á otros diversos fines, como á pagar sus deudas, casar, ó acomodar algun hermano ó hermana, &c. no se ha de deducir del cuerpo del caudal habiendo gananciales, porque sería perjudicada su muger en la mitad de estos, con los cuales se la pagaba; y que así lo que habiéndolos se debe practicar, es bajar las deudas contraidas constante el matrimonio, luego partir los gananciales, y del total que toque á su marido, satisfacerle su dote, porque si la hubiese empleado como debia, hubiera adquirido mas utilidades; y respecto haber privado á su muger de estas, y destinado la dote á usos agenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que le debe corresponder. Mas sin embargo yo dudo de la solidez de esta opinion: lo primero, porque ninguna ley lo ordena: lo segundo, porque el marido no está obligado precisamente á adquirir gananciales, y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte á su muger; fuera de que el adquirirlos ó haber pérdidas es casual, y así no por emplearlos en la sociedad ha de haberlos forzosamente: lo tercero, porque la dote no se entrega al marido para que adquiera utilidades con ella, sino para que le ayuden sus frutos á sostener las cargas matrimoniales, lo cual no sucede en la sociedad convencional, cuyo fondo es para adquirirlas con él y con la industria: lo cuarto, porque en la sociedad conyugal se hace regularmente el marido dueño del fondo que la muger lleva á ella, y cumple con volver su importe, lo cual no puede decirse de la convencional, pues á ningun socio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales términos; y lo quinto, porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como diré mas adelante, y por tanto no se deben aplicar á ellas enteramente unas mismas reglas. Así que, no se debe seguir, ni se sigue la opinion de Ayora, y antes bien se bajan la dote y capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, dividiéndose luego el residuo como bienes gananciales; pues si se siguiera, se defraudaria al marido,

(a) Part. 1 cap. 7 n. 13 vers. Item se ha de entender.

seria la muger de mejor condicion que él, y se enriqueceria con detrimento suyo.

16 Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, si su padre, ú otro ascendiente es el deudor, aunque el marido no los cobre, no está obligado á la responsabilidad de su importe, y antes bien toca á la muger el riesgo, ó pérdida que haya en su cobranza, porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus padres y suegros como á los que no lo son (*a*); y lo mismo ha de decirse por la propia razon, cuando el padre ofreció dote á su hija, y el marido no le apremió á que se la entregase: en cuyos casos, aunque haya gananciales, no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes propios del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente de este lo percibido, por ser lo mismo que sino lo hubiese llevado, ó no se le hubiera ofrecido; por lo que, ó no se ha de hacer mérito de ello, ó si se hace y pone por caudal, se ha de aplicar en vacio, ó entrada por salida á la muger.

17 Pero no siendo ascendiente el deudor ó prometedor se ha de distinguir: ó la deuda es necesaria ó voluntaria: si es necesaria, por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, de contrato oneroso celebrado á su favor, ó porque su hermano estaba obligado y condenado á dotarla, (pues para el caso todos, escepto los ascendientes legítimos, se tienen por estraños) debe el marido satisfacérsela enteramente, si por su culpa ó negligencia no la exigió del curador (*b*): en cuya atencion no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes propios que le toquen, pues si se deduce de aquel, se paga á la muger de su parte de gananciales la mitad de lo no cobrado, en lo cual se le perjudica; si bien quedará al marido la repeticion contra el prometedor. Si la deuda es voluntaria, se distingue tambien: ó es cierta y determinada, como cuando uno ofrece cierta alhaja, finca ó cantidad á la muger, esta la incluye en su dote, y el prometedor ratifica al marido la oferta: ó es de cosa indeterminada, v. gr. si ofrece dar á la muger alguna cosa ó cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció á su muger, sin señalarlo. En el primero de estos casos, si el marido fuere negligente en cobrar la deuda, y por esta omision diere lugar á que el prometedor se imposibilite de pagarla, debe satis-

(*a*) Ley 15 t. 11 P. 4. (*b*) Ley 15 cit.

facerla de sus propios bienes á su muger, y no se deducirá del cuerpo del caudal por la razon espuesta; y en el segundo es de cuenta y riesgo de la muger la pérdida de la deuda, y á nada está obligado (*a*); ni aun cuando haya gananciales, se debe deducir del cuerpo del caudal ni del suyo propio, y se conceptuará la tal deuda como sino la hubiera, ó se le devolverá y aplicará segun la llevó.

18 Estan discordes nuestros AA. sobre si ocasionándose gastos al marido en cobrar la dote que consista toda, ó en parte en deudas, la disminuirán aquellos, ó serán de cuenta del marido. Unos afirman que este debe sufrirlos y compensarlos con frutos dotales: otros, que deben ser del cargo de la muger, y disminuir su dote; y otros conciliando las dos opiniones resuelven que los grandes se deben imputar á esta y los pequeños al marido (*b*). Pero yo me conformo enteramente con la segunda opinion: lo primero, porque los frutos dotales se conceden al marido para sostener las cargas matrimoniales, y asi los hace plenamente suyos concurriendo las tres circunstancias que la ley (*c*) prefine y esplicaré en el n. 41: lo segundo, porque si la dote debe ser líquida y efectiva, de suerte que habiendo lesion en su tasacion se debe deshacer en cualquier cantidad que sea, como ya se ha sentado; una vez que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca, debe disminuirse y reducirse á lo justo é intrínseco que el marido percibió, mayormente cuando es cosa inicua que restituya lo que sin culpa suya no entró en su poder: lo tercero, porque si haciendo el marido espensas necesarias en la finca dotal son de cuenta de su muger y puede repetirlas (*d*), tambien lo serán los espresados gastos, puesto que son necesarios y que con ellos se mejora la dote; lo cuarto, porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido, se le culpa de negligente y debe responder de su importe, segun se ha espuesto; no puede haber razon para que haciendo gastos en su cobranza, por ejemplo en pleitos, como regularmente acontece, hayan de ser de su cuenta y no disminuir la dote; y lo quinto, porque si marido y muger teniendo deudas contra sí, cuando se casan, deben pagarlas de su propio caudal, porque esto menos llevan al matrimonio, como diré despues, ¿qué ra-

(*a*) Dich. ley 15. (*b*) Greg. Lop. ley 15 tit. glos. 2 y otros que se citan. Garcia de Espens. cap. 13 nn. 37 y sig. (*c*) La 25 tit. 21 P. 4. (*d*) Ley fin. tit. 11 P. 4.

zon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido, y mas cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse, disminuirian su patrimonio, como que habian salido de él y esto menos llevaria en dote? ¿ó qué ley manda lo contrario, ó que los compense con los frutos? Estas poderosas razones tienen mayor fuerza, si la dote consiste en muebles y créditos, pues fuera de que ningunos frutos percibe el marido de ellos, mas suelen servirle de carga que de alivio, por cuanto tiene que responder de su valor, si fueron estimados, y en venta nunca dan por ellos ni con mucho el importe de su tasa, ni perecen para la muger teniendo el marido con que reintegrarlos. Mas para obviar estas dudas y perjuicios al marido conviene que en la escritura dotal »se obligue á responder del importe líquido que cobre de ellos, deducidos los gastos judiciales y demas que se le causen en su exaccion, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma." Con esta cláusula se evitan disputas, y por la cuenta que lleve el marido, se arreglará el partidor para lo que se ha de abonar de gastos como dote líquida á su muger, y no habrá lugar á la compensacion de ellos con los frutos dotales: lo cual tendrá presente el escribano para prevenírselo al marido, y poner con su anuencia dicha cláusula.

19 Aunque quien compra en su propio nombre alguna cosa con dinero ageno, la hace regularmente suya, y con la entrega adquiere su posesion y dominio, quedando responsable por el dinero á su dueño; si el marido compra con voluntad, consentimiento y dinero que su muger llevó en dote, alguna finca ó heredamiento, se transferirá á esta su dominio y no á su marido, y aquella se hará dotal, aun cuando suene comprada en nombre del mismo marido. Así lo dispone la ley 49, t. 5 P. 5, cuyas son estas palabras. »De dineros agenos que tienen los omes á las vegadas (*á veces*) compran para sí heredamientos, ó otras cosas que han menester: é porque dubdarian algunos, si aquella cosa que es assí comprada, es de aquel que la compró, ó del otro cuyos eran los dineros; querémoslo aqui decir, é departir. (*esplicar ó distinguir*) E dezimos, que deve ser de aquel que fizo la compra en su nome. Fueras ende, si tales dineros fuessen de Cavallero, que estuviesse en la corte del Rey, ó en otro lugar en su servicio: ó si fuessen de menor veynte é cinco años, é el que fiziesse la compra le tuviesse en guarda: ó si fuessen los dineros de alguna

eglesia, é el prelado, é el que fuesse guardador á la sazon, fiziessen la compra: ó si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad della fiziesse la compra. Ca en tales casos, maguer (*aunque*) el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorío della aquel cuyos eran los dineros, que fueron pagados por el precio della. Pero en su escogencia es de cada uno dellos de tomar la cosa comprada, ó los dineros, cual mas quisiere." Lo mismo se ha de decir, si una cosa dotal se trocare por otra, pues esta se subroga en lugar de aquella, y se hace dotal, segun la ley 11 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real, por lo que el partidor debe aplicarla á la muger ó á sus herederos, y no otra por ella, caso que no quiera dinero, ó no le haya, segun lo practican los inteligentes; aunque en la sociedad convencional si el socio compra con dinero comun alguna cosa en su nombre, no se hace de la compañía, escepto que esta lo sea universal, ó de todos los bienes de los socios. Si el marido compró la finca sin consentimiento de su muger, será dotal en subsidío, esto es, solo en el caso de que el marido esté insolvente; y lo propio milita comprándola con dinero no dotal que la muger haya entregado; pero no siendo dotal el dinero, no se constituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger (*a*).

20 No habiéndose hecho mejoras en estas fincas estimadas como dotales por la subrogacion, si al tiempo de la compra pactaron marido y muger que habian de ser para esta, y que ninguna utilidad ni pérdida habia de tener su marido, (pues pueden hacer este pacto) se le deben adjudicar por lo que costaron, valgan mas ó menos, puesto que son suyas, y que toca á su dueño el aumento intrínseco y diminucion de la cosa; y si nada se pactó entre ellos, cuando se compraron, se han de adjudicar por el valor que tengan: de suerte que si es mayor, cederá el esceso á favor de la sociedad conyugal, y si es menor, se completará á la muger el importe del dinero en esta especie, si le hay, y sino, en otra cosa de la herencia.

21 En concurrencia de dos dotes legítimas parece que se deberá deducir la primera antes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho; aunque los bienes dotales

(*a*) Gom. ley 50 de Toro n. 36.

conocidos de la segunda que existan, como esta conserva su dominio, y aunque se hayan dado apreciados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales, se le aplicarán como suyos, y nada le llevará de ellos el heredero de la muger primera (*a*). Esto es incontrovertible, cuando el marido no dejó bienes suficientes para 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, cuando puede adquirirle, no le adquiere por hallarse sujetos á la responsabilidad de la dote primera, y asi debe ser preferida á la segunda en bienes no conocidos de esta (*).

22 Pero tratando de division por muerte del marido, si este dejó bienes con que reintegrar a sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en su primer matrimonio, se debe distinguir, si la muger segunda renuncia ó no los gananciales, y si el marido llevó ó no cuando se casó con ella bienes equivalentes á la dote primera, ó ningunos: si los renuncia, y se contenta con su dote y arras en caso de habérsele prometido, lo mismo es dedicirla antes que despues de la primera, y haya llevado ó no bienes á su poder el marido, porque como hay suficientes para ambas, á ninguna se agravia. Si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, deben distinguirse cuatro casos, para instruir perfectamente al partidor principiante, evitar que incurra en errores perjudiciales, desvanecer la confusion con que hablaron los AA. de parti-

(*a*) Ley 33 tit. 13 P. 5.

(*) La mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede ser responsable á la dote del primero, porque la muger adquiere verdaderamente el dominio de aquellos aun en vida de su marido no menos que este, y los bienes propios de una persona no deben estar sujetos á ninguna responsabilidad por las deudas de otra sino en virtud de algun pacto, ó de alguna ley que lo disponga. "Como quier que el Derecho diga (*dice la ley* 1 *tit.* 9 *lib.* 5 *R. o* 4 *tit.* 4 *lib.* 10 *N. R.*) que todas las cosas que han marido i muger, que todas se presumen ser del marido hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido i muger son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, i assi mandamos que se guarde por ley." V la ley 2 sig. o 1 tit. 4 cit. N. R. dice asimismo. "Toda cosa que el marido i la muger ganaren, o compraren estando de consuno, ayanlo ambos por medio."

ciones sobre este punto, y esplicar lo que omitieron.

23 El primer caso es, cuando el marido llevó algunos bienes al segundo matrimonio, pero no los suficientes para cubrir la dote y demas haber de la primera muger, haya habido ó no gananciales en el de ella. En este caso se deben bajar del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda, despues las deudas contraídas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores, y deducidas estas partidas, como tambien lo que el marido llevó á él, se verá qué gananciales quedan, y se aplicará la mitad de ellos á la segunda muger con su dote y demas haber llevado á poder de su marido. Hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal que este puso en la sociedad, y de todo su importe se deducirán el haber de su primera muger, las deudas propias que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas, si las hubo, y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios segun su arreglada voluntad como herencia paterna. Por ejemplo, todo el caudal que dejó el marido asciende á 400ⓓ reales: el que llevó al segundo matrimonio, fueron solamente 30ⓓ no obstante importar 100ⓓ la dote de la primera muger que no estaba pagada. La de la segunda importa 50ⓓ y las deudas contraídas en su matrimonio con esta 20ⓓ. Se forma la cuenta de esta suerte: 50ⓓ de la dote segunda, 20ⓓ de las deudas de este matrimonio, y 30ⓓ que llevó el marido, componen 100ⓓ y deducidos de los 400ⓓ resultan de utilidad 300ⓓ, cuya mitad son 150ⓓ, que agregados á los 50ⓓ de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote y gananciales 200ⓓ reales, y quedan otros 200ⓓ para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio, (que era parte de la dote primera) las deudas que tuviese antes de casarse segunda vez y las contraídas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales, por lo que despues de satisfechos los 20ⓓ de las deudas del segundo matrimonio, y los 100ⓓ de la primera dote, hay de caudal paterno 80ⓓ reales: de los cuales se sacarán las arras de ambas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese cuando se volvió á casar, y el remanente será legítima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse íntegros los 100ⓓ de la dote primera en lugar de los 30ⓓ que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria des-

falcada injustamente la segunda muger en 35@, mitad de los 70@ que desde los 30@ hasta los 100@ hay de diferencia; y de bajarse los 30@ y tambien los 100@ se le causaria mayor agravio, que seria el de 50@ reales menos de gananciales.

24 El segundo caso es, cuando el marido no llevó ningunos bienes al segundo matrimonio, consta el haber de la primera muger y los gananciales adquiridos durante el suyo, y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo. En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la segunda muger y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese, y el resto del caudal inventariado será partible por mitad como gananciales entre la viuda é hijos del primer matrimonio, los cuales tomarán parte por razon de la dote y demas haber de su madre como deuda contra su padre á que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducida la dote y demas deudas propias de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues seria cosa inicua que habiendo contribuido á la adquisicion de los gananciales, y no habidolos tal vez en el primer matrimonio, se le defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, una vez que hay caudal para todo.

25 El tercer caso es, cuando el marido llevó al segundo matrimonio bienes bastantes para cubrir el haber de los hijos de la primera muger existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En este caso se ha de deducir del cuerpo del caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó y no desmembró de él, para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo: no por razon de haber de la primera sino como capital, ó fondo que realmente puso en la segunda sociedad, y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo, puesto que existe en su poder cuando fallece sin decremento ni desfalco. Y lo mismo se debe practicar, cuando parte del capital no era del marido, porque tenia deudas que no rebajó entonces, ni se pagaron durante su matrimonio, pues aunque sus herederos son responsables á ellas por estar sin pagar, respecto á su viuda lo mismo es que todo el capital sea de él, ó solamente parte, una vez que le puso en la sociedad y ayudó á adquirir las

utilidades; ni el que le lleven sus herederos ó sus acreedores, es del caso, mediante á que en nada se le perjudica, y de no ejecutarse asi se agravaria injustamente á sus herederos.

26 Y el cuarto caso es, cuando el marido lleva al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde asi por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo, ó parte de lo que les toca por los títulos espresados, ó algo mas en cuenta de la paterna. En este caso ha de distinguirse. Si les dió solamente el todo, ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos. El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo como si todo se hubiera hallado en su poder é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y su capital íntegro, segun le llevó; y lo que quede, despues de hechas estas tres deducciones, será lucro que se dividirá por mitad entre su viuda, y los hijos de esta y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á éstos y bajar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es, no agregar lo entregado, considerar el capital como que está reducido á esto menos, ó que no le llevó, y bajar solamente lo que quedó hecha la entrega, á la manera que cuando lleva deudas y se pagan durante el matrimonio, como diré en el núm. 50, y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales. Si dió algo mas á los hijos en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos. El primero es, agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre sino tambien lo que su padre les anticipó por su legítima paterna: deducir de lo que sume este total la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre llevó á la sociedad conyugal; y el resíduo, hechas estas bajas será la utilidad que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el segundo modo es, unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipo á sus hijos en cuenta de su haber paterno, deducir de lo que importen estas dos partidas, la dote segunda, las deudas citadas,

y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprehendia su capital, perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como sino le hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo (*a*).

27 Tocante á la dote confesada, no constando su recibo sino por mera confesion que hubiese hecho el marido en testamento, ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote; pues esta confesion, sea de cantidad cierta, ó de otros bienes, lejos de servir de prueba se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente como legado que solo se confirma con la muerte (*b*); y asi aunque sea jurada, no perjudica á los herederos legítimos del marido en sus legítimas: por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos ú otros descendientes legítimos los herederos, y en el tercio siendo ascedientes, y por tanto se deducirá respectivamente de estos en cuanto alcancen, y no del todo del caudal inventariado, escepto que los interesados mayores se convenga en que se deduzca de este, en cuyo caso se espresará asi, para que no se atribuya á impericia ó malicia del partidor. Pero siendo otros los herederos se bajará del cúmulo de bienes y no del quinto ni tercio, á menos que el testador lo mande, porque puede dejarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

28 Si el marido hizo la confesion en contrato constante el matrimonio, no le perjudica, aunque sea jurada (*c*), escepto que haya renunciado la escepcion del dinero no entregado, ó que sino la renunció, este pasado el tiempo de oponerla, que son dos años, ó que la haya hecho disuelto el matrimonio, pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe á la muger, ó á sus herederos: ó que haciéndola durante el matrimonio, se halle la muger presente, por-

(*a*) Véase lo que diré en los nn. 35, &c. y 43, cap. 4 de este libro y los 53, &c. y 57, cap. fin. lib. 2 donde se forman las cuentas de los cuatro modos esplicados, para que el partidor no se ofusque. (*b*) Ley 19, t. 9 P. 6.
(*c*) Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 5.

que entonces prueba contra él, á lo menos para que se presuma hecha con dicho ánimo, y se estimara como si lo hubiera sido en contrato, aunque no se confirmará con su muerte en el esceso de los 500 sueldos de oro que la ley 9, tit. 4 P. 5, prefine : ó que precedie e promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (*a*). Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores, ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos. Para probar el dolo se han de tener presentes la cualidad de las personas, la cantidad que confiese haber recibido, y otras circunstancias y conjeturas (*b*).

29 No puede enagenar el marido los bienes dotales inmuebles ó raices de su muger, aun cuando esta lo consienta verbalmente, pues para que valga su enagenacion, ha de intervenir su anuencia ó permiso jurado (*c*), concurriendo por su hecho propio al otorgamiento y celebracion del contrato, jurándole en la forma espresada en el n. 58, cap. 27 P. I, y haciendo la renuncia espresada en el n. 5, cap. 22 de ella.

30 Pero sin embargo de que consienta en la enagenacion de los dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, se le debe pagar su valor; y si le celebra por sí sola con licencia suya y recibe el precio, parece que no deberá satisfacérsele, porque cuando procede por su hecho propio como principal y única otorgante, y el marido no concurre al contrato, ni hace otra cosa que darle la licencia, ninguna ley la favorece, sino solamente cuando es fiadora de él ó de otro, ó le otorga con él de mancomun (*d*).

31 Si la muger consintió en la enagenacion con juramento, y el marido tenia entonces bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirle disuelto el matrimonio, no obstante que obtenga relajacion del juramento; pero si no los tenia, y fue enormemente engañada, bien podrá hacerlo precedida la relajacion, aunque no se pruebe haberla comminado el marido, por-

(*a*) Covar. n. 6. Gom. ley 50 de Toro n. 52, vers. Quod tamen limita. (*b*) Puede verse á Covar. cap. 7 cit. donde trata latamente de esta dote, y lo que esplicare difusamente en el cap. del concurso de acreedores. (*c*) Leyes 18 y 19, tit. 11 P. 4, cap. Licet mulieres, y cap. Cum contingant de Jurejurand. in 6. (*d*) Esto se ha esplicado estensamente en el cit. cap. y sobre ello puede verse á Gutier. de juram. confirm. part. 1 cap. 1.

que como concurre el miedo reverencial con la lesion, basta para rescindir el contrato de enagenacion (*a*).

32 En segundo lugar se deben deducir del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y llaman *parafernales* ó *estradotales*. Para el recobro de estos ó su importe no goza del privilegio de prelacion que para el de los dotales; pero le compete el de tácita hipoteca en los de su marido, y este se halla obligado á devolvérselos, aunque no se obligue espresamente á ello (*b*), haya ó no gananciales, y existan ó no dichos bienes, porque no existiendo los satisfará el marido de su capital; bien que esta obligacion se limita al caso en que la muger los hubiese entregado á su marido, para que los cuidase y administrase como los dotales, y este recibídolos y administrádolos, ó ella con su consentimiento; pues si los reservó y administró por sí sola sin intervenir su marido ni entregárselos, cesa la tal obligacion, y si se consumen, deterioran ó pierden, será por cuenta y riesgo de ella, y de consiguiente nada de su importe se le debe abonar ni deducir del cuerpo del caudal, por no haber entrado en el fondo de la sociedad (*c*). Lo mismo procede, cuando se duda, si se los entregó ó no, porque se presume haber retenido su dominio segun estas palabras de la cit. ley 17. "E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el señorio en ellas, siempre finca la muger por señora de ellas. Esso mismo seria, cuando fuessen en dubdas, si las dieran al marido, ó non" (*).

33 Si la muger no entregó á su marido sus bienes pa-

(*a*) Covar de Sponsalib. part. 2, cap. 2, §. 6 n. 4 & in cap. Quamvis pactum part. 6, §. 4 n. 7. (*b*) Ley 17, tit. 11 P. 4. (*c*) Dicha ley 17. Véase el n. 39 al principio y su nota.

(*) En duda se debe presumir que la muger entregó al marido los bienes parafernales para que los administrase, pues esto es lo que regularmente ó casi siempre sucede, por bastarle a la muger el desempeño de los deberes domésticos que son los propios de su sexo, y si algunas veces tiene la muger algun manejo en los bienes, suele ser esto bajo la dependencia y direccion del marido. Las palabras insertas en la cláusula anterior deben entenderse, como se echa de ver en ellas, no respecto de la administracion sino respecto del dominio de dichos bienes, que en duda el riesgo de ellos tocará á la muger. Me ha parecido conveniente esta esplicacion para evitar toda oscuridad y confusion.

rafernales; pero los llevó á su poder, y con el uso de ámbos y de su familia se consumieron ó deterioraron, callando y consintiéndolo ella, no tendrá obligacion el marido, ni su heredero de bonificarle, ó pagarle su valor; escepto que se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entonces estará obligado en cuanto se utilizó; ó que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumió en el uso de su casa y familia, ignorándolo y no consintiéndolo su muger, está obligado á la restitucion de todo su valor, porque no es visto habérselo donado, haya ó no gananciales, pues en caso de no haberlos los deberá reintegrar de su capital como deuda contra él con hipoteca tacita.

34 No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no jure el contrato, 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 á pedirle, porque cedió en su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto menos hubiera llevado al matrimonio; ni se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni tampoco del haber propio del marido, y antes bien si éste la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su muger. Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se la ha de abonar enteramente, deduciéndose de los gananciales si los hay como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque esta obligado á la responsabilidad de ellos; y no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de darselos (*a*).

35 Podria decirse que la muger se perjudicó con el consentimiento que prestó, y que por lo mismo carece de accion para repetir su precio; pero tal consentimiento es para no poder pedir al comprador, ni á su marido los mismos bienes que le vendió, no para privarse del derecho de repetir de este su valor, pues para esto es necesario nuevo y espreso consentimiento; y aun cuando le diera, no serviria, porque se estimaria

(*a*) Ley 9, tit. 3, lib. 5 R. ó 3, tit. 11, lib. 10 N. R.

donacion entre marido y muger que está prohibida por derecho (*a*), y se confirma solamente con la muerte del donante.

36 Si el marido los vendió sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá ésta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio, mediante á que no se transfiere á otro lo ageno sin la voluntad de su dueño (*b*); y no queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de la hacienda como fondo puesto en la sociedad, y el partidor le deberá bajar de él sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, podria este repetir contra el caudal inventariado.

37 Habiéndolos vendido el marido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales: sino los hay, ó aunque los haya, si la muger, ó sus herederos los renuncian, es indubitable que tiene derecho para repetirlos de su marido (*c*), y no devolviéndoselos éste le exigirá su verdadero valor; pues por haberse escedido en venderlos sin su permiso, es responsable á la reintegracion de su justa estimacion sin el menor desfalco; y si hay gananciales y los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito, porque aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y á no haberse vendido se hubiera aumentado mas el caudal, pues cuanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo cual se hubiera causado mayor perjuicio á la muger; y no se compensa el daño ó culpa cometida en una cosa ó negocio con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios (*d*).

38 No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y antes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad, y el mayor valor que el marido dejó de percibir y perdió por su culpa, le pagará bajándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los ganan-

(*a*) Ley 4, tit. 11 P. 4 Ayor. part. 4, cap 8 nn. 2 y 3. Véanse los nn. 15, 16 y 17, cap 1 P. I. (*b*) Regla 13, tit. 34 P. 7. (*c*) Leyes fin. y 17 cit. (*d*) Ley 13, t. 10, P. 5 verb. E si alguna pérdida.

ciales, porque de bajarse de estos se le pagaría con lo suyo propio la mitad, en la que se le perjudicaba indebidamente.

39 Y si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses, por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad, pues el que tiene obligacion de hacer ó no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño é interés; y el marido está obligado a conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger lleva y le entrega: por lo que sino lo hiciere, deberá satisfacer el que se le cause, entrando los frutos que á no haberlos enagenado hubiera percibido; bien que si el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido de frutos, y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte.

40 Deducidos los bienes dotales de la muger y los parafernales que llevó cuando se casó, y retuvo ó entregó á su marido, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas parafernales ó estradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes ó de algun pariente ó estraño, ó recaido en ella por otro título lucrativo, mientras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó a su marido como debe hacerlo no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales (*), porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante á no ser del caso el que los lleve al matrimonio cuando le contrae, ó despues, una vez que entraron en poder de su marido; y á que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos como estos, sino propios y privativos de la muger en quien recayeron: en cuya atencion si existen, se le aplicarán

(*) Para que la muger pueda administrar por sí misma los bienes parafernales sin permiso de su marido, es indispensable que se hubiese pactado asi antes de celebrarse el casamiento, puesto que segun la ley 55 de Toro la muger no puede durante el matrimonio contraer ni cuasi contraer sin licencia de su marido.

por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero ó no en otros equivalentes por su defecto ; y no existiendo se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en ella y que los entregó á su marido. Y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamenre á la dote, y cesando la causa dotal milita la misma razon en la muger que en el marido para la exaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

41 La deduccion de los bienes hereditarios en el lugar espresado se debe practicar en mi dictamen, cuando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos ; pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes y á restituirlos en igual conformidad que los dotales, para que gocen del privilegio de ellos, puesto que se contempla serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán bajar cuando los dotales y antes que los parafernales ; en cuyo caso no podrá la muger administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad. Y si no solo no hay gananciales, sino que falta caudal para completar todo lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su muger, porque entra en su poder, lo administra todo, se le transfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

42 Al marido pertenecen los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada, con tal que concurran tres circunstancias : la primera, que el matrimonio se celebre perfectamente : la segunda, que se le haya transferido el dominio y posesion de la dote, porque hasta entonces no se llama asi ; y la tercera, que sostenga las cargas matrimoniales (*a*) : lo cual se entiende, ya sean los frutos naturales, civiles ó industriales, ya sean los bienes muebles, raices ó semovientes, ya escedan ó no á las cargas del matrimonio (*b*), y ya consistan en bienes vinculados, penas, multas, tributos ó en otras utilidades provenientes de ducado, condado, dignidad ó jurisdiccion de la misma muger, pues de todo tiene el usufructo y comodidad, mientras dura el

(*a*) Leyes 18 y 25, t. 11, P. 4. (*b*) Leyes 23, t. 31, P. 3 y 25, t. 11, P. 4.

matrimonio (*a*). De los bosques dotales cuyo usufructo y utilidad consisten en cortar no solo las ramas sino tambien los mismos árboles, puede hacer la corta, caso que de su tronco ó raíces nazcan otros; mas no de los árboles frutales, escepto que se sequen ó pudran (*b*), y entonces deberá reponer otros.

43 No parece debe militar lo espuesto en los frutos de los bienes parafernales de la muger, porque si los retiene en sí, le pertenecerán del mismo modo que su propiedad, constante el matrimonio, y no á su marido: lo primero, porque las leyes citadas conceden solamente á éste los de la dote, y asi en perjuicio de ella no se deben ampliar á otros: lo segundo, porque como accesorios siguen lo principal; y lo tercero, porque en la dote únicamente hay un título oneroso, mediante el cual lucra el marido sus frutos por remuneracion y recompensa de las cargas matrimoniales que sostiene (*c*). Pero no obstante, entregue ó no á su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ambos sus frutos (*d*), pues son comunes á los dos, como lo pueban las leyes 4 y 5, t. 9, lib. 5 R. (ó 3 y 5 t. 4, lib. 10 N. R.) que hablan absoluta é indistintamente (*).

§. II.

De dónde se deben deducir el capital que el marido llevó al matrimonio, y los bienes que durante éste heredó ó le donaron.

44 Deducidos del todo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios que la muger haga constar haber llevado á su matrimonio, ó su importe, sino existen, se

(*a*) Gom. ley 50 de Toro n. 33, (*b*) Gutier. de Tutel. part. 3, c. 27, n. 11.
(*c*) Gom. dich. n. 33. vers. Adde tamen quod fructus. (*d*) Leyes 3, t. 3, lib. 3, del Fuero Real y 4, t. 9, lib. 5 R. ó 3 t. 4 cit. N. R.

(*) "Maguer que el marido, dice la ley 4, aya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos á dos, i la heredad i las otras cosas, do vienen los frutos, ayalos el marido ó la muger, cuyas antes eran, ó sus herederos." = »Pero que los frutos i rentas dellos, i de todos otros cualesquier oficios, se lee en la ley 5, aunque sean de los que el derecho uvo por casi castrenses, i los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio, i los frutos i rentas de los tales bienes castrenses, i oficios i donadios que ambos los ayan de consuno."

han de bajar en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado cuando le contrajo, y recaido en él por herencia ú otro título lucrativo durante su casamiento, porque como fondo ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar antes que se proceda á la division de los gananciales segun ya se ha sentado. Lo mismo ha de observarse aun cuando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion y para la de la dote y capital. Y si el marido llevó al matrimonio algun caudal ageno, por habérsele constituido pagador de deudas, ó para reintegrar á otros, y no pagó mientras estuvo casado, se ha de estimar por caudal suyo para el efecto de deducirle antes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea, ó no suyo no es del caso.

45 Aunque al parecer haya gananciales, porque resulten muchos bienes comprados, ó adquiridos por ambos cónyuges constante su matrimonio, si se descubren tantas deudas contraídas en este que esceden á su importe total, se deben deducir primero que el capital del marido, y el residuo será lo que este perciba por parte de su capital; pues regularmente hablando, debe satisfacerlas y no su muger, sin embargo de que se haya obligado con él á su satisfaccion, porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto unicamente en cuanto se le siga utilidad, ó por pechos y derechos reales, como lo ordena la ley 61 de Toro. Y si las deudas igualan solamente á los gananciales, nada de estos habrá que repartir entre los cónjuges, y no sacará cada uno mas que el importe de lo que llevó á la sociedad conyugal.

46 Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y su muger, porque aquel no entrega á esta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion como él á la de los dotales, ni se le transfiere su dominio como al marido el de los de ella, y así este será quien lo pague todo, aunque nada le quede.

47 Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron ambos cónyuges al matrimonio hayan perecido, y todos los que existan sean adquiridos en él, se ha deducir primero el importe de los capitales de ambos y deudas, pues no es del caso el que permanezcan los mismos bienes, ó haya otros en

su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra, ó supere el importe de los llevados á la sociedad conyugal y sus deudas: bien que en caso de haber gananciales lo mismo es deducir el capital antes ó despues que las deudas, porque sale la misma cuenta.

48 Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida, si se consumieron y no hay gananciales, no podrá prefender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion como su muger por los suyos; ya porque ninguna ley le obliga á tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorío al marido que los administra y hace suyos, y no por el contrario, en cuya atencion el riesgo, pérdida ó aumento que tengan, cede en su beneficio ó detrimento, y se halla obligado á restituirle otra tanta cantidad de cada especie como recibió ó su importe (*a*). Pero habiendo gananciales sacará el valor ó estimacion que tenian, cuando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de bajar y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos en número de cada especie (*b*): lo primero, porque lo que realmente puso en el fondo fue su valor, del cual no se transfirió á la muger el dominio, y lo segundo, porque si cada especie valia mas entonces, quedaria perjudicado utilizándose su muger del esceso con detrimento suyo; y si valia menos, lo quedaria esta, por lo que dándole la estimacion que tenian y en la que pudiera haberlos vendido en dicho tiempo, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio (*c*).

48 Si el marido llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, asi como la muger por igual razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad que dividir las utilidades de ella. Lo propio se ha de hacer por la misma razon, si le vendió voluntariamente (*d*), pero si la venta fue necesaria, v. gr. á fin de satisfacer algun debito contraido constante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable,

(*a*) Ayor. c. 7 cit. n. 11. (*b*) Ayor. c. 7 cit. n. 12 al princ. (*c*) Ayor. n. 12 cit. vers. Ratio diversitatis hasta el fin. (*d*) Ayor. part, 3, q. 30, n. 108 al princ.

y se celebró en bajo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato (*a*).

§. III.

Qué deudas se han deducir ó no del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador: cómo los herederos del inventario y demas gastos que ocurran hasta que se concluya el juicio de particion; y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, se deberán pagar las espensas que hizo.

50 Separados del cuerpo del caudal inventariado en los términos espuestos la dote y bienes que los cónyuges llevaron á su matrimonio al tiempo ó despues de contraerle, ó su importe, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer, y el marido solo ó su muger con su permiso, ó ambos juntos contrajeron por razon de su sociedad, mientras estuvieron casados solamente, y pagarse de los gananciales que haya. Asi lo disponen la ley 14, t. 20, lib. 3 del Fuero Real, que está en uso y dice: »Todo deudo que marido é muger ficieren en uno, paguenlo otrosí en uno;» y la 207 del Estilo, cuyas son estas palabras: »Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Y es á saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la meytad de la deuda.» Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que estan afectos é hipotecados los bienes raices de ambos cónyuges, pues solo lo líquido es lo partible y lo que se llama herencia; y si habiéndolas contraído marido y muger insólidum, demandaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207. »É otrosí, es á saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si la muger demandan toda la deuda, que lo puede facer, es tenida de pagar toda la deuda.» Si alguna de las fincas de la

(*a*) Ayor. n. 108 cit. vers. Pero si la venta.

herencia está gravada con censo enfitéutico perpetuo, y se halla en esta corte, se han de deducir de su valor el duplo capital del cánon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios ó cincuentenas, que es un seis por ciento del residuo que quede bajada la carga real, farol ó alumbrado y duplo capital, pues se debe aplicar libre enteramente del enfitéusis, á diferencia de cuando se vende, que entonces se abona solamente el duplo capital y la cincuentena que se causa por la venta, y toca percibir al dueño del dominio directo, con arreglo al auto acordado del Consejo, inserto en el n. 88, cap. De los censos, parte I. escepto que el comprador pacte que se le ha de dar libre en un todo de esta carga, como si nunca la hubiera tenido, en cuyo caso se le deben abonar cuatro cincuentenas y el duplo capital, ó redimirle antes de la venta por éste y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto. Si se halla fuera de esta córte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion, y si no la hubiere, ó aunque la haya, sino se espresare en ella lo que se ha de hacer, se observará la costumbre del pueblo, y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

51 He aquí el modo de deducir las deudas que cada uno tenga contra sí. Lleva el marido por ejemplo al matrimonio 20@ reales de caudal, y luego se sabe que debia 4@ que se omitió bajarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia, ó esta se hallaba afecta á un censo ó responsabilidad de igual cantidad que ambos redimieron. En este caso lo que realmente llevó son 16@ reales, y estos y no mas son los que se han de estimar por legítimo y efectivo capital suyo, y deducir despues de la dote y demas bienes de la muger, y antes que los gananciales, refiriendo en la correspondiente suposicion de la particion el motivo porque no se dejan los 20@ integros.

52 Si ningun caudal lleva uno de los consortes, cuando se casa, y sí deudas que se pagan de lo adquirido constante el matrimonio, esto menos debe haber y le tocará de gananciales. El modo justo de formar la cuenta es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos, como si existiera, y hecho una suma, dividirla por mitad y entregar á un consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor la otra, aplicandole en vacío ó entrada por salida el importe de las deudas satisfechas; pues á no haber-

las tenido no hubiera que pagarlas, y aquel existiria en el cuerpo del caudal. Hay de gananciales v. gr. 10@ reales, y se pagaron 4@ que estaba debiendo, juntos suman 14@ reales, de los cuales tocan 7@ á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que 3@ que unidos á los 4@ que debia y se satisfacieron, componen los 7@ efectivos; pues de girarse la cuenta partiendo solamente los 10@ existentes y no haciendo mérito de los 4@ pagados, llevaria el deudor 9@, los 4@ que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los 5@ que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que 5@ debiendo percibir los 7@: de modo que en esta cuenta quedaba perjudicado este en 2@ que recibia de menos, y aquel llevaba otros 2@ de mas, cuyas dos partidas componen los 4@ sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio. Si no se quiere formar asi la cuenta, se separará para el cónyuge que nada debia, otro tanto como se pagó constante el matrimonio por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos. En el mismo ejemplo si se separan 4@ para el consorte, y dividen con igualdad los 6@ entre los dos, sale la propia cuenta, porque al deudor se aplican en vacío como recibidos antes los otros 4@, y efectiva y realmente de presente los 3@, mitad de los 6@ que restan, deducidos otros 4@ para entregar al cónyuge; y percibe cada uno los 7@ que le tocan. Por tanto, es necesario poner gran cuidado en hacer las deducciones generales y particulares, en lo cual despues de los puntos de derecho consiste la mayor dificultad de una particion; pues si se hacen del caudal que no se debe ó del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios y pagará quien no estaba obligado á ello. En las deducciones generales todos los interesados pagan á prorata de su haber.

53 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á alguna persona cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen; si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, sean legítimos ó estraños sus herederos; pero no constando se distingue: si estos son estraños, se bajará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta, ó incierta, ya la acredite ó no por otro medio, pues como á ninguno se debe legítima, deben contentarse con lo que les deje, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; y si son

legítimos, se deducirá del quinto ó tercio, (segun sean) aunque el testador lo jure, porque su mera confesion, aun jurada, no les daña y se estima como legado, el cual se debe deducir de aquellos en cuanto quepa (*a*).

54 Es indudable que segun el derecho natural y positivo (*b*) la muger casada pudiendo debe mantener á su padre y madre pobres, aunque esta pase á segundas nupcias, si el marido no puede mantenerla; pero no lo es que el gasto de la manutencion debe deducirse de los gananciales. Matienzo (*c*) lleva la opinion afirmativa fundándose, en que si el debito voluntario contraido por marido y muger durante su matrimonio se deduce de ellos, con mayor razon se debe deducir el necesario, cual es el de dichos alimentos, una vez que corresponde la mitad á la muger; pero yo soy de parecer que no probándose ó no pudiéndose conjeturar que el ánimo de su marido fue condonarlos y no cargarlos á su muger, y contribuir por piedad á los padres de esta con ellos, debe sacarse el espresado gasto de los bienes que le pertenezcan: lo primero, porque la referida obligacion es privativa de la muger, y no comprehende al marido, por no ser hijo ni consanguíneo de sus padres: lo segundo, porque la tal deuda y obligacion se contrajo antes del matrimonio por el hecho de haber sido engendrada, criada y alimentada la muger por sus padres; y los débitos contraidos antes no se deben satisfacer con los gananciales sino con los bienes propios del que los contrajo: lo tercero, porque aunque el débito contraido por uno de los socios durante la sociedad se debe pagar y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella; esto procede, cuando se contrajo por razon de los negocios de la misma sociedad, y no por el propio y privativo de algun socio; y lo cuarto, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los consortes en estos reinos de Castilla, sino tan solo de lo que se lucra y adquiere mientras dura, de suerte que es una sociedad singular, en la cual todo lo que el socio espende del caudal comun en alimentar á su muger é hijos, se le imputa privativamente, como se observa tambien entre los hermanos socios singulares, para que se guarde igualdad y ninguno se enriquezca con detrimento del otro, por no presu-

(*a*) Ayor de Partit. part. 2, q. 37, n. 36. (*b*) L. 2 al fin tit. 19, P. 4. (*c*) L. 3. t. 9, lib. 5 R. glos. 7, n. 10.

mirse donacion á menos que se pruebe. Así pues, la opinion de Matienzo debe entenderse cuando se permite al marido restituir la dote á su muger constante el matrimonio, para que se alimente y alimente á los suyos en los casos que prescribe el derecho.

55 Lo mismo que se ha dicho acerca de la muger procede en órden al marido, por lo que si éste mantiene á su padre, ó madre, ó alimenta, ó dota á algun hijo de su primer matrimonio durante el segundo, deberá imputársele en cuenta de su haber el importe de los alimentos y dotacion; bien que lo espuesto, háblese de la muger ó del marido, se ha de entender no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ó reclamando su parte el otro conyuge, pues por piedad y por otras rezones que suele haber, muy raras veces se reclaman los alimentos de hijos ni padres, ni es bien visto que se reclamen, puesto que cuando se casan lo hacen con este conocimiento, y no pueden alegar ignorancia ni engaño.

56 Entre las deudas que se deben bajar del caudal comun se comprenden los salarios de los criados, por lo que si un hijo ó hijastro en el tiempo y caso que se le debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro, escusándole un criado, mientras vivieron estos, no le pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado en el que los estuvo sirviendo. No obstará el haberse pasado muchos mas años que los tres que una ley recopilada (*a*) señala á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni parece bien que demanden á sus padres por ellos (*b*). Mas para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio, y si con ánimo de repetir su salario, conviene que asi lo protesten, en cuyo caso no se dudara que se les deben; bien que sirviendo á su padrastro ó hermano no necesitan protestarlo, porque respecto á estos no tiene lugar dicha presuncion (*c*).

57 Ninguna ley ni autor he visto que haya tratado sobre de

(*a*) La 9, t. 25, lib. 4, o nota 1, tit. 20, lib. 11 N. R. (*b*) Gom. ley 29 de Toro, n. 24, vers. Ex quo subinferur. Ayor. part. 3, q. 2 y 3. (*c*) Parlad. lib. 1 Rer. quotid. c. 19, n. 5.

dónde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion y demas que ocurren, hasta que á cada partícipe se entrega el testimonio de su haber; y procediendo en este punto con la debida distincion, debo decir, que si el marido muere no habiendo llevado capital, ni su muger dote, y siendo por consiguiente todos los bienes gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo como sócia interesada en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si éste le legó el quinto, tercio ú otra cuota, satisfará tambien á proporcion de estos; pero aunque le toquen arras de cantidad cierta por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe satisfacer por esta razon, pues aquellas son deuda contra sus bienes, que como acreedora debe cobrar sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de la sociedad. Lo propio milita en el lecho cuotidiano que la ley le concede, y en el luto que los herederos deben darle, pues nada de estas cosas percibe como ganancial sino como débito.

58 Si llevó dote ú otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que en dichas arras, luto y lecho, porque tocante á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como sócia; en cuya atencion, y en la de no percibir por esta razon utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion á su haber patrimonial, que hay obligacion de satisfacerle efectivamente sin dispendio de los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion, puesto que es líquido; y así pagará solamente á proporcion de lo que le toque de gananciales. Si no hay ningunos nada debe pagar la viuda por las razones espuestas, y sí solo legándole su marido el quinto, ú otra cuota de la herencia, satisfará á prorata de lo que perciba por esta causa, pues por razon de aquella se la contempla heredera, se utiliza en parte considerable de los bienes del difunto, y para saber á cuánto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion; lo cual no procede en los legatarios ó legados de cosa especifica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de lo dicho es preciso practicar.

59 En órden á los herederos se ha de distinguir tambien. Si

todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno ó algunos son mejorados en el tercio ó quinto, ó en ambos, ó por ser estraños estan instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos; pues á proporcion de la ganancia deben sufrir el gravámen, como se practica en toda sociedad convencional, porque mayor trabajo se tiene en el prorateo y aplicacion al que mas lleva, que al que menos, y asi se debe formar otra igual cuenta para la esaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte, es indubitable que á saberse á cuánto ascendian antes de evacuar la particion, se bajarian del cuerpo del caudal como deuda contra los sócios interesados en él, al modo que las demas, y entonces pagaba cada uno en la forma espuesta. Por lo que hace á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia, ó de la que se divide entre dos ó mas, digo que, haya ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, éste menos dejaria; y puesto que no lo hizo, ni dividió sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todas las paguen.

60 Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco ó fatuo, ó del defensor de algun ausente, no se comprenden en los referidos, porque como privativos de dichos interesados los deben satisfacer, á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan; lo cual prevendrá el partidor por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los términos espuestos; pues asi lo previne, y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy cuantiosos de un grande, en que habia mejora, dote, menores y gananciales, formalicé en esta córte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia; asi por mi dictámen se practicó en otras particiones, y se aprobó, por ser justo, racional y equitativo, y asi se observa en el dia.

61 Se han de bajar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que alguno de los herederos hizo á su costa en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la comunion, y aplicársele enteramente como acreedor; y

sino se bajasen, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los hizo, porque cedieron en beneficio de todos, y asi se practica en la sociedad convencional (*a*). Y si habiéndolos interpelado para su pago no se lo hiciesen, le deberán satisfacer desde la interpelacion, sea judicial ó estrajudicial, los justos intereses que á no haber espendido su dinero en los bienes de la herencia pudiera haber lucrado empleándole en otra cosa ó negocio (*b*).

62 Si alguno de los herederos que posee la herencia estando los demas ausentes, hiciere gastos en defenderla, por querer quitársela otro pariente ó estraño con el pretesto de ser suyos los bienes, ó por otros motivos; parece que los coherederos si luego que vienen piden sus partes, deberan abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos desembolsado nada tendrian que tomar sino gastar en recuperarlas, si las querian; pero sin embargo, no estarán obligados en rigor de justicia á abonarle cosa alguna de su importe, ya porque no los hizo por encargo suyo, por lo que no le compete contra ellos la accion de mandato, sino la de *negocios hechos* (*negotiorum gestorum*) que se da contra el que cuido de los negocios del ausente ignorante sin su órden; y ya porque los hizo por su propia utilidad en defender su parte y no la de los coherederos, á cuya consecuencia solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos deberán abonarle el esceso (*c*) (*).

(*a*) Ley 16, tit. 10, P. 5. (*b*) Ayor. part. 3, q. 20. (*c*) Ayor. part. 3, q. 18.

(*) Si el heredero que defendió la herencia sabia ó presumia tener coherederos ausentes, no debe dudarse que aunque hizo dichos gastos por su propia utilidad, los hizo asimismo por la de aquellos y con ánimo de recuperar la parte que les correspondiese, si acaso parecian solicitando lo que les tocaba de la herencia; en cuya atencion se hallan obligados por un cuasi contrato, esto es, *por un hecho honesto que nos obliga ignorantemente con un consentimiento presunto por razon de equidad ó utilidad*; y asi compete al heredero poseedor la accion de *negocios hechos*. En apoyo de esto puede alegarse la ley 26, tit. 12, P. 5. que dice asi: »Vánse los omes á las vegadas de sus tierras, é de sus lugares á otras partes, é por desacuerdo, ó por olvidanza non encomiendan sus casas, nin sus heredades á quien las recabde, nin las labre. E acaesce que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco, ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro trabajanse de recabdar, é de enderezar aquellas heredades, é las otras cosas que assi fincan como desamparadas, é despienden (*en ellas*) de lo suyo á las vegadas, é á las veces esquilman de las heredades, é aprove-

63 Y si el hermano ó heredero presente que no poseía la herencia, la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser

chanse dellas. E por ende decimos, que cuanto despendiere alguno desta manera en pro, ó en mejoría de la heredad, ó de las cosas de otro en nome dél, que tambien es tenudo de gelo fazer cobrar el señor de la heredad, como si lo oviesse fecho por su mandado mismo. Otrosí, el otro es tenudo de dar al señor de la heredad lo que ende (*de ella*) esquilmare, demas de las depensas que y oviere fechas, dándole ende (*de esto*) cuenta verdadera é derecha." Es verdad que esta ley habla solo del caso en que alguna persona se ausente sin haber encargado á nadie la custodia ó administracion de sus cosas, y otros toman á su cargo el cuidado de ellas; pero á mí me parece que esto lo propone la ley como por egemplo, y que no escluye los demas casos en que alguno evacue un negocio ageno en ausencia, ó con ignorancia del interesado, mayormente cuando la ley 33 del mismo título está concebida en términos generales. »Acuciosamente (*con mucha diligencia*) dice, é á buena fe, el que se quiere trabajar de recabdar las cosas agenas, lo debe fazer, é mayormerte cuando faze esto sin mandado de los dueños dellas, guardándose de non comprar, nin de fazer otras cosas que non oviese usado á comprar, nin á fazer aquel cuyo es lo que recabda. Ca si contra esto fiziesse, é de aquello que comprase, ó fiziesse, viniesse algun daño, ó menoscabo, quier viniesse por ocasion, ó en otra manera cualquier, á él pertenesce todo, é non al señor de las cosas. Otrosí decimos, que si ganancia aviniesse, que debe ser del señor de las cosas; pero entonce las despensas que oviese fecho en recabdarlas develas cobrar."

Mas el caso espresado no es el que propone y resuelve Ayora en la cuestion 18 citada, pues habla del en que el coheredero, hermano legítimo del poseedor de la herencia, se tenga por muerto; aunque si parece ser el de Febrero en este número, donde no se esplica con claridad y padeció equivocacion sacándole del Ayora. Y en el caso de este autor el heredero que se creia muerto, ¿no debera satisfacer á pronta á su coheredero los gastos que hizo en defender la herencia, juzgando hacerlos unicamente por su utilidad? Yo siento que sí, sin embarazarme en la autoridad de Ayora ni de Febrero, y afirmo, que así como en el primer caso hay cuasi contrato, del que dimana dicha obligacion, le hay tambien en éste, como se echará de ver si se examinan todas las palabras de la definicion dada del cuasi contrato. Una indiferencia se encuentra entre los dos casos: en el primero el heredero defensor de la herencia quiso obligar á su coheredero, y en el segundo el heredero creyendo ser único no podia pensar en obligarle. Pero semejante diferencia no impide que haya un cuasi contrato. Cuando alguna persona en la persuasion de deber una cantidad á otra se la entrega, y ésta la recibe juzgando que se le debia, queda obligada á la restitucion (ley 28, tit. 14, P. 5.) sin imaginar contraer ninguna obligacion, ni el supuesto deudor el obligarla, y de consiguiente se celebra un cuasi contrato fundado en un consentimiento ficto ó presunto. Créese ó fingese que quien paga tiene la intencion de obligar á la restitucion, si no debe al que conceptua su acreedor, y que éste recibe con ánimo de quedar obligado á restituir, si percibe lo que no se le debia; y á este modo digo yo, créese ó fingese que el heredero que pensando ser único hace gastos

único heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de haber obtenido en juicio parece el coheredero ausente pretendiendo la mitad; sin embargo de haberse dado la sentencia solamente en favor del presente deberá ceder su derecho por mitad al ausente, para que la perciba de los poseedores, y si está en posesion de ella entregársela, pues la sentencia aprovecha al coheredero, aunque debe pagar las espensas á proporcion (*a*).

en defender la esencia, tiene la intencion de obligar á la satisfaccion correspondiente de ellos al que aparezca despues ser su coheredero, y que éste tiene ánimo de obligarse á dicha satisfaccion, siempre que sea heredero y su coheredero espenda en defender la herencia algunas cantidades que el mismo espenderia gustoso por su propia utilidad. He aqui puesta de manifiesto una obligacion eficaz que se ocultó de Ayora y de Febrero. Ademas, yo querria que Ayora, Febrero ó cualquiera que siguiese su opinion me dijera, porqué en el caso propuesto no está obligado el coheredero al pago proporcional de espensas, y si en el del num. 63 siguiente. Por último, si los derechos de inventario, tasacion, particion, &c. disminuyen la herencia, de suerte que los satisfacen todos los herederos á proporcion de sus cuotas, (nn. 56, 57 y 58 de este cap.) tambien la disminuirán los gastos hechos en defender la herencia misma, y asi los pagarán todos los interesados proporcionalmente, ó segun lo que hayan de percibir.

(*a*) Ayor. part. 3, cit. q. 19.

CAPITULO IV.

Del modo de dividir entre un cónyuge y los herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia pro indiviso, como tambien las mejoras hechas en los bienes libres y vinculados de ambos consortes; y con cuáles se han de satisfacer la dote y capital que dieron ó prometieron á sus propios hijos.

§. I.

Cuáles se llaman bienes gananciales y se comunican á los casados, y cómo han de dividirse entre los hijos de dos ó mas matrimonios.

1 Deducidos los bienes que el marido y su muger acreditaren haber puesto por fondo en su sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, (sean ó no enteramente suyos, pues una vez que entran en el fondo de ella, deben sacarse al tiempo de su disolucion antes que todo, aunque sean agenos, para que se los pague á sus dueños el que los llevó) y las deudas contraidas constante su matrimonio en la forma y términos esplicados en el capítulo anterior, es incremento y utilidad de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado se debe comunicar en estos reinos de Castilla, y dividir por mitad entre los dos conyuges, si viven juntos, segun lo órdena la ley 2, tit. 9, lib. 5 R. ó 1, tit. 4, lib. 10 N. R. que dice: »Toda cosa que el marido i la muger ganaren ó compraren estando de consuno, áyanlo ambos por medio, y si fuere donadío del Rey i lo diere á ambos, áyanlo marido i muger; y si lo diere al uno, áyalo solo aquel á quien lo diere."

2 Lo espuesto tiene lugar, no solo cuando marido y muger habitan en un mismo pueblo y casa, sino tambien aunque esten en diversos, con tal que subsistan el matrimonio y la union de voluntades, y no haya habido divorcio, como si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo á su salud, ó por otro justo motivo, se queda en su pátria, ó si en ella tiene algun tráfico y el marido otro en otra parte; pues en estos y otros casos semejantes todo cuanto hicieren uno ú otro, ó am-

bos, se debe comunicar y dividir por mitad (*a*). Algunos dicen que para esto es precisa la cohabitacion, pero se desestima su parecer como destituido de fundamento sólido.

3 Lo mismo procede, aun cuando el uno solo constante el matrimonio gane lo lucrado, porque para este único efecto se reputan sócios de compañía universal, en la cual no se deja de hacer la particion de lo adquirido por comerciar y trabajar el uno, y no hacer nada al otro, respecto á que se negocia con el caudal y á nombre de ambos, aunque suene uno solo, y á que para dicho fin se estiman en el concepto legal por una persona.

4 Si no consta qué bienes llevó cada uno al matrimonio, ó durante él heredó, ó le donaron parientes, ó estraños por su mera contemplacion y no por la de la sociedad conyugal, ó no se acredita su importe, todos se conceptuan adquiridos en su intermedio, y deben dividirse en la forma espresada (*b*); pero si alguno de ellos justifica los que heredó por testamento ó abintestato, ó le dieron, ó legaron en la forma espuesta, sean muebles, raices, ó de otra clase sin escepcion, serán suyos privativamente, y se deberán separar y aplicársele.

5 En la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca, en que se observa el fuero denominado de *Baylío*, todos los bienes que marido y muger llevan á su matrimonio, y heredan ó adquieren despues por cualquier título, son comunicables como gananciales entre ambos, aunque el uno nada lleve, no pactándose lo contrario al tiempo del casamiento, ó que éste se hace segun el fuero de Leon; pues aquel está mandado observar por real cédula de 20 de diciembre de 1778 (espedida á consulta del Consejo en vista de una representacion del personero de Alburquerque, y es la ley 12, tit. 4, libro 10 N. R.) que dice estas palabras: »Por la cual aprueba la observancia del fuero denominado del Baylío, y mando que todos los tribunales de estos mis reinos se arreglen á él para la decision de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demas pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser mas conveniente que

(*a*) Acev. ley 2, t. 9, lib. 5 R. n. 14 verb. de consuno. (*b*) Ley 1, tit. 9, lib. 5 R. o 4, tit. 4, lib. 10 N. R.

lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los pueblos."

6 Los bienes que como gananciales ó multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido y muger, son no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero y caudal de ambos, sino tambien los que compra el marido por sí solo, ó su muger con su licencia tácita ó espresa, sea el dinero comun, ó de cualquiera de los dos; pues de todos modos se les comunican en la forma espuesta, porque se atiende al tiempo de su adquisicion y no á la persona en cuyo nombre suena la venta.

7 Mas esto tiene sus limitaciones. Si con el precio del fundo de uno de los cónyuges vendido se compran otro ú otros, y se espresa así en la escritura, ó se prueba por testigos ó por otro medio legal, ó lo confiesa el otro cónyuge, (si bien esta mera confesion es prueba débil, porque se reputa donacion entre los dos) se subrogan los primeros en lugar del segundo, y los adquiere el dueño del vendido, valgan mas ó menos que este, por lo que se han de estimar y aplicársele (*a*). Igualmente si se trueca por otro y se dice que se ha de subrogar en su lugar, se entenderá subrogado, y se le adjudicará por el precio del permutado, sea mayor ó menor, y no porque el que tenga á la sazon y le haya dado el tiempo solo (*b*).

8 Son igualmente comunicables entre marido y muger los frutos de la cosa o finca que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante este se consolidó con el usufructo, por haber fallecido el que le tenia ó por otro motivo; pero el derecho de usufructuar no se comunica á los socios, porque es personal. Debe tener presente el partidor esta distincion, pues no todos la saben, y los que la ignoran causan graves perjuicios.

9 Lo propio milita cuando el marido adquiere despues de casado el usufructo de algunos bienes; pues si por ejemplo, de su primer matrimonio tiene un hijo bajo su potestad que heredó á su madre, ó á quien sus parientes o estraños donaron algunas fincas, cuyo derecho de usufructuar corresponde á su padre como tal, mientras se halle en su poder, con obligacion de alimentar-

(*a*) Marienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 Regios. 2, n. 4, vers. Limita, y n. 5.

(*b*) Ley 11 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real. Tocante á la finca comprada con dinero dotal vease el cap. 3 nu. 15 y 16.

le y darle educacion; aunque la segunda muger no tiene parte en dicho derecho por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio, si en los frutos que las fincas producen durante el matrimonio y así llevará la mitad de ellos, y no se descontará de los gananciales para aplicarlo todo al marido (*a*): lo cual como opinion segura y mas comun se observa en la práctica.

10 Son comunicables tambien entre los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que se dejó á alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado ó division de la herencia haya habido pleito, y tardado por este motivo el hacerse la particion y entrega; pues sin embargo de que Ayora (*b*) afirma que el legatario, ó coheredero los ha de llevar todos, fundándose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente, y en que los cónyuges no pusieron trabajo en su produccion, el cual es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictámen: lo primero porque el legatario incontinenti que fallece el testador, adquiere dominio en lo legado (*c*), y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos (*d*), especialmente desde la contestacion del pleito, desde la cual se constituye poseedor de mala fe el coligante: lo segundo, porque la ley no requiere, ni pide como preciso é indispensable que los cónyuges pongan su industria y trabajo material en su produccion, y basta que constante su sociedad y la union de voluntades se produzcan y devenguen, de lo cual es una prueba de concedérselos hasta de los bienes castrenses y casi castrenses que no se les comunican, como se dirá en el cap. sig. fuera de que si su trabajo personal fuera necesario, no se comunicarian los réditos, pensiones, ni otros en que nada mas hacen ni tienen que hacer que percibirlos; y lo tercero, porque la demora en no determinarse el pleito no daña al cónyuge, ni adquiere cosa nueva por la sentencia, la cual es tan solo una declaracion del derecho que tenia adquirido.

11 Lo mismo procede cuando durante el primer matrimonio empieza pleito sobre la pertenencia de ciertos bienes á alguno de los cónyuges; pues si muere antes de concluirse dejando hijos, se vuelve á casar el viudo ó viuda, y el pleito se termina

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 8 nn. 20, 21 y 22. (*b*) Part. 3 q. 29. (*c*) Ley 34 tit. 9 P. 6. (*d*) Ley 37 dich. tit. 9.

constante el segundo matrimonio, percibirán íntegros los bienes los hijos del primero y juntamente con la mitad de los frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; y los del segundo únicamente la otra mitad que como á herederos del viudo ó viuda les corresponda con los del primero.

12 Se comunica por mitad entre los cónyuges el precio del fundo patrimonial que constante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre como pariente mas inmediato, pero no el fundo (*); en cuya atencion aunque el valor de este se inventarie y considere (segun se debe hacer) como aumento del caudal de ambos para saber á cuanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos sino aplicarse íntegro al marido como dueño de parte de pago de su mitad y por su muerte á sus herederos, y á la muger se dará otra cosa por la mitad que le toca de su valor; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro, sin que preceda su consentimiento, ó que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos.

13 La estimacion ó valor de los oficios de regidor, escribano, procurador, alguacil y otros enagenados de la corona que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los propios términos, porque estos oficios por costumbre de estos reinos y tácita permision del soberano se venden, se dan en pago, se colecionan como transmisibles á los herederos igualmente que los demas bienes, y se les aplican en las particiones (*a*)

14 Y aunque los cónyuges los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entonces se les dé y no por el que costaron; pues

(*) La razon inductiva del retracto es el afecto que se cree tener cada uno á las cosas de sus mayores, y este no concurre en la muger respecto al fundo que retraiga su marido, de que quien retrae alguna heredad, debe jurar segun la ley 7 t. 11 lib. 5 R. y l t. 13 lib. 10 N. R. *que la quiere para sí*, y si la muger adquiriese parte en aquella, seria falso el juramento y perjuro el marido, mayormente cuando la muger conforme á la opinion mas verdadera y recibida adquiere ipsojure el dominio y posesion de las cosas lucradas constante el matrimonio. Estas razones parecen mas poderosas que la que podria alegarse en contra de que nuestras leyes disponen se divida entre los consortes lo lucrado en el matrimonio.

(*a*) Gom. ley 29 de Toro n. 21 Matienz. en la 5 t. 9 lib. 5 R. glos. 4 n. 6.

su incremento intrinseco toca á la sociedad conyugal, al modo que le tocaria el decremento, si le tuviesen, y de la mitad debe participar la muger (*a*); por lo que si esta fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dejándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrinseco como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad como herederos todos de un mismo padre: lo cual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados, ó adquiridos por ambos durante su sociedad, escepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de 25 años lo pueden hacer. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido constante el matrimonio por fundacion, dotacion, ó construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos (*b*).

15 Supuesto ser comunicable entre los cónyuges la estimacion ó valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda, si habiendo comprado alguno el marido antes de casarse, pero no pagado enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo, tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero, con que se acabó de pagar; ó redimió el gravamen; como tambien si el aumento, ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio, será ganancial y de consiguiente comunicable.

16 Tocante á lo primero, aunque es indubitado que lo que se compra con el dinero dotal, se contempla dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho (*c*); sin embargo no sucede asi en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49 tit. 5 P. 5 (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se transfiere el dominio á la muger. En orden á lo segundo, el ma-

(*a*) Covar. lib. 3 Var. cap. 19 Ayor. part. 1 cap. 8 n. 16. (*b*) Mat. glos. cit. n. 5. (*c*) Cap. 3 nn. 18 y 19.

(*) Asi lo dan á entender estas palabras: "O si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad della ficiesse la compra."

yor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente á su dueño, porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ambos, ni ellos se le dieron, sino el tiempo ó tal vez ya le tenia, cuando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por el en que se le vendió, asi como si valiere menos; pues del mismo modo que cuando el aumento ó mejora sobreviene á una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo, ó por otra causa accidental, no se comunica á los demas socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges, cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos (*a*). Lo mismo procede, y creo se debe practicar cuando consta que uno de los cónyuges llevó á su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase, resulta existir sin vender, y á poco tiempo de casados compra el oficio ó finca, v. gr. por 20 espresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en 60; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe comunicarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él y subrogado en su lugar; y el otro cónyuge como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, á nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo le padeciere, escepto que ambos pacten otra cosa (*).

17 Tambien se comunica á los casados la donacion remuneratoria que se les hace constante el matrimonio por los servicios y meritos contraidos en este tiempo, porque no es propiamente una donacion lucrativa, sino satisfaccion del trabajo hecho ó beneficio recibido; por cuya razon valen la donacion de igual clase que el padre hace al hijo que tiene en su poder, la que mutuamente se hacen marido y muger, ó uno solo al otro por sus mé-

(*a*) Marienz. ley 2 t. 9 lib. 5 R. gles. 1 n. 8º.

(*) Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio debe ser comunicable el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiere con el dinero de un consorte, corresponde á la sociedad conyugal, sin atenderse á si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó á si concurrió con su trabajo á la adquisicion; y dicho aumento viene á ser un fruto sino inmediato, mediato del precio porque se compró.

ritos particulares, y la que hace el prelado eclesiástico de los bienes de su iglesia á quien la sirvió y benefició, aunque no los puede enagenar; y en duda siempre se presume hecha en compensacion de dichos servicios.

18 Mas para que esta donacion remuneratoria se comunique á ambos cónyuges, si se hace al uno por los méritos hechos constante el matrimonio, es necesario probar que estos son dignos del importe de los bienes donados; pues en cuanto se les igualen y no en mas se les comunicarán; y si esceden, tocará el esceso á aquel á quien se donaron, quedando al prudente arbitrio del juez en caso de duda la regulacion del valor de estos méritos atendidas las pruebas y conjeturas que haya (*).

19 Asimismo se comunica á entrambos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra, que se llama *peculio castrense*, ó el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella, aunque esto se ha de entender cuando sirvió sin sueldo, y se mantuvo á espensas del caudal de los dos; mas si gozó sueldo y se mantuvo con él y no con los bienes comunes, nada tocará á la muger de la donacion que el Rey le hizo, ó cosa que adquirió en la guerra. »Si el marido (dice la ley 3 t. 9 lib. 5 R. ó 2 t. 4 lib. 10 N. R. á la que corrobora la 5 sig. ó 5 t. 4 cit. N. R.) alguna cosa ganare de herencia de padre ó madre, ó de otro propinco, ó donadío de señor, ó de pariente, ó de amigo, ó en la hueste (*egercito*) del Rey, ó de otro que vaya por su soldada: ayalo todo cuanto ganare por suyo, i si fuere en hueste sin soldada á costa de sí, e de muger, cuanto ganare desta guisa (*manera*) todo sea del marido, i de la muger. Ca assí tomo la costa es comunal de ambos, lo que así ganaren sea comunal de ambos." Pero si lo donado por el Rey en remuneracion de los servicios hechos en la guerra á espensas de

(*) Juan Gutierrez (*lib. 2 Pract. q.* 119) hace una distincion que parece razonable y que apoya en la establecida respecto á los bienes castrenses por la ley inserta en el n. sig. Si se dona á un consorte, dice, en remuneracion de algunos servicios ú obras que hizo á su propia costa, solamente el lucre lo donado; y si fue á espensas de ambos cónyuges, ambos tengan parte en la donacion. Podria dudarse qué servicios se quisieron recompensar, ó con cuyas espensas se hicieron, y entonces puede seguirse la opinion de Matienzo, (*ley cit. glos* 6) quien aun en las donaciones remuneratorias solo favorece al donatario, lo cual seria por ventura mas conveniente adoptar, ya porque la ley no distingue, y ya por evitar dudas y pleitos, á que suministran abundante pábulo las diversas sentencias de los AA. sobre el espresado punto.

ambos, escede á estas, no se comunicará el esceso á la muger (*). Y si el marido fuera de campaña ahorra alguna cantidad de su sueldo, esté ó no jubilado, ó retirado del servicio, aquella, y lo que compre y lucre con ella, será comunicable á entrambos: lo primero porque de ello no habla la ley, y lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demas; y lo segundo porque este sueldo se le da por razon de alimentos, es fruto, ó emolumento del empleo que obtiene, como lo que ganan del juez, abogado, escribano y otros, y no donacion real de las que habla la ley, que regularmente son permanentes y transmisibles, consistan en utilidad ó en honor, como la heredad, título, señorío, oficio, privilegio y otras cosas semejantes, las cuales tampoco son colacionables, como diré mas adelante (*a*).

20 Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra es comunicable con la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de juez, abogado, escribano y otros semejantes durante el matrimonio; pues estos oficios son cuasi castrenses, y lo que producen son frutos, los cuales, de cualquier calidad que sean, les corresponden por mitad, como tambien diré (*b*); pero su propiedad, que son los mismos oficios, ó la facultad de ejercerlos, si el Rey los concede al marido, toca privativamente á este, y nada llevará su muger (*c*).

21 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 á entrambos cónyuges, mas no la finca; y así en la particion se ha de aplicar esta al marido, porque ningun derecho tiene á ella su muger, sino tan solo á la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun; y en la adjudicacion ha de obser-

(*) En mi dictamen lo que done el Rey por dicho motivo al marido, se comunicará igualmente a la muger, aunque lo donado esceda mucho á las espensas, ya porque la ley no hace ninguna distincion, ya porque lo dan bastantemente á entender así las palabras *cuanto ganare desta guisa, todo sea del marido y de la muger*. Por otra parte el haber de probar si hubo ó no esceso, puede ser difícil é incómodo, y originar algun litigio cuyas costas escedan al esceso.

(*a*) Lib. 2 cap. 3. (*b*) Cap. 5 de este lib. §. 5 (*c*) Leyes 4 y 5 t. 9 lib. 5 R. ó 3 y 5 t. 4 lib. 10 N. R.

var el partido lo que espuse en el n. 12 acerca de la retraida por derecho de consanguinidad, pues se atiende al principio y no al fin, cuando este es consecuencia necesaria de aquel.

22 Los partos de las siervas de cualquiera de los cónyuges son comunicables á entrambos (*a*), porque se comprehenden bajo del nombre genérico de réditos (*), y estos, procedan de los bienes de uno de los dos, ó de los de ambos, se les comunican indistintamente, asi como los frutos, á los cuales se equiparan regularmente (*b*). Ademas, si muriendo la esclava se debe resarcir su precio de los gananciales, tambien su parto se ha de dividir, pues quien está al provecho, debe estar al daño y por el contrario. Lo propio milita en los partos de los animales (**).

27 Dudase si donando los parientes del marido á su muger al tiempo de casarse, ó despues algunas joyas, vestidos, dinero u otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel, se tendrán estos bienes ó su importe por capital del donatario ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó si serán comunicables á entrambos. Esta cuestion la propone Ayora (*c*), y la tratan mas fundamentalmente Garcia (*d*), y Palacios Rub. (*e*), y para desvanecer las dudas que por la diversidad de pareceres pueden ocurrir al partidor, conviene distinguir ocho casos. Primero. Si en el dia de la boda dan algo á la novia los parientes del novio, se entiende en caso de duda que se la dan por contemplacion de este, y de consiguiente que él se lo da, pues asi como lo habian de regalar á

(*a*) Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 30 n. 44.

(*) Mas bien en mi concepto se debe dar á los partos de las siervas el nombre de frutos que el de réditos, voz mas propia para significar las obvenciones ó utilidades que rinde ó recibe el dinero en virtud de algun contrato como el de censo ú otro semejante.

(**) Al leer este número, al leer *los partos de las siervas* que se equiparan á los animales, no ha podido menos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aqui una aberracion de pension del género humano degradada y humillada hasta el nivel de las bestias. Sin embargo me seria muy facil demostrar que no hay hombres esclavos sino en los códigos, y en la humanidad é insensibilidad de otros hombres libres. La naturaleza no podia permitir, ni mucho menos aprobar uno de sus mas vergonzosos ultrages. Politicos ilustrados y sensibles han puesto á las claras esta importante verdad que no podrá ocultarse á nuestro sabio gobierno, y Dios quiera veamos desterradas de los códigos las viles y afrentosas voces *de siervos y servidumbre, de esclavo y esclavitud*.

(*b*) Ley 5 t. 9 lib. 5 R. y en ella Matienz. glos. 5. (*c*) De Part. parte 3 c. 8 n. 18. (*d*) De acquestu conjugali desde el n. 107. (*e*) In repet. rubr. §§. 38 y 44.

él, lo regalan á ella, de modo que se reputa donacion esponsalicia, y como tal si el novio la hubiere besado lucrará la mitad de lo donado, y si el matrimonio se consumó lo hace suyo todo, y se le debe aplicar con arreglo á la ley real; y si no hubo beso ni consumacion, á nada tienen derecho ella ni sus herederos (*). Lo propio milita en los parientes de la novia respecto del novio ó esposo de presente en cuanto á reputarse donado por contemplacion de ella y no á lo demas, porque en él no se atiende á si consumó ó no el matrimonio, y fue ó no besado. Segundo caso. Si los parientes de cada uno dan algo á su pariente, lo hace suyo tambien éste, y nada debe participar el cónyuge dénselo en el dia de la boda ó despues; y lo mismo procede si se lo dan algunos amigos, como lo dispone espresamente una ley recopilada (*a*). Tercer caso. Si los parientes de un cónyuge dan al otro cosa que es adecuada solamente á su sexo, como á la muger un adorno para la cabeza, ó al marido un caballo, pertenece tambien al donatario, porque se presume donada por mera contemplacion suya y no del cónyuge consanguíneo del donante, y que esto lo hace por la complacencia que tiene en la union de su matrimonio y enlace con el donatario (*b*). Cuarto caso. Si amigos ó estraños hacen la donacion al tiempo de la boda ó constante el matrimonio, es incomunicable, si no espresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de aficion por consanguinidad (*c*) (**). Quinto caso. Si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *lego á Maria tal cosa por estar casada con mi primo Juan, ó á Maria, muger de mi hijo, ó por el parentesco que tengo con su marido Pedro*, se contempla hecha por el cónyuge como esponsalicia; en cuya atencion si la muger fue besada lucrará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun se ha sentado, no espresando otra cosa el donante. Sesto caso. Si hay costumbre en el pueblo ó provincia de que el donatario haga suyo lo

(*) La ley 52 de Toro solo habla de lo que el esposo hubiese dado á la esposa, no de lo que hubiesen donado á ésta los parientes de aquel, y parece que si la ley hubiera querido que en la donacion de los unos rigiese lo mismo que en la del otro, lo habria espresado. Tambien parece que de las donaciones hechas por los parientes del novio á la novia, o por los parientes de la novia al novio no se debe hacer mérito.

(*a*) La 3, t. 9, lib. 5 inserta en el n. 19. (*b*) Gutier. lib. 2, Pract. q. 120, n. 14. (*c*) Garcia, lug. cit. n. 114.

(**) Pero versa la razon de afecto por amistad.

donado por los parientes del otro cónyuge, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla, no siendo universal ó notoria, porque en duda se presume donacion hecha por contemplacion del otro cónyuge. Séptimo caso. Cuando no aparece por contemplacion de quien se donó, y hay costumbre de regalar á la novia los parientes del novio, como sucede en esta córte, pertenece la cosa donada al donatario, pues se cree que se dió á éste por respetos suyos y no de la sociedad conyugal; pero debe probar la costumbre si se duda de ella. Octavo y último caso. Cuando consta que los parientes de un cónyuge quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ó por el contrario, lo llevará sin duda alguna aquel á quien fue su voluntad pasase. Tendrá presente el partidor estos casos, pues suelen ocurrir, y no todos los saben.

24 Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual, ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio, son comunicables al marido como frutos conyugales, ó está obligado á restituírselos como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, ya en contrato, y entonces es una estipulacion y contrato (*); si el marido los hiciese suyos se consumiria la dote, lo cual resiste el derecho, por convenir esten dotadas todas las mugeres para la propagacion del estado (**): lo segundo, porque los frutos que consumen la substancia de la cosa no pertenecen al marido, y los espresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se

(*) Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad, sino para confundir, y asi entre nosotros no hay por qué hacer nunca mencion de ella. Atiéndanse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estos recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines, y no será menester mas para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos.

(**) Acaso sería mas conveniente que ninguna tuviese dote, ni pudiese percibir herencia, legado, ni otra cosa alguna fuera de los precisos alimentos. Entonces muchas mugeres no confiadas en el atractivo de las riquezas procurarian con mayor esmero adquirir los mas apreciables bienes, esto es, las virtudes propias de su sexo para grangearse la solida y permanente estimacion de los hombres, con lo cual serian mas felices los matrimonios, y de consiguiente mas feliz la sociedad. Esta nota se defiende en la apologia.

comprehenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero; y asi el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos nada queda: y lo cuarto, porque asi como llevando la muger en dote no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece, ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella, ni puede haber otro producto, aunque asimismo puede durar algunos años la estraccion, no adquiere el marido las piedras estraidas porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, escepto en el caso que espresaré en el c. 5, n. fin. (*a*), asi tambien si los espresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es, que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó réditos, sobre lo cual pueden verse los AA. que se citan (*b*).

25 Mas yo distinguiendo digo, que si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó por los del marido solamente, debe éste restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion nada queda á la muger en propiedad ni usufructo, asi como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos, y lo propio milita en el usufructo por tiempo determinado (*c*). Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirle el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho inseparable, permanente é inalienable que viene á ser á la similitud de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido, y aunque éste muera, continúa en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia antes

(*a*) Ley 27, t. 11, P. 4. Gutier. de Tutel. part. 3, cap. 35, nn. 2 y 6. (*b*) Garcia de Conjugali acquæstu. n 172. Gutier. cap. 35 cit. Spino Specul. testam. glos. 13, nn. 66. (*c*) Rodrig. de annuis Reditib. lib. 1, q. 3. n. 15.

de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en la primera parte (*a*) estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger, y querido privarse de ellos, lo cual no le está prohibido. Lo mismo digo, cuando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de éste puede ejercer otro con quien se case, como espresé en el n. cit. Y cuando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos, ni ésta, porque son alimentos, los cuales no son colacionables como el predio (*b*), á menos que se pacte lo contrario al tiempo de su donacion ó promesa.

62 A la muger casada se comunica constante el matrimonio el dominio y posesion aunque revocable de la mitad de los gananciales, y por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella; pero el marido, aun durante el matrimonio tiene un dominio irrevocable en todos los gananciales, y asi los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses ni cuasi castrenses, vender y enagenar á su arbitrio, no procediendo con ánimo de defraudar á su muger, segun lo dice espresamente una ley recopilada (*c*). Asi pues, mientras el marido vive y no se disuelve su matrimonio, ó no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales ni impedirle el uso lícito de los que adquiera con pretesto de que la ley le concede su mitad, porque esta concesion se entiende para los casos espresados, y no otros (*).

(*a*) Cap. 21, n. 12 que puede verse. (*b*) Gutier de Tutel. part. 3, c. 35 n. 7.

(*c*) La 5, t. 9, lib. 5 que dice: »I otrosí que los bienes que fueren ganados, mejorados, i multiplicados durante el matrimonio entre el marido i la muger, que no fueren castrenses, ni casi castrenses, que los pueda enagenar el marido si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su muger; y que el contrato de enagenamiento vala; salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar á la muger." Es la ley 5, tit. 4, lib. 10 N. R.

(*) La distincion que aqui se hace entre el dominio de la muger y el del marido en las gananciales, llamando al uno revocable y al otro irrevocable, es confusa y aun falsa, pues tan irrevocable es el del uno como el del otro consorte. En virtud de la ley los gananciales pertenecen igualmente y pro indiviso al marido y á la muger; pero aquel tiene ademas su administacion, de que ésta carece hasta que por fallecimiento del marido se le entreguen los que le toquen y que podrá administrar por sí misma. Tambien es una misma la posesion del marido y de la muger en los gananciales, aunque el primero tenga su manejo. Asi

27 En consecuencia de lo espuesto se duda si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores sin cesion del marido ó de sus herederos la mitad de los gananciales y créditos que le toca. Algunos AA. (*a*) dicen, que si se hace mencion de la muger juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. Pero otros (*b*), con cuyo parecer me conformo, dicen, que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido es superfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: lo segundo, porque cuando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua concesion de unos á otros, y así el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el sócio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consócios, dando la competente caucion (*c*), podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como diré en el §. IV de este capítulo; y lo quinto, porque segun una ley de Partida (*d*), lo que un sócio adquiere en la compañía universal se comunica á los demas sin cesion; y siéndolo, como lo es, la conyugal en cuanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella.

28 No solo en el matrimonio legítimo y verdadero se comunican á los casados los bienes que con su industria y trabajo adquieren mientras dura, sino tambien los que gana durante el putativo y que ellos tienen por legítimo, no de otra suerte (*e*); y lo propio milita en la dote, pues goza de iguales privilegios en éste que en aquel, si se padece la misma ignorancia (*f*). Asimis-

debe hablarse de los gananciales en este punto para evitar toda oscuridad y falta de esactitud.

(*a*) Awendañ. respons. 20 n. 3. Gutier. lib. 2 Practic. quæst. 118 nn. 15 y 16. (*b*) Acev. ley 2 t. 9 lib. 5 R. nn. 19, 20 y 21. (*c*) Ley 2 t. 32 P. 3 y su glos. 5. (*d*) La 47 al fin. t. 27 P. 3. (*e*) Cap. 2 de Donation. inter vir. & uxor. Gom. ley 50 de Toro, n. 69, vers. Quod. estende, y n. 77. (*f*) Covar. de Sponsal part. 2, §. 1, cap. 7, n. 3 y 8.

mo la donacion pura y simple no vale entre ellos, ni se confirma con su muerte.

29 Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ningunos, sino es que prueben plena y concluyentemente cuáles y cuantos son, y que existian al tiempo que murió su madre, porque el que se afianza en la cualidad del tiempo, debe probarla como fundamento de su intencion; y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña, ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque existan y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre, porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir se reputen multiplicados en el primer matrimonio, es preciso hagan ver claramente, que cuando su madre murió, habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él (*a*).

30 No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró, mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, si no mejoró á alguno; y aunque varios AA. (*b*), dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como se esperimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidad ó adversidad que se hubiesen tenido, mayormente cuando el padre pudo haberlos gastado todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho á que él dé su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, no habiendo mejora, sin deberse

(*a*) Ayora de Partit. part. 3, q. 13, n. fin. (*b*) Escobar comput. 9 y otros que cita.

atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos y á que todos son suyos (*). De lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ó estando viudo habia adquirido obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohibe su uso como dueño de todos.

31 Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la primer muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que difícilmente puede ofrecerse; es necesario recurrir á pruebas, ó en su defecto á conjeturas prudentes, y asi el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras, ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno como adquiridos en tiempo de sus madres y con arreglo á sus últimas disposiciones la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, si no mejoró á ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo; qué conducta era la de sus mugeres; pues unas disipan los caudales, y

(*) Nada hace al propósito que se acredite ó no lo espuesto cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun, pues respecto de éste es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre, y asi Febrero padeció una muy notable equivocacion Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el núm. sig.: el caso en que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuántos se adquirieron en el primero, y cuántos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duro cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes añado yo) de cada muger; cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero núm. cit.

otras los conservan ó aumentan: qué enfermedades y contratiempos les sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial y prudencial, llamará á los interesados para manifestárse-le é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerle. Y si sin embargo no se avinieren, lo consultará al juez para que oyéndolos en forma resuelva y le prescriba reglas fijas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta, con arreglo á las cuales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de juez; pues siempre que le ocurra duda que no pueda disolver, acerca de los gananciales ó de algun otro particular, y los interesados no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha espuesto en órden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, segun los casos ocurran.

§. II.

Cuándo no se comunicarán ó perderán los cónyuges los gananciales.

32 Como cada regla general padece sus limitaciones ó escepciones, tambien las padece la de que los bienes adquiridos durante el matrimonio se comunican igualmente á los cónyuges; pues hay varios casos en que no solo no se les comunican, sino que los pierden, y los cuales se van á esponer.

33 Si alguno de los cónyuges comete crímen de lesa Magestad ú otro, por el que segun derecho deba perder sus bienes, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocaria, y se reputan por tales todos los que lucran hasta que se declaran en juicio perdidos, aun cuando el delito sea de tal calidad que el perpetrador incurra ipso jure en la pena; mas por el del uno no pierde el otro su mitad ni los demas bienes suyos (*a*); en cuya atencion aunque por el delito no se confisquen, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad y aplicarse otro tanto como importe al otro cónyuge, porque el daño que se causa á la sociedad por dolo ó culpa de uno de

(*a*) Leyes 10 y 11, tit. 9, lib. 5 R. ó 10 y 11, tit. 4, lib. 10 N. R.

los socios no debe tocar á los consocios (*a*).

34 Habiéndose quedado la muger despues de casada en su casa sin haber ido á cohabitar con su marido, ninguna parte le toca de los gananciales que adquirió este entre tanto con su mera industria y caudal, porque ningun trabajo puso en su conversacion, custodia, ni incremento, ni tampoco fondo con el cual pudiese comerciar y lucrar (*b*).

35 Si el esposo antes de llevar la esposa á su casa recibe su dote en dinero, y comerciando con él adquiere muchos gananciales, parece que aun no habiéndola alimentado no tendrá parte la esposa en ellos, ya por lo dicho en el número anterior, ya porque faltan la union y habitacion *de consuno* que prescribe la ley para ganarlos, y ya porque si se pierde la dote en la negociacion, es de cuenta y riesgo del esposo y no de la esposa, por habérsele transferido su dominio, especialmente consistiendo en dinero. Pero sin embargo lo contrario tengo por mas cierto; lo primero, porque para contraer la sociedad conyugal no es precisa la cohabitacion, como ya he sentado y basta la celebracion del matrimonio: lo segundo, porque las leyes mandan que las ganancias adquiridas con caudal comun se dividan entre los socios (*c*): lo tercero, porque en el caso propuesto es visto haberse contraido una sociedad entre los esposos de presente, y asi el lucro que despues de recibida la dote se adquiere, se debe comunicar á entrambos, aunque la esposa no esté en la casa del esposo; y lo cuarto, porque es innegable que la dote dada al esposo se le dió como á marido, y puesto que este tiene obligacion de dividir con su muger las utilidades que adquiere, debe dividirlas tambien en el caso presente. Por estas razones, y por otras que trae Castillo (*d*), no me queda duda en que las ganancias adquiridas por el esposo con la dote de la esposa se deben comunicar á esta, entendiéndose que él pone la industria y ella el fondo ó parte de él.

36 Si estando la muger en compañía de su marido la echa este de su casa sin causa legítima, y mientras se halla fuera, adquiere muchos gananciales, debe comunicarlos con ella,

(*a*) Ley 7 y 13, tit. 10, P. 5. (*b*) Covar. de Spousal. part. 1, cap. 7, § 1, n. 6. (*c*) Leyes 3, 6, 7, 12 y 13, tit. 10 P. 6. (*d*) Lev 16 de Toto nn. 50 y 51.

porque subsiste el matrimonio, y no ha cometido delito, porque deba perderlos, mayormente cuando se cree hecha la espulsion con ánimo de defraudarla (*a*); al modo que si un amo despide sin culpa á un criado, ó hace cosa por la que se vea en precision de despedirle, debe pagarle el salario estipulado, como si le hubiera servido todo el tiempo pactado (*b*). Pero asimismo cuando la muger sin causa no quiere vivir con su marido y adquiere algunos gananciales durante la separacion, debe comunicarlos con el (*c*); y en caso de divorcio legítimo el que le hubiese motivado tiene que alimentar de sus bienes al hijo de ambos, y éste ha de estar al cuidado del otro (*d*).

37 No procede lo espuesto, cuando marido y muger se separan recíprocamente por alguna causa con legítima dispensa, pues entonces cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion: ya porque por el hecho de estar separados por juicio de la iglesia se consideran como sino fuesen marido ni muger, y de consiguiente no versa motivo alguno de los que tuvo la ley para conceder á la muger la mitad de las ganancias; ya porque como viven separados, tienen sus bienes en la misma forma, y faltan la voluntad, union, sociedad y trabajo de ambos para ambos. Lo propio milita, cuando voluntariamente se separan votando castidad, y cuando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion ó nulidad, porque hasta entonces hubo matrimonio, buena fe y sociedad legítima entre ellos, y los adquieron como marido y muger.

38 Si la muger por la sevicia, escesiva rigidez de su marido ú otro motivo grave se separa de él, por manera que no hacen vida marital, no solo se le debe restituir su dote sino tambien la mitad de los gananciales, adquiridos antes de su separacion (*e*). Y en cuanto á los lucrados despues de la separacion, parece no tendrá derecho á ellos, porque se hizo á su instancia, aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él es visto que tampoco quiso participar

(*a*) Castill. n. 52. (*b*) Ley 8 tit. de las fuerzas y daños del Fuero Real. (*c*) Castill. n. 53. (*d*) Ley 3, t. 18, P. 4. (*e*) Cap. 1 de Donation. inter vir. & uxor

de los gananciales que adquiriese despues. Pero no obstante, la opinion comun y mas segura es, que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues seria injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este, fuese privada del beneficio que la ley le concede, y que le perjudicase su inocencia, utilizando al mismo tiempo al marido su crímen (*a*). Lo mismo procede en el marido, cuando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y lo que se diga del uno, ha de decirse de la otra habiendo igual razon.

39 Si la muger es adultera ó contra la voluntad de su marido va á casa de hombre sospechoso, en cuyo caso se presume serlo ó abandona nuestra santa religion, volviéndose mora, judía ó de otra secta, no solo perderá los gananciales sino tambien su dote y arras, escepto que su marido le perdone el adulterio y la restituya á su compañía, pues entonces se vuelven las cosas al estado que tenian antes de cometerle, y asi nada perderá por él (*b*).

40 Si una viuda vive lujuriosa y escandalosamente, pierde los gananciales que debe restituir á los herederos de su marido, aunque sean estraños (*c*); pero esta pena de restitucion no comprehende al marido, porque la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger (*d*) (*), por cuya razon la casada no puede acusar de adúltero á su consorte.

41 Renunciando la muger mayor de 25 años los gananciales, nada percibirá de ellos, aunque tampoco pagará las deudas del matrimonio (*e*); y por tanto si antes ó al tiempo de contraer matrimonio se pacta que todos los gananciales que durante este se adquieran, han de ser para el marido, valdrá el pacto y se le adjudicarán todos á él ó á sus herederos, porque no es contra ley ni buenas costumbres.

(*a*) Gom. ley 12 de Toro n. 15. Covar. in Epitom. de Spons. parte 2. c. 7, §. 1, n 6. (*b*) Leyes fin. tit. 2, lib. 3 del Fuero Real, 23 tit. 11, P. 4, 15, tit. 17 y 6, tit. 25, P. 7 y 11. tit. 9. lib. 5 R. (*c*) Leyes 5 al fin y 11, tit. 9, lib. 5 R. ó 5 y 11, t. 4, lib. 10 N. R. (*d*) Ley 1, tit. 17, P. 7.

(*) He substituido esta razon á esotra que trae Febrero, *porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como esta lo es de él.* Esto último se ha tomado de la ley de P. cit. aunque en ella esta mejor dicho.

(*e*) Ley 9, tit. 9. lib. 5 R. ó 9, tit. 4, lib. 10 N. R. que dice: »Cuando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio.»

42 Si constante el matrimonio renuncia los adquiridos y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá; pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque tal renuncia cede á favor de él y no le está prohibida; mas debe jurar la escritura para no poder reclamarla; y asi ya los renuncie en el matrimonio, ya despues de disuelto, pertenecen enteramente al marido, como por el contrario renunciándolos este corresponden todos á la muger.

43 Y si siendo viuda y mayor de 25 años los renuncia, valdrá con mayor razon, y no estará obligada á pagar deudas; pero si es menor, necesitará licencia judicial precedido maduro exámen de si le es útil ó nociva la renuncia para que sea válida, pues no basta la de su tutor ó curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar y perder lo que tiene, sino tambien dejar de adquirir (*a*). Lo propio milita en la que haga la menor antes de casarse ó constante el matrimonio.

44 Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio (*b*), con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de el en que se domiciliaren; y asi para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si alli se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias alli existentes, se dividirán sin necesidad de pacto, y donde no hubiere tal costumbre, no, como en la ciudad de Córdoba y en los lugares que comprehende su obispado (*).

(*a*) Leyes 60, t. 18, P. 3 y 18, t. 16, P. 6. (*b*) Ley 24, t. 11, P. 4.

(*) Esto era por una antigua costumbre ó corruptela, pero en el dia adquieren los gananciales las cordobesas como las demas casadas del reino. (Real provision de 16 de junio de 1801 comunicada en 6 de marzo de 1802 que segun circular de 14 de Abril de 1804 comprehende aun los matrimonios contraidos antes de 28 de mayo de 1801 en que se publicó en el Consejo dicha real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13 y su nota tit. 4, lib 10 N. R.) He aquí el principal fundamento de tan sábia determinacion. »De todos modos sería (*mala costumbre*) y es injusta y perjudicial al matrimonio: injusta porque deja sin premio el mérito de las mugeres vir-

45 El marido, como dije en el n. 26, puede enagenar constante el matrimonio los gananciales; pero probando la muger ó sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido, ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales: si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fue de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor sin hacer la excusion (*a*).

46 Estan discordes los AA. sobre si donando el marido, ó consumiendo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman, que cesante el dolo espuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad (*b*): lo primero, porque esta palabra *enagenar* es tan amplia y general que comprehende todos los contratos, distractos y actos, por los cuales se transfieren el dominio útil y el directo (*c*): lo segundo, porque la ley habla generalmente sin distinguir, si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprehende en ella la donacion: pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna; y lo tercero, (omitiendo otras razones poderosas) porque dicha ley es posterior á las del Fuero que conceden á la muger la mitad de gananciales y las corrige, y asi con consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos) le confiere ámplias facultades para enagenarlos por cualquier título sin licencia de su muger como dueño.

47 Otros AA. fundados en la mera y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir

tuosas que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y perjudicial porque funda y fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domesticos, de la economia y prosperidad de las casas que necesariamente gobiernan..

(*a*) Gom. dich. ley n. 74. (*b*) Gom. lug. cit. n. 73. Ayor. p. 2. q. 41 n. 46.

(*c*) Ley 1 tit 14. P. 1.

en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley inserta en el núm. 26 con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y así no lo puede hacer el que la tiene, á menos que especialmente se le conceda (*a*). Mas tocante á la disipacion en juegos ú otros vicios no son de opuesto dictamen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello (*b*).

48 Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio dicen, que siendo pequeña la donacion y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada y no hay causa legítima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalque considerablemente (*c*. (*). Esta opinion como mas razonable que la negativa, es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido del libre uso de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera persona prudente, porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y así estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion (*d*). En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideracion la donacion y donatario, la causa para hacerla y el caudal del donante, el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (**).

49 No solo está prohibido á la muger donar sus bienes dotales y gananciales constante su matrimonio, sino tambien dar limosna sin espresa licencia de su marido, escepto en 4 casos, de los

(*a*) Molin. de Primogen. lib. 5 cap. 10 n. 6. (*b*) Rodri. Suar. ley 1. tit. 3 lib. 3 del Fuero Real vers. Quæritur circa hoc. (*c*) Molin. lug. cit. desde el n. 65. Garcia de Conjugal. acquæst. n. 148.

(*) De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger como de la excesiva y hecha sin causa legítima.

(*d*) Matienz. ley 1 tit. 2 lib. 5 R. glos. 1.

(**) Esta sentencia media que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados como mas conforme á razon, y Garcia asegura (*de conjug. acq. n.* 65) que se halla muy recibida entre nuestros intérpretes.

que espresa 3 una ley de Partida (*a*) concordante con el derecho canónico y son: el primero cuando la hace de sus bienes parafernales no entregados al marido: el segundo, cuando es de pan, vino ú otra cosa de comer que tenga en su despensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre; pero esto ha de ser con moderacion y en el firme concepto de que su marido no lo llevará á mal: el tercero, cuando es para socorrer la estrema necesidad de alguno que á no remediársela pereceria, en cuyo caso aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está á obedecer á Dios que lo manda por piedad, que á su marido que se lo prohibe por codicia é inhumanidad; y el cuarto, cuando es de lo que su marido la señala en las capitulaciones con título de alfileres para vestirse, y otros adornos y urgencias mugeriles, como sucede á las señoras grandes de esta corte, pues lo hacen suyo privativamente en virtud del pacto, y pueden hacer de ello lo que quieran sin intervencion ni licencia de su marido, segun se observa y podrán pactar otras que no sean grandes. Por tanto, si la muger hiciere alguna fundacion pia, donacion ó gasto considerable sin que concurra á ello su marido, ó lo apruebe despues espresamente, debe imputársele en su haber, porque es visto haberlo defraudado contra su voluntad, y así se ha practicado y aprobado judicialmente en una particion que he hecho.

50 No está obligada la muger por la fianza que haga su marido (*b*), en suya atencion si fió á alguno pagó por él, y no recuperó lo pagado por ser pobre ú otro motivo, se le imputará en cuenta de su haber. Es verdad que las deudas que contrae uno de los socios subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella (*c*); pero esto se entiende cuando las contrajo en negocio de la misma sociedad y no en el suyo: de suerte que siempre que por culpa conocida del marido esperimentan notable decremento ó desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo ó de otra forma, debe pagarle de su haber, como lo dispone la ley acerca de los socios convencionales (*d*);

(*a*) La 12 t. 23, P. 13 (*b*) Ley 7, t. 3. lib. 5 R. o 2 t. 11, lib. 10 N. R. que dice: «Mandamos, que por fianza que el marido hiciere en cualquier manera, o por cualquiera razon, no sea obligada la muger ni sus bienes.» Ley 7, t. 10, P. 3. (*d*) Dicha ley 7.

pues el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que adquiere por su industria.

51 Pero si el marido entró en algun arrendamiento ó negocio con otro, ambos se fiaron, y creyendo utilizarse se perdieron, y por no haber tenido el consocio con que satisfacer la parte en que salió alcanzado, la satisfizo por él; no se le ha de imputar en la suya este daño, y será de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre se metió en el negocio, porque fue casual, y asi como perdió pudo ganar, y quien está á lo uno debe rufrir lo otro, mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza en cuyo caso ninguno se grava (*a*).

52 Si la muger que renunciando los gananciales no debe pagar las deudas del matrimonio, segun se ha dicho en el n. 41, los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion, los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerla; pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que asi los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion, gozará del beneficio de la restitucion (*b*). Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en cuanto alcancen los gananciales, y sí únicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las espresadas deudas, cuando quiere percibirlos, no percibiéndolos, queda libre, sino es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga espresamente con los acreedores (*c*).

(*a*) Ayor. part. 1, cap. 8. nn. 10 y sig. (*b*) Gutier. lib. 4, Pract. q. 68.
(*c*) Ayor. cap. 8 cit. n. 17.

§. III.

Cómo se han de dividir las mejoras que hicieron los cónyuges en bienes libres y vinculados.

53 La ley 46 de Toro, que es la 6, t. 7, lib 5 R. ó 6, t. 17, lib. 10 N. R. dice: »Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las ciudades, villas, i lugares i heredamientos de mayorazgo, i todas las cercas de las dichas ciudades, i villas i lugares de mayorazgo, assi las que de aquí adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mejorare en ellas; y asimismo los edificios que de aquí adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean ansi de mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, i villas, i lugares, i heredamientos, i casas donde se labraren: i mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos, i condiciones en el mayorazgo contenidas; sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus herederos, ni sucesores, &c." Pero sobre esta ley puede verse la P. P. (*a*).

54 Hablándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora (*b*), que si es tierra que se plantó de viña, se dividirá, aplicando en ella á su dueño el valor que tenia antes, y partiendo el mayor que tenga con las mejoras, entre él y los herederos del otro cónyuge. Por egemplo, valia 100 la tierra y con la viña vale 200. Llevará el dueño 150, los 100 por el valor de la tierra y los 50 por mitad de mejoras como gananciales; y dichos herederos por la otra mitad llevarán en la misma viña los 50 restantes, y se dividirá y amojonará la viña. Mas tambien dice por el contrario, que si es casa, molino, ú otro edifizio, se aplicará todo con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien, sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor espendido en las mejoras, dará á los otros interesados el esceso en dinero: previniendo que en todo caso se ha de atender á lo que costaron, y qué es

(*a*) Cap. 9, nn. 52 y 53 y sus notas. (*b*) Cap. 10 cir.

lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, sea mas ó menos. La razon de diferencia en practicar así esta division consiste, segun el mismo autor, en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no, y en apoyo de su dictamen cita las leyes 3 y 9, t. 4, lib. 3 del Fuero real.

55 Pero sino me engaño, se ha equivocado Ayora en la inteligencia de estas leyes, que en mi concepto disponen lo mismo en un caso que en otro acerca de la propiedad del fundo, como se echa de ver en sus palabras. Ley 3. "Cuando el marido, é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier dellos, é muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar; y el vino partalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores cualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos." Ley 9. "Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, de la meytad del apreciadura á quien heredare su buena (*hacienda ó bienes*) quanto asmaren (*estimaren*) que cueste la fechura é finque (*quede*) cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz, muriere ante. Otrosí, los que heredaren su buena, den la meytad de la apreciadura así como dicho es. E otrosí mandamos, que esto mesmo sea de los molinos, é de los fornos." Por tanto, sea viña, olivar, casa, horno, molino, huérta plantada de árboles, ú otra cosa hecha en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño de aquel llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, porque este carece de titulo para pretender parte del fundo, y así se cumple con darle lo que se empleó en la mitad de mejoras, y á no haberse empleado existiria en dinero, ó en otra especie; y lo segundo, porque la ley 3 dice que el dueño de la tierra tome el terrazgo, y parta el vino con los herederos del muerto: que quiere decir, que lleve la heredad, como que es suya, y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de estas; pues á no ser este su espíritu mandaria que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto, porque las cepas sin terreno no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandara clara y espresamente 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 manera que no me queda duda en que se debe practicar la division en los términos propuestos, escepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

56 Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, como por amenazar ruina la casa dotal sin su culpa, si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hay gananciales, disminuyen los gastos la dote en cantidad: quiero decir, que tanto menos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, cuanto importen los hechos en la casa. Si consiste solamente en especie, no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se emplearon; pues á no estar casada tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion. Siendo útiles los gastos, como si en la casa se aumentó algun cuarto, ó mejoró la habitacion, si se hicieron con consentimiento de la muger, ó esta es rica, aunque no le prestase, los puede recuperar de ella el marido; pero si son voluntarios, no tiene derecho á su repeticion, y sí unicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia cuando la llevó; pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos (*a*). Tampoco tiene accion á repetir los gastos hechos en la recoleccion de frutos ó en su conservacion, escepto que restituya los mismos frutos (*b*).

57 Y si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y ademas resultan de gananciales los gastos necesarios y utiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, percibiendo el marido su parte en la forma espuesta; y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos y hacerlos de es-

(*a*) Ley fin. 1 t. 1 P. 4. Garcia de Espens. cap. 13 n. 49. (*b*) Garcia n. 57.

tos, no es asi, porque los frutos le están concedidos para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, en cuya atencion solo tiene que hacer de ellos los reparos menores que miran á la conservacion de la finca, no los mayores y forzosos que se ofrecen por algun caso fortuito; pues como estos se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento, ó decremento casual es de su cuenta. "Mejorando el marido, dice la ley final t. 11 P. 4, la cosa que le dió su muger en dote, non seyendo apreciada, assi como si la refiziesse, ó la acresciesse, porque fuesse mejor, é rendiesse mas; si las despensas que en ella metiere, fueren tales, que se mejora la dote por ellas, puedelas contar, é averlas aquellas que fiziere: ademas de cuanto montare el esquilmo que llevó de los frutos, é de las rentas de la dote." (a). Ademas si el marido restituye toda la dote sin deducir dichas espensas, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error.

58 Mas para que el partidor no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los egemplos siguientes. Siendo útiles, debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo y partible, como que son incremento verdadero de él, no considerando la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa, (la cual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y lo que ellas valen) dejando de entregarle otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad: v. gr. vale la finca 20@ reales, y las mejoras útiles hechas en ella 10@, por lo que se tasó en 30@, y ademas hay de gananciales en otras cosas otros 10@, que en todo componen 20@. En este caso se aplica á la muger su finca en los 30@, los 20@ porque los valia, y los 10@ por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican por la otra mitad los bienes restantes lucrados. Si hubiere mas gananciales, se le darán en otros bienes para complemento de su parte, y si no hay mas gananciales que las mejoras, pagará la muger á su marido, ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándole sino le tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con los frutos.

59 Si las mejoras son necesarias, se ha de distinguir. O hay

(a) Cov. lib. 1 Var. cap. 8. n. 4 al fin.

mas gananciales que lo que importan, ó no: si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone verbal y numéricamente su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que cuando son útiles, adjudicandose al marido los demas bienes: si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal. Por egemplo, importan las mejoras 10@ y la finca dotal vale 20@, se da á la muger por 30@, los 20@ que valia, los 5@ por su mitad de gananciales, y los otros 5@ por la otra mitad que toca á su marido, y ella deja de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, es menester que la muger busque dinero para reintegrar de ella á su marido, ó á sus herederos; y en su defecto pueden retener estos en la misma finca hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues á no haber espendido su dinero en repararla le tendria en especie ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos, ó reparos hechos en las fincas dotales se ha de atender al fin con que se hicieron y á lo que espendió el marido en cada uno, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones, por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, los cuales componen juntos una crecidísima suma, se deberán reputar todos por menores y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que ascienden unidos, porque cada reparo de por sí es de corta entidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, no para su perpetua duracion ó subsistencia; y aunque reducidos á una suma importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales que está obligado á reparar y conservar con ellos, y nada espendió de su propio caudal, ni del adquirido por otro medio.

6o Mejorando el marido los bienes dotales y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger las que llevó á su poder*, sin mas espresion: si estos bienes estan mejorados por aumentos hechos en ellos ó por haber redimido las cargas á que estaban afectos, y si tambien hay frutos pendientes en ellos, se duda en virtud de esta cláusula deberan entre-

garse á la muger con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar, poner por gananciales y dividirse. Parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales como fuerados constante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto no haber hecho mencion de mejoras, cargas ni frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho ó redimido, y que todo es comunicable á entrambos; pues si hubiese querido favorecer á su muger, lo hubiera espresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario con la distincion de que si los herederos no son forzosos, ha de llevar todos sus bienes la muger con sus frutos pendientes sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacerle donacion ó legado, usando de la palabra *libremente*; y si son legítimos ó forzosos, se le descontará solamente el esceso á lo que pudo disponer en perjuicio de ellos, que es el quinto ó tercio. Si no mando mas que restituirle la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontar de ella y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es evidente no haber querido legírselas, ni beneficiarla con ellas.

61 El marido, haya traido mucha, poca ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque su compañera, recibe de ella servicios, obsequios y beneficios, se espuso á todo cuando se casó, y en fin porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas, y todo lo que es necesario para vivir; por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por vía de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo dicen algunos AA. que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padecio, fue crónica, prolija y grave, no alcanzan los frutos de su dote por ser ténue para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto marital; podrá hacerlo y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y

aun añaden que no es necesaria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y esta, mientras se halla enferma, no sirve ni obsequia á su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar por las razones espuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

62 Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.

§. IV.

Cuando por muerte de uno de los cónyuges poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la comunion.

63 Si muerto uno de los cónyuges, el otro, ó viudo ó casado segunda vez, tuvo mucho tiempo en poder suyo los bienes comunes y adquirió utilidades con ellos ó con sus frutos, parece que se deben comunicar y dividir por mitad entre él y los hermanos del difunto en los mismos términos que se comunicarian y dividirian entre los dos consortes, si aquel viviera, ó al punto que murió se hubiera hecho la particion, porque se presume renovada y continuada tácitamente la sociedad con las mismas cualidades por la comunion y taciturnidad, á la manera que si el arrendador concluido el tiempo pactado permanece en la finca arrendada, se entiende continuar en el arrendamiento por el mismo precio y las mismas condiciones que antes (*a*). Así lo dispone la ley 6, tit. 4, lib. 3 del Fuero real, que es la única que en nuestro derecho trata de este punto, y dice á la letra: »El ome que hobiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger,

(*a*) Ley 10, t. 8 P. 5.

ó si la muger que hobiere fijos de otro marido, cásese con algun ome, é qualquier dellos ante que haya partido con sus fijos, ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier raiz, el padrasto, ó madrastra hayan la meytad de las ganancias: fueras ende si el padre ó la madre tuviere la buena (*los bienes*) de aquellos sus hijos en guarda, ó por escripto, asi como manda la ley."

64 Mas sin embargo de lo dispuesto en la ley inserta parece se debe entender lo contrario; quiero decir, que el viudo ó viuda percibirá únicamente las utilidades á prorata de su haber, porque aunque las sociedades conyugal y convencional convienen en algunas cosas y esta es mas privilegiada que aquella en cuanto al lucro, se diferencian: lo primero, en que la convencional se contrae solo por adquirir ganancias, y la conyugal principalmente por la procreacion, amor y union, y siempre se debe atender al fin principal con que se hace: lo segundo, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos, por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria y trabajo, debe ser este igual á aquel, y si no lo es, percibirá mas lucro, ó sufrirá mayor pérdida el que mas ponga (*a*); y en la conyugal lleve uno mucho ó nada, y trabaje ó no, ha de participar de la mitad de utilidades: lo tercero, en que el capital de la muger no debe perecer ni disminuirse sino antes bien conservarse, lo cual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida todos deben participar de ella á proporcion del fondo, ó capital, y trabajo ó industria que pusieron (*b*): lo cuarto, en que en la sociedad convencional ninguno de los sócios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, escepto las que son venales ó vendibles, y están destinadas para este efecto; y en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, no procediendo con dolo por defraudarla (*c*), y lo quinto, en que en la sociedad conyugal no se comunican en estos reinos de Castilla las herencias, legados y donaciones que por testamento ó abintestato, ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios (*d*); y en la universal convencional todos los bienes

(*a*) Ley 7, tit. 10 P. 5. (*b*) Ley 7 cit. (*c*) Ley 5, tit. 9, lib. 5 R. (*d*) Leyes 3, 4 y 5, t. y lib. cit. ó 2, 3 y 5, t. 4, lib. 10 N. R.

de estos son mútuamente comunicables, escepto el débito (*), señorío y jurisdiccion de alguno de ellos, á menos que éste lo permita espresamente (*a*); de suerte que aquella es una sociedad inducida meramente en cuanto al lucro por la costumbre y aprobada por la ley, y no propiamente la que segun derecho puede llamarse asi.

65 Por tanto, es evidente, que entre las sociedades conyugal y convencional median muchas y notables diferencias, y que por consecuencia deben ser en ellas diferentes las disposiciones de derecho en caso de duda, ó falta de uso de la ley; pues si solo por poseer el viudo ó viuda todos los bienes se juzgase renovada y continuada tácitamente la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital ni gananciales percibia la mitad de frutos de los bienes que tocasen al consocio ó á sus herederos, ó que si tenian igual haber se comunicaba su industria al que no ponia ninguna, lo cual es absurdo y contra la naturaleza de la sociedad (*b*). Tambien se seguiria que con solo el consentimiento del viudo se renovaba; y esto es contra derecho, porque segun él en todo contrato se requiere el de todos los contrayentes, y no basta el de uno de ellos; ni de la mera comunion en habitacion, comida y posesion de bienes se induce precisamente haber sociedad, para que sea comu-

(*) La ley 6 que se cita no dice que en la compañía universal no es comunicable el crédito de un sócio, sino que los consócios no pueden demandarle. Entre uno y otro hay diferencia, y á la verdad seria cosa muy estraña que comunicándose en dicha compañia todos los bienes presentes y futuros, cualquiera que sea el titulo de su adquisicion, y sin esceptuarse el peculio castrense ni cuasi castrense, no tuviesen los consócios parte en el espresado crédito, luego que se cobrase. Ademas, si éste no se comunicára á aquellos, es de creer que lo diria la ley, como lo dice de la jurisdiccion. Pero insertaré la misma ley para que el lector pueda formar juicio por si misma. "So tal pleyto faciendo la compañia que todos los bienes que avian los compañeros entonce, é que ganassen dende adelánte, se ayuntassen en uno, é fuessen comunales entre ellos, decimos que desde el dia en que tal pleyto fuesse firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias é los bienes que han, ó que les vinieren en cualquiera manera que sean: é aunque fuese castrense, vel cuasi castrense peculium. Otrosí decimos, que cada uno de sus compañeros puede usar destos bienes, é facer demánda sobre ellos, bien asi como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros oviesse señorío, ó jurisdiccion sobre castillo, ó tierra, ó oviesse á recibir cosa alguna de sus debdores, los otros no lo podrian demandar, nin usar de la jurisdiccion del señorío, si señaladamente no les fuese otorgado del otro compañero poder de lo facer."

(*a*) Leyes 6 y 7, t. 10 P. 5. (*b*) Ley 20, t. 8, P. 5.

nicables los lucrados en los mismos términos que si el difunto viviera.

66 Ademas, para renovarse y contraerse sociedad tácita entre los hermanos ó entre el nieto y su tio, hermano de su padre, se requieren actos que no se pueden hacer sino conformándose con las leyes y reglas de ella, y los principales son tres: el primero, que vivan juntos continuamente y por largo tiempo, y que gasten de una misma mesa y caudal pro indiviso sin llevar cuenta ni razon: el segundo, que todas las ganancias ó utilidades que haya se les comuniquen con igualdad: y el tercero, que nunca se pidan ni den cuenta los sócios unos á otros acerca de ellas, sus cosas, ni bienes, si no que todo se aumente, gaste y emplee, como si fuera de uno solo. Lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos; y cuando muerto el marido ó la muger administra el otro consorte los bienes de ambos, es visto hacerlo mas por sí y en su nombre que en el ageno.

67 Supuesto lo dicho, que es indubitable, y procediendo á la resolucion de este punto, debo decir, que muerto el marido se entenderá renovada y continuada tácitamente la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la comunion entre su viuda y herederos legítimos, al modo que cuando él vivia, ó muerta la muger entre los hijos casados ó emancipados y su padre, en cuatro casos. El primero es, si se convienen en hacer así la division, ó se pactó en las capitulaciones. El segundo es, cuando en el pueblo hay esta costumbre no interrumpida, ó se halla en observancia la ley del fuero que así lo dispone, lo cual se ha de probar concluyentemente por otras particiones que se hayan hecho en él. El tercero es, cuando todos los bienes redituables, ó dinero que dejó el difunto, los adquirieron él y su viuda constante el matrimonio; pues como le toca su mitad debe percibir igualmente las utilidades que haya mientras esté pro indiviso, y estar tambien á las pérdidas que se padezcan; aunque lo que cada uno haya consumido en sus alimentos se le deberá descontar de haber, pues ha de alimentarse de lo suyo. Lo mismo se ha de decir, aun cuando todos no sean gananciales, si hay algunos fructíferos ó redituables lucrados en el matrimonio; pues la mitad de los frutos que estos produzcan en el espresado intermedio será para la muger por la propia razon, ó para sus herederos, sean legítimos ó estraños, si

murió antes que su marido, y se conservaron todos pro indiviso en poder de éste, aun cuando se hiciese inventario y se le constituyese depositario de ellos, porque tal depósito lleva embebida la calidad tácita de administracion, puesto que los bienes redituables, como que nadie se los ha de llevar, no necesitan custodiarse, y sí administrarse y cuidarse; en cuya atencion no puede el marido quedarse con la parte de los frutos líquidos que toquen á los herederos de su muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de los que produzcan los privativos del marido nada percibirán los herederos de su muger, porque con la muerte de ésta espiró la sociedad, y no tienen en ellos ningun dominio, que es el que presta título para la adquisicion de frutos. Y el cuarto caso es, cuando concurren los tres requisitos espresados en el núm. anterior.

68 Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraido con alguno; y si la muger era partícipe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de éste, segun se hace en la convencional, cuando uno de los sócios admite en ella á otro sin consentimiento de los consócios, pues éste no lo es sino solamente del que le admitió: ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi consócio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse así el compañero del mio, ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del sócio no sucede en ella; y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos (*a*), y si contrae, no valdrá en cuanto á estos, á menos que la reiteren con su nuevo consentimiento espreso ó tácito (*b*), ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas, ó derechos públicos, porque ésta no espira con la muerte del sócio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y antes bien pasa á éste, escepto que fallezca el sócio, cuya industria se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo (*c*).

69 Si entre el sócio y herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó espresamente la sociedad, debe correspon-

(*a*) Leyes 1 y 10, t. 10, P. 5. (*b*) Leyes 1 y últim. t. 10, P. 5. (*c*) Matienz. ley 2, t. 9 lib. 5 R. glos. 1, n. 18.

der á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo; y aunque no se haya contraido nueva sociedad ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del sócio el lucro percibido de la cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerias comunes, el de las cosas vendidas, &c. pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el sócio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la cual percibió algun lucro, no se comunicará éste. Y el heredero ó muger del sócio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron éste y su consócio, mas no de principiar otros nuevos.

70 Si el marido era arrendador de alcabalas, ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades y pérdidas que haya en su arrendamiento despues que falleció.

71 Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion, por lo que las utilidades y pérdidas que haya en su giro y tráfico se le comunicarán, así como se le comunicarian en vida de su difunto marido.

72 Si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos poseyó el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, como si las ovejas ó vacas tuvieron hijos, ó las avenidas del rio agregaron algun pedazo de tierra á la de la mejora: aunque algunos dicen que esto no aumenta el valor de la mejora, por pertenecer al padre como fruto, debe seguirse lo contrario, porque no es fruto que no renace (*). Es verdad que la ley 23 de

(*) Febrero no entendió á Acevedo, de quien tomó la doctrina de este n. y así padeció una crasa equivocacion. La espresion, *porque no es fruto lo que no renace*, puede referirse con verdad al pedazo de tierra que por aluvion se agrega á una heredad; mas no debe aplicarse, como lo hace Febrero, á los partos de las vacas y ovejas, pues estos son verdaderos frutos, pertenecen como tales en el caso propuesto al padre usufructuario de los bienes adventicios de sus hijos, y de consiguiente nada aumentan la mejora. Por tanto, Acevedo habla de los animales hereditarios, cuyo valor creció con el tiempo, haciéndose por egemplo los becerros toros, los cabritos cabrones, y los corderos carneros; y

Toro manda se atienda al tiempo de la muerte del mejorante; pero esto se entiende cuando entonces se hace la division de sus bienes, no cuando subsisten algun tiempo pro indiviso, de cuyo caso no habla, y los bienes que despues de la muerte del mejorante se aumentan no son suyos, ni los ha dejado, de suerte que solo los frutos del aumento tocan al padre, y no lo aumentado.

§. V.

Si se han de pagar á los hijos de los bienes gananciales, ó de los patrimoniales la dote y capital que sus padres ó el padre solo les dan, ú ofrecen constante el matrimonio, ó durante la comunion; y si por muerte de uno de estos deberán colacionar aquellos todo lo percibido ó solamente su mitad.

73 Sin embargo de que la madre no está obligada á dotar de sus bienes dotales ni parafernales á sus hijas, asi ella como su marido deben pagar con los multiplicados constante su matrimonio á la hija de entrambos la dote, y al hijo el capital que juntos les ofrecieron; y aunque cuando se entregó la dote, no se especificase de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Si estos no alcanzaren, deben el padre y madre satisfacer por mitad de los suyos propios lo que falte para completar la promesa que les hicieron como hecha en contrato honeroso; y lo mismo procede en caso de no haber gananciales. Si el padre solo dotare á la hija, ó diere capital al hijo de ambos constante el matrimonio, se les deberá satisfacer tambien de los gananciales, aun cuando la madre no preste su consentimiento, y aun cuando se consuman en ellos todos los gananciales que entonces haya, sino esceden de la legítima que al hijo ó hija puede tocar; pero si no bastaren, ó no los hubiese, pagará el padre de los suyos lo que falte, ó el todo de lo que prometió. (*a*). Y lo mismo se ha de decir, si el padre al tiempo de dar, ú ofrecer la dote ó capital espresa que es por cuenta de la legítima paterna y no de la materna, y el hijo é

de este aumento dice con razon que no es fruto, porque no renace, y que por lo mismo no toca al padre, y se acrece proporcionalmente á la mejora.

(*a*) Todo se halla dispuesto en la ley 53 de Toro, que es la 8, t. 9, lib. 5 R ó 4, t. 3, lib. 10 N. R.

hija la reciben en este concepto, porque entonces es visto haber ofrecido ó dado únicamente de lo suyo, sea ó no gananciál, y querido relevar á la madre de la contribucion con su mitad, escepto que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta, pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales, y no de los bienes patrimoniales.

74 Lo espuesto milita, no solo cuando los padres dotan ó dan capital á sus hijos de los mismos gananciales entregándoselos, sino tambien aunque les entreguen alguna finca ó fincas que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó heredó durante éste; pues es visto que la dote y capital en cuanto á su importe se hicieron de los gananciales, no obstante que su asignacion y entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos; porque la ley inserta habla indistintamente, y así se debe entender habiendo gananciales, por manera que el dueño de la finca entregada sacará su importe como capital suyo antes que se dividan aquellos, (*a*), escepto que al tiempo de su entrega renuncie el beneficio de la ley, y esprese que quiere no se estime por parte de los gananciales sino como cosa suya, de que hace donacion irrevocable; pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de su haber, y no de la mitad de gananciales de la madre, segun se practica.

75 Aunque algunos afirman que la madre puede prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y que ha de pagarse entonces de los gananciales, la opinion mas segura es, que no puede hacerlo, porque la ley 55 de Toro (*b*) le prohibe hacer contratos y casi contratos, y comparecer en juicio sin ella; pero si la hija es mayor de 25 años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo y habiendo tenido proporcion no la casó segun su calidad y costumbre de la patria; entonces así como en cumpliendolos puede casarse contra la voluntad de su padre (*c*), y pedirle dote, porque la ley le obliga á darsela, y no á la madre (*d*); así tambien ésta con licencia del juez y conocimiento de causa podrá dotarla; y lo mismo procedera estando ausente el padre y no esperandose pronto su regreso.

76 Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el

(*a*) Ayor. de Partit. p. 2 q. 40, nn. 42 y 43. (*b*) La 2 t. 3, lib. 5 R. á 11 t. 1, lib. 10 N R. (*c*) Puede verse la real pragmática sobre matrimonios de 20 de Abril de 1803. (*d*) Leyes 8 y 9, t. 11, P. 4.

marido y la muger juntos renunciáre ésta los gananciales, se ha de pagar de ellos, y no bastando para completarla ha de suplirse igualmente lo que falte de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia, porque en virtud de la promesa hecha antes de ésta quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte (*a*).

77 Viviendo marido y muger en pueblo en que no se comunican los gananciales, puede ésta repetir de aquel lo que ambos prometieron á su hija, aunque no lo haya protestado, porque en este caso es visto haber hecho la promesa, no con ánimo de donar, sino de fiar á su marido, lo cual le está prohibido (*b*), escepto que sea rica y le conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció, pues entonces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello á que no alcanzasen los de su marido.

78 Tambien se ha de satisfacer de los gananciales la dote y capital que el padre estando viudo ofreció ó dió á su hija é hijo, porque en duda se presume haberlos dado ó prometido de ellos; y aunque acerca de este punto varían los intérpretes, esto es lo mas equitativo y corriente en la práctica, porque la carga de dotar como debito contraído constante el matrimonio está afecta á los gananciales adquiridos en él, y asi aun despues de disuelto se debe pagar de lo que importen (*c*). Lo mismo tiene lugar en la madre viuda hallándose los bienes pro indiviso, porque milita igual razon.

79 Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad del capital ó dote que les dieron, pues cuando fallezca el otro y se trate de partir sus bienes, se ha de llevar á colacion la otra mitad (*d*).

80 Lo mismo procede si habiendo gananciales y estando los bienes sin partir da ú ofrece la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo de su matrimonio, sin espresar de qué bienes, pues como se entiende hacerse de los de ambos, segun se ha dicho, cuando se haga la particion, colacionará la mitad por la par-

(*a*) Acev. ley 8 t. 9 lib. 5 R. n. 5. (*b*) Ley 61 de Toro. (*c*) Ayor. part. 2, q 20. Cov. lib. 3, Var. c. 19, n. 3 al fin. (*d*) Asi lo ordena espresamente la ley 24, tit. 6 lib. 3 del Fuero Real que está en uso.

te que la corresponda de su padre, y la otra mitad cuando se divida la herencia de su madre, pues por el hecho de no haber espresado cosa alguna, y no deber ignorar aquella la obligacion que tiene, habiendo gananciales, es visto que quiso se le contase solamente la mitad en parte de su legítima paterna, y anticiparle la otra mitad para que la tuviese en cuenta de la materna y la colacionase cuando se dividiesen sus bienes, como lo he visto declarado en juicio. Pero si habiendo dotado padre y madre á una hija, ó dado capital á un hijo falleciere despues la madre, y el padre durante la comunion del caudal entre él y sus hijos, diere alguna cantidad al hijo, ó hija dotados, deberán colacionarla toda cuando se efectue la particion; porque como ya estan colocados y ha cumplido el padre con la obligacion que tenia, se entiende habérsela entregado á cuenta de la legítima materna, á la que ya tenian adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se esprese, escepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa, lo cual he practicado y se ha aprobado judicialmente.

81 Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital á su hijo, habiendo gananciales y cabiendo en ellos, muerto aquel deberán el hijo ó hija colacionar solamente la mitad, y la otra mitad cuando se trate de la division de los bienes maternos.

82 Cuando no hay mas que un hijo ó hija que viene á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los gananciales, en vista de las razones ya espuestas, no 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 demas gananciales que haya, percibiendo enteramente tambien el capital de su padre, si le llevó.

83 Dúdase, si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio que le entrega, valdrá esta mejora en el todo, ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante. Ayora resuelve esta duda en la parte 2, cuestion 41, distinguiendo de este modo. Si el padre hizo la mejora en su testamento ú otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio, en cuyo tiempo adquiere la muger dominio perfecto é irrevocable en la suya, por lo que es visto que no quiso mejorar sino en sus bienes ptopios; y esto es indubitado. Si la mejora se hizo en con-

trato, ha de atenderse á si fue con ánimo de defraudar á su muger ó no: si le tuvo, no le perjudicará en su mitad, con cuyo dictámen me conformo; y sino le tuvo, lo cual es presumible, mayormente siendo el mejorado hijo de ambos, dice el citado autor, que si el marido dejó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá dicha mejora del tercio; y que sino los dejó, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la cosa comun, en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los términos absolutos con que se sienta, por lo espuesto en los nn. 26, 45 y 46 de este capítulo, y digo que le competirá dicha repeticion solamente en el esceso de la parte que despues de deducida su legítima importe la mejora, ya se hubiese hecho esta en finca raiz, ya en dinero, ya en alhajas ó cosas muebles adquiridas constante el matrimonio y entregadas, porque no puede ser mejorada la hija en contrato ni por el uno ni por la otra, ni la madre está obligada á mejorar al hijo, pues de lo contrario seria ilusoria la facultad que la ley 53 de Toro concede al marido para dotar y dar capital á sus hijos de los gananciales: la dote y capital se dan en cuenta de legítima y no como mejora, para que los hijos se establezcan ó pongan en estado: el padre está autorizado para hacer tales donaciones sin que necesite el consentimiento de su muger, y esta tiene la misma obligacion de hacerlas de ellos Asi pues, hasta en lo que importe la legítima, valdrá la donacion de que se trata, y el hijo únicamente estará obligado á reintegrar á su madre del esceso, ó esta podrá repetir por él contra los bienes de su marido; y solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido, pues el que se llame mejora ó capital, no altera la substancia, y sí el esceso á su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le da facultad la ley que no debe ampliarse á lo que no espresa, en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del matrimonio anterior del marido, tendrá lugar la opinion de Ayora con la limitacion sentada en el n. 48. Lo mismo y con mayor razon creo debe practicarse, cuando marido y muger dieron capital, ó dotaron algun hijo ó hija, y despues de casados les dió ó prestó el padre solo alguna cantidad; pues deberá imputárseles esta íntegra en parte de legítima paterna y no la mitad solamente, porque como la madre no estuvo obligada

á mas que á dotarlos, lo que despues les dió ó prestó su padre, es deuda á favor del caudal que se les debe cargar en cuenta del haber paterno y no defraudar á su madre ni privarla de su mitad que no les dió ni tuvo obligacion de dársela ni prestársela, con pretesto de beneficiarlos ó mejorarlos, porque ya se hallaban en estado, segun lo he visto declarado.

84 No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote á su hija legítima, se presume prometérsela de los propios de él, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella, y proteste que la dota de estos y no de los suyos, porque tal protesta no le exime de la obligacion que teniendo facultades para dotarla le impone la ley, aunque en cuanto la dote esceda á aquellas, se entiende darla de los adventicios; pero lo contrario se ha de decir no siendo hija legítima (*a*).

85 Lo mismo procede en el capital que ofrece á su hijo, aun cuando administre bienes adventicios de este, porque versa igual razon y causa onerosa, y no hay necesidad de que le haga donacion de sus bienes, mediante á que luego que se casa, debe entregárselos siendo capaz para que los goce en propiedad y usufructo, y pueda sostener las cargas matrimoniales; pues por ser del cargo del padre el dotar á sus hijas y dar capital ó alimentar á sus hijos (*b*), siempre se presume que les promete de sus propios bienes la dote y capital aunque esten emancipados. Lo propio milita en la hija viuda dotada segunda vez por su padre.

86 Si el padre que administra bienes adventicios de su hija, le prometiere dote de estos y de los suyos, se presume segun el órden de caridad y aficion, y por la obligacion que la ley le impone, que la dota de los que le corresponden, y en la parte á que estos no alcancen de los de la hija; escepto que sea pobre, pues entonces se cree haberla prometido de los de esta (*c*); y una vez otorgada la dote no puede declarar despues que se entienda haberlo hecho de los adventicios de ella y no de los suyos (*d*). Mas para quitar toda duda y evitar pleitos, es muy conveniente, como aconsejan los AA. que el padre diga cuánto le ofrece de sus bienes y cuánto de los de ella, ó que le ofrezca

(*a*) Ley 8, tit. 11, P. 4 y su glos. 2. (*b*) Ley 9, tit. 11, P. 4. (*c*) Baez. de Non melior. filiab. cap. 11, nn. 134, &c. y 138, y 156 (*d*) Baez. lug. cit. n. 133.

cantidad cierta, computado é incluso en está todo lo que le debe por sus bienes paternos y maternos, y que se esprese asi en la escritura dotal.

87 Si habiendo casado el padre una hija y dádole cierta dote, casa despues otra, y le ofrece tambien dote, se debe conceptuar dotada esta en los mismos términos que aquella, por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma; pues se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas, bien que puede dar á una hija mas dote que á otra, con tal que no esceda la dada á aquella de la legítima que le puede corresponder por parte de su padre, y solo tendrá menos que percibir por su muerte, y la menos dotada, mas.

88 El padre natural como que está obligado á dar alimentos á sus hijos naturales (*a*), lo está tambien á dotar á su hija natural, porque la dote hace las veces de alimentos. Lo mismo procede en la madre y abuelo respecto á la hija y nieta, en varios casos que se espresan en el cap. 22, P. I, n. 9, donde los podrá ver el partidor.

89 Si la madre curadora de su hija y administradora de sus bienes la dota, se entiende dotarla de ellos como tal, y no de los suyos si no lo espresa, porque está esenta de tal obligacion; y lo propio milita en la abuela que es curadora de su nieta y administra sus bienes, porque teniendo las menores con que alimentarse, no se hallan obligadas á mantenerlas ni dotarlas (*b*). Pero si les ofrecieron en dote mas que lo que importan sus bienes, es visto haberles prometido de los suyos el esceso, escepto que con error y en la inteligencia de que los de la hija y nieta eran mas cuantiosos, los hubiesen prometido tanto; pues probado el error no estarán obligadas á la entrega del esceso, porque el error quita el consentimiento. Si no son curadoras ni administradoras de ellas, deben satisfacerle de sus bienes, porque se presume haberles hecho la oferta estimuladas de su afecto materno.

(*a*) Ley 5, tit. 19, P. 4, (*b*) Leyes 4 y 6, tit. 19, P. 4 y 36, tit. 12, P. 5 y su glos. 6.

91 Ofreciendo el padrastro y la madre, ó el padre y la madrastra juntos dote, ó capital á la hijastra, ó hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes sino de los del entenado ó entenada, y si no los tenia, se presume que los prometieron con animo de exigirlos: porque asi como el padrastro no tiene obligacion de alimentar ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos, y en caso de hacerlo se cree ser con dicho animo; asi tampoco es visto darles ni ofrecerles la dote, ó capital sino en los términos espuestos, á menos que claramente, ó por vehementes conjeturas conste que tuvo intencion de dárselos de sus propios bienes.

91 Mas para poder exigir el padrastro los alimentos dados al entenado son precisas dos cosas: la una, que proteste se los da con este animo, ó que por otros medios conste de ello; y la otra, que no se sirva de él; pues no constando de su animo se entiende alimentarle por piedad y afecto á su madre, y sirviéndose de él se han de compensar los alimentos con su trabajo personal (*a*); bien que si el padrastro es pobre, no es necesaria la protesta.

92 Si muertos los padres vivieren hermano ó hermana juntos poseyendo sus bienes pro indiviso, y durante esta comunion se casare la hermana, y su hermano la dotare sin espresar de qué bienes, se cree hacerlo de los de ella, y asi se le adjudicará la dote en su haber al tiempo que entre los dos se haga la division, y tanto menos llevará; pues el afecto fraternal no suele ser tan vehemente que haya de presumirse hecha una donacion en el caso propuesto.

(*a*) Ley fin. tit. 12 P. 5 y sus glos. 1 y 4.

CAPITULO V.

Como se dividen los frutos de bienes libres y vinculados que el testador deja pendientes ó cogidos, sea entre su viuda y herederos, ó entre otros, y háyanse llevado los bienes al matrimonio ó adquirido durante él.

§. I.

A quién pertenecen y cómo se han de dividir los frutos de la finca que vendió el testador y no entregó al comprador.

1 Dos clases hay de frutos: unos se llaman propia y adecuadamente naturales, *y son los que producen los predios rústicos como tierras, viñas, olivares, &c. sean ó no necesarios el trabajo é industria para su produccion*; y otros se llaman impropiamente frutos y con propiedad *reditos ó rentas, porque no son producidos naturalmente y dependen de la convencion, industria y disposiciones humanas*: v. gr. los fletes, los alquileres de casas, tabernas y otros predios urbanos, y de otras cosas que se arriendan y alquilan, y los réditos de juros, censos y otros efectos, acciones y derechos semejantes.

2 Si el testador cuando murió tenia vendido y no entregado al comprador algun predio, y éste y los herederos de aquel se convienen en el modo de dividir sus frutos ó arrendamiento, se ha de observar enteramente su convenio, siendo justo y arreglado. Si estaban pendientes en el predio vendido los frutos, verdes ó maduros, al tiempo de la venta, pertenecen al comprador (*a*), porque entonces son parte de la cosa vendida (*b*), y se contemplan comprehendidos en la venta y precio prometido; por manera que aunque muera el testador antes de entregar la cosa vendida, como estaba obligado á su entrega, segun el estado en que la habia enagenado, tendrán obligacion á lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada aun cuando no haya tradicion de la cosa ni del precio, con tal que conste de la una y del otro. Si al tiempo que se celebró la

(*a*) Ley 11, t. 15, P. 5. (*b*) Covar. lib. 1. Var. cap. 15, n. 1.

venta, no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero nacieron despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes y señalamiento del precio, y antes de su tradicion se ha de distinguir: si el vendedor no fue moroso en hacer su entrega le pertenecen; pero si lo fue porque ya habia recibido el precio del comprador tocan á este; y por el contrario, no le corresponden cuando antes de satisfacerle percibió los de la que compró y se le entregó; y asi como que en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente á su testamentaria, no se deben inventariar ni tener por caudal suyo, y aun cuando se inventarien por ignorancia, debe separarlos de este el partidor para no dividirlos, espresando el motivo de su separacion. Finalmente, si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbitrio del juez ó de un tercero, y antes que estos le declaren, percibe el comprador los frutos, le pertenecen si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumplida despues la condicion viene á ser lo mismo que si desde luego hubiese sido puro (*). Todo lo referido procede cuando los frutos son naturales ó industriales; pues si consisten en arrendamientos ó alquileres de la cosa arrendada ó alquilada, y al tiempo de la venta estaban vencidos y cumplido el dia de su pago, tocan al vendedor y no al comprador, ó sino lo estaban, deben ambos dividirlos á prorata del tiempo corrido desde que se venció el último plazo (*a*).

(*) El precio de lo que se vende no se puede dejar al arbitrio de ninguno de los contrayentes, ni de ninguna persona incierta, pues seria nula la venta. Al arbitrio de sugeto determinado si podrá dejarse, y entonces si le señala valdrá la venta, y si es mucho mayor ó menor de lo que merece la cosa, ha de arreglarse por el juez; y si muere antes de señalarle la venta será de ningun valor.

(*a*) Gom. lib. 2. Var. cap. 2, n. 11, vers. Et prædicta. Sobre como se han de dividir los frutos pendientes en el fundo vendido con el pacto de retrovendendo y recobrado por el vendedor, véase á Escobar Computat. fin y el n. 56, cap. 18, Part. prim.

§. II.

Cómo se han de dividir los frutos de finca enfitéutica, caso que el enfitéusis de nominacion *haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta.*

3 Cuando por muerte del enfitéuta ha de volver el enfitéusis que llaman de *nominacion*, al señor del dominio directo, si el enfitéuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indubitable que los ha adquirido, y pasan á sus herederos, viva ó no todo el año, y no al sucesor en el enfitéusis, si no es heredero suyo; pues en este caso no se atiende á lo que vivió, sino solamente á que cuando falleció, ya tenia el dominio de los frutos por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Lo propio milita cuando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, á quienes tenia arrendada la finca, y asi las rentas que estos le habian de satisfacer, pertenecen á su heredero, aunque haya fallecido el enfitéuta antes de cumplirse el tiempo de su pago: porque asi el usufructuario como el enfitéuta, entre los cuales, por no haber razon de diferencia, debe valer el argumento de uno á otro, los perciben en virtud del dominio útil que tienen en la finca, el cual basta tener al tiempo de la recoleccion, aun cuando se estinga con su muerte. No obsta que las rentas se han de pagar mucho despues de la recoleccion, que es cuando cumple el plazo, porque incontinenti que se celebra el contrato de arrendamiento, nacen la accion á la renta entera de todo el tiempo estipulado y la obligacion del arrendador á pagarla: en cuya atencion y en la del que el enfitéuta la percibe por razon del espresado dominio, no se mira al dia en en que se ha de satisfacer

4 Si el enfitéuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas, ó las arrendó, y mediado el año ó antes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, murió, y el enfitéusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse acabado todos los llamados á su obtencion, pertenecen sus frutos á este, porque se consolida el dominio útil con el directo, y solo estará obligado á pagar las espensas de labores y demas hechas, equiparándose en este caso con el usufructuario; pues como se ha

dicho, por militar en ambos una misma razon, vale el argumento de uno á otro.

5 Si hay alguno llamado, y el enfitéusis ha de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica; porque como son parte de esta y la tradicion hecha al enfitéuta primero se hizo en nombre de todos los nombrados asi como la concesion, siempre el siguiente llamado adquiere en virtud de ella su dominio, muerto el poseedor, y por esto le pertenecen incontinenti todos los frutos pendientes bajo la obligacion de entregar á los herederos las espensas de siembra y labores hechas que en todo caso se deben deducir primero y satisfacer al que las hizo, porque á todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y porque no se llaman frutos, ni los hay hasta que se deducen dichos gastos.

6 Tambien procede lo espuesto en caso que el enfitéuta haya arrendado el fundo, recibido al punto del arrendador las pensiones de todo el tiempo del arrendamiento, y fallecido pendientes los frutos ó rentas; pues no obstante, pertenecen al sucesor ó al señor del dominio directo, quienes no estan obligados á pasar por el arrendamiento, y asi los herederos del enfitéuta deberán restituir al arrendador las rentas que su causante percibió anticipadas de mas tiempo que el que vivió, lo cual milita en usufructuario, por el cual se debe gobernar el partidor en este caso, porque se equiparan.

7 Si por delito que cometió el enfitéuta, cae en comiso el enfitéusis, ha de volver este al señor del dominio directo, y si al tiempo del crimen hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen todos á dicho señor por la propia y ann mayor razon que la de su muerte; y si los percibieron despues el enfitéuta ó sus herederos, estan obligados á devolverlos al mismo.

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor.

8 Suele dudarse cómo se ha de dividir los frutos que dejan pendientes los que gozan beneficios, dignidades y pensiones eclesiásticas, y para instruccion del partidor debo sentar que el

clérigo puede gozar tres clases de bienes. Unos se llaman *patrimoniales, y son los que hubo de sus padres y parientes, ó adquirió con su industria y trabajo, ó por testamento, donacion, ú otro contrato lucrativo*, y de todos ellos puede en estos reinos de Castilla disponer á su arbitrio á falta de herederos forzosos del mismo modo que el lego.

9 Otros se llaman *cuasi patrimoniales, y son los que adquiere por razon del órden y oficio clerical*, como por la limosna de la misa, por predicar, cantar las horas canónicas, y por otros actos y egercicios espirituales: de cuyos bienes como adquiridos con su trabajo personal puede testar y disponer igualmente, porque se reputan como patrimoniales (*a*); por manera que en estas dos clases y en sus frutos se sucede conforme á las leyes y reglas de la sucesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de éstos, porque son bienes profanos ó temporales, no espirituales ni sagrados.

10 Otros en fin se llaman adquiridos por razon de la iglesia, esto es, por razon de prebenda, beneficio simple ó curado, obispado ú otra dignidad eclesiástica; y dejando aparte las opiniones que hay sobre la sucesion de los frutos de éstos, diré que estando pendientes tocan insólidum atendido el rigor de derecho al sucesor en el beneficio, haciendo suyos solamente el beneficiado los que dejó cogidos cuando murió: que se llaman asi, aunque no se hallen encerrados en la trox, ó parage donde se custodian, pues basta que estén segados y separados del suelo (*b*) y que se han de dividir entre sus herederos como los de su patrimonio, porque en estos reinos de Castilla puede testar, y se sucede en ellos por testamento y abintestato por costumbre que ha mandado observar una ley recopilada (*c*).

11 Pero sin embargo de lo espuesto se observa en estos dominios como el mas equitativo el prorratear entre los herederos del beneficiado y el sucesor 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 último de diciembre) no los hace suyos enteramente el beneficiado, aunque los tenga recogidos, y únicamente los percibirán sus herederos

(*a*) Navar. in Apolog. q. 1, monit 21 y 22, nn. 1 y 3. (*b*) Gutier. Canon. q. cap. 33 n. 4. (*c*) La 13, t. 8, lib. 5 o 12, t. 20, lib. 10 N. R.

á proporcion del tiempo que vivió en aquel año, porque como alimentos le tocan hasta entonces, debiendo cumplir las cargas con la misma proporcion. Por este medio se evitan muchos pleitos, gastos y perjuicios (*a*), aunque sobre todo se estará á la costumbre del obispado en que se halle el beneficio ó capellanía colativa.

12 Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, porque se le concede por via de alimentos, y estos no deben darse al alimentario por mas tiempo que el que vive (*b*).

§. IV.

Cómo han de dividirse dos frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y herederos del poseedor.

13 Sobre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y herederos del último poseedor están discordes los AA. Unos opinan que ha de observarse en ellos lo mismo que en los de los feudos: otros son de parecer que los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se transfiere su dominio; y otros afirman que se deben dividir entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento. Esta opinion que siguen muchos AA. nuestros (*c*), y que es seguramente la mas equitativa, pues sería cosa inicua que habiendo estado casi todo el año el último poseedor sufriendo las cargas del mayorazgo, se privase de dichos frutos á sus herederos, por haber fallecido antes de finalizarse, y que en detrimento suyo se lucrase el sucesor con ellos: esta opinion, digo, se ha adoptado tan generalmente en España que muchísimas veces se ha ejecutoriado el prorateo; y tal costumbre tiene fuerza de ley, por tener los cinco requisitos necesarios para que valga y no se califique de corruptela, á saber, ser ge-

(*a*) Covar. lib. 1 Var. cap. 15 n. 22. Gutier. lug. cit. n. 9 y sig. Molin. de Primog. lib. 3, cap. 11 n. 4. (*b*) Covar. lib. 1 cit. c. 13 n. 13. Molin y Gutier. cap. cit. (*c*) Molin de Primog. lib. 3, cap. y n. 11. Ayor. part. 1 cap. 9. nn. 6 y sig. Covar. lib. 1 Var. c. 15 n. 14. Garcia de espens. cap. 16, n. 6 Castill. de usufruct. lib. 1 cap. 80.

neral, estar tolerada por el Soberano, haberse seguido por los tribunales supremos, no solo en los dos juicios que prefine la ley, sino en muchísimos, haberse usado por mas tiempo que el de los 20 años que aquella dispone, y no oponerse al derecho divino, natural ni positivo, ni tampoco al bien comun (*a*). Pero como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes vinculados ó de mayorazgo, y los AA. dejaron en silencio mucho de lo que se debe practicar en la division de cada clase y caso, se hablará de este punto con mayor individualidad y estension.

14 Si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, sean de los bienes que labraba por sí, ó de los réditos, ó pensiones que debian los arrendadores, censuarios, ó enfitéutas, y nada dispone acerca de los espresados frutos, vinculando solo las propiedades y capitales que los producen, ni tampoco deja muger, ni herederos legítimos ni estraños; son todos del primer llamado, sin que tengan obligacion de dejar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vínculo ó mayorazgo; pues por su taciturnidad es visto haber querido los gozase libremente para sí, y como son accesorios, se estiman parte de la misma cosa, y los adquiere quien se hace dueño de ella (*b*). Pero si los mandare agregar ó instituyere á alguno heredero de ellos, ó dispusiere otra cosa, se observará su voluntad.

15 Sino deja viuda, pero sí hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vinculo á uno de ellos en el tercio y quinto, consignándoselos en bienes determinados, cuyo valor en propiedad segun el caudal del difunto completa el total de la mejora; ó le mejora solamente en bienes señalados que no esceden de ella, imponiendo el gravámen de vinculacion y llamando á otros á su goce para despues de los dias del mejorado con arreglo á la ley 27 de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes, los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre, (que es cuando adquirió en los bienes su dominio) y no mas por razon de tal; á cuya consecuencia se estimarán, ó apreciarán en el estado que se hallen entonces, será caudal partible de su testamentaría el valor que se

(*a*) Leyes 4, 5 y 6 t. 2 P. 1. Puede verse sobre este punto á Castillo cap. cit. y á Escobar comput. 20. (*b*) Ayor. de Partit. part. 1 cap. n. 6 vers. Ideo judicio meo.

les dé, y cederá enteramente á beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte que le corresponda por su legítima en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entrojarlos, 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 egemplo, cuando falleció el mejorante, valian los frutos mil reales, y cuando se cogieron 1@500, y en su recoleccion se gastaron 150. En este caso los 1@ reales son caudal de la testamentaría que agregado á lo demas de ésta se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado; y los 500 restantes tocan privativamente á éste, por cuya regla la testamentaría satisfará 100 reales de gastos y el mejorado como tal 50; pues de los de barbechos y siembra no se hace mérito, porque salieron del caudal de todos antes de fallecer el testador y están refundidos en su herencia.

16 Y si antes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado ó primer llamado, entrarán aquellos á la particion con sus tios, llevando y pagando lo que su padre llevaria y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato sucesor los frutos desde la muerte de su padre hijo del mejorante: de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre dicho sucesor y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior y con igual proporcion asi en cuanto al percibo de frutos como al pago de gastos, valuándose nuevamente aquellos en caso de tener aumento para evitar perjuicios á los interesados.

17 Pero si el fundador ó mejorante que no dejó muger, falleciere acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas y sembradas sin manifestarse los frutos, pertenecen los recogidos al caudal comun de su testamentaría, y los que nazcan despues, son propios del mejorado con obligacion de satisfacer á la testamentaría los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean, segun lo que se haya hecho, los cuales se apreciarán, se pondrán por caudal comun, y se dividirán á proporcion de la institucion entre el mejorado y demas coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos se le aplicarán en vacío, ó entrada por salida como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionara: no haciéndose mérito

en este caso de los de recoleccion, ni de la utilidad, ó pérdida que pueda haber en ellos, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él hubiera barbechado y sembrado por sí propio las tierras. Por egemplo, importan los barbechos y siembra de los bienes de la mejora 3@ reales, y agregados al caudal líquido é igualmente partible de la herencia, compone el total de esta 30@ reales que han de dividirse entre tres hijos. En este caso se darán al mejorado 7@ reales efectivos, que con los 3@ que debia aprontar y retiene en el valor de las labores suman 10@, que como á uno de tres le tocan en la herencia; y si antes de la division pagáre los 3@, se le darán cuando ésta se haga, los 10@ completos, y no llevará tercio ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en los bienes señalados y no en los demas de su padre, de manera que percibirá en estos su legítima, y en los señalados su mejora vinculada (*a*).

18 No siendo primer llamado el poseedor del vínculo ó mayorazgo, y dejando frutos pendientes, ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares de éste que labraba por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, y arrendamientos de otras, alquileres de casas y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, hay dificultad sobre cómo se han de dividir entre sus herederos y el sucesor estas clases de frutos y gastos, y para la mayor claridad distinguiré de casos.

19 En órden á los pendientes y manifiestos, los herederos del último poseedor los han de percibir á prorata del tiempo que éste vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados, cuyo año no ha de ser el civil que empieza en enero y concluye en diciembre, sino el natural que es desde la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada país ó provincia, porque una vez que la naturaleza produce y sazona los frutos en diversos tiempos, se debe observar en cuanto al pago y contar el año, segun ella misma nos enseña. Por tanto, si el poseedor del mayorazgo fallece, v. gr. en fin de mayo, y los frutos son de trigo, uba y aceituna, deben llevar sus herederos y testamentaria

(*a*) Otras muchas especies acerca de la division de frutos de mejora se tocan en el lib. 2 cap. 2 §. 4, por ser su propio lugar, adonde remito al partidor para que se instruya radicalmente.

la parte correspondiente de trigo desde Santa María de agosto del año anterior hasta el dia de su fallecimiento, que son 9 meses y medio: de uva desde 1.° de octubre del propio año, que es cuando regularmente se hace la vendimia, y son 8 meses; y de aceituna desde enero que son 5 meses, si se coge á sus principios, y sino, desde el dia en que se acostumbra coger; y así de los demas frutos, segun sea el tiempo de su percepcion en cada pais y en cada finca, produzca ó no todos los años. Lo mismo procede en la lana de cabaña lanar, pues para la prorata se ha de contar el año de esquileo á esquileo.

20 Antes de repartir los frutos se han de deducir de todo el caudal y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho siempra, caba, poda, siega, recoleccion y demas que haya: se han de abonar á la testamentaria del último poseedor los que por parte de este y de ella despues de muerto se hayan hecho en su beneficio, y al sucesor los que hiciere; y luego se ha de dividir lo líquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporcion del tiempo que poseyó: v. gr. de trigo despues de pagado el diezmo quedan 1@500 fanegas, y todos los gastos ascienden á 2@ reales, de los cuales suplió 500 el sucesor, y los 1@500 el posedor y su testamentaría. En este caso se aplica á cada uno en trigo segun el precio que tenga á la sazon, lo que importan sus espensas, y el residuo del trigo se divide á prorata del tiempo que poseyó, habiendo de esperarse á la cosecha para hacer la division, porque de lo contrario podia suceder que el que hubiese suplido menos, llevase mas con perjuicio del otro. Lo propio se ha de observar en la division y prorateo de la lana de cabaña lanar vinculada y crias de ella, que son sus frutos, si aquella no se ha esquilado, ni estas han nacido al tiempo de la muerte del último poseedor, hecho antes por los herederos de este el reintegro de las crias que falten y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa segun la recibió.

21 Quedando barbechadas solamente, ó sembradas por el poseedor las tierras sin manifestarse los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha próxima, porque á causa de no estar manifiestos, de ignorarse si nacerán ó no, y de haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el último poseedor derecho á ellos, siendo para el caso

lo mismo que muera, hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo de su fallecimiento, y puede perderse la semilla; de modo que no se reputan tales hasta que nacen; y aunque luego se manifiesten, como ya entonces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y aun el de los frutos pendientes, porque se contemplan parte de ellas, debe llevarlos todos y cumple con hacer el espresado pago; á diferencia de cuando están á la vista, en cuyo caso como el último poseedor adquirió y tuvo dominio en ellos y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien y prorratear entre los que le tuvieren.

22 Con la misma proporcion y equidad se deben repartir los arrendamientos de las heredades vinculadas, contándose no el dia en que se celebró el contrato entre el arrendatario y arrendador sino desde el tiempo, ó mes en que este ha de recoger los frutos, porque como labra las tierras con título ó permiso de su dueño, viene á ser lo mismo que si las labrase este, y asi se ha de observar lo propio que esta dispuesto por derecho comun acerca de los dotales.

23 Si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de recogidos los frutos por el arrendador, y de nacidos ó manifiestos los de la cosecha siguiente, llevará á proporcion del tiempo que vivió, el arrendamiento correspondiente á esta cosecha, sin que para hacer el prorateo sea necesario esperar á que llegue el de recogerlos el arrendador, porque no hay que pagarle á él ni á sus herederos espensas algunas, por no haberlas hecho, escepto que el arrendamiento fuese á esterilidad; pues entonces no puede hacerse hasta que los peritos con vista de los frutos en el tiempo oportuno declaren cuánto debe satisfacer el colono. Y si este tuviese barbechadas solamente las tierras, ó aunque estén sembradas, si no se vieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor por las razones espuestas en el número 23, y porque este nada espendio en su cultivo y beneficio, sino el arrendador, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los habia, de suerte que en cuanto á la percepcion del arrendamiento, que es fruto civil, es lo mismo que si el último poseedor hubiese cultivado por sí propio las tierras y no se manifestasen los frutos.

24 Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados, ó juros, censos ú otros derechos semejantes, se han de prorratear

sus alquileres, réditos ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de arrendamiento, consignacion ó imposicion; y no se ha de atender á que el año sea civil ó natural porque los frutos de estos bienes como civiles, convencionales y no naturales corren, se vencen y devengan todos los dias.

§. V.

Cómo han de partirse los frutos pendientes en los bienes de marido y muger disuelto su matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á éste ó adquirido durante el uno de los dos ó ambos.

25 Lo que se ha dicho repetidas veces de pertenecer por mitad al marido y muger los frutos de los bienes de ambos, no habiendo renunciado los gananciales, no solo procede, cuando muere alguno de los cónyuges, acabados de percibir, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento están manifiestos y pendientes en los bienes comunes, ó en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte alto, castañar ú otra finca que produce naturalmente sin cultivo ni industria. Asi lo dispone la ley 10, tit. 4, lib. 3 del Fuero real que está en uso y dice al principio: "Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido, ó muriere la muger, establecemos, que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo, é los herederos del muerto."

26 Pero si los frutos no están manifiestos en dicho tiempo, se ha de distinguir: siendo de árboles, viñas, olivos y otros semejantes, en que no es necesario hacer siembra para su produccion pertenecen privativamente al dueño del fundo de los árboles, cepas, olivos ó cosas que los producen, segun lo ordena dicha ley del Fuero. »E si no aparecen, haya los frutos cuya fuere la raiz é dé las misiones que fueren fechas en la labor, al que la labró, y esto sea, si la labor fuere viña ó árboles." Y si fuere tierra y estuviese sembrada, se partirán por mitad los frutos que nazcan despues, aunque no esten manifiestos, como tambien lo dice la misma ley. »Ca si fuere tierra, é fuere sembrada, maguer que no

aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio cuanto ende hubiere.» La razon de diferencia consiste en que los árboles, viñas, olivos, &c. obra mas la naturaleza que el trabajo é industria, y como el cónyuge no le tuvo, ó fue leve, no adquirió derecho á ellos sino solamente á la mitad de gastos suplidos por ambos en caso de haberse hecho alguna labor; y en la tierra que se siembra, son indispensables industria, semilla y espensas para que fructifique, y como al tiempo de la muerte ya el cónyuge habia puesto su trabajo, empleado su caudal y hecho cuanto habia que hacer para la produccion, debe llevar la mitad de frutos, aunque no esten á la vista, y esperar para dividirlos á su recoleccion.

27 Estando la tierra barbechada y no sembrada cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entonces, y hace suyos enteramente los frutos que luego siembre y nazcan en ella, segun lo manda asimismo la citada ley al fin. »E si no fuere sembrada, é fuere barbecho, el que no ha nada en la heredad, haya la meitad de las misiones (*espensas*) que fueren fechas en el barbecho.» Así que, el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se da otra cosa en pago de la mitad que le corresponde en ellos (*a*).

28 Si los frutos son de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges, aunque la ley del Fuero nada habla acerca de ellos, se comunicarán como industriales á entrambos en iguales términos por la misma razon, aun cuando no esten nacidos, si existen en los vientres de sus madres, pues para su produccion mas obran la solicitud, trabajo é industria que la naturaleza (*b*). En cuanto á la lana del rebaño ó cabaña lanar, si está próxima á esquilarse ó crecida, se esperará el esquileo, y los gastos que en este y en la manutencion del ganado se causen despues de la muerte de uno de los cónyuges, se bajarán del caudal, y el residuo será lo líquido comunicable y partible entre ambos; y si la lana no está crecida, ni se puede estimar justificadamente por su nimia cortedad, cederá á beneficio del dueño de la cabaña, de cuya cuenta será la manutencion de esta desde el dia

(*a*) Ayor part. 1, cap. 9, n. 1. Gom. ley 53 de Toro n. 71. (*b*) Gom. lug. cit. al fin Montalv. ley del Fuero inserta.

de la muerte del uno de sus cónyuges y no de su testamentaría, pues lo poco se reputa por nada ; bien que lo mejor es proratear su valor para evitar escrúpulos. Todo lo espuesto es corriente en la práctica, por hallarse en uso en estos reinos de Castilla la ley del Fuero inserta.

29 Pero si la muger lleva á su matrimonio un fundo ó mas con frutos á la vista, y muere antes que se recojan, acerca de lo cual varian los intérpretes, por no haber hablado de ello dicha ley, se han de distinguir dos casos para mayor claridad. El primero es, cuando se hizo de los frutos aprecio que causó venta, y entonces los adquiere el marido en virtud de la obligacion que otorgó de responder de su valor, siendo por consiguiente de su cuenta y riesgo su incremento y decremento. Y el segundo es, cuando se entregaron simplemente al marido sin apreciar, en cuyo caso debe atenderse á si la muger aceptó los gananciales, ó los renunció. Si los aceptó, se ha de dividir el valor de los frutos entre sus herederos y su marido en esta forma: á los herederos se ha de aplicar sin descuento como parte integral de la finca dotal el que se regule y considere tenian en el dia en que se casó : del aumento que hayan adquirido desde éste hasta la recoleccion, (á cuyo tiempo se ha de esperar como oportuno para su verdadera regulacion y liquidacion) se han de deducir los gastos ocasionados, y de lo líquido dar al marido la mitad de lo que se estime haberse aumentado hasta el fallecimiento como lucrada durante su matrimonio, la cual le corresponde, no por razon de dominio que tenga en el fundo, ni por la industria ni espensas en su siembra y cultivo, sino por razon de las cargas que sufrió mientras estuvo casado; y la otra mitad y el mayor valor que desde la disolucion del matrimonio hasta la recoleccion conste tener, será para la muger ó sus herederos, porque con la muerte espiró la sociedad, y por no haber empleado el marido ningun trabajo, ni hecho gastos en la siembra ni labores del fundo, ni ser suyo éste, carece de accion el incremento que desde su acaecimiento tengan los frutos, como igualmente á lo que valian cuando se casó (*a*) (*). Lo mismo se ha de

(*a*) Escobar, comp. 19, nn. 6, 7 y 8.

(*) Engáñanse Ayora, Escobar y demas jurisconsultos nuestros en decir que la ley del Fuero inserta guarda silencio sobre el caso propuesto en este

observar por la propia razon, si el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido. Y si la muger renuncia los gananciales, como cesa la razon de sociedad no se ha de dividir por mitad el aumento líquido, sino con atencion al que duró el casamiento, y asi se aplicará al marido lo que importe, sea mucho mas ó menos que la mitad, dividiéndole, bajados gastos de recoleccion y demas, en tantas partes cuantos dias meses ó semanas pasaron desde el de la boda hasta la cosecha, y dando al marido las correspondientes á los que sostuvo las cargas matrimoniales, y el residuo será para la muger. Este modo de hacer la division en estos dos casos es el mas justificado y conforme á nuestras leyes, y asi se debe entender respecto al segundo la ley 26, tit. 11, P. 4, que dice: "E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote, que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deven ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, querémoslo aquí mostrar. E decimos, que los deben de partir desta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, cuantos meses, é cuantas semanas duró el matrimonio en aquel año; é todos los otros deven fincar en salvo á la muger, é á sus herederos, si se ella finasse, sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa, que le era dada en dote. E este año se debe co-

número, y asi se cansan inútilmente en resolverle, dando lugar á la variedad de opiniones que hay acerca de su decision, y que es tan comun entre ellos. Dicha ley habla en general, y de consiguiente habla de todos los casos que pueden comprehenderse bajo su generalidad: de consiguiente habla del presente caso, y se deberá decidir conforme á ella y no por el derecho comun, como quiere el citado Escobar. En la ley no se lee ni una sola palabra que le escluya, y por tanto tienen aqui lugar aquellos dos axiomas de jurisprudencia: *la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender: cuando la ley no distingue, ni nosotros debemos distinguir*; pero estos axiomas lo son únicamente en la teórica y no en la práctica de nuestros intérpretes, en su fantasía y no fuera de ella. Si durante el matrimonio no hizo el marido en la finca dotal ningunas espensas ni labores, esta fue una casualidad de que no se ha de hacer mérito, y por la que no debemos separarnos de una ley. Y por otra parte ¿quién quita que constante el matrimonio las hiciese el marido, cuando continuamente son necesarias hasta la recoleccion de los frutos? Al menos tendria el cuidado de estos y del fundo, como que se le habian entregado para sostener las cargas matrimoniales, si no hubo necesidad de otra cosa. No obstante, si el error de los comentadores ha motivado que no se siga la ley del fuero en el caso de que se trata, no deberemos estar á ella, pues que las leyes del fuero solo se tienen por leyes, cuando estan en observancia. Esta nota ha de tenerse presente en algunos de los números próximos.

menzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, é fue entregada la dote al marido; cuando acaesciesse que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento, se departiesse. E la parte sobredicha, que dijimos que deve aver el marido fasta el dia que fue departido el matrimonio, entiéndese tambien de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincassen por coger adelante en esse mismo año. Esso mismo seria, si fuese la dote de tal natura que llevase dos vegadas en el año fruto; ó si fuesse atal que en tres años non diesse mas de un fruto."

30 En consecuencia de lo espuesto, si la muger que renunció los gananciales, trajo á su matrimonio bienes raices, falleció sin dejar descendientes, v. gr. á los cuatro meses de casada, y en su testamento instituyó herederos á sus padres, legando á su marido con arreglo á la ley 6 de Toro el tercio de sus bienes, y los frutos de los dotales estaban á la vista, mas no maduros cuando murió, se dividirán á prorata del tiempo que duró su matrimonio, y asi el marido como tal llevará la parte correspondiente á los cuatro meses que hizo íntegramente suya, por no adquirir gananciales su muger. En órden á las dos terceras partes de frutos de los ocho meses restantes, ni aun como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará el de ellas, porque en el legado del tercio, quinto, ó de otra cuota no se comprenden los frutos desde la muerte del testador sino desde el tiempo de la demora de los herederos (*a*), pues por ignorarse si se dará su cuota al legatario en dinero, ó si en bienes de la herencia, cuáles serán estos, no adquiere ningun dominio, que es el título para la adquisicion de frutos, como sucede en los legados específicos (*b*).

31 Mas para la deduccion de esta tercera parte legada se han de considerar y valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos en el estado que se hallen al tiempo de su muerte; y despues de bajado y separado lo que corresponde al marido como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de estos al valor de los bienes, y hecho un

(*a*) Parlador. differ. 131, n. 13. (*b*) Ayor. de Part. part. 2, q. 39. Esto se esplica mas latamente en el lib. 2, cap. 2, nn. 95, &c. y 112.

cuerpo se sacará el tercio legado para aplicársele del mismo modo que si todos fueran bienes muebles ó raices, y no hubiese frutos (*a*).

32 Cuando el marido antes de contraer matrimonio percibió frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote, y aunque vivan juntos, no tocan al marido; pero si vistió y mantuvo á la esposa, mientras tardó en efectuarse la boda, porque no tenia la edad competente para casarse, ó por otro motivo, ó se anularon los esponsales, y no se efectuó el matrimonio, hace suyo los frutos percibidos en compensacion de los gastos hechos en mantenerla (*b*).

33 Llevando el marido al matrimonio, heredando durante éste, ó donándole algun fundo con frutos sazonados y próximos á su recoleccion, aumentan estos su capital, por lo que si falleciere la muger antes que se cojan, corresponderán enteramente á su marido; y lo propio sucederá á su muger, si el fundo es suyo, por haberle llevado inestimado en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, porque como estan pendientes, son una misma cosa con él, considerado su estado actual y no en otros términos. Y si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando de su total valor la mitad de las espensas hechas en aquella para el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido será para el dueño del fundo. La razon porque estos frutos no han de dividirse igualmente como los demas, es la de no haberse sembrado ni cultivado á costa de la compañía, ni nacido, ni crecido durante ella, que es el motivo de conceder la ley la mitad de ellos.

34 Pero si los frutos estuviesen solamente manifiestos en el fundo que heredó el marido ó su muger constante el matrimonio, ó llevó á éste, y sin haber repudiado los gananciales falleciere cualquiera de ellos despues de su recoleccion, de lo cual no habla la ley del Fuero; el dueño del fundo llevará el valor que se estime tenian cuando le heredó ó llevó al matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha, se dividirá por mitad, deducidas de aquel las espensas de cogerlos, por haberse ganado y acrecentado durante la sociedad conyugal (*c*). Y si

(*a* Ayor. part. 1, cap. 9, n. 2 y 3. (*b*) Ley 28, tit. 11, P. 4. (*c*) Ayor. cap. 9 cit. nn. 2 y 3. Escob. comp. 19, n. 6.

del fundo de la muger se hizo aprecio que causó venta, como que los frutos se estimaron con él, y se transfirió el dominio de todo al marido, los hará éste suyos (a).

35 Si el fundo, sea del marido ó de su muger, estuviese arrendado, y al tiempo de fallecer su dueño ó el otro cónyuge tuviere frutos pendientes sembrados y beneficiados á costa del arrendador, se dividirá la renta que éste debe pagar á prorata del que en aquel año natural duró el matrimonio, y la restante será únicamente para el dueño del fundo, ó para sus herederos, porque el otro consorte no puso ningun trabajo en su siembra, cultivo ni beneficio, ni hizo gasto en ellos. Por egemplo, murió en fin de enero, y la renta que el arrendador paga anualmente son 10200 reales. En este caso el dueño llevará toda la renta que se devengue desde 1 de febrero hasta santa María de agosto de aquel año, en que se coge la mies y se promete el pago; y la vencida desde santa María de agosto del anterior, en que empezó el natural, hasta fin de enero, se dividirá por mitad entre ambos cónyuges como sócios. Si el arrendamiento fuere de viñas, olivares ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge. Así lo practican, como es justo, los partidores inteligentes.

36 Siendo vinculados ó de mayorazgo los bienes cuyos frutos pendientes se han de partir, debe distinguirse. Si estando ya casados recae en cualquiera de ellos el mayorazgo, y los frutos estan próximos á su recoleccion, corresponde al que entra á poseerle lo líquido que le toque en la particion con los herederos del último poseedor, deducidas las espensas, sin que tenga á ello el otro cónyuge el mas leve derecho, porque como no se adquirió á costa del trabajo de ambos, ni se aumentó durante la compañía, por hallarse ya sazonados, no versa la razon y motivo de la ley para su division por mitad; pero si no estuviesen en tal disposicion, llevará la mitad de lo que toque al cónyuge sucesor por el incremento que hayan tenido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el último poseedor toca á sus herederos, y el aumento desde allí en adelante al sucesor ó á su testamentaría, si muere antes que se dividan; bajándose y pagándose proporcional-

(a) Escobar, lug. cit. n. 5, vers. Quod ad veritatem.

mente, asi por éste y su muger como por la testamentaría del último poseedor los gastos hechos en labores, siembra, recoleccion y demas, aplicando su importe á quien le hubiese desembolsado; de suerte que si el sucesor y su muger hicieron solamente los de recoleccion, y el último poseedor todos los restantes, ha de exigir cada uno ante todas cosas del total los suyos; y el residuo líquido es lo partible y proporcionalmente comunicable á la testamentaría del último poseedor, al sucesor y su muger.

37 Si muere el marido dejando frutos pendientes y manifiestos en los bienes del mayorazgo que poseia y que labraba por sí, tocará á su muger la mitad de lo líquido de ellos correspondiente al tiempo que su marido vivió, y tuvo el dominio y posesion de sus fincas, pues lo demas hasta su recoleccion es del sucesor, que aunque sea hijo único del poseedor, se reputa como estraño para el caso, porque no adquiere el mayorazgo por derecho hereditario como los bienes libres.

38 Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca á sus herederos por su representacion la mitad de lo líquido de sus frutos pendientes y manifiestos, de cualquier clase que sean como sembrados y nacidos durante la sociedad, y á costa de ambos. Lo mismo procede en los hijos de animales que existen en el vientre de sus madres, y en los frutos sembrados y no nacidos, segun se espuso en el num. 28, porque milita la misma razon, y la ley habla generalmente, sin que se atienda á si vivió ó no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, y de consiguiente en la sociedad, la ley del fuero le concede la mitad, cuando se hallan pendientes y han sido sembrados por ambos en sus bienes, esten á la vista ó no, sin distincion de libres ó vinculados, y como aqui no hay translacion de su dominio á tercero como en el caso anterior, lo mismo es que sean de una clase que de otra. Pero si el fundo estuviere solamente barbechado ó cultivado al tiempo de la disolucion del matrimonio, no percibirán los herederos de la muger mas que la mitad de las espensas hechas en sus labores, y el marido tomará la otra mitad con su fundo y frutos que nazcan de lo que siembre, como sucede cuando es libre, segun se dijo en el núm. 29. Lo propio debe observarse para con el marido en los casos propuestos, cuando fallece antes ó despues de su muger, y el mayorazgo es de ésta, pues como correlativos se gobiernan en cuan-

to á los gananciales y sus frutos por una regla, esceptuando los casos espresados en este capítulo y en el anterior, en los que hay razon de disparidad: todo lo cual he visto practicar como legal y justo, aunque no tratado en ningun autor con esta proligidad ni distincion.

39 Y si los bienes fructíferos del mayorazgo estan arrendados, se dividirán las rentas á prorata del tiempo que vivió el difunto y no mas, muera primero, ó despues su poseedor, y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo, ni hizo gastos en sus labores ni siembra como en los casos anteriores, segun dije en el n. 37 hablando de los bienes libres. Lo propio milita por la misma razon siendo alquileres de casas, réditos de censos, ú otros derechos semejantes. Por lo concerniente á las rentas de bienes fructíferos se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha, y por lo respectivo á las de censos, juros, casas y demas efectos ó consignaciones se ha de atender al plazo en que cumple el contrato y se deben satisfacer, por las razones espuestas en los nn. 24, 25 y 26, que es lo que practican los partidores inteligentes.

40 No adquiere el marido el tesoro que encuentra en el fundo dotal, ya porque no es fruto de éste, y ya porque segun la ley 1 t. 13 lib. 6 R. ó 3 t. 22 lib. 10 N. R. que deroga la 45 t. 28 P. 3, los tesoros pertenecen al Rey, y únicamente se ha de dar en premio la cuarta parte al hallador que dé cuenta á la justicia, como debe hacerlo. Mas para esto es indispensable que se ignore á quien corresponde el tesoro; pues si por algun papel ó instrumento puesto con él se acredita quien le escondió, será de sus herederos, á quienes no se podrá oponer la escepcion de prescripcion, porque la cosa clama siempre por su dueño en cualquiera parte que esté; y no habiéndolos, le llevará el fisco como bienes vacantes.

41 Por lo tocante á las canteras ó pedreras del fundo dotal, si no estan abiertas al tiempo del casamiento, y son de tal naturaleza que crecen y renacen, como parece las hay en Francia y Asia, tocará al marido el producto de las piedras que corte y estraiga de aquellas, porque son frutos, aun cuando el fundo sea esteril y no produzca ninguna otra cosa; y lo mismo será, aunque las piedras no renazcan, si por su estraccion se hace el fundo

mas útil y fructífero que lo era antes, de modo que se pueda cultivar y destinar á otra cosa mejor (*a*); pues sino sucede así, pertenece á la muger el producto líquido de las piedras que se estraigan, aumentarán su dote, y no le adquirirá el marido, mediante á que no reputándose fruto por no renacer, ni poderse compensar con otra utilidad del fundo, no se le puede conceder para que sostenga las cargas de su matrimonio (*b*). Pero si cuando este se contrajo, estaba abierta la cantera ó vena, corresponderá al marido, porque es visto habérsele dado en dote de su muger con este ánimo, escepto que conste espresamente lo contrario de su voluntad; pues cuando alguna cosa que está destinada á cierto uso, se da para que se disfrute, se entiende darse para el que siempre tuvo (*c*). Lo propio milita en los minerales y otras cosas que no renacen.

CAPITULO VI.

De dónde se deben bajar las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda, y el lecho cuotidiano de ambos cónyuges.

§. I.

Cómo y de dónde se han de deducir las arras y joyas, ó preseas y vestidos que el novio da ú ofrece á su futura muger.

1 Separado del total del caudal inventariado el importe de los fondos ó capitales que los cónyuges llevaron ó pusieron en su sociedad: bajadas las deudas que contrajeron mientras duró, y liquidadas y divididas con igualdad las utilidades ó ganancias que haya, debe el partidor unir la mitad de estas á todo lo que por sus derechos toca á la muger, y la otra mitad á lo que por el suyo corresponde á su marido; y del total y privativo haber de este, y no del caudal comun ha de deducir las deudas que contrajo antes de casarse, por corresponderle á él solo su satisfaccion.

2 Entre las deudas particulares y privativas del marido se

(*a*) Molin. de Primg. lib. 1, cap. 23, nn. 8 y 9. García cap. 22, cit. n. 48.
(*b*) Gutier. lug. cit. nn. 17 y 18. (*c*) Gutier. cap. 25 cit. nn. 14 y 15.

incluyen las arras que ofreció á su muger futura, ó en nombre suyo su padre ú otro con título de recompensa, ó para mayor seguridad de su dote, ó por honor del matrimonio, ó en consideracion á sus prendas personales; pues aunque es voluntario el dárselas ú ofrecérselas por no obligarle á ello ley alguna (*a*), despues de ofrecidas se halla obligado eficazmente á su solucion, y así han de exigirse de sus bienes propios como deuda contra ellos, porque la muger las hace suyas, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos ó estraños, sino dispone espresamente de ellas (*b*), ó no se hizo al tiempo de su oferta pacto contrario que puede poner el prometedor entonces y no despues á su arbitrio.

3 Puede el esposo ofrecer arras á su esposa antes de contraer matrimonio, y aumentarlas despues si ella aumenta su dote, con tal que no esceda de lo que la ley permite, pues no es donacion simple sino por razon de casamiento (*c*); y el marido no debe enagenarlas ni disiparlas, aunque sea con su permiso, ni si ella muere con hijos, mientras vivan estos, escepto que se las dé apreciadas, ó concurra la muger al contrato de enagenacion, y le jure renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de él, al modo que en la dote, porque aquellas tocan á sus herederos.

4 En los pueblos y provincias en que no rigen las leyes del Fuero, se observarán las suyas sobre la cantidad que puede dar ú ofrecer con título de arras el novio á la novia, tenga bienes libres ó vinculados, ó ningunos, cuando se casa, ó el uso y costumbre que haya, ó lo que los contrayentes pacten en las capitulaciones, aunque estas se otorguen fuera de dichos paises, si se casan para irse a vivir á ellos; pero en estos reinos de Castilla en que acerca de las arras, joyas y vestidos estan en observancia las leyes del Fuero Real, ningun novio puede dar ni ofrecer á la novia soltera por via de arras, ó donacion por razon de casamiento mas que la décima parte líquida y efectiva, deducidas las deudas, de los bienes libres que tiene cuando se casa (*d*), la cual puede consignar en finca o alhaja determinada que la importe, ó en el to-

(*a*) Véase la I. P. c. 22, nn. 19 y 20. (*b*) Leyes 1 y 2, t. de las Arras, lib 3 del Fuero Real, y 3 y 4. t. 2, lib. 5 R. ó 2 y 3, t. 3, lib. 10 N. R. (*c*) Ley 1, t. 11, P. 4. Véase la I. P cap. cit. nn. 26 y 27 (*d*) Ley 2, t. 2, lib. 3 del Fuero Real. Gom. en la 50 de Toro n. 13. Ayor. part. 1, cap. 7, nn. 17 y 20.

tal de los que tiene entonces y tuviere en adelante indistintamente, ó *en los mejores y mas bien parados que tenga*: de cuyos casos en el primero le aplicará su importe el partidor en la misma alhaja ó finca como su hipoteca especial: en el segundo, en cualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indeterminadamente, de manera que si deja deudas á su favor, se le aplicará en ellas lo que proporcionalmente le corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no á que todo su importe sea de lo florido; y en el tercero, en los mejores y mas exequibles que son el dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices. y derechos perpetuos y redituables, y á falta de ellos en los mas útiles; pues esto significan las palabras, *mejores y mas bien parados*, como á instancia mia se ha declarado. Lo propio milita en el padre ó madre del novio, pues tampoco puede dar á la novia en arras mas que el diezmo de lo que herede de ellos su hijo (*a*), y asi se observa.

5 Aunque el novio ofrezca á la novia por mero titulo de arras mas que la décima, y renuncie la ley del Fuero citada, no vale su renuncia, por ser una ley prohibitiva en beneficio público, ni tampoco oferta en el esceso, y asi el partidor no debe abonarle, ni en ello puede dispensar en ninguna manera la Camara, de suerte que se ha de reducir á la décima de los que tiene, ó tenía al tiempo de su oferta, segun se haya hecho esta. Ademas el escribano que autoriza instrumento con renuncia especial y especifica de dicha ley, incurre en perdimiento de su oficio, del cual no podrá usar mas sopena de falsario (*b*). Algunos AA. opinan, que si la promesa se corrobora con juramento, valdra en el esceso la décima, porque la prohibicion se estableció á beneficio del marido que puede renunciarla con él (*): fuera de que la citada ley no habla de este caso, y por la 12, t. 1, lib. 4 R o 7, t. 1, lib.

(*a*) Ley 1 al fin t. 2, lib. 3 del Fuero Real. »E si el padre ó la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos.» (*b*) Leyes 2 y 5, cap. 2, t. 2, lib. 5 R. o 1 y 7, t. 3 lib. 10 N. R. y auto 4, §§. 24 y 25, t. 12, lib. 7 Puede verse dicha ley 7 N. R.

(*) ¿De qué serviria la ley 50 de Toro que tiene por de ningun momento la renuncia de la del Fuero, y de que serviria la pena impuesta al escribano que autorizase instrumento con ella, si con solo un juramento fuese todo por tierra dando valor á la promesa de arras que escediese la décima parte de los bienes del prometedor? Los juramentos deben servir para corroborar las justas disposiciones de las leyes, y no para frustrarlas é inutilizarlas.

ro N. R. se permite interponer juramento en este contrato, sin que por ello incurra el escribano en pena alguna ; pero yo soy de parecer que el permiso de la ley 12 se circunscribe á afirmar mas con el juramento lo que permite la del Fuero , y no el esceso, como opina Gutierrez.

6 Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes , *para que le haya por via de arras , donacion por casamiento , ó como mas le convenga , ó haya lugar en derecho* , y fallece abintestato antes que aquella con hijos , ó sin ellos , ó bajo de testamento sin revocat la oferta en el esceso de la décima; aunque parece que el quinto se deberá restringir á esta , y que en el esceso será nula la oferta por la prohibicion de las leyes del Fuero , no obstante , le percibirá todo la muger : su mitad que es la décima , por razon de arras con arreglo á la ley del Fuero, y la otra mitad como parte y legado del quinto : en primer lugar , porque el novio puede usar de las facultades que la ley del Fuero citada y la 28 de Toro le conceden , y en hacerlo no contraviene á ellas , ni á nadie grava ni injuria : en segundo lugar , porque dicha ley 28 le permite disponer en contrato , ó en disposicion última del quinto sin prescribir en qué contrato ha de ser , ni prohibir que sea en el de casamiento , y asi en cualquiera puede donarle , pues lo que no está prohibido , se entiende permitido , y aun cuando la ley no distingue , no debemos distinguir; y en tercer lugar , porque su voluntad se conforma en esta parte con las leyes referidas por los distintos fines á que se dirigen , y por la espresion amplia de la oferta , *ó como mas haya lugar en derecho,* en cuya atencion debe conciliarse con ellas en todo lo que no se opongan. Asi que , si muriendo con testamento deja legados que consuman toda la décima , y tenia hijos cuando se casó , se aplicará á la viuda una décima por razon de arras , y la otra décima se prorateará entre ella y los legatarios , si no la revoco , bajando previamente los gastos funerarios , misas y demas sufragios; y si murió abintestato , la llevará toda deducidos estos. Si no tenia hijos al tiempo de casarse , ó aunque los tuviese , si durante su vida murieron sin sucesion , llevará la viuda la décima ; y del quinto íntegro de los bienes se bajarán los legados y gastos referidos , y el resíduo de aquel será para ella ; pues á falta de descendientes legítimos puede ofrecer la décima entera á la novia y disponer despues del quinto , lo cual le está prohibido , cuando

los tiene al tiempo de casarse, como diré en el n. 22; bien que si los dichos gastos y legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que la otra mitad que se le ofreció en el contrato dotal, y es visto que en nada mas quiso beneficiarla su marido, por lo que el partidor no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida y muerte manifestó espresamente; y si consumen la mitad entera y parte de la otra mitad, deberá contentarse con el residuo de ésta. Mas para evitar disputas necias se dirá en la oferta, »que se le hace del quinto para que le perciba todo, la mitad que es la décima, por via de arras y donacion por casamiento con arreglo á la ley del Fuero, y la otra mitad en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la 28 de Toro, ó como mas le convenga y haya lugar en derecho, para que no se invalide en cosa ni parte alguna.» Lo mismo procede en el tercio teniendo ascendientes segun la ley 6 de Toro, porque militan las propias razones (*).

7 Aunque el novio no tenga ningunos bienes, cuando se case, puede prometer arras á su esposa de los que adquiera en lo sucesivo, y valdrá la promesa en la décima parte liquida de ellos, atendiendose al tiempo en que se piden (a), segun se practica.

8 Asi como el novio mayor de 25 años y capaz puede dar ú ofrecer arras á la novia, asi tambien el menor de ellos hasta en dicha cantidad, sin que sobre ello deba concedérsele el beneficio de la restitucion, porque hace lo que haria cualquiera hombre mayor y prudente; pero esto ha de entenderse, cuando no tiene curador, pues teniéndole ha de intervenir, y de lo contrario será nula la donacion ó promesa, escepto que se confirme por su silencio siendo mayor de ellos, como tambien cuando la donacion consiste en dinero ó en cosas que guardándolas no pueden conservarse, pues consistiendo en bienes raices no basta la concurrencia

(*) La donacion del quinto, aunque se haga con las palabras insertas y puesto de consiguiente revocarse su mitad, se dirige en cierto modo á eludir lo dispuesto en las leyes 1 y 5 t. 2 lib. 5 R. o 6 y 7 t. 3 lib. 10 N. R. Las facultades que concede la ley 28 de Toro deben interpretarse sin perjuicio de dichas leyes que ponen tasa á las donaciones de los novios y anulan *todos los contratos, pactos ó premesas que de otra manera se hicieren*. Véase la nota del n. 13.

(a) Asi lo dice espresamente la ley 2 t. 2 lib. 3 del Fuero Real

de su curador, por ser indispensable la licencia ó decreto judicial; bien que si éste no interviene y pasan cuatro años despues de cumplidos los 25 sin reclamarla, se confirma y queda eficaz, del mismo modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por titulo oneroso (*).

9 Ofreciendo el novio á su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que tiene entonces, y caso que no quepa, haciéndole la consignacion en los que adquiera en adelante; aunque cuando contrajo matrimonio, no cupiese en ella, si al tiempo de su disolucion tiene cabimiento, se le debe aplicar, ó lo que quepa. Lo propio milita, si al tiempo de su oferta espresa »que en el caso de que su esposa muera antes que él, ha de entenderse nula la oferta, y no ha de podérsele exigir su importe, aunque deje herederos forzosos," ó si siendo viudo y teniendo hijos del primer matrimonio, dice, »que si su esposa falleciere antes que él, se entienda nula la oferta, de suerte que no puedan pedirle nunca su importe los herederos legítimos ni estraños que instituya, y que solo por su muerte tengan derecho á él los hijos que tuviese en ella, y cuando se haga la division de sus bienes puedan exigirle de éstos como crédito privilegiado.» Asi pues, el partidor debe tener á la vista lo pactado ó dispuesto en las capitulaciones acerca de las arras.

10 Pero si en la escritura de promesa no habló de sus bienes presentes ni futuros, y solo dijo simplemente *que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad*, y al tiempo que se la prometió no cabia en la décima parte de sus bienes, ó no tenia ningunos, no valdrá la oferta en la décima de los que adquirió despues, porque en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse y gravar á su heredero en lo menos que pueda; y lo mismo procede, aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes y futuros, pues esta obligacion general no indica que quiso ampliar la oferta á mas de los que tenia cuando la hizo, porque mas es seguridad de la precedente que ampliacion ó es-

(*) Esta doctrina es contraria á la regla de derecho: *lo que es nulo en su principio no puede convalecer con el curso del tiempo*; y ademas no puede confirmarse lo que es de ningun momento; mas por ventura no faltara quien diga que con el silencio del menor siendo mayor reitera o hace la donacion de nuevo en tiempo oportuno.

tension de la promesa, y las palabras que se refieren á la ejecucion no alteran ni mudan la disposicion.

11 Si al tiempo que el esposo ofreció las arras á su futura esposa, y al de su muerte tenia bienes, y le prometió indistintamente á su eleccion la décima parte de ellos, se ha de atender y mirar para su deduccion y abono al que sea mas útil á la muger ó á sus herederos (*a*), pues tienen accion á elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo á la oferta y obligacion del prometedor, aunque para esto han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos, asi como cuando la muger posee las arras que le dió su marido incumbe á los de éste probar que esceden de la décima para anular el esceso (*b*).

12 No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien siendo viuda sin diferencia, porque no hay prohibicion de que se le den ni ofrezcan; pero teniendo hijos de dos ó mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro le ofreció, y cada uno ha de llevar las prometidas por su padre, como lo ordena la ley 1, tit. de las arras, lib. 3 del Fuero Real, que dice: »E si la muger hobiere fijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre: de guisa (*de manera*) que los fijos de un padre no partan en las arras que dió el padre de los otros." (*) Sin embargo, la misma ley dice: »E si la muger habiendo fijos de este marido, finare, (*muriese*) pueda dar por su alma la cuarta parte de las dichas arras á quien quiera, é las tres partes finquen (*queden*) á los hijos de aquel marido, de quien las hobo:» de suerte que por esta disposicion se duda, si podrá mejorar á alguno de sus hijos habidos en aquel matrimonio en el tercio y quinto del importe de las arras, ó legar el quinto á estraño, y por consiguiente si su total deberá juntarse con los demas bienes suyos para deducir el tercio ó quinto, ó entrambos; pero yo soy de parecer que en ambos casos se debe juntar no man-

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 7 n. 18. (*b*) Covar. lib. 2 Var. cap. 6 n. 7.

(*) Estas mismas palabras demuestran que las arras pueden darse a las viudas como á las solteras. Es cierto que la ley 3 del mismo título hablando de aquella donacion siempre hace mencion de la manceba, nombre que se daba antiguamente á la doncella; mas para esto basta que por lo regular se den las arras á las que se hallan en el estado de la doncellez. Ayora de Partit. part. 1, cap. 7 n. 32.

dando lo contrario, ó no probándose estar en observancia la ley inserta (*a*), porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion ni separacion, y asi lo he practicado y visto practicar.

13. Ofreciendo el novio á la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes, por ser v. gr. viejo y rico, y ella joven, hermosa, pobre y noble, no por via de arras, sino como dote ó donacion en premio y remuneracion de su nobleza, hermosura y juventud, valdrá, porque es donacion remuneratoria que está permitida (*b*), y no simple que ha prohibido la ley entre marido y muger (*c*), por lo que se le aplicará, con tal que si tiene descendientes legítimos no esceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que les puede perjudicar; pues careciendo de unos y otros la puede instituir heredera. No falta quien diga que esto es eludir la ley socolor de remuneracion; que una vez que se conforma la novia en casarse con el viejo, se iguala con él, y que lo demas sería hacerlo por el interés, no por amor, segun debe celebrarse el matrimonio, y venderse por la dotacion, que es vergonzoso; pero sin embargo, debemos seguir lo espuesto, sino es que se pruebe haberse hecho la donacion con el ánimo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras, y aunque la dote que el padre da á su hija, y las arras que el novio da ú ofrece á la novia tienen tasa por las leyes, no la que el marido ó un estraño da á la muger (*). Mas para evitar dudas y disputas se ordenará la clausula de oferta como la que se insertó en el n. 6.

(*a*) Escobar, comput. 1, nn. 18 y 19. (*b*) Ley 7, §. 2, ff. de Donation. inter vir. & uxor. (*c*) Ley 4, tit. 11, P. 4. Ayor. part. 1, cap. 7 nn. 30 y 31.

(*) En esta controversia no me conformo con el autor. Si fuese cierta su opinion, ¿de qué serviria lo que las leyes 1, 2 y 5, tit. 2, lib. 5 R. ó 6, 1 y 7. tit. 3 lib. 10 N. R. disponen acerca de las donaciones que pueden hacer los novios á las novias? Entonces serían eludidas con la mayor facilidad, aunque ellas mismas procuraron evitar esto. La ley 1 comienza asi: "Atenta la desorden, i daños, que somos informados que se han recrescido, y recrescen de las dotes escesivas que se prometen, &c." Y al fin trae estas palabras: »I porque los que se desposan ó casan, suelen dar al tiempo que se desposan ó casan á sus esposas i mugeres joyas, y vestidos escesivos, i es cosa necesaria que asimismo se ordene i modere, mandamos que de aqui adelante ninguno, ni alguno de estos nuestros reynos que se desposaren, ó casaren, no pueda dar ni dé á su esposa i muger en los dichos vestidos, i joyas, *ni en otra cosa alguna*, mas de lo que montase la octava parte de la dote que con ella recibiere: i por-

14 Aunque el novio no tenga bienes libres, cuando se casa puede ofrecer arras á la novia, no de los vinculados sin que in-

que esto cessen todos los fraudes, mandamos que todos los contratos, pactos, i promissiones que se hicieren en fraude de lo susodicho, sea en sí ningunos, i de ningun valor, i efecto.» Asi vemos que la ley sabedora de los fraudes que se cometian por hacer á las esposas donaciones escesivas, procuraron impedirlos dando por nulos los contratos, pactos y promesas que se celebraren en fraude de su disposicion: por manera que aunque á dichas donaciones se dé el nombre de donaciones remuneratorias, el de dotes, ú otro, no deben valer en modo alguno.

La ley 2 tiene tanto empeño, digámoslo asi, en que el marido no dé á su muger en arras mas de la décima parte de sus bienes, que manda se observe la ley del Fuero que señala esta cuota, aun cuando se renuncie, y que si algun escribano diese fe de algun contrato en que se haga tal renuncia, pierda su oficio y no pueda egercerle nunca bajo la pena de ser tenido por falsario, como ya se ha dicho.

La ley 5 se halla concebida en estos términos. »Porque el esceso, i punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos, i obligaciones, que en ellos se han introducido, se consideran por carga, i gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas, y ayudan á la despoblacion deste reino, i por ser tan grandes, es preciso que lo ayan de ser las dotes, con lo cual se vienen á impedir, pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres, i contra la quietud de la república: ordenamos y mandamos que en cuanto á las dotes se guarde, cumpla, i ejecute lo dispuesto por la lei primera de este título, &c. i ansimismo que en quanto al esceso en joyas, vestidos, y otras cosas que se dan, y hacen al tiempo del desposorio, se guarde la dicha ley, y en su conformidad que ninguna persona de cualquier estado, calidad ó condicion que sea, pueda dar, ni dé á su esposa, i muger en joyas, i vestidos, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere, que ha de ser en la calidad, y forma dicha, i desde luego damos i declaramos por ningunos y de ningun valor, i efecto los contratos, pactos ó promessas, que de otra manera se hicieren, y por perdidas las cantidades, ó cosa en que se escediere en cualquiera de los dichos casos, i las aplicamos por el mismo hecho para nuestra cámara

1 Y porque se cumpla con mas puntualidad lo dispuesto en cuanto á que las arras no puedan esceder de la décima parte de lo que montaren los bienes libres; ordenamos i mandamos, que en nuestro Consejo de Cámara no se den facultades en dispensacion desto, y desde luego damos por ningunas, y de ningun valor i efecto las que en contrario se dieren, y que, para mayor seguridad de la ejecucion de todo lo dicho, el escrivano, ante quien se otorgaren las escrituras, tenga obligacion de dar cuenta de los tales contratos á la justicia de la parte, ó lugar donde se hicieren, i el escrivano de el ayuntamiento de cada lugar tenga un libro donde se tome la razon de los dichos contratos, y de la cantidad, dote, i arras, i la justicia haga averiguacion si la dicha dote, i arras, joyas i vestidos que se uviere dado, esceden de la cantidad, que en esta ley se manda, i eje-

tervenga real permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo ó aprovechamiento. Para hacer esta regulacion se tendrá presente su producto anual líquido, deducidas las espensas, y lo que podrá vivir el novio segun su edad y robustez; y atendido esto se formará un capital de censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia, (que por tal se reputa el producto de los bienes vinculados) ó de dinero puesto en fondo vitalicio, ó muerto, á razon de diez mil el millar, por ser por una vida, con arreglo á la última ley (*a*) (*) que trata de estos censos. Por egemplo, producen los bienes 8@ reales al año líquidos, y el marido segun su edad y robustez podrá vivir diez años que por 8@ en cada uno componen 80@ reales los réditos ó rentas de los diez. En este caso se forma capital de 8@ que son la décima de los 80@, y que podrá prometer por via de arras á su futura muger. Si se conceptuare que puede vivir mas, podrá ser mayor la oferta proporcionalmente (*b*). Lo mismo podrá hacer con otra renta, encominnda ó pension vitalicia que goce, y con las joyas, ó preseas, ó vestidos que le dé, á diferencia de que la cuota de estas no debe esceder de la octava parte de la dote que recibiere con ella (*c*). Y si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la parte que quepa en el que vivió, por-

cute la pena, i aplicacion hecha para nuestra cámara, y que de aquí adelante se ponga esto por capitulo de residencia; i que esta lei no se pueda renunciar."

A vista de semejantes disposiciones no debe dudarse que las dotes que hayan de dar los novios á las novias, tienen cuota determinada por las leyes de que no puede pasarse, aunque estas no hablan espresamente de ellas, pues se entienden comprehendidas en la espresion general, *los contratos*, *pactos*, *ó promesas que de otra manera se hicieren*, y en otras. Las leyes hablan de las dotes que den ú ofrezcan los padres á las hijas, porque estos son los que regularmente las dan ú ofrecen. No es necesario, como quiere Febrero, que para que se tenga por de ningun valor la donacion escesiva, se pruebe haberse hecho con fraude, ya por todo lo que se acaba de esponer, y ya porque dicha ley no exige tal prueba, segun parece exigirla la ley 1 en las mismas palabras y en la espresion, *en fraude de lo susodicho*, aunque podria darse á esta mejor interpretacion.

(*a*) La 12, tit. 15, lib. 5 R. ó nota 2, tit. 15, lib. 10 N. R.

(*) Los AA. hablan de otra anterior que prefinia los réditos á razon de 7@ el millar, porque era la que observaba en su tiempo; pero ahora debe observarse como posterior la ley citada que manda, no puedan ser mayores los reditos constituyéndose el censo por una vida que á razon de 10@ el millar, y por dos de 12@ pena de nulidad del contrato y de privacion de oficio al escribano que le autorice en otros términos.

(*b*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 19 n. 41. (*c*) Segun se dice en el n. 24.

que ni pudo ni tuvo bienes para ofrecerle mas arras antes ni despues de casarse, escepto que en este intermedio adquiera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, en cuyo caso lo deberá percibir de todos. En cuanto á las joyas y vestidos, deberá volver el esceso, porque no pudo dársele en contravencion de las leyes prohibitivas, aunque por estar consumado el matrimonio haga suyo todo lo que le dé su marido; pues esto se entiende y debe entender, cuando la donacion no escede de los límites señalados por la ley, no cuando es escesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se le dejará íntegro, y asi deberá pactarse en las capitulaciones para evitar dudas y pleitos.

15 Si habiendo ofrecido el novio y su padre ú otro con poder de ambos cantidad determinada en arras á la novia, muere despues de casado antes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja; sacará la novia la décima de los bienes de su marido, y por el resto podrá demandar á su suegro, pues este se obligó igualmente que aquel. No obsta alegar que lo hizo en nombre de su hijo que estaba en su poder, y que su obligacion no se estiende á mas que á las facultades de éste; porque viene á ser como fiador de su hijo, y por ser oneroso el contrato matrimonial, que tal vez á no haberse hecho la oferta, no hubiera contraido la novia, debe responder de ello á falta de bienes suficientes de su hijo, á cuyos descendientes, si los dejare, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo éste otra cosa arreglada á derecho. Asi lo practiqué en la particion de bienes del primogénito de un grande, y sin embargo de haberse reclamado se aprobó judicialmente: despues se cargó su importe á los nietos, cuando se dividieron los de su abuelo, porque este habia hecho la oferta por contemplacion de su hijo. Pero si en la escritura de promesa se limitare esta al caso en que quepa en la décima de los bienes que tenga el novio cuando muera, llevará únicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

16 Si el novio ofreció á la novia la décima parte de los bienes libres que poseia con la buena fe de ser suyos, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños; parece que dejando herederos legítimos solo tendrá cabimiento la oferta en la décima de los que realmente le quedaron, porque el

marido no pudo ofrecer décima de otros que de aquellos en que tenia pleno dominio, mayormente siendo constante que la décima se entiende y debe deducir de lo liquido del caudal del prometedor bajadas deudas, como se ha sentado en el n. 4, por no llamarse ni ser suyo lo demas. Pero no obstante estas razones, que en mi concepto son convincentes, la opinion contraria tiene mayor séquito: en primer lugar, porque en el nombre de bienes comprenden los que poseemos con buena fe, aunque sean agenos; y en segundo lugar, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, y no es justo sea defraudada: en cuya atencion y en la de ser aquella una deuda contra el caudal del marido contraida con buena fe en tiempo habil y contrato oneroso que estimula á disponer de la propia persona, dicen varios AA. que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon espuesta ú otra; pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion y peticion, aunque cuando no tiene bienes ningunos y ofrece de los que adquiera, ha de atenderse al en que se piden y no al de su promesa.

17 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, sea porque realmente no la llevó, ó porque aunque parezca importarla los bienes en que consiste segun su aprecio, resulta lesion en este, como regularmente acontece, ó por otro motivo, no está obligado á pagarle enteramente lo que en consideracion á la dote que prometió llevar, le ofreció en arras ó por aumento de la dote; y asi le competirá la escepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fue engañado. Pero esto ha de entenderse en mi dictamen, cuando la oferta se hizó solamente en consideracion de la dote, y no en la de las buenas prendas de la novia y por honor del matrimonio, como regularmente se hace.

18 Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido se ha de mirar, si este las dió, ú ofreció á su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demas bienes suyos indistintamente, entonces como que son dote y no arras, porque pasaron á su dominio, y se mezclaron y confundieron con la misma dote, cuyos privilegios gozan enteramente, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que esta sin diferiencia alguna. Si no las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio co-

mo caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, ó en otra cosa útil a la sociedad conyugal, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales y hereditarios, pues se hizo dueña de ellas con la entrega, y por haberlas empleado en el matrimonio, se deben deducir antes que los gananciales como parte de fondo puesto en la sociedad. Habiéndolas consumido en usos propios y agenos de ésta no tendrá derecho á su deduccion ni abono, como se ha dicho en los nn. 31 y 32, cap. 3 de este libro, de los bienes parafernales, cuando no los entrega á su marido.

19 Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal, ó en otro separado, se ha de distinguir, si hay gananciales, y si la muger los renuncia, ó no: si no los hay se han de bajar del caudal propio del marido hasta en la décima y no mas como una de las deudas contra éste: si los hay y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlas del cuerpo de la herencia despues de la dote que del caudal restante, sin distincion de si son, ó no del capital del marido, pues entonces todo es de él, y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere. Pero si los acepta, despues de bajar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que le tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras y no mas, aunque la oferta esceda á esta, como deuda contra él, y el residuo líquido es el legítimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demas derechos pertenecientes á la muger, y lo que sumen, es lo que le tocará, caso que su marido nada le haya legado; porque si le legó algo, esto mas debe llevar, no escediendo del quinto, si tiene descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes; pues bajándose las arras antes de dividirse los gananciales se le satisfaria de estos la mitad de su importe, y como deuda contra su marido debe salir de sus propios bienes, no del total de aquellos cuya mitad íntegra le conceden las leyes (a). Pero aunque le haya legado el quinto ú otra cuota, no se debe deducir antes que las arras sino del residuo bajadas estas, porque son

(a) Ayor. de partit. cap. 7 n. 16.

deuda contra su caudal que debe separarse primero como cosa agena, y de lo que quede deducidas, se ha de sacar el quinto, pues de lo contrario se le daria este de caudal que no era de su marido sino en parte suyo, en lo cual se le perjudicaba.

20 Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la mager, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido y debe reservarsela (a), y aun cuando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: "de que en caso de volverse á casar dentro ó fuera del año de su viudedad deberá reservar su propiedad á los herederos del primer marido, segun lo mandan las leyes." Lo tendrá presente el partidor, pues por carecer de esta espresion las adjudicaciones, suelen los herederos del marido no usar de su derecho, de que están ignorantes, y quedan perjudicados.

21 Siendo viudo el marido se ha de mirar, si tiene ó no hijos, ú otros descendientes legítimos del anterior, ó anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo propio que siendo soltero sin diferencia, pues uno y otro pueden ofrecer á la novia arras, ó en su defecto hacerle otra donacion, cuando se casan, y luego legarle el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho á sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no esceda de lo prefinido por las leyes; en cuya atencion se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra este se deducirá de su toral, y el quinto del residuo no padecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él por no ser visto haberlas ofrecido á su novia con ánimo de perjudicar á los hijos que tuviese, y sí con el de manifestar á su madre el afecto que le profesaba, y estimularla á que se esmerase en su cuidado y crianza, por cuya razon los que nazcan, no revocarán la oferta de ellas. Y si tiene hijos, se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que le permite disponer en vida y muerte la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos; y si ascendientes, del tercio segun la ley 6 tambien de Toro, y no del cuerpo de su propio caudal por las razones espuestas en otro lugar (b), y así hasta en su importe se compensara el quinto, ó el tercio con ellas (c). Todo esto se debe observar y observa,

(a) Ley 26, t. 13 P. 5. Ayor. lug. cit. n. 21. Puede verse el cap. 5 lib. 2.
(b) P. I. cap. 22 n. 25. (c) Gutier. lib. 3 Pract. q. 43. Parlad. dif. 125 n. 13.

aunque Ayora dice (*a*) que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dejar de darlas, á lo menos sin desdoro suyo; pues no se le causa ninguno por no darlas ni ofrecerlas, ni esta obligado á ello por ningun título (*b*) (*). Lo propio milita en las joyas ó preseas y vestidos por la misma razon.

22 De lo espuesto se deduce, que si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos ofrece cantidad determinada, ó indeterminada en arras al tiempo de casarse a su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y en disposicion ultima le lega el quinto integro, solamente tendrá derecho á éste, viviendo alguno de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó menos que la cantidad prometida al tiempo de la boda: en primer lugar, porque cuando hizo la oferta, estaba privado de disponer de mas que de un quinto en vida y muerte, por prohibírselo espresamente la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos: en segundo lugar, porque con permitírsele uno y otro no solo se violaria dicha ley que es posterior á todas las del fuero, sino que con pretesto de la donacion, y por beneficiar á la madrastra ó madrastras, defraudaria en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, que antes que se volviese a casar, tenian adquirido derecho á sus bienes escepto el quinto, siendo casi dueño de ellos; y si se casaba muchas veces, apenas les quedaria herencia: en tercer lugar, porque las leyes del Fuero que corrige la citada de Toro, estan en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro, y asi corregidas aquellas se entienden corregidas las anteriores, escepto en lo que se dejen y esten en su vigor; y en cuarto lugar porque no obsta alegar que no se entienden corregidas, por darle, y ofrecerse las arras en contrato oneroso, y ser los legados y donaciones puramente voluntarios y lucrativos; pues solo es oneroso

(*a*) P. 2 q. fin. n. 56 (*b*) Castill. de Usufruct. cap. 46 n. 12. Tello ley 16 de Toro n. 8.

(*) A mi me parece recomendable la opinion de Ayora, pues en el caso de que habla, las arras no son una donacion del novio sino una deuda suya, aun dado caso que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario. Contra el parecer de Ayora nada objeta Febrero, por cuanto aquel habla en un supuesto, y este lejos de hablar bajo de él le niega sin fundamento.

para el marido, de cuya voluntad depende el darlas ó no. Lo propio milita en el tercio teniendo ascendientes legítimos.

23 Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada uno le tocaban y percibiria á haberse hecho particion, y no constando á cuanto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todos los que deje, los de la segunda la del residuo, y asi irán descendiendo. Por ejemplo, si dejó 100@ reales líquidos, llevarán los de la primera 10@ que son la décima de ellos: de los 90@ que quedan, sacarán su décima los de la segunda, &c. Si á alguna, ó á algunas ofreció cantidad determinada se ha de mirar, si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes: sino cabe, se le abonará lo que quepa y no mas, y si cabia en los que tenia, cuando la ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores, pues en perjuicio de estos no pudo donar ni ofrecer mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger, pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entonces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra y abonársele como deuda contra el caudal de su padre.

24 No queriendo el esposo dar ni ofrecer arras á su futura esposa, doncella ó viuda, puede darle joyas ó preséas y vestidos para su adorno antes de desposarse ó despues, á cuya donacion llaman en latin *sponsalitia largitas*, esto es, liberalidad *esponsalicia* ó de esposo: y asi se diferencia de las arras, en que estas regularmente se ofrecen y no se dan, y las joyas las da francamente el novio á la novia antes de casarse. El importe de todas estas cosas juntas no debe esceder de la octava parte de la dote verdadera y entregada (*) que recibiere con ella, de suerte que todos los con-

(*) Estas palabras de las leyes 1 y 5 que se citan *mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella rescibiere*, manifiestan que debe constar de la entrega de la dote. Por tanto, si se prometen 400 reales en dote, y solo se acredita la tradicion de 200, el importe de los presentes que haga el esposo á la esposa, no podrá esceder de 2@500. Exigese que la dote sea verdadera y estregada, porque pueden los suegros por una vana y ridícula ostentacion prometer simuladamente dotes escesivas.

tratos, pactos y promesas que se hicieron en contrario, son nulos, debiéndose aplicar el esceso al fisco. Ademas, no puede renunciarse la ley que lo ordena, y el escribano ante quien se otorgue la escritura tiene obligacion de dar cuenta del tal contrato á la justicia del lugar en que se celebráre, y ésta de ejecutar la pena y aplicacion, so pena de ser residenciados (*a*). Si el novio tiene hijos de otro matrimonio, no deben esceder dichas cosas del quinto de sus bienes, y si esceden, es ineficaz la donacion en el esceso, aunque se corrobore con juramento, porque cede en perjuicio de tercero. Pero si la esposa no llevare dote, no adquirirá estas dádivas esponsalicias, porque falta la dote para poder tasarlas por ella (*).

25 Si el marido ofreciere arras, y tambien diese joyas, ó preséas y vestidos á su esposa, viuda ó soltera, debe escoger ésta cuál de las dos cosas quiere (pues no se lo permite percibirlo todo) dentro de 20 dias despues de requerida por los herederos de su marido; no haciendo la eleccion en ellos toca á los de éste, y muerta ella la pueden hacer los suyos en el mismo término, como lo dice la ley 52 de Toro (*b*). »Pero si cualquier de ellos muriere despues de consumido el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposado, la obo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento i matrimonio, pero si arras oviere, que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras ó dejarlas, i tomar todo lo que el marido la obo dado, siendo con ella desposado; lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, i si no escogieren dentro de dicho término, que los dichos herederos escojan." Todo esto se ha de entender con arreglo á lo que se ha dicho en cuanto al importe de arras y joyas, pues

(*a*) Leyes 1 y 5, tit. 2, lib. 5 R ó 6 y 7, tit. 3 lib. 10 N. R. y auto 4, §. 25, tit, 12, lib. 7 R, ó 8, tit. 3 y 2, tit. 8 lib. 10 N. R.

(*) Así opina Matienzo (*ley* 1, *tit.* 2. *lib.* 5 *R. glos.* 6.) á quien cita y sigue Febrero; pero como dicha ley solo habla en el supuesto de que la esposa lleve dote, con razon Sanchez (*de matrimon. lib.* 6, *disp.* 24, n. 6.) juzga que aun cuando no esté dotada hará suyos los vestidos ó joyas que el novio le dé para su adorno antes del desposorio; si bien esto habrá de ser solamente hasta en la cantidad que atendidas todas las circunstancias arbitre prudentemente el juez. Y á la verdad, seria cosa muy estraña y dura que la novia no pudiese adquirir dichos presentes, mayormente siendo ella pobre y el esposo rico.

(*b*) Es la 4, tit. 2 lib. 5 R, ó la 3, tit. 3, lib. 10 N. R.

ni aquellas han de esceder de la décima parte de los bienes libres líquidos del novio, ni éstas de la octava de dote de la novia. Despues de haberse hecho la eleccion no se puede variar (*a*), escepto que no hubiese tenido efecto por alguna causa.

26 Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso los vestidos ó cosas que le dió su marido, estando desposados, podran ella, ó sus herederos disuelto el matrimonio elegir las arras que le prometió, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho á nadie injuria ni defrauda (*b*), y aunque Ayora afirma (*c*) que en este caso estarán obligados ella ó los suyos á volver dichas cosas tan buenas como el marido se las entregó, ó el importe de su deterioro, fundado en que no se entiende restituida la cosa, si se vuelve deteriorada y no se paga su menoscabo; dudo que la muger tenga semejante obligacion en el caso propuesto, porque el marido la tiene de vestirla y alimentarla segun su calidad y facultades, y por usar los vestidos que dió é hizo suyos le ahorro otros, y á no haberlos usado tendria que vestirla, estarian sin deteriorar, los hallaria conforme se los habia dado, y los llevaria como suyos.

27 Cualquiera esposa de presente ó de futuro disuelto el matrimonio, gana y debe llevar la mitad de todo lo que antes de consumarle le dió su marido, si la besó despues de desposados, sea ó no precioso, preceda ó no el beso á la donacion, y hágase ésta á la novia en su casa antes ó al tiempo de la boda ó velacion; pues si la besó antes del desposorio, nada ganará, por ser esto ilícito; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo (*d*); lo cual se ha de entender no escediendo de la octava parte de su dote, y no en otros términos (*e*). Si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar la muger, y todo ha de volver á los herederos de aquel; como ni tampoco cuando por culpa de ella no se celebró el matrimonio (*f*). Sobre cuáles vestidos sean preciosos, cuáles superfluos, y cuáles cuotidianos ha de decidir el juez, atendidas la calidad y caudal de las personas y la costumbre del pueblo.

28 Lo espuesto procede, no solo cuando la esposa es doncella, sino tambien cuando es viuda, ya porque versa la propia razon, y ya porque la ley 4 inserta habla general y absolu-

(*a*) Ley 25, t. 9. P. 6. (*b*) Ley 14, tit. 34, P. 7. (*c*) P. 1, cap. 7, n. 35. (*d*) Leyes 3, t. 11, P. 4. y 4, tit. 2, lib. 5 Recop. ó 3, tit. 3, lib. 10 N. R. (*d*) Ley 1 al fin, tit. 2, lib. 5 R. ó 6, tit. 3, lib. 10 N. R. (*f*) Dichas leyes 3 de P. y 4 R. Véase sobre el ósculo la nota del n. 16, cap. 22, P. 2.

tamente diciendo: *Cualquiera esposa, ora sea de presente, ora de futuro*, sin distinguir de viuda ni doncella.

29 Al modo que el marido futuro puede ofrecer arras á la novia, ésta, siendo mayor de 25 años y libre, puede ofrecer dotacion al novio en los propios términos que él á ella, porque ningun derecho se lo prohibe, y si se la ofrece (lo cual sucede rara vez, escepto que sea rica, vieja y fea, y él buen mozo) tendrá obligacion de cumplir la oferta; pero la dificultad está en saber en qué cantidad ha de hacerse. Los AA. dicen que por ser correlativos marido y muger deben entenderse con ambos las leyes que hablan con el uno en igual caso y circunstancias; mas yo sin embargo no puedo menos de hacer presente, en primer lugar, que ninguna ley habla con la novia ni prohibe á las mugeres hacer donaciones, ni por consiguiente pone tasa á lo que han de donar, aunque sí al hombre, porque como cuando quiere casarse es pródigo con la muger, se vieron precisados los legisladores á refrenar su prodigalidad; y en segundo lugar, que la muger es naturalmente avara y codiciosa, como dice una ley de Partida (*a*), y la esperiencia nos lo enseña; todo lo cual manifiesta la grande diversidad de razon que hay entre los dos en el presente caso; y asi me parece que careciendo la muger de ascendientes y descendientes legítimos, valdrá la donacion ú oferta que haga al novio en cualquiera cantidad, no siendo inmensa, que está justamente reprobada por la ley 69 de Toro, con especialidad considerando que se hace por causa onerosa.

30 Si la esposa diere algo al esposo de futuro y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, háyala besado ó no, como lo dispone la ley 5, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real, segun la cual si tuvo cópula con ella despues de casados, nada debe volverle, porque con el matrimonio se confirma la donacion.

(*a*) La 3, tit. 11, P. 4.

§. II.

Si los herederos del marido estan obligados á dar alimentos á su viuda mientras se hace la particion, y de dónde se deben deducir.

31 Estan discordes los AA. acerca de si los herederos del marido deben dar alimentos á su viuda mientras se hace la division de la herencia y se le entrega su haber, y para esponer este punto no esplicado en mi concepto con toda la claridad y discernimiento que exige, distinguiré de casos. Cuando la viuda quedó preñada, aunque sea rica, es indisputable que se le deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto y circunstancias de ambos, porque es visto darse al póstumo, á quien su madre tiene solamente obligacion de darlos, y asi, tenga ó no bienes de que vivir, y si trajo dote, restitúyasele ó no, se le debe contribuir con ellos de los propios del difunto. Lo mismo se ha de decir, haya ó no gananciales, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar á sus hijos, especialmente en el tiempo de la lactancia, esto es solo en el caso de ser aquel pobre (*a*), y sacarse dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se le perjudicaria en la mitad que no debe pagar. Pero á la madre del póstumo estraño instituido heredero no se deben alimentos como á la del legítimo, escepto que no tenga de que vivir, ó que el testador mande que esté ó no indigente, se le contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que deja á su hijo.

32 Y porque algunas mugeres dicen que estan preñadas de sus difuntos maridos no estándolo, para que los parientes que deben heredarlos no sean perjudicados en caso de no haber tal embarazo, ha establecido las precauciones, órden y modo de evitar todo engaño una ley (*b*) que dice: »Mugeres y ha algunas, que despues que sus maridos son muertos dicen que son preñadas dellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan (*quedan*) despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer que se trabajarian (*intentarian*) las mugeres de fazer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; por ende (*por*

(*a*) Véase el n. 29, cap. 35, P. I. (*b*) La 17, tit. 6, P. 6.

tanto) mostraron los sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto. E dixeron que cuando la muger dixese que fincava preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propincuos dél; diciéndoles, de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos embien catar (*ver ó examinar*) si es preñada ó non. E si por aventura los parientes dubdaren en esto, deven embiar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten (*registren*) el vientre, de manera que non la tengan (*toquen*) contra su voluntad; é de si, puedan embiar quien la guarde, si quisieren. E la guarda desta muger debe ser desta guisa. (*manera*) Cá el juez de aquel logar, do esto acaesciere, si parientes del muerto lo demandaren, deve catar (*buscar*) casa de alguna buena dueña (*señora ó muger principal casada*) é honesta, en que more esta muger, fasta que para. E ella morando en casa desta buena dueña, cuando asmare (*creyese*) que debe parir, develo fazer saber á los parientes del finado, (*difunto*) treinta dias ante que encaezca, porque ellos embien otra vez algunas buenas mugeres, é honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do oviere á parir, non debe aver mas de una entrada; é si mas tuviere, devenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa, do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, é tres mugeres libres, é ayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que oviere esta muger á salir de aquella casa, á otra que sea dentro en aquella morada, para entrar en baño, ó para otra cosa cualquier, que sea menester, deben catar (*mirar*) aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, ó el logar, do se quisiere bañar, de guisa, que non sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algund niño ascondido, ó otra cosa alguna, en que pudiessen rescibir engaño. E cuando algun ome ó muger quisiere entrar á ella, devenla escodriñar, de manera que en su entrada, otrosí, non pueda ser fecho engaño. Otrosí dezimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiesse que era cerca el parto, debelo aun fazer saber á los parientes otra vez, que la embien á catar, é guardar. E quando fuere cuytada por razon del parto, (*molestada con los dolores del parto*) non debe estar en aquella casa, do ella está, ome ninguno: mas pueden estar y (*allí*) fasta diez mugeres buenas, que sean libres, é fasta seys sirvientas, que non sea

ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras, que sean usadas (*esten acostumbradas*) de ayudar á la muger cuando encaesce (*pare*). E deven arder en aquella casa cada noche tres lumbres fasta que pára, porque non pueda ser fecho algund engaño ascondidamente. E cuando la criatura fuere nascida devenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda, si era preñada ó non, heredará el fijo que nasciere de ella, despues de la muerte de su marido los bienes del. E si esta muger sobredicha de que fuere dubda, si era preñada ó non, non se quisiesse dejar catar el vientre, ó non quisiere que la guardasen, assi como sobredicho es, ó en otra manera que fuesse guisada, (*razonable*) é usada en el lugar do bive, maguer (*aunque*) pariesse, é biviese el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, á menos de ser provado que la criatura nasciera della, en tiempo que pudiera ser fijo, ó fija de su marido." Pero debe tenerse presente que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y asi se estará á la costumbre que haya en el pueblo, como ella misma lo insinúa.

33 No habiendo quedado preñada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, sean mayores ó menores, y permaneciendo todos juntos, comiendo y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de éste lo gastado y consumido por todos en sus alimentos.

34 Si no quedó embarazada ni con hijos en su compañía, se ha de distinguir, si trajo dote, y hay gananciales, ó no: si no trajo dote, ni hay gananciales, como que no tiene comunion con los herederos del difunto, ni que percibir de la herencia, no deben alimentarla; y aun cuando haya gananciales no se le deberán alimentos, y los gastos que haga en estos, se le descontarán de la parte que le corresponda en aquellos, pues no estando preñada se ha de mantener de lo suyo; bien que si en la buena fe de estar preñada hubiere hecho algunos en alimentarse, no se le han de exigir, porque siempre que entre el que da alimentos y el alimentario media alguna conexion por razon de parentesco, amistad ó caridad, no ha lugar á la repeticion de los alimentos dados. Lo propio se ha de decir de los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, quede ó no preñada, por ser costumbre inconcusa contribuir con ellos.

35 En órden á si habiendo traido doce se la debe alimentar,

mientras se le entrega, de cuyo punto trata latamente Garcia (*a*), ha de suponerse como incontrovertible que los herederos del marido, ó éste, muriendo antes su muger, tienen obligacion segun derecho, (*b*) de volver incontinenti la dote, que consiste en bienes raices, por lo que no corresponden sus frutos sino á ella, ó á los suyos, dentro del año siguiente al del fallecimiento, la que consiste en muebles, semovientes y dinero; bien que si el marido es pobre solo está obligado á restituirla como buenamente pueda, quedándole los competentes alimentos, ni debe ser preso por ella, en cuyos términos se ha de constituir su obligacion á devolverla. Pero si en el contrato dotal se limita el término para su restitucion, se ha de estar á lo pactado.

36 Esto supuesto, soy de parecer que los herederos del marido deben alimentar á su viuda de los bienes propios de aquel, y no de los comunes, como algunos dicen, porque entonces se le pagaba la mitad de suyo, durante el tiempo prefinido por la ley ó los contrayentes para la restitucion de su dote, consista ésta en bienes raices, ó en muebles, semovientes, ó dinero, si los retienen y no se los entregan: en primer lugar, prescindiendo de que lo dicta la humanidad, por el lucro cesante ó daño emergente, y por estarse utilizando los herederos y reteniendo bienes que saben no son suyos, ni les tocan por título alguno como al marido, en cuya atencion deben restituirlos con los frutos á la muger; aunque los alimentos no se deben á los herederos de ella por ser su privilegio mero personal, y asi si la muger es la que fallece no tienen derecho á pedirlos: y en segundo lugar, porque disuelto el matrimonio conserva la dote los privilegios que durante él tenia, hasta que se restituya, y como el marido estaba obligado á alimentar á la muger mientras vivió, lo están tambien sus herederos que le representan, interin no hagan la restitucion: lo cual procede, aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, mientras se evacua la particion, pues sin embargo de que tiene en su poder su dote y todo cuanto le pueda corresponder, no lo tiene libremente como suyo, sino con obligacion de responder de ello, y asi no hay tradicion con libre dominio, cual se requiere para que se entienda restituida y entregada su dote.

(*a*) De espens. c, 8, nn. 29, &c. y 37. (*b*) Ley penult. tit. 11, P. 4.

37 Pero no obstante, lo espuesto tiene varias limitaciones. La primera es, cuando la muger tiene otros bienes con que alimentarse, porque cuando la ley manda á alguno que dé alimentos á otro no debe hacerlo, si tiene bienes, oficio ú otra cosa con que poder vivir sin desdoro suyo, segun se infiere de la ley 6, t. 19, P. 4 y su gl. 5. (*). La segunda es, cuando el marido ó sus herederos no quieren gozar del beneficio de la dilacion anual y entregan incontinenti la dote, porque entonces cesa la causa de la contribucion alimentaria; pero no basta su oferta verbal, sino que ha de ser real y efectiva la entrega. La tercera limitacion es respectiva á los alimentos pasados, los cuales no puede pretender, á menos que habiéndolos pedido á los herederos y tardado estos en dárselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta mora. La cuarta es, cuando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales, sean muebles, semovientes ó inmuebles, percibidos por los herederos, en cuyo caso si los frutos esceden á los alimentos, deberán darle el esceso, y por el contrario, si estos importan mas, deben dárselos y quedarse con los frutos, sin que haya lugar á ninguna repeticion por el esceso. Y la quinta limitacion es, cuando se le comunican los gananciales durante la comunion del caudal por alguna de las causas espresadas en el citado cap 4, n. 67, porque la ley no se los concede, y cederia en detrimento notable de los herederos, en cuya atencion debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir alimentos algunos, escepto que quede en cinta.

38 Pero es de notar que en los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos, porque cuando por disposicion de la ley se deben alimentos á alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de dárselos; aunque esto se ha de entender si comoda y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo hacerlo se los han de dar en la parte en que habite; bien que puede permanecer en la casa en que vivia con el difunto has-

(*) Las palabras de la ley que hacen al propósito son estas. "Otrosi, cuando el fijo oviesse de lo suyo, en que pudiesse vivir, e oviesse tal menester, porque pudiesse guarescer (*socorrerse*) usando del, sin mal estanca de si; entonce, non es tenudo el padre de pensar del. Esso mismo dezimos del fijo que debe faze: contra su padre."

ta que se la entregue su dote, y una vez que se halla legitimamente en posesion de ella, por estar hipotecados todos sus bienes á su restitucion, puede tenerla, y debe ser amparada, pues á quien se da la accion con mayor razon la escepcion.

39 Pasado el año prefinido para restituir la dote, no están obligados los herederos del marido á dar alimentos a su viuda, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente á su devolucion, y si no lo hace échese á sí misma la culpa de su morosidad en no usar de su derecho, aunque si habiéndosela pedido tardan en entregársela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos.

40 Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos y no mas; pues aunque si viviera el marido, la alimentaria enteramente, trajese poca ó mucha dote, ó ninguna, esta obligacion es mere personal que no comprehende á sus herederos sino en cuanto alcancen los frutos de los bienes que la retienen, escepto que esté preñada, y asi ninguna ley se la impone, por no militar en ellos la razon que en el marido.

41 Aunque como se ha dicho en el n. 34, habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun; tendrá accion á pedirles le anticipen lo necesario para mantenerse, mientras se efectua la particion á cuenta del haber que como dueña de la mitad de gananciales le correspondan, y si lo reusan, deberá el juez compelerles á ello por la regla: *Tienes obligacion de hacer aun contra tu voluntad lo que á tí no te daña y á otro no aprovecha*; mayormente cuanto tanto urgen los alimentos, y el que los niega, parece que mata.

42 Si estando ausentes los herederos del marido su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que como si fuera dueña, vende sin poder suyo algunos muebles y semovientes, y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando virtualmente la venta y cobranza, le hacen cargo de todo lo percibido y vendido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote; puede la viuda resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que le competen, mientras esta no se la entrega, y

por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió y cobró, con el importe de aquellos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, puesto que los herederos aprueban tácitamente la venta y cobranza; pero se le deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan á la sazon, y no el que tenian cuando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido lo darian por ellos, y por haberse escedido en venderlos sin poder ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio y menoscabo.

§. III.

De dónde se deben deducir el luto de la viuda y herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cuotidiano que pertenece al viudo ó viuda.

43 Tres puntos, aunque de corta entidad, que no han tratado los AA. como corresponde, son de los que voy á hablar en este párrafo; á saber: del luto de la viuda y herederos del difunto, del vestido ordinario de aquella, y del lecho cuotidiano del viudo ó viuda. En cuanto al luto debo decir, que por razon de alimentos deben los herederos del marido dar segun su calidad y haberes á la viuda el ordinario ó cuotidiano, ó lo que le cueste, si le hizo á sus espensas, á mas de su dote, bienes parafernales y mitad de gananciales que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entienden la comida y habitacion, sino tambien el vestido, curacion y otras cosas necesarias; y porque aunque esté vestida, se queda desnuda incontinenti que enviuda, por no convenirle como tal el trage de casada. Pero esto se entiende, habiendo costumbre en el pueblo de que las viudas le traigan, porque de lo contrario no puede pretenderle; y si habiéndola, se casare dentro del año de su viudedad y el luto fuere apreciable, (pues si es vil, ó de poco valor, no se debe hacer mérito de él) estará obligada en pena á restituirle á los herederos del marido en el estado en que se halle, asi como el usufructuario de bienes que se deterioran ó envejecen con el uso, porque le disfrutó legítimamente el tiempo que permaneció viuda. Pasado el año no tendrá dicha obligacion, sea vil ó precioso el luto, porque cumplió con

el fin para que se le dieron los herederos, y no incurrió en pena, por no estarle prohibido el casarse. Al marido no se debe luto, porque no tiene derecho á ser alimentado de los bienes de su muger difunta, ni se considera triste y desamparado como ésta, en cuya atencion solo se le abonará habiendo costumbre de dársele.

44 Algunos AA. dicen, que este luto, ó su valor se ha de deducir del quinto, siendo los herederos descendientes legítimos y no del cuerpo del caudal ó haber del difunto, ya porque no se disminuya la legítima de los hijos, y ya porque se entiende comprendido en los gastos funerarios; pero á la verdad este fundamento es muy débil, y como tal no me convence; en primer lugar, porque ninguna ley lo manda: en segundo, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos del funeral, misas, y legados pios y graciosos segun la ley 30 de Toro; y el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé ni traiga, ni está comprendido entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto, ni otra alguna le tiene por tal; y en tercer lugar, porque la costumbre de dar luto á las viudas la introdujeron los herederos del marido, y por este hecho se impusieron el gravámen y la obligacion de dárselo de su caudal como parte de alimentos, y no del que la ley dejó al testador, que es el quinto; obligacion que tenian aun antes de crearse la ley 28 de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legítima, y mayor la libertad de los padres acerca de sus bienes, como diré en su lugar; y así no se les defrauda ni disminuye su legítima, porque el luto donde hay costumbre de traerle es deuda contra ellos. A vista de estas razones tengo por seguro que no habiendo costumbre ó mandato espreso del testador en contrario, disponga ó no del quinto, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagaria la viuda la mitad, ni tampoco del quinto. De este dictámen son Castillo, Tello Fernandez y otros, y es el que he seguido en las darías particiones que he hecho, y se ha aprobado judicialmente. De esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte como deuda, y no su total de las cuatro partes de la herencia.

45 Por lo concerniente á los lutos de los herederos, no hay duda que si quieren traerlos, deben costearlos de su propio haber, segun se acostumbra, y no del cuerpo del caudal inventariado, por-

que entonces pagaria indebidamente la viuda la mitad de su costo, ni del quinto de el del difunto, porque se quedan con ellos, miran solamente á su pompa y honor, ceden en su propia utilidad, pues mientras los gastan, ahorran otros trages, no hay ley que les precise hacerlos, y solo se traen por costumbre y por ostentacion, no son necesarios para el entierro del cadáver ni alivio del difunto, ni la ley 30 de Toro hace mencion de ellos. Con este motivo no pasaré en silencio que por bando publicado en esta corte en 14 de mayo de 1763 en observancia de la ley 2, tit. 5, lib. 5 R. ó 2 tit. 13, lib. 6 N. R. y del auto 4, cap. 41, t. 12, lib. 7, solamente se permite traer lutos á los parientes del difunto en los grados próximos de consanguinidad y afinidad que son: por padre ó madre, hermano ó hermana, abuelo ó abuela, ú otro ascendiente, suegro ó suegra, marido ó muger, ó el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos á los criados y familia de este, y á los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes y herederos, de suerte que á ninguno de la familia, aunque sea de escalera arriba, se deben dar, ni ellos deben ponérselos.

46 El vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar, segun ya he dicho en el cap. 5, n 22; pero esto ha de entenderse con la distincion siguiente: si la muger llevó dote y le incorporó en su carta dotal, debe tasarse y aplicársele en cuenta de aquella, haya ó no gananciales, porque es parte suya; y si no le incorporó, como es regular, ó no consta, no se ha de valuar ni hacer mérito de él, porque asi como entró vestida en poder de su marido y esto mas llevó, debe quedarlo por su muerte, sea mejor ó peor que el que llevó, porque cada uno en su tiempo se tiene por ordinario, atendidos el estado, calidad y facultades de la muger cuando soltera, y las del marido cuando casada. Asimismo, aunque no lleve dote, ni haya gananciales, se le debe dejar, porque como he dicho, entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darle; y lo propio se ha de decir en este caso de los demas vestidos de su uso, porque son alimentos, con tal que no escedan del quinto, si el difunto dejó descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes, leguése-los ó no. Por vestido ordinario se entiende aquel con que la muger salia diariamente á la calle con decencia segun su clase y las facultades de su marido, lo cual debe dejarse al arbitrio del juez, y asi lo he visto practicar y practicado. Los vesti-

dos preciosos de que solo usaba la muger en dias de lucimiento, y cuya graduacion se debe dejar tambien al juez, teniendo en consideracion la calidad y el caudal del marido, y la costumbre del pais entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fija, deben quedar á beneficio del caudal de su marido, y luego se le aplicarán en cuenta de su haber, porque estos no se comprehenden en los alimentos que debia darle, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, escepto que los hubiese comprado con lo que se le dió por razon de alfileres, en cuyo caso se observará lo dicho en el lugar citado.

47 Por lo respectivo al lecho cuotidiano, este corresponde á la viuda é igualmente al marido quedando viudo, por concederle á entrambos la ley 6, t. 6, lib. 3 del Fuero Real que está en uso en las mas partes de estos reinos de Castilla, y dice: «Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habien quotidiano, finque al vivo, é si se casare, tornenlo á particion con los herederos del muerto." Por tanto, aunque el difunto hubiese legado al otro cónyuge el quinto ó el tercio, se le debe abonar y entregar el lecho, porque se le concede la ley y no el testador, es deuda contra los bienes de éste á falta de gananciales, y ha de ser el mismo, y no otro por él ni su valor. Pero el abono del lecho se ha de hacer, cuando se inventarió, pues si se omitió inventariarle, es visto haberse quedado con él el viudo, y la ley no le concede mas que uno, que es el que usaban cuotidiamente ambos consortes.

48 Por lecho cuotidiano ú ordinario no solo se entiende la armazon de madera ú otra cosa (pues no han de dormir en el suelo) sino tambien los colchones ó gergon, 4 sabanas, 4 almohadas, colcha, manta, y una colgadura, si la usaban, sobre lo cual se ha de atender á las facultades y calidad de las personas, y especialmente á la costumbre del pueblo, que asi en órden á darse al viudo ó viuda como á lo que ha de contener, es la que rige, mayormente acerca del uso de las leyes del Fuero. Mas cuando el marido lega la cama á su muger, solo se entiende dejada la correspondiente á su estado de viuda y no el lecho precioso, por no convenir este á ella, y deberse entender é interpretar las palabras del testador segun la condicion de la persona á quien se dirigen su voluntad y disposicion.

49 Con motivo de esta ley se ofrecen tres dificultades. La primera es de dónde se ha de deducir el lecho que concede al viudo

ó viuda, y satisfaciendo á ella digo, que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total de estos antes que se proceda á su repartimiento entre ellos, porque era comun á los dos cónyuges y ambos le usaban; ó del cuerpo del caudal comun, que es lo mismo, puesto que contribuyen por mitad y hay gananciales, en cuyo caso el viudo paga la mitad, que es suya, como que sale de ellos, y asi en el de volverse á casar solo deberá restituir la otra mitad á los herederos del muerto. Si no hay gananciales, pero sí costumbre en el pueblo de que aun no habiéndolos le lleve el otro cónyuge, como sucede en esta corte, se ha de deducir del caudal propio del difunto, y en este caso si se volviere á casar, le restituirá íntegro, lo cual practican los partidores inteligentes.

50 Algunos fundados en que es donacion, dicen, que habiendo descendientes legítimos debe sacarse del quinto, pero yo no me adhiero á su dictamen: en primer lugar, por no mandarlo dicha ley ni otra ninguna, ni distinguir de herederos legítimos ni estraños: en segundo lugar, por no estar comprehendido entre las cosas que la 30 de Toro manda se deduzcan de él: en tercer lugar, porque es un derecho que la ley concede contra los bienes del difunto al otro cónyuge no habiendo gananciales, y un gravamen recíproco que por el hecho de casarse les impone, del cual no puede eximirse ninguno de ellos, y por tanto no podrá prohibir que le lleve el otro cónyuge en donde hay costumbre de llevarle, por que nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que dispone; y en cuarto lugar, porque si se debieran deducir del quinto, lo espresaria la ley mandando que se devolviese al legatario de él, y lejos de mandarlo ordena que el otro cónyuge le vuelva á particion con los herederos del muerto, de lo cual se infiere que ha de sacarse de la herencia de estos, adonde ha de volver, y no del quinto, pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de este.

51 La segunda dificultad es, si habiendo deudas contraídas en el matrimonio ó antes por el marido, y ningunos gananciales, tendra derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores, sobre lo cual ha de distinguirse. Si es el mismo que la muger llevó á su matrimonio, debe ser preferida á todos los de su marido, porque son bienes dotales que no estan sujetos á la responsabilidad de las deudas de él, aunque al tiempo de casarse se hayan estetimado, pues por el aprecio no perdieron la naturaleza ni privile-

glo de dotales. Si el lecho es de los bienes propios del marido, tambien ha de distinguirse. O los acreedores tienen hipoteca especial en aquellos de que se compone el lecho, ó no: si la tienen, serán preferidos, porque son acreedores por causa onerosa, la muger le pretende por causa lucrativa, y la obligacion sigue á la hipoteca como inseparable de ella hasta que se libera; y si solo la tienen general, tácita ó espresa, parece que la muger debe ser preferida como anterior en tiempo, porque al punto que se casa, adquiere derecho á él para el caso de vivir mas que su marido, y en la obligacion general no se incluye lo que verisímilmente ninguno obligaria, ademas de que la ley (a) esceptua espresamente el lecho con otras varias cosas y no se comprehende en aquella; pero como la muger le solicita por causa lucrativa, y los acreedores por causa onerosa: como es únicamente deuda legal entre ella y su marido en caso de tener este bienes, y no necesaria hasta que el marido muere, y al tiempo de su muerte ya estan contraidas las onerosas, deben ser preferidos á ella; pues los acreedores por causa onerosa se prefieren á los que lo son por causa lucrativa; bien que no falta quien diga lo contrario, fundándolo en que es deuda legal absolutamente y no donacion, sin embargo de estar la ley en el título de las herencias, y de que cuando alguna materia se comprehende bajo de un título ó rúbrica, se debe juzgar ser de la propia naturaleza que esta.

52 Si se adquirió el lecho constante el matrimonio, porque todos los bienes son ganados en él, asimismo se ha de distinguir. O las deudas se contrajeron durante la sociedad conyugal, ó el marido las tenia contraidas cuando se casó: si se contrajeron por ambos, se preferirán los acreedores á la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que le toque de ellos (b), pues no los hay, hasta que se pagan las de la sociedad; y si el marido las contrajo antes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los gananciales, porque solo esta obligada á satisfacer la mitad de las contraidas durante el matrimonio (c).

53 La tercera y última dificultad es, si en cualquier tiempo que el viudo ó viuda se case, deberá restituir el lecho á los here-

(a) La 5, t. 13, P. 5. Véase el cap. 27 Prim. Part. n. 11. (b) Ley 9 t. 9, lib. 5 R o 9, t. 4, lib. 10 N. R. Véase el c. 3, §. 3 de este lib. (c) Leyes 10, t. 20, lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estilo.

deros del muerto, ó podrá gozar de su usufructo mientras viva. Yo soy de parecer que cásese dentro ó despues del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se dedujo de sus propios bienes, por no haber gananciales, ó su mitad si por haber estos se bajó de ellos (*a*); cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer segundas nupcias sin responder de su deterioro, porque interin no le contrajo, le usufructuó legítimamente, y el usufructuario de bienes que se envejecen con el uso cumple con volverlos segun se hallan, cuando espira el usufructo, y asi debe constituir la fianza (*b*).

§4 Sin embargo algunos AA. afirman, que los viudos pueden disfrutar el lecho cuotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso estan obligados á reservar el todo, ó su mitad, segun de donde se haya deducido, para los herederos del muerto; pero esta opinion no debe adoptarse: en primer lugar, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15 de Toro y otras de Partida que citaré en su lugar, prescriben para la reservacion, y son: cuando el marido ó la muger se donan ó legan algo, ó suceden abintestato á alguno de sus hijos; pues aqui nada se legan ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto sino por disposicion de la ley, ni de sus hijos, por haber muerto abintestato ni por otro motivo; y en segundo lugar, porque dichas leyes ordenan la reservacion de lo que hubo un cónyuge del otro por contrato lucrativo, y la del Fuero inserta tan lejos está de ordenarla que antes por el contrario manda espresa y literalmente, que el que se vuelva á casar restituya el lecho: sin que haya diferencia en si el viudo se casa, ó no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legítimos ó estraños, porque la ley habla absolutamente sin distinguir de tiempos ni de herederos, y asi ni nosotros debemos hacerlo. Prevendrá esto el partidor en la adjudicacion y suposicion correspondiente para dejar ileso el derecho de los herederos, y para que el viudo ó viuda no pueda alegar ignorancia; y le advierto que si al tiempo de hacer la particion está casado otra vez, no se le debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion, tiene ya otro, y la ley no concede dos lechos, por cuya ra-

(*a*) Ley del Fuero inserta. (*b*) Véase el cap. 7, n. 17 de este lib.

zon se ejecutorió así años pasados justamente por el Consejo con arreglo al espíritu de la ley.

55 Algunos partidores para aplicar el lecho al viudo ó viuda hacen un cómputo, y le adjudican en dinero, ó en otros bienes lo que juzgan que vale con atencion á la calidad y caudal de ambos; pero este es un error craso, y el lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas luego con distincion y claridad, y no dinero por ellas: lo uno, porque la ley no concede tal facultad, y antes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe ni otras cosas por él; y lo otro porque si llega el caso de su restitucion por volverse á casar, cumple con restituirle en el estado en que se halle, y habiéndosele entregado en dinero ó en otra especie mal puede conocerse cuánta cantidad menos ha de restituir, porque no se tienen presentes las cosas de que ha de hacer la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso. Así lo he practicado siempre, porque es justo, como lo dicta la misma razon, y debe observarse no pactando lo contrario los interesados, ó no habiendo motivo que lo impida. Otros partidores entregan los bienes de que se compone el lehco sin tasarlos ni inventariarlos, lo cual es igual ó mayor error por las razones espuestas, y por el perjuicio que se puede causar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes, ó de los gananciales á su viudo, y los que dejó no alcanzan para reintegrarlos de sus créditos. Si el marido lega á su muger algun lecho fuera del que le corresponde por la ley, y tiene hijos, se practicará tambien lo que he dicho, para que si se volviese á casar, le restituya cuando fallezca, en el estado en que se halle, pues en este caso puede disfrutarle mientras viva, por ser un legado voluntario.

CAPITULO VII.

Del usufructo, y de cómo han de dividirse los frutos pendientes al morir el usufructuario.

§. I.

De las especies de usufructo, en qué conviene, y se diferencia del uso y legado anual, y si el usufructuario debe pagar las deudas del testador y cargas de los bienes que usufructúa.

1 Impertinente parecerá tocar en este tratado la materia de usufructo; pero como muchos testadores que carecen de herederos forzosos, suelen dejar á sus mugeres, ó á otros el del todo, ó parte de sus bienes, y para que se sepa lo que han de usufructuar, es preciso hacer particion, tengo por conveniente esplicar, para tinturar al partidor las obligaciones del usufructuario, como se han de dividir los frutos que deja pendientes, y otras cosas concernientes á esta materia.

2 Las especies principales de servidumbres son dos: una se llama real, y es la que un predio urbano ó rústico debe á otro; y otra se llama personal, que es la que un predio ó finca debe á una persona, como el uso, la habitacion y el usufructo. Este que es un derecho de usar y gozar de las cosas agenas sin perjuicio de su propiedad y sustancia, se divide en legal y convencional: el primero es el que se adquiere por disposicion de la ley, como el que tiene el padre en los bienes adventicios de su hijo, mientras se halla en su poder, y los cónyuges en lo que hubieron uno del otro y deben reservar, cuando contraen segundas nupcias; y el segundo es el que se adquiere por contrato ó última voluntad del cual paso á tratar (*).

(*) Tambien siguiendo á los intérpretes divide Febrero el usufructo en causal y formal: el causal es el que tiene en la cosa su mismo dueño por causa ó razon de su dominio, cuya voz suele comprehender la propiedad y usufructo unidos, á diferencia de aquella que regularmente significa el dominio separado de este; y el formal es el que se ha definido; pero esta division, como dice Vinnio (rubr. de usufructu n. 4) no es una verdadera y genuina division del género en sus especies, sino mas bien una *distincion del nombre en sus significados*;

3 El usufructo puede constituirse en las cosas raices, en las muebles que no se consumen, aunque se deterioren ó envejezcan con el uso, como trastos de casa, ropas, alhajas de plata, oro, &c. en las que se consumen con él, y son tales por su naturaleza que unas hacen las veces de otras, por manera que parezca haberse devuelto la propia que se recibió, entregando otra del mismo género; v. gr. aceite, vino, trigo y demas semillas, aunque como necesaria y cuotidianamente se deben consumir, y de otro modo no pueden usarlas el usufructuario, este uso se llama impropiamente usufructo; y en fin en las semovientes como bueyes, vacas, ovejas, machos, yeguas y otros ganados.

4 Se diferencia el usufructo y el uso: lo primero, en que el usufructuario adquiere y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal, y no transmisible; y el usuario puede aprovecharse de lo que necesite para su gasto y el de su casa, no vender, ni dar á otro el esceso que rinda (*); y lo segundo, en que el usufructuario debe hacer de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las fincas y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las rentas anuales; y el usuario á nada está obligado, escepto que la cosa sea tan pequeña que él solo las disfrute

pues el usufructo casual no es propiamente usufructo, mediante á que éste es servidumbre, y toda servidumbre es un derecho en cosa agena. Asi en el derecho casi siempre, mayormente tratándose de servidumbre, por usufructo solo se entiende el formal.

(*) Por ejemplo, si se concede el uso en alguna huerta, podrá el usuario coger la fruta y hortaliza que necesite para sí y su familia, no para vender ni dar á otro; y lo mismo se ha de decir, si se concede en prado ó viña. (Ley 20 despues citada al fin) Si se otorga en algunas bestias, puede el usuario emplearlas en sus labores ú otro servicio suyo, mas no alquilarlas ni prestarlas. Si se deja, ó promete en ganados, se aprovechará el usuario de su estiercol en sus heredades, y tomará de la leche, del queso, de la lana y de los cabritos ó corderos lo que hubiese menester para sí y su familia sin poder dar á otro ni vender nada de esto. (Ley 21 despues citada.) Asi se dice que el usufructo es un derecho de usar y gozar de las cosas agenas, y el uso un derecho de usarlas y no de gozarlas. Pero ademas del usufructo y uso hay otra servidumbre personal, que es la llamada *habitacion ò morada en alguna casa*, de la cual solo trata en nuestra legislacion la ley fin. tit. 31 cit. y se diferencia del uso en casa agena, en que aunque el usuario puede morar en ella con su familia y aun recibir huéspedes, no alquilarla, como ademas de lo dicho podrá hacer quien tenga la habitacion o morada. (Leyes 21 y fin cit.)

enteramente y se aproveche de todo su producto, pues en este caso lo estará á todo. Y convienen en que asi el usufructuario como el usuario deben afianzar: aquel en la forma que se espresará en los nn. 10, &c. y 18, segun sean los bienes que ha de usufructuar; y éste de que usará de la cosa con buena fe sin hacer nada en ella, por lo que se le cause detrimento, ni se pierda (*a*).

5 Tambien se diferencian el usufructo y el legado anual, en que el usufructuario no adquiere los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se estingue con su persona; pero al que tiene legado anual, tocan, aunque no esten cogidos ó separados del suelo, y asi muriendo despues de entrado el año puede dejar íntegros los frutos de éste á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado (*b*) (*).

6 En órden á si el usufructuario de todos los bienes de quien concedió el usufructo, debe pagar las deudas de éste, y los legados que haga, se ha de distinguir. Si el usufructo se constituyó en contrato, no está obligado á la satisfaccion de aquellas, pues la accion y obligacion personales no siguen al sucesor particular ni deudor, por lo que en este caso deberán ser reconvenidos el propietario ó sus herederos, y no teniendo con que pagarles, se venderá la finca en propiedad y usufructo, caso que este hipotecada á su seguridad, porque no estándolo se venderá solamente la propiedad, á menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el

(*a*) Leyes 20, 21 y 22, t. 13 P. 3. (*b*) Parlad. diff. 29 n. 3.

(*) Del legado anual de que hay un título en el Digesto, no se hace mencion en ninguna de nuestras leyes, y por tanto ha sido inútil que el señor Castillo, Parladorio y demas comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles acerca de él, por egemplo, que en el primer año es puro y en lo demas condicional; que en el legado anual son muchos los legados á diferencia de la estipulacion anual que es una sola, y que en cada legado se ha de mirar, si el legatario tiene capacidad para adquirir: como tambien en espresar sus diferencias del usufructo apoyándolo todo en razones ó sutilezas del derecho romano que no se comparecen con nuestra legislacion, la cual con pocos renglones ó palabras ha echado por tierra gran parte del edificio monstruoso de la jurisprudencia romana. Consultemos, como he dicho muchas, y aun diré, si es necesario, millares de veces: consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo siempo la consideracion en las cosas sobre que recaen y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto cualquiera duda que no recurriendo al derecho comun y tomando en las manos cualquiera comentador que fácilmente pueden precipitarnos en el error. Del legado anual hablé tambien en la nota primera del n. 24, cap. 4 de este libro.

usufructo. Y si se constituyó en disposicion última, tiene obligacion el usufructuario de satisfacer las deudas de los bienes de la herencia, estén ó no hipotecados á su pago, y tambien los legados anuales, y á enterrarle y hacerle sus exequias, porque el legado de usufructo se entiende y es válido únicamente en los bienes propios del que le deja, y que no son responsables.

7 Cuando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierto fundo, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte, ú otra cuota de sus bienes, no se han de pagar de ellos las deudas sino de los demas de la herencia, y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario lo ha de hacer de los suyos propios, escepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad.

8 Están discordes los AA. sobre á quien pertenece la satisfaccion de los réditos anuales, si alguno tiene impuesto censo al quitar sobre sus bienes, y dice en su testamento: „Dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los posea y goce por toda su vida, y para despues de esta sustituyo heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres." Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como por fideicomiso (*a*); y otros, á cuyo dictamen me inclino, dicen que no es verdadero heredero sino solamente usufructuario (*b*), el cual aunque no se halla obligado á satisfacer de su usufructo las deudas de la herencia, porque, como se ha dicho, han de pagarse de los bienes de ella; si los réditos anuales de los mismos frutos que percibe de ellos, pues de su producto líquido bajadas cargas es de lo que se hizo usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que estan los frutos pendientes, tributo, gavela y otras cargas, aun cuando hayan sobrevenido al usufructo (*c*), por ser una cosa pagar el gravámen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa redimir de él los bienes de la herencia, lo cual es satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado: en cuya atencion si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que

(*a*) Greg. Lop. ley 15, t. 3, P. 5 glos. 1 Molin. de Primogen. lib. 3 cap. 14 n. 11. (*b*) Cov. lib. 2 Var. cap. 2 n. 5 Parlador. differ. 29 n. 13. (*c*) Ley 22, t. 31 P. 3 verb. E si diezmo, ó otro tributo, y su glos 5.

el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar los réditos, y da lugar á que por ellos se haga ejecucion en los bienes, puede el propietario redimir el censo, y retener estos para sí despues de pagado (*a*).

9 Otorgando testamento de conformidad marido y muger, nombrandose recíprocamente por usufructuarios, é instituyendo para despues de sus dias heredero á otro, si muerto el uno revoca el otro, como puede hacerlo, su testamento (*b*), deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia de su consorte, porque en los contratos en que ha lugar al arrepentimiento, no debe percibir lucro el que retrocede, y siendo creible que el difunto se convino en dejar á su consorte el usufructo de sus bienes, porque instituyó juntamente con él heredero al otro, una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por éste, y así se los pagarán sus herederos.

§. II.

Si estará obligado el usufructuario á dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla: cuándo tendrá lugar en este el derecho de acrecer, y por qué causas se acaba.

10 Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dejó de los bienes que no se consumen con el uso sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservandolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, cuando espire el usufructo: lo cual procede hasta en el marido á quien la muger dejó el usufructo de sus bienes (*c*).

11 No se puede remitir al usufructuario esta fianza, si se le deja el usufructo en disposicion última: lo primero, por evitar que abusando de la remision disipe los bienes, como que se le pone en la ocasion de delinquir (*d*): lo segundo, porque su vo-

(*a*) Parlad. differ. 29 cit. n. 17 al fin. (*b*) Burg. de Paz consil. 2. (*c*) Ley 20, t. 31 P. 3. (*d*) Molin. de Primog. l. 1 cap. 15 n. 27. Castill. de Usufruct. cap. 11 n. 24 y cap. 15.

luntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario, y no pudiendo haber seguridad de que esto se haga sino se da fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla; y lo tercero, porque siendo su ánimo no dejarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte corresponda siempre al propietario, lo cual implica (*).

12 El modo de usar el usufructo como corresponde, es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como propios, labrar las tierras en los tiempos oportunos, y como buen labrador plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion; y si el usufructuario arrienda ó alquila, como puede hacerlo, ha de ser á persona de buena conducta (*a*), en cuyos términos ha de constituir la fianza.

13 Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le deja el usufructo, y como dueño puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio (*b*). Por tanto, de las tierras, viñas, olivos, huertas, árboles, censos, juros y demas bienes conceptuados por raices le tocan los que producen, y de las casas, molinos y edificios sus alquileres, aunque á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Asi el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores que conciernen á su perpetua utilidad, por tocar estos al propietario, á cuya consecuencia si hiciere en ellos espensas grandes, puede repetirlas de éste, como

(*) Pudiera decirse á favor del usufructuario, que cuando el testador le remite la fianza, da á entender, ya que confia en que hará el debido uso de su derecho, ya que no pone reparo en que use de los bienes como dueño, y ya de consiguiente que deja á otro la propiedad para el caso que el usufructuario conservase aquellos en su poder hasta su muerte, por profesar mucho mas afecto á éste que á aquel. Y si esta es la voluntad del testador ¿por qué no ha de atenderse, cuando estuvo en su mano dejar al usufructuario el pleno dominio y no favorecer en nada al propietario? Con estas reflexiones se desvanece toda especie de contradiccion, y se demuestra que en el caso presente no podria el usufructuario cometer ningun dolo ni delito, porque siempre obraria conforme á la voluntad de su favorecedor. No obstante, cuando ocurra el caso, puede verse al señor Castillo cap. 15 en donde trata el punto con mas estension que ninguno de los AA. que he visto.

(*a*) Leyes 22 y fin. tit. 31 P. 3. (*b*) Leyes 20 y 24, tit. 31 P. 3.

que las hizo en su nombre, ó como procurador suyo; y lo propio milita en las hechas en pleito por defender ó reivindicar los bienes; pero el usufructuario legal, v. gr. el padre, que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, está obligado á hacerlas (*a*). Y aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructua, no le toca el aumento sino en cuanto al usufructo, porque sigue á la finca á que se agrega y pertenece al propietario, y asi ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella, pues no se le dejó el testador por no ser suyo cuando murió.

14 De los bienes semovientes productivos como vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas, &c. debe percibir tambien el usufructuario no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino tambien las crias; pero en caso de fallecer, ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, tiene obligacion de reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas, ó inutilizadas, lo cual procede asimismo en los peces que están en estanques pues puede pescar y matar algunos (*b*); bien que no naciendo hijos no estará obligado al reemplazo ó suplemento. Mas lo espuesto ha de entenderse, cuando se le deja genéricamente el usufructo de algun rebaño, porque siendo tan solo de algunas cabezas, ó animales en particular no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, mediante á que con su muerte se estingue su usufructo (*c*); y lo mismo se ha de decir, cuando no son animales productivos, como bueyes, caballos, machos, carneros, aunque si ha tenido culpa en la muerte, deberá indemnizar al propietario.

15 Si habiendo legado un rebaño al usufructuario pereciesen tantas cabezas que deje de serlo, y no se le pueda tener por tal, se estingue su usufructo; mas no, si fallece una ú otra. Cuando es ó no rebaño, lo ha de determinar el juez atendidos los haberes del testador y la costumbre del pais.

16 De los bienes que se consumen con el propio uso, esto es, que no se pueden conservar mas de tres años, y consisten en número, peso, ó medida, como aceite, miel, vino, trigo y demas

(*a*) Gom. n. cit. vers. Nec obstat. Acerca de si estará obligado el usufructuario á los gastos de pleitos, véase á Castillo de usufructu cap. 55, 56 y 57. (*b*) Gutier. de Tutel. p. 3 c. 27, nn. 25, &c. y 28. (*c*) Castill. de Usufuct. c. 27, nn. 11, &c. y 15.

semillas, puede usar tambien y disponer á su arbitrio; pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas, por lo que se llama *cuasi usufructo*, para dar la fianza el usufructuario se deben apreciar por lo justo, y hecho la dará de volver el precio en que se valuaron; y sino se aprecian, ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, cuando espire el usufructo, pues no ha de constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Si es dinero, ha de darla de volver igual cantidad á la que recibió.

17 Sobre cómo ha de hacer la restitucion, y por consiguiente dar la fianza el usufructuario de los bienes que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, como alhajas de plata ú oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otros semejantes, en los cuales no puede constituirse propia y adecuadamente el usufructo, porque nada producen, hay varias opiniones. Algunos AA. afirman que está obligado á volver la estimacion que se les dé, porque tasándose se le transfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad; y otros dicen que cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que espire el usufructo; y que solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia le padezcan, que es lo que siempre he visto practicar, y debe adoptarse por ser conforme á la intencion del testador que quiso beneficiar al usufructuario; pues en todas las dichas cosas nada mas tiene que el mero uso, y si estuviese obligado á volver su estimacion, lejos de esperimentar utilidad, se le causaria perjuicio con la carga y gravamen de custodiarlos, conservarlos y pagar en dinero lo que vendidos no sacaria por ellos, como sucede, puesto que nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, y antes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad segun su calidad, hechura y estado.

18 Pero si los tales muebles se pierden y consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que dió la fianza y recibió su usufructo, porque ha de usarlos y disfrutarlos, conservando siempre su propiedad y substancia, y porque pudiendo conservarlos se presume que á lo menos tuvo negligencia culpable en dejarlos

perderse, y que no usó de ellos como debia, en cuya atencion conviene que antes que se le entreguen se estime por lo justo en venta con su intervencion (*); lo cual creo no debe militar en los animales no productivos, por lo contingente que es su muerte.

19 No tiene obligacion el usufructuario de dar la fianza espresada, si es tan pobre que por serlo no encuentra quien le fie, en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres hasta su caucion jurada de hacer el debido uso de los bienes y restituirlos á su tiempo. Pero si es forastero, sospechoso de fuga, ó de mala conducta, se deberán secuestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbitrio del juez, ó en el propietario, de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no se pierda ni deteriore la propiedad, y esto es lo mas seguro.

20 Aunque constituyéndose el usufructo en disposicion última no puede el testador remitir la fianza al usufructuario por las razones espuestas en el n. 11, dicen los AA. que si se constituye en contrato se puede remitir; si bien yo me inclino á lo contrario (*a*).

21 No necesita el usufructuario dar la fianza en cuatro casos: el primero, cuando no se duda que él ó sus herederos han de adquirir la propiedad de los bienes: el segundo, cuando el fisco es el usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario: el tercero, cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, pues para disfrutarlo no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla; y el cuarto, cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

22 Éste puede dejar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y todos le gozarán con igualdad, ó segun la parte que les señale, dividiéndole entre sí, ó arrendándole y partiendo el producto del arrendamiento; pero si le lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que este nombrado antes, y deberá gozarle primero que el segundo, y así los demas por su

(*) Si el usufructuario acredita suficientemente que se perdieron ó consumieron sin culpa suya, seria injusto condenarle á la entrega de su valor, mayormente cuando las cosas perecen para su dueño.

(*a*) Véase la nota del n. 11 cit.

órden; y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendran derecho alguno á él sus herederos, porque su anticipada muerte le impidió adquirirle.

23 Tambien puede legar simplemente, ó sin condicion á un sugeto la propiedad de un fundo y á otro el usufructo de él, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra sino tambien la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de éste, de modo que ambos concurrirán igualmente á su percibo, no mandando el testador, ó no constando lo contrario (*a*) (*). La razon es, porque el fundo consiste en la propiedad y usufructo juntamente, y como por el hecho de legar al uno el fundo es visto legarle ademas de la propiedad del usufructo que es el todo integral; y legando éste solamente al otro parece que le lega tambien el fundo que legó á aquel; por eso como conjuntos en una misma cosa, que es el usufructo, concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute (*b*) (*)

24 Pero no sucederá esto cuando la genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, como caballos, mulos, &c. ó le instituye heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo, porque este legado especifico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada: ni cuando lega á uno cierta cosa entera, y luego á otro alguna parte de la misma cosa, v. gr. todo el fundo al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta, ó sesta parte del propio fundo al segundo; ni tampoco cuando lega á uno el usufructo de todos sus bienes y á otro el de un fundo solamente.

(*a*) Leyes 19 y 33, ff. de Usu, & usufruct. legat.

(*) La ley 19 que se cita, Gomez, Castillo y otros AA. no proponen el caso de que se legue á uno *la propiedad de un fundo*, y á otro su usufructo, como equivocadamente dice Febrero, sino el de que se deje á uno un fundo y á otro su usufructo; pero sin embargo, aun tendrá lugar la nota sig. aunque no con igual fundamento. Castillo trata estensamente de esto punto y otros semejantes cap. 47 abajo cit.

(*b*) Castil. de Usufruct. cap. 47, nn. 1, 2, 3 y 4.

(**) En el caso de este n. el propietario no debe tener parte en el usufructo, por ser evidente que el testador solo quiso legarle la propiedad separando quel de ella, y dejándole á otra persona, sin usar de palabra que induzca ninuna comunion en el. Las leyes romanas, las frivolas y falsas razones en que poya Febrero su opinion, y cuanto digan los AA. á quienes sigue, no puede revalecer contra una voluntad tan manifiesta.

25 Si el testador lega el usufructo de una finca al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla como mulas ó bueyes, arados, &c. Y lo propio milita, si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprehendido en el legado del usufructo bajo la obligacion de responder de cada cosa y otorgar la correspondiente fianza (*a*) (*).

26 Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger, ó á un estraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad; pues porque quiera que su muger goce de él enteramente, no se les deba imponer gravámen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad ni usufructo de esta; y lo mismo procede en el tercio para con los ascendientes legítimos.

27 Sin embargo Ayora y otros AA. dicen, que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor no esceda del quinto de la herencia del testador, fundándose en que se puede dar su importe al legatario en dinero, ó en los mismos bienes, y á los herederos su legítima en propiedad y usufructo haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario, segun la regla prescripta por derecho civil en casos semejantes, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y siempre es visto que el testador elige los medios porque pueda valer el acto, y no se frustre su voluntad. Pero esto se ha de entender cuando consta claramente que quiso se hiciese la compensacion, en cuyo caso valdrá el legado compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto debe consentir en el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no esceda de aquel su importe, o contentarse con su legítima en propiedad y usufructo; pero en caso de duda y no

(*a*) Gregor. Lop. ley 20, tit. 34, P. 3, glos. 8.

(*) ¿Qué testador legará el usufructo de un fundo al usufructuario de éste? Sino es un mentecato, o si está en su juicio dirá que le lega el usufructo de los instrumentos y aperos que tenia prevenidos para labrar el fundo, el trigo destinado para sembrarle &c. Bien pudieron Gregorio Lopez y Febrero haber omitido semejante caso.

constando cuál fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número anterior como opinion mas comun y conforme á nuestro derecho.

28 Cuando el testador lega á alguno el usufructo de todos sus bienes, se comprenden en el legado, no solo los mismos bienes muebles y raices, sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo, y las pensiones ó rentas de aquellos ya vencidas, porque todos son herencia del difunto, y asi los debe llevar el legatario ó usufructuario como tal, otorgando la correspondiente fianza; y si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no se ven los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y darla de su importe, porque éstas no son frutos, sean propias del testador, ó agenas las fincas sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento con los frutos como hipotecados tácitamente á su responsabilidad. Pero si al tiempo de su muere estan pendientes y á la vista en los fundos ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar ni de restituirlos, pues los hace suyos, sino es que el testador mande lo contrario, ó disponga de ellos de otra manera.

29 Si el marido dejó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos de cierta porcion de dinero, é ignorando sus herederos lo que habia dispuesto, por estar muy distantes le dieron á censo, ó le emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía, no percibirá la muger cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades, porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo (*).

30 Se duda, si legando simplemente el testador á su muger, ó á otro, el usufructo de todos sus bienes muebles, se comprenden los venales, ó las mercaderías destinadas para vender. Unos

(*) Si esta razon fuese buena, tampoco pertenecerian á la muger usufructuaria los alquileres de las casas hereditarias vencidos despues de la muerte del marido, los partos de los ganados hereditarios nacidos en dicho tiempo, &c. La ignorancia inculpable de los herederos, su trabajo é industria, la ninguna parte que tuvo la muger en la adquisicion de los réditos ó utilidades, y el ningun perjuicio que se le causa, son un fundamento mas solido. A esto se agrega que si se pierde el dinero que dejo el difunto habiéndose empleado en algun tráfico, ó impuesto á censo, tendrán que abonársele á la muger los herederos, á no ser que se hubiese perdido sin culpa suya.

AA. dicen que no es visto estar comprendidos en el legado general, y que asi no corresponderá al usufructuario el usufructo de ellos. Otros que convienen en lo mismo, esceptuan el caso de ser venales todos los bienes del testador. Y otros, conciliando las opiniones afirman, que si el testador dice que deja ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin esceptuar ningunos, se comprehenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada escluye; y que si omite la palabra *todos*, no se comprehenden los venales, y solo de los demas se entenderá legado el usufructo; si bien yo creo que aun cuando omita la palabra *todos*, y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes, ó lego mis bienes muebles*, deben entenderse todos sin escepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal.

31 Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia no se acrece al otro; en el usufructo sucede lo contrario, por lo que si el testador deja á dos ó mas por usufructuarios, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se acaba el usufructo. (*)

32 Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, no tocará al otro todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer que en este caso no tiene lugar, y por consiguiente percibirá el donatario enteramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, porque éste nada dejó al consorte de el de los que le tocaban.

33 Se acaban el usufructo y uso por las causas siguientes: la

(*) Ademas de ser bastante oscuras no tienen ninguna solidez las razones tomadas á la letra de Gomez en que Febrero apoya la diferencia que aqui se hace entre la propiedad y el usufructo, y por lo mismo se han omitido. Entre nosotros como el derecho de acrecer no se funda en los motivos y sutilezas del derecho romano, sino en la voluntad de los testadores y contrayentes que ha de averiguarse en sus palabras, en las circunstancias de las personas y de las cosas, &c. esto únicamente debemos atender para decidir cuando tiene ó no lugar, y en qué terminos el derecho de acrecer en el usufructo.

primera, por muerte natural del usufructuario, aunque le tuviese dado en arrendamiento: la segunda, por muerte civil que es el destierro perpetuo: la tercera, por el no uso en 10 años entre presentes y 20 entre ausentes: la cuarta, por enagenar el derecho de usufructuar, pues se pierde y pasa al propietario, á causa de que como personal no es transmisible, aunque se pueden vender y arrendar sus frutos: la quinta, cuando el usufructuario compra la finca dejada en usufructo, porque entonces se consolida éste con la propiedad y deja de serlo; y la sesta, por destruirse la cosa legada por caso fortuito ú otro motivo, pues aunque el usufructuario quiera ponerla en el estado que tenia, no puede hacerlo sin licencia del propietario (*a*).

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario deja cogidos, ó pendientes, y á quién corresponde.

34 Dejando cogidos el usufructuario al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor duda, aunque no viva todo el año: pero si estan pendientes, tocan al dueño propietario, aun cuando al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros y próximos á su recoleccion, como sucede con los del fideicomiso que pasan al fideicomisario y no á los herederos del fiduciario: porque los frutos pendientes no se llaman frutos, y se consideran una misma cosa con la finca en que se hallan teniéndose por parte de esta, atendido su estado, y como el mero usufructuario no tiene en ella ningun dominio, y por otra parte el derecho que tenia para su percibo, espiró con su muerte; pasan con el fundo al propietario, por lo que los herederos del usufructuario únicamente tendrán accion á recuperar las espensas hechas en sus labores, siembra, semilla, &c. y hasta que se las paguen, podrán retenerlos, porque no son, ni se llaman frutos sino el residuo líquido bajadas aquellas.

35 Lo propio milita en las rentas de los fundos, y por tanto si el usufrutuario muere, habiendo percibido los frutos los

(*a*) Leyes 24 y 25, tit. 31, P. 3, y 3, tit. 8, P. 5.

colonos, á quienes los tenia arrendados, pertenecen aquellas á sus herederos, aunque no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario á quien correspondian; pero si los frutos estuviesen pendientes, tocan las rentas al propietario, porque en éstas, que son frutos civiles, se sigue en el presente caso la misma regla que en los naturales, por tenerse en lugar de estos. Si parte de los frutos estan pendientes y parte cogidos, tiene lugar la misma regla, y así los primeros corresponden al propietario y los segundos al usufructuario, lo cual se ha de adoptar en las rentas, sin que en ninguno de dichos casos se prorateen.

36 Pero las rentas de casas, naves y otras cosas que se alquilan, como tambien los réditos de censos, juros y otros efectos se han de dividir á prorata del tiempo entre el propietario y los herederos del usufructuario. La razon de disparidad consiste en que de dichas cosas se percibe diariamente la utilidad, lo cual no sucede en los fundos ó heredades, cuyos frutos no se pueden percibir ni coger en sazon sino en cierta parte del año, y así se ha de atender necesariamente en cuanto á las rentas al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario.

37 Si el testador nombra á uno por usufructuario de todos sus bienes, podrá percibir los frutos que produzca la herencia, aun antes que la acepte el propietario, porque la ley 1, tit. 4, lib. 5 R. ó 1, t. 18, lib. 10 N. R. manda, que aunque no haya heredero, ó éste no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe. Pero lo dicho se limita en dos casos: el primero, cuando el testador en su testamento nulo por pretericion, ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, en cuyo caso no valdrá el de usufructo ni otro alguno, sin que preceda la aceptacion de la herencia (*); y el segundo

(*) Matienzo en el lugar citado dice, que lo contrario sucede, si dicha condicion se pone en testamento valido, porque como por derecho se entiende puesta en éste, nada obra. No es muy fácil comprender estas palabras de Matienzo; pero sin embargo diré, que una vez que segun la ley 1 cit. no se necesita institucion de heredero, ni que el instituido á la herencia, para que valgan las mandas y otras disposiciones testamentarias, no puede entenderse puesta por derecho la espresada condicion; bien que acaso ningun testador la

cuando el usufructuario no quiere afianzar, habiéndolo pretendido el propietario pues se constituye de mala fe.

38 Resta saber cuando se dirán percibidos los frutos por el usufructuario, para que sus herederos los adquieran. Acerca de este punto hay dos opiniones: una es que no solo han de estar separados del suelo sino tambien custodiados en los parages en que se acostumbran recoger; y la otra, (que es la verdadera y corriente) que para que asi el usufructuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que esten separados del suelo, ó cortados, aunque no se hayan custodiado; pero con la diferencia que para adquirirlos el usufructuario han de ser separados por él, ó por otro de su órden y en su nombre; y el poseedor de buena fe los adquiere indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ya otro cualquiera sin mandato: en cuya atencion si los frutos se caen espontanea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceytuna, no tocan al usufructuario antes de percibirlos, y por el contrario el poseedor de buena fe antes de la aprehension los hace suyos.

habrá puesto, ni podra jamas, por cuya razon es inútil decir mas sobre esto. No raras veces nuestros intérpretes proponen por sutilizar y ostentar penetracion casos remotísimos de suceder: semejantes á los eclesiásticos que han inventado innumerables cuestiones sutilísimas, las cuales no traen otra utilidad que la de atormentar los estraviados ingenios.

LIBRO SEGUNDO.

De la particion de bienes del que murió testado ó abintestato, entre sus herederos legítimos y estraños, haya ó no mejora.

CAPITULO PRIMERO.

Cómo se han de dividir los bienes del que murió testado entre sus descendientes legítimos, cuando no mejoró á ninguno: de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio: qué puede dejar á los ilegítimos, teniendo ó no descendientes ó ascendientes legítimos; y si los legitimados sucederán á sus padres y parientes.

§. I.

De cuántas maneras se puede hacer la division: si el padre podrá hacerla revocarla, y señalar á sus hijos la legítima, y qué ha de practicar el juez no habiéndola hecho: si los hijos podrán pedir se les supla la legítima, cuando los bienes paternos se aumentaron, y si tiene lugar en ella el derecho de acrecer.

1 Reintegrada la viuda de su dote, arras y demas derechos que le correspondan despues de hechas las deducciones, liquidacion y separacion del caudal comun inventariado, se sigue la division del caudal propio de su marido difunto entre los herederos instituidos ó herederos abintestato que puede hacerse de tres maneras. La primera es judicialmente por partidores, ó personas que elijan todos los interesados, o quienes por su ausencia, menor edad o incapacidad los representen, ó el juez de oficio en rebeldía de algunos. La segunda es por los mismos interesados de conformidad, siendo mayores de 25 años, la cual aunque no se haga escritura, vale y no se debe deshacer por este defecto, mayormente si estan aposesionados de lo que les tocó (a); y haciéndose escritura, como es preciso hacerla, cuando hay bienes raices ó derechos perpetuos, para que conste y se acredite su pertenencia

(a)) Leyes 8, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real, y 1 y 2, tit. 1, lib. 10 del Fuero Juzgo.

en lo sucesivo, pueden si quieren, presentarla despues al juez para que confirme ó apruebe la particion y la mande protocolizar; y para que á cada uno se dé el testimonio respectivo de su haber; bien que en este caso no es necesaria su aprobacion, porque ni le da mas vigor, ni le necesita, si está bien hecha, ni le quita la nulidad, ó agravios que contenga; ni tiene facultad para hacer válido lo que por derecho es nulo, á causa de no ser legislador sino mero ejecutor de la ley; y así basta que el escribano la protocolice; pues puede hacerlo á instancia de los interesados previniéndose en ella, y dar los testimonios que le pidan, como de acto estrajudicial que ha pasado ante él y reducido á escritura pública. Si es de bienes muebles, semovientes, ó dinero, no es menester su protocolizacion y basta el resguardo recíproco de los interesados. Y la tercera manera de que trata la ley 80, t. 18, P. 3, es por escritura que todos otorgan y formaliza el escribano, dándose por pagados de la cuota y bienes que les corresponden y se les aplican segun la institucion, los cuales se deben individualizar en todas tres clases de particiones, para que siempre conste de lo que cada uno lleva, y le sirva de título legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de cualquiera suerte que se practique, si hay testamento, se ha de hacer segun el órden y forma prescripta legalmente por el testador. De estas tres clases de particiones se ponen ejemplares en el cap. fin. de este libro.

2 El testador puede instituir herederos de tres modos: el uno, sin espresar qué parte de herencia han de haber, el otro, señalándola á todos, y el tercero señalándola á unos y á otros no (*a*). Si instituye herederos sin especificar cuánto han de llevar, partirán la herencia con igualdad, sean legítimos ó estraños, porque se conceptuan instituidos en esta forma, á menos que del comun uso de hablar en algun pueblo se colija otra cosa: si les señala los bienes ó porcion de herencia que han de percibir, se debe observar su voluntad entre los herederos estraños (*b*), y asimismo entre legítimos, con tal que no les prive de la legítima que les toca por derecho, ni se las disminuya; pues aquel á quien mas deje ó mande, se entenderá mejorado.

3 Puede el testador dividir su hacienda entre sus herederos

(*a*) Leyes 7, 9, 14 y sig. tit. 3, P. 6. (*b*) Ley 17, t. 3, P. 6.

legítimos ú estraños (*a*) , y el juez debe seguir su voluntad , no perjudicando á los legítimos en su legítima , si acudiesen ante él á quejarse, ó á que apruebe la division; pues aunque parezca que ésta se debe hacer despues de la muerte, no hay ley que prohiba hacerse en vida. Tambien puede señalar á sus hijos en una, ó mas cosas la legítima paterna que les toca , y se ha de estar á ello , por no ser presumible que nadie mire mejor que un padre por el bien de los hijos.

4 Si el testador no hace entre estos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro , lo ha de hacer todo el juez; pues aunque de los del padre en comun , y no de ciertos ni determinados precisamente se debe pagar al hijo su legítima , y por esta tiene parte indistintamente en todas y en cada cosa hereditaria , sin embargo no puede pedir parte en cualquiera por su legítima , ni elegir una ni muchas , porque ninguna ley le concede esta facultad , y antes bien se debe dejar al arbitrio del juez la aplicacion y solucion.

5 Pero el juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero , y á la viuda y viudo , si puede ser, y no dejarlas pro indiviso entre todos ó algunos , segun lo hacen neciamente muchos partidores , para evitar que de su comunion se origine discordia entre ellos , como regularmente acontece , aplicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno , mediano y malo en todas clases y especies de bienes y deudas , cobrables , incobrables y dudosas , sean estraños los herederos , ó hijos de un matrimonio , dos ó mas , para que ninguno esperimente perjuicio. Lo mismo debe practicar el partidor , como que hace oficio de juez , observando ambos las catorce reglas que espuse en otro lugar (*b*).

6 Asi como el testador puede dividir su caudal entre sus herederos , puede tambien impedir ó prohibir á estos que le dividan , en cuyo caso si alguno de ellos pide se haga particion , y otro se opone , haciendo ver al juez el mandato del testador , debe admitir la escepcion y deferir á la comunion; pero esto se limita en primer lugar , cuando el coheredero es de genio altivo , ó hay alguna otra causa grave , por la cual no puede vivir en comunion con él , pues probada deferirá á la particion ; y en segun-

(*a*) Ley 9 tit. 15 P. 6. (*b*) Lib. 1 cap. 2 nn. 31 , &c. y 45.

do lugar, en la legítima de los hijos, porque el padre no puede imponerles este ni otro gravamen en ella, aunque sí en los demas bienes de que se le permite disponer.

7 Regularmente hablando no puede ser compelido el padre á señalar ni entregar á sus hijos sus legítimas, porque no se las debe hasta que muere, lo cual procede, aunque los hijos esten presos y las necesiten para satisfacer la condenacion que se les impuso. Lo propio milita en ellos respecto á su padre, porque son correlativos, y las legítimas de ambos siguen igual regla en esta parte. Pero si quiere, puede entregar en vida á sus hijos las legítimas que despues de su muerte les habian de tocar, aun cuando esto lo resistan y no las quieran, porque el tiempo de la muerte para su tradicion se estableció en favor de los padres, y asi pueden renunciar esta disposicion (*); bien que si la entrega les puede ser nociva; v. gr. por ser menores ó pródigos, no debe su padre hacérsela, pues tiene obligacion de evitar que se les cause ningun grave detrimento.

8 Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, aunque les haya entregado los bienes divididos, sino espresa que quiere sea irrevocable y dure perpetuamente, porque no se tiene por una donacion simple sino por una disposicion ultima que es revocable hasta la muerte, y por tanto aquí no tiene lugar lo dispuesto en la ley 17 de Toro. Si dice que quiere sea irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectua la particion, se hallan bajo de la patria potestad, ó no: si no se hallan, por estar casados ó emancipados por su padre, ó por la ley, ó por rescripto del Soberano, no podrá revocarse, porque con la tradicion que les hace de los bienes, se les trapasa irrevocablemente el dominio de ellos: si se hallan, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder. Y si en esta particion no percibió algun hijo toda la legítima que le correspondia, segun los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su

(*) Porque por favor de los padres el tiempo de su muerte es el de su obligacion á dar las legítimas, pueden entregarlas en vida á sus hijos; pero de aquí no se infiere que si rehusan percibirlas, se les podrá compeler á ello; y á la verdad, yo no alcanzo, por qué razon pueda precisárseles á recibir semejante beneficio. Mas como el caso de rehusar un hijo su legítima que le dé en vida su padre, es muy difícil que se ofrezca, no merece que me detenga en él.

padre, podrá repetir el residuo asi de ellos como de los adquiridos ó aumentados posteriormente.

9 De tal suerte valen la particion hecha por el padre entre sus hijos mayores, y la asignacion de bienes y tradicion que les hizo en vida de sus legítimas con la cláusula y juramento de que no habian de pretender mas de los paternos, aunque se aumentasen despues, renunciándolos espresamente; que multipliquense, ó disminúyanse, ni el hijo tendrá repeticion contra dichos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo, porque el juramento confirma y corrobora el pacto.

10 Pero si no se hace pacto jurado de no pretender el suplemento de la legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque discuerdan los AA. acerca de si los hijos podrán ó no pedirle, la mas segura opinion es que pueden, y que aumentándose las facultades de sus padres debe aumentarse tambien su legítima, porque esta se debe regular segun las que tenia al tiempo de su muerte, unidas con las que tenia al tiempo de la particion. No obsta alegar que siendo esto asi tendrá el hijo dos legítimas, una al tiempo de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una, entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la condicion tácita: con tal que los bienes paternos no se aumenten.

11 Sobre si en la legítima de los hijos tendrá lugar el derecho de acrecer, debo sentar cuatro casos. Primero. Si solamente los hijos son instituidos, no hay duda que tiene lugar, y asi la parte que el uno repudie, se acrece igualmente á los demas. Segundo. Si son instituidos juntamente con algunos estraños, y todos los hijos repudian sus partes, ó faltan por algun motivo, tampoco la hay de que estas se acrescen á los estraños. Tercero. Cuando siendo instituidos juntamente con estraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente á los hijos. Y cuarto caso. Cuando el hijo es exheredado justamente se acrece á los demas hermanos su parte de herencia, y no cuando se le exheredó injustamente.

§. II.

De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus descendientes legítimos, y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral y misas

12 Sin embargo de lo ordenado en dos leyes del Fuero Real (*a*) no pueden los ascendientes de estos reinos de Castilla teniendo descendientes legítimos disponer en perjuicio de estos por su alma, ó á favor de estraño, ni en otra cosa, de mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte. Así lo dispone la ley 28 de Toro (*b*) que dice: »La ley del Fuero que permite que el que tuviere fijo, ó descendiente legítimo, pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, i no mas; i la otra ley del Fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos, ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes, se entienda, i platique que por virtud de la una ley, i de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre á ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte." Y esto procede, tenga el testador hijos vivos, ó solamente un póstumo. Es verdad que Ayora dice (*c*) que puede disponer de la cuarta parte, cuando deja solamente un póstumo, fundándose en una ley del Fuero real (*d*), pero no debe seguirse su dictámen: en primer lugar, porque estas leyes únicamente deben tenerse por tales donde son usadas y guardadas, como lo manda la primera de Toro, y la citada no está en uso, el cual, para que tenga lugar en algun pueblo, debe probar como fundamento de su intencion quien la alega, porque se afianza en un hecho afirmativa probable (*e*), como sucede en Ciudad Rodrigo y en otros lugares confinantes con el reino de Portugal que en esta parte se gobiernan por ella; y en segundo lugar, porque el póstumo en todo lo concerniente á su utilidad se

(*a*) Las 9, t. 5 de legados y 7, t. 12 de donaciones lib. 3. (*b*) Es la 12, t. 6, lib. 5 R. o 8, t. 20. lib. 10 N. R. (*c*) Part. 2, q. 1. (*d*) Es la 3, t. 12, lib. 3, verb. E si el marido muriere. (*e*) Greg. Lop. ley 42, t. 13, P. 5 y en la 18, t. 15, P. 7. Gutier. lug. cit. q. 93, nn. 2, 3 y 4.

conceptúa nacido (*a*), y así su padre está obligado á instituirle heredero sin diminucion de su legítima.

13 Haciendo el padre en vida algunas donaciones pequeñas atendidas sus facultades, v. gr. á pobres, parientes, criados, &c. no se debe segun resuelven los AA. computar su importe en parte del quinto, especialmente si hay costumbre de que no se haga mérito de ellas, como regularmente acontece: porque lo poco se reputa por nada, y porque de lo contrario se atarian demasiado las manos al padre dueño de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir con mayor perjuicio de sus hijos; pues esto no se debe reputar prodigalidad ni liberalidad sino necesidad, y no se debe presumir del padre que lo hace con ánimo de perjudicarles, que es lo que principalmente se atiende en la computacion de las donaciones, sino por propiedad y en cumplimiento de la obligacion que tiene de dar limosna, pudiendo; ademas de que no hay ley que se lo prohiba; pero si dichas donaciones importan una cantidad considerable, se computará en el quinto, porque lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas hechas en varias veces que equivalen á una grande, que de una sola que lo sea, porque en esta caso se grava sobremanera la legítima de los hijos (*b*); lo cual deberá graduar el juez docto y prudente, atendidos los haberes del donante y demas circunstancias.

14 Donando el testador un quinto á un descendiente legítimo, y legando otro á otro descendiente, valdrán ambos quintos, sino dispone del tercio; porque si tiene facultad para mejorar á algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, mejor podrá mejorarlos en este que importa menos que aquel; y así se conceptúa que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dejársele no quiere sino solamente el quinto, que es menos, de suerte que la prohibicion de la ley 28 acerca de los dos quintos se entiende absolutamente por lo respectivo á estraños y á su alma, y por lo concerniente á los descendientes legítimos, cuando mejora á alguno en el tercio y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; mas no, cuando no dispone del tercio; porque entonces el quinto es parte de éste (*c*).

15 Lo mismo procede y se debe observar, cuando deja un

(*a*) Leyes 3, t. 33, P. 4 y 20, t. 1, P. 6. (*b*) Gutier. lib. 2, Pract. q. 62.
(*c*) Ayora part. 2 q. 8.

quinto por su alma, ó á favor de estraño, y otro á un descendiente legítimo, porque el de éste es tambien parte del tercio y el de aquel verdadero quinto de su hacienda; como tambien cuando deja el tercio á estraño ó á un ascendiente teniendo descendientes legítimos, pues se reducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos no puede valer en el todo, y á que en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil (*a*).

16 Se duda, si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos, ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un estraño, ó por su alma. Algunos AA. dicen que no, fundándose en que el ilegítimo y el estraño serían de mejor condicion que los legítimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaria á estos en su legítima (*b*); pero no obstante, yo tengo por cierta la opinion afirmativa: en primer lugar, porque ni la ley 28 de Toro ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos, y asi por no haberlo espresado no se entiende escluido ni esceptuado este caso, pues cuando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse generalmente y no debemos distinguir: y en segundo lugar, porque sería demasiado violento limitar y minorar el quinto en caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, que es dueño de todos sus bienes y puede enagenarlos en vida, sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente cuando de hacer lo dicho se le podia entibiar el animo de adquirir. No obsta alegar que los legítimos serían de peor condicion que el ilegítimo ó estraño, porque aquellos llevan las cuatro partes enteras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima, y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó estraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general, ni quitar las facultades que la ley da á los padres (*). Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es asi, por-

(*a*) Ley 7, t. 12, lib. 3 del Fuero. (*b*) Escobar, comput. 3.

(*) Tambien es una casualidad que en dicho caso deje el padre el quinto de su caudal solamente á un hijo ilegítimo, ó á un estraño, porque puede distribuirle entre muchas personas, y entonces ninguna de éstas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos

que perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie grava ni injuria.

17 Si teniendo descendientes legítimos el testador dispusiere de dos quintos entre estraños, para saber cuál de los dos valdrá, se debe distinguir. Si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida, por no poderla revocar la segunda, háyase hecho la primera donacion de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, pues en uno y otro caso versa igual razon, por lo que con las primeras donaciones irrevocables se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas. Si las disposiciones fueron revocables, háyanse hecho como legado ó como donacion revocable, que por confirmarse con la muerte surte efecto de legado, se han de distinguir tres casos. El primero es, cuando aquellas se hicieron como cuota del quinto, en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en éste, y en ellos tendrá lugar todo lo que en los conjuntos reales, ó en la cosa, á menos qne de la voluntad del donante aparezca lo contrario, esto es, que nada perciba el primero, sino todo el segundo. Pero si en las disposiciones se habló de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. dejando á uno éste y á otro la sesta parte, ó á uno la cuarta y á otro la séptima, &c se prorateará el quinto entre todos. El segundo caso es, cuando una disposicion fue acerca del quinto como cuota, y la otra acerca de cierta especie ó cantidad, y entonces la de cierta especie ó cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende dejado sin perjuicio de otras mandas que se hayan de deducir de él; y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre le deroga y disminuye. Y el tercer caso es, cuando todos fueron favorecidos igualmente en las disposiciones hechas de cantidad, ó cosa cierta, en cuyo caso se disminuirán los legados ó donaciones confirmadas con la muerte hasta en el valor del quinto.

18 Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo que nombra el mismo quinto que legó al primero, ni se revocará éste, ni habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios, y asi concurrirán á su percibo con igualdad, sino es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

19 Gastos funerales se llaman los que se espenden en el en-

tierro del cadáver; y estos deben ser moderados, atendidas las circunstancias y facultades del difunto (a), pues si son escesivos y se hacen por vanidad, como si manda que se le haga algun mauseolo ó monumento, ú otras cosas semejantes, no siendo cuantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad. Los gastos funerales se deben deducir del quinto de su hacienda teniendo descendientes legítimos, como lo ordena la ley 30 de Toro, que es la final, tit 6, lib. 5 R. ó 9, tit. 20, lib. 10 N. R. dice: "La cera, i misas, i gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, i no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario." Si manda espender menos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad, y si se espendiere mas que lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda y no del quinto. Tambien se deben bajar de éste los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos, porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral y misas; y una vez que se utiliza del quinto el sugeto á quien se lega, y que es de su obligacion satisfacer las mandas, misas y funeral, debe serlo igualmente acreditar al juez eclesiástico el cumplimiento de todo lo pio que le ordenó el testador, y pagar por consiguiente los que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues es visto que éste le gravó con su satisfaccion; y asi lo he practicado y se ha aprobado judicialmente. Pero los de la misa de novenario y cabo de año que los herederos hagan por sí deben pagarlos, y no han de sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no son concernientes al entierro, ni la ley inserta habla de ellos: escepto que el testador mande hacerlos, en cuyo caso se tendrán por funerarios, y se deducirán del quinto.

20 Si consta que un ascendiente teniendo descendientes legítimos mandó celebrar en vida algunas misas, parece que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto, como el de las dejadas en disposicion última: lo uno, porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede espenderlos y hacer lo que quiera de ellos: lo otro, porque si los hijos, á quienes su padre redimió de cautiverio, no estan obligados á colacionar con sus hermanos lo espendido en su

(a) Ley 12, tit. 13, P. 1.

rescate, como se dirá en el cap. 3 de este lib. n. 52, ni se imputará á su padre en el quinto, por ser obra de piedad; mucho mas justo y pio es que no se impute en él lo que espendió en beneficio de su alma ó de la de sus difuntos; y lo otro, porque una vez que la ley 30 de Toro que prefine de dónde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador deja mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida; ó que por haberse consumido el importe de su limosna, y no estar en su caudal, no se debe de hacer mérito de ellas. Pero sin embargo diré, que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas se debe deducir del quinto: en primer lugar, porque el testador que tiene descendientes legítimos no puede gastar, dar ni disponer por su alma, ni á favor de otro de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírselo espresamente la ley 28 de Toro: en segundo lugar, porque de la propia clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de la muerte, y todas sirven igualmente de sufragio á quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar, en cuya atencion se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras, sin atender al tiempo en que se celebran: y en tercer lugar, porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y quienes la establecieron, aunque no ignoraban que muchos hacen en vida y aun asisten á sus exequias, lejos de esceptuar el caso de que se habla, ordenaron, que aun cuando el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto; por lo que, á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante, no debemos esceptuarle, mayormente no habiendo razon poderosa para ello, y estando resuelto que la ley que habla con generalidad se debe entender con la misma, aunque en un caso milite mayor razon que en otro, y que mediante á no poder haber leyes para todos (*) se decidan

(*) Aunque no se puedan establecer leyes para todos los casos, pueden crearse leyes que sin hablar de ellos ó proponerlos los comprendan y abracen todos, quiero decir, leyes que establezcan principios sólidos y reglas generales bien meditadas, por las cuales se decidan cuantos casos ocurran, y asi debieran ser todas las leyes, prohibiéndose por otra parte toda interpretacion, pues yo estoy persuadido enteramente con los buenos políticos de que los inconvenientes que resulten de seguir lo literal de semejantes leyes son mucho menores que los que ocasiona la funesta libertad de buscar el espíritu de la ley: espíritu que varia segun el modo de pensar ó los caprichos de cada uno.

los que no esten espresamente decididos, por las que determinan los que regularmente acontecen, pues es visto estar comprendidos en ellas, á cuya consecuencia la ley 30 no tuvo necesidad de especificar el presente, y como regularmente se mandan decir las misas para despues de la muerte, las incluyo por esto entre los gastos funerarios; de suerte que el practicar lo contrario será contravenir á ella y á la 28, perjudicar gravemente á los herederos legítimos, y dar al testador mas facultad que la que le concede. Por tanto, si la cantidad espendida en vida por el difunto es considerable atendido su caudal, lo que debe regular el juez, se ha de bajar é imputar en el quinto, deje ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean perjudicados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de hacienda, como si realmente existiera, deduciéndola luego del quinto, como si mandára celebrar las misas en su testamento, y aplicándola en vacío como gastada al legatario de él, si le hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida y los de su funeral escedieren al importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los legatarios, los descendientes pagarán el esceso, que se les desfalcará de sus legítimas, como consumido, haciendo la cuenta de que éste menos caudal dejó su ascendiente. Pero si la cantidad espendida fuere corta, no se debe hacer aprecio de ella por las razones espuestas en el n. 13. Y si constáre haberse espendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes que no hacen memoria de los intereses escesivos que llevaron, ni á quiénes perjudicaron; tampoco se debe hacer aprecio de su importe, porque éste no era caudal suyo, ni se debió inventariar. Tendrá presente todo esto el partidor, pues asi lo resolví y se aprobó en la particion que hice de los bienes de Manuela Redondo en el año de 1788 por la escribanía numeraria de esta villa que ejerce don José Perez del Haya; y los AA. no tocaron como debieron este punto con la solidez y distincion que exige, dando lugar á que muchos titubeen y cometan absurdos en su resolucion.

21 Careciendo el testador de descendientes legítimos, y testando entre estraños ó parientes se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando espresamente lo contrario, por ser visto que quiso gravarlos con ellos á proporcion de su haber. Igualmente se deben bajar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la

apertura, publicacion y reduccion á escritura pública de su testamento y codicilo cerrados, y copia original que se saque de ellos, y los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y así no se queden considerar comprendidos en ella: y lo segundo, porque no son concernientes al entierro, sino á saber su voluntad para cumplirla, lo cual incumbe principalmente á sus herederos, y no al legitario del quinto solo. Así lo he practicado y se ha aprobado judicialmente, y lo prevengo al partidor porque no tocan los AA. este punto, y muchos por esta causa dudan en él.

22 Pero haya dejado ó no descendientes legítimos el testador, y por no tenerlos instituido á estraños, ó teniéndolos, á ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni de el de los gananciales, si dejó muger, ó ésta marido: en primer lugar, porque teniendo bienes cualquiera de los cónyuges, debe enterrarse, y han de hacérsele los sufragios á su costa, por ser deuda suya contraida por el hecho de nacer: y en segundo lugar, porque con deducirse de los gananciales se perjudica al otro cónyuge en la mitad, y no siendo, como no es, deuda contraida constante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos como cuando lo es. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contrajo mientras vivió, y que así con mayor razon se deben bajar de los gananciales, pues esto se entiende cuando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso es forzoso que se graduen por el tiempo y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor ni está obligado, y el que lo es, tiene bienes bastantes, no solo para costear los referidos gastos, sino tambien para que se le herede. Tendrálo presente el partidor, pues muchos ignorantes practican lo contrario, y en el modo de hacer ésta y otras deducciones causan imponderables perjuicios á los interesados en las herencias.

23 Si la herencia fuere tan corta ó de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el otro cónyuge, por ser preferidos á éstas, á la mejora y á todas las deudas del difunto, porque aquel no está obligado á enterrar-

le, cuando tiene con que pagarlos, en cuyo caso serán nulos enteramente los legados que haya hecho á estraños, no la mejora del tercio dejada á alguno de sus descendientes, pues pagará ésta tambien á proporcion de su haber lo que falte para el cumplimiento de dichos gastos. La cuenta se hace separando el importe del quinto, bajando el esceso de ellos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que quede la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo cual satisface cada uno á prorata el esceso de los gastos del quinto; ó bajándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay menos cuentas y números que hacer.

24 Legando el testador en testamento ó en otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, valdrán, y aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó se ha de reputar parte de tercio: lo cierto es, que de ambos quintos deberán deducirse los espresados gastos y los legados por mitad, en cuanto quepan y no escedan de la quinta parte líquida del caudal del testador, porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos; ademas de que en duda la condicion puesta al uno se entiende repetida en la persona del otro, por lo que habiéndoles dejado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravamen. Lo propio milita cuando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon.

25 Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufructo del quinto á su muger, ó á un estraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados especificos que hizo, y no el usufructuario del quinto; porque como su usufructo no equivale á la propiedad, si grava al usufructuario con la satisfaccion de ellos y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado segun quiso el testador, será perjudicado.

26 Instituyendo herederos el testador á sus hermanos por no tenerlos forzosos, dejando el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los le-

gados y gastos funerarios segun la ley 30 de Toro; pero no obstante, siendo genéricos los legados los deberán satisfacer los herederos y no el hijo legatario del quinto, porque dicha ley se entiende, segun se ha sentado, cuando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio solo puede el testador disponer del quinto, no cuando no lo son, pues entonces el hijo natural es capaz de heredarlo todo, queriendo dejárselo el testador segun la ley 10 de Toro, y de justicia se le deben los alimentos; en cuya atencion únicamente se deducirán del quinto los legados específicos, porque estos en cuanto á su importe derogan el legado general de aquel (*), y los genéricos y gastos de funeral y misas serán de cuenta de los herederos. Y las deudas del testador se han de bajar ante todas cosas en todos casos del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce y separa todo su importe no hay herencia, legados ni quinto, escepto que mande lo contrario, si tiene para pagar y dejar que heredar, en cuyo caso será visto quiere que el quinto sea mayor, que del resíduo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

27 Si el padre condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural mientras viviese, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un estraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios, ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; porque todo lo demas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria, pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas segun las leyes 9 y 10 de

(*) No hay razon de diferencia en el caso propuesto entre los legados genéricos y específicos, pues el fundamento porque los hermanos deben satisfacer los primeros despues de ducido el quinto tiene tambien lugar respecto á los segundos, y así no se deducirán de este ni se derogarán, como dice el autor siguiendo á Ayora. Cuáles sean los legados genéricos y específicos se dice en el n. 160 y su nota, cap. 1, P. 1.

Toro: por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

28 Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, parece que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre mande que se deduzcan del primero, segun afirma Ayora, fundándose en que el donante no puede sin consentimiento del donatario imponer condicion ni gravámen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha: en que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando espresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien asi como le donó á su descendiente, pudo haberle donado la cuarta, tercera, ó sesta parte, y en que no entendiéndose de esta manera se gravaria demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro, del cual manda la 30 se deduzcan. Del mismo dictamen son Gutierrez y Acevedo. No obstante es de contrario sentir Morquecho, á quien yo seguí en la I. P. c. 1, n. 123, añadiendo que los legados serian ineficaces. Pero habiendo reflexionado mejor me inclino á la opinion de Ayora, no por la razon de que el testador quedaria intestable, pues aunque no haya mas que un quinto, y le entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en cuanto al funeral, como el mismo Ayora sienta en la cuestion 14; y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aun cuando sea solamente entre ciertas personas; sino por las demas que espone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse en nada despues de la tradicion, ni revocarse mas que en lo tocante al funeral; como ni tampoco que puede mejorar en el tercio á cualquiera de sus descendientes: es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente, que el primero se reputase parte de tercio, y el segundo quinto verdadero; bien que si cuando hizo la donacion, mandó que de su

quinto se dedujese todo, como pudo hacerlo, se deducirá de él y no del segundo, estimándose éste parte de tercio y no verdadero quinto.

29 Si el testador dispuso del quinto en donacion, ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo, ó de estraño, ó hizo alguna donacion que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, se duda por no espresarlo la ley, de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral y misas, y los legados; si del quinto donado irrevocablemente, ó del cuerpo de la hacienda del donante, para cuya perfecta inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es, cuando la cosa donada no se entregó al donatario y entonces se deben bajar del quinto los gastos funerarios, ya porque el donatario es acreedor, y aquellos se prefieren segun derecho á todos los acreedores, por privilegiados que sean (*a*); y ya porque el difunto no dejó mas bienes, puesto que los demas son legítima de sus hijos que no puede gravarse El segundo caso es, cuando se la entregó el quinto, y aunque parece que entonces se deberán deducir las espensas funerarias de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de éste, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto; como tambien porque la donacion perfecta no puede revocarse por ninguna razon sin causa legal, ni aun por las referidas espensas, pues estas se equiparan á los legados gratuitos, los cuales es constante que no revocan la donacion válida precedente; es cierto no obstante que aquellas se deben deducir del quinto y no de los demas bienes, así como cuando no se entregó al donatario: en primer lugar, porque los pactos privados no pueden prevalecer ó derogar las leyes, y como segun la 30 de Toro se han de sacar del quinto y no del cuerpo de la hacienda de dichos gastos, aunque el testador mande lo contrario, debe satisfacerlos el legatario del quinto habiendo descendientes, ya se le legue, ya se le done y entregue irrevocablemente, pues la ley no distingue: en segundo lugar, porque el donatario posee los bienes con este gravámen que les impone la ley en cualquiera parte que se hallen; y en tercer lugar, porque si el acreedor por contrato oneroso le su-

(*a*) Leyes 12, t. 13, P. 1 y 30 al fin. t. 13 P. 5.

fre, puesto que su crédito se pospone á los espresados gastos, con mayor razon debe sufrirle el que lo es por contrato lucrativo.

30 Aunque este donatario ó legatario estraño á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, puede compeler el juez por algun motivo justo á los herederos estraños á suplirlos en el ínterin, para que no se dilate el dar sepultura al cadáver, y si lo hiciesen, tiene accion á repetirlos luego del donatario; mas habiéndolos hecho espontaneamente sin preceder el apremio no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, escepto que protesten su repeticion (*a*). Los herederos legítimos, aun cuando los suplan sin ser compulsos ni hacer protesta, podrán exigirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer quisieren consentir en la lesion ó diminucion de sus legítimas (*).

31 En órden á las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto á que aun cuando le haya entregado la posesion de los bienes, le puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro, se limita espresamente al tercio, por no hacer mencion del quinto (*b*). Pero no obstante digo que si precedió causa onerosa con tercero y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarla ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargos de su conciencia, con lo cual no queda intestable; y en cuanto á los legados y demas cosas será ineficaz su voluntad: lo primero, porque le obstan la donacion y entrega, y la causa onerosa para hacerla: lo

(*a*) Ley 12, t. 13 P. 1.

(*) Mas que en los herederos estraños es de creer en los legítimos que a causa de su parentesco con el difunto y del afecto que es regular se profesasen hagan los gastos funerarios por piedad, fuera de que se interesa en hacerlos el honor o perdonor de ellos. Y si de los herederos legítimos se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la lesion o diminucion de sus legítimas, tambien podra decirse de los herederos estraños que no es de presumir consintiesen en la diminucion de sus partes hereditarias haciendo unos gastos que no les pertenecian.

(*b*) Otras razones dan algunos AA. que espondre en el c. sig. n. 67.

segundo, porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por no haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni menos de lo que habia hecho, á diferencia de los gastos espresados, en los cuales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa en ello el público, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable: lo tercero, porque le obsta tambien la legítima de los hijos que no se puede gravar en cosa alguna; y lo cuarto, porque aunque es cierto que la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, dejando en silencio el quinto, no prohibe, ni otra alguna tampoco que el mejorante pueda hacerle irrevocable, por lo que lo será escepto en dichos gastos, pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y asi del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma espuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

32 Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta, y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto, ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar, ó comprar la capilla y sus ornamentos, si no están satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor, ni otro público que es honorífico y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las espensas que se hacen en ello, son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

33 Legando el testador á su muger, ó á un hijo el quinto

de sus bienes y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora, que el legatario no llevará el fundo íntegro, ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas, y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entonces le tocan los frutos que produjo, por ser legado específico (*a*), en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunion haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

§. III.

Qué puede dejar el testador á sus descendientes ilegítimos, tenga ó no ascendientes legítimos.

34 Hay dos especies de hijos ilegítimos, á saber, naturales y espurios: los primeros son aquellos cuyos padres al tiempo de la concepcion ó al del nacimiento están hábiles para contraer matrimonio sin dispensa vivan ó no juntos en una misma casa, como si estuvieran casados, y sea ó no la muger una sola, con tal que si el padre no la tiene en su casa, los reconozca por hijos. Así lo dispone la ley 11 de Toro (*b*) que dice: »I porque no se pueda dudar cuales son hijos naturales, ordenamos i mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nascieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya

(*a*) Leyes 34 y 48, t. 6 P. 6. (*b*) Es la 9, t. 8, lib. 5 R. ó 1, t. 5 lib. 10 N. R.

tenido la muger de quien lo tuvo, en su casa, ni sea una sola; en concurriendo en el hijo las cualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural."

35 Por tanto, si alguno tiene en su casa una sola concubina, se presumen ser suyos los hijos que para, aunque él no los reconozca por tales (*a*): si tiene fuera de su casa una concubina, con la cual se dice públicamente, está distraido y en ella procrea hijos, no se deben estimar por naturales para cosa alguna, escepto que su padre los reconozca; y si siempre los reconoció y tuvo por hijos, se tendrán por tales, como tambien si alguna vez los reconoció, aunque despues los niegue, porque ya no puede ir contra su propio hecho y confesion. Ademas si tiene muchos hijos en una manceba, con reconocer uno quedan legitimados los demas, y sin embargo de que no haga ninguna mencion de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido (*b*). De los modos de hacer su legitimacion y reconocimiento se trata en la I. P. (*c*).

36 Gozan los hijos naturales de la nobleza de sus padres (*d*), y estos teniendo hijos ó descendientes legítimos solamente pueden mandarles la quinta parte de sus bienes, segun lo ordena la ley 10 de Toro (*e*), cuyas son estas palabras: »Mandamos, que en caso que el padre, ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegitimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima, i por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo."

37 Pero de este quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio, como en seguida lo dice tambien dicha ley, escepto en tres casos: el primero, cuando se colige de la voluntad del testador que no quiere que el quinto pase á los herederos de los hijos; ó si les deja por alimentos un legado anual que se acaba con su vida, pues la ley no le priva de dejárselos en estos términos, ni le obliga á legársele entero sino tan solo á darles alimentos, cuando no tienen con que mantenerse, y que por ellos

(*a*) Cap. 10 de Probation. (*b*) Ley 7, tit. 15 P. 4. verb. Otrosi quando. Cov. de Matrim. c. 8 § 7. Véase la I. P. cap. 1 n. 6[1] y su nota. (*c*) Apendice § de las legitimaciones. (*d*) Ley 1, tit. 11 P. 7. (*e*) Es la 8, t. 8, lib. 5 R. o 6, tit. 20, lib. 10 N. R.

no pueda escederse del quinto: el segundo, cuando les lega los frutos de algun fundo que son suficientes para alimentarse; y el tercero, cuando les impone el gravamen de restituir el sobrante del quinto á otro despues de deducidos sus alimentos; pues estando solamente obligado á alimentarlos, si para esto no es necesario todo el quinto, puede imponerles cualquier gravámen en el esceso y aun privarles de éste, asi como si segun su calidad no alcanza el quinto y carece de descendientes legítimos, debe suplir lo que falte para sus alimentos. Y es de notar, que si el padre deja el quinto á su hijo natural para que se alimente, haciendo ademas algunos legados pios, ó graciosos, se deducirán estos del quinto, si alcanza para todos; mas sino, únicamente han de deducirse los gastos de su funeral, y los legados, aunque sean pios, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario y los otros legados no lo son.

38 Careciendo el padre de descendientes legítimos puede instituir herederos de todos sus bienes á sus hijos naturales, aunque tenga padre, madre, ú otros ascendientes legítimos, como espresamente lo dice la citada ley 10 de Toro; y lo mismo puede hacer el padre, aunque tenga descendientes legítimos, si renuncian sin fraude su herencia. Pero si en disposicion última los escluye espresamente de suceder en sus bienes, ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete remedio alguno contra su testamento y voluntad, por no concedersele las leyes: de lo cual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, la percibirán los ascendientes legítimos de éste, y no pasará á sus hijos naturales; y si su padre no hace mencion de ellos en su testamento y estan necesitados, tendrán derecho á los alimentos correspondientes, regulados por el juez, y los herederos de su padre deberán dárselos, como espresamente lo dice la ley 8 tit. 13 P. 6. »E si por ventura, el padre non se acordasse de tal fijo como éste, non dejándole ninguna cosa de lo suyo, entonce, los herederos dél son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su govierno, é para su vestir, é calzar, segun alvedrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño.» Esta ley no está derogada, y debe observarse, aunque los que no la han visto, dicen lo contrario, equiparando equivocadamente al hijo natural con el bastardo, que es el de casado habido en soltera, como tambien, segun algunos, el de

plebeyo en muger ilustre ó al contrario; y ási se egecutorió años pasados por el Consejo á favor de un hijo natural; pero estos alimentos no deberán, teniendo ascendientes el difunto, esceder del quinto, que es la cuota á que su padre podia ser compelido segun la ley 10 de Toro en caso de estar obligado á alimentarle.

39 No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales hijos de hijo legítimo, ó de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos: porque si tiene facultad para dejarlos á los hijos en quienes se considera mayor obstáculo por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon podrá dejarlos á los nietos, en quienes no se considera tanto.

40 Todo lo que se ha dicho acerca de la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos por testamento y abintestato, ha lugar en la de éstos á aquellos, segun se halla dispuesto en la ley 8, t. 13 P. 6 que al fin dice: »Otrosí dezimos, que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é deve heredar á su padre, en los bienes dél, é aprovecharse dellos, assí como sobredicho es; que en esta manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse dellos." Como entre los padres é hijos legítimos es recíproca la sucesion y causa de alimentos, debe serlo tambien entre los naturales.

41 Si la madre carece de descendientes legítimos, debe instituir herederos á sus hijos naturales, aunque tenga ascendientes legítimos; pero si los tiene, solo puede dejar á aquellos en vida y por su muerte el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro. (es la ley 7, t. 8, lib. 5 R. ó 5, t. 20, lib. 10 N. R.) "Los hijos bastardos, ó ilegítimos de cualquiera calidad que sean, no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *abintestato*, en caso que tengan sus padres hijo, ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su ánima, i no mas, ni allende: i en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes, que tuviere naturales ó espurios, por su órden, i grado le sean herederos legítimos *ex testamento* i *abintestato*." Por tanto, á falta de descendietes legítimos son tan forzosos herederos de la madre sus hijos naturales como aquellos habiendolos

sin diferencia, y en nada mas los puede perjudicar que á los legítimos.

42 Hijos espurios se llaman genéricamente todos los ilegítimos á escepcion de los naturales, y se distinguen con varios nombres. Unos se llaman *adulterinos*, ó *notos*(*), y son propiamente los que tienen muger casada y soltero, ó casado y casada, á los cuales la ley 9 de Toro llamada tambien de *dañado* (damnado, condenado, ó reprobado) y *punible ayuntamiento*, porque la madre incurre por el adulterio en pena de muerte natural (*a*); é impropiamente los que el casado tiene en muger viuda ó soltera, llamada *barragana*, y á esto se da asimismo el nombre de bastardos (**), puesto que no siendo habidos en muger propia, bastardean. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes, como el padre en una hija: otro *incestuosos*, que son los habidos fuera de matrimonio contraido legítimamente y con la debida dispensa en parientes transversales en grado prohibido, si los padres eran sabedores del impedimento, pues si le ignoraban, no dejarán de ser legítimos los hijos por falta de dispensacion: otros *sacrílegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento*, aunque no *punible*, y son los hijos de clérigo de órden sacro, y los de frailes, freiles y monjas profesos, sea por coito ó acceso de unos y otros entre sí, ó con seglares; y otros finalmente *mancéres*, ó *mancillados* (***), que son los que nacen de rámeras públicas, nobles ó plebeyas, y que por darse sus madres á todo hombre é ignorarse por esto sus padres, son de peor condicion que todos los demas y los que con propiedad se llaman *espurios*, como dice la ley (*b*).

43 A ninguno de estos hijos está obligado civilmente el padre á dar alimentos (*c*), como ni tampoco ellos á él, y así no se suceden por testamento ni abintestato, directa ni indirectamente, ni tienen derecho á pretender herencia, ni á quejarse de la

(*) Segun nuestro diccionario castellano *noto* quiere decir bastardo ó ilegítimo.

(*a*) Véase la nota del n. 73, cap. 5, P. I.

(**) El citado diccionario llama bastardo al hijo procreado fuera de legítimo matrimonio y de padres que no podian contraerle cuando le tuvieron.

(***) Este nombre podria darse á todos los hijos ilegítimos sin esceptuar los naturales, pues todos han nacido con cierta mancilla o mancha.

(*b*) Leyes 3, t. 3, 1 y 2, t. 15 y 5. t. 19, P. 4 y 11, t. 13, P. 6. (*c*) Ley cit. 5 tit. 19, P. 4.

preterícion, ni aunque sean instituidos deben llevarla, pues ha de pasar á los parientes mas cercanos del muerto. La razon es tocante á los hijos, por ser nacidos de acceso que reprueba la ley, y porque á causa de la incertidumbre de su filiacion no se numeran entre los hijos; y tocante á su padre, porque si á los hijos que no tienen culpa, se priva de suceder á éste por el delito que cometió en su generacion, para contenerle y refrenar su sensualidad (*), con superior motivo se debe privar al padre como delincuente; bien que por derecho natural y la equidad canónica les debe contribuir con los alimentos, pudiendo (*a*), como se ha sentado en la P. P. (*b*) Pero la madre y sus ascendientes tienen obligacion natural y civil de criar y alimentar á sus hijos ilegítimos, siéndoles posible, porque aquella es siempre cierta y conocida (*c*).

44 De estos hijos, los que nacen de muger casada, sea ó no parienta del adúltero, no la heredarán por testamento ni abintestato, aunque carezca de legítimos, y solo podrá legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la citada ley 9 de Toro. »Salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *abintestato*; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, i no mas, de la que podian disponer por su anima: i de la tal parte, despues que la uvieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos, como quisieren: i queremos, i mandamos, que entonces se entienda i diga dañado i punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural."

45 Los hijos nefarios, ó incestuosos heredarán á sus madres por testamento y abintestato á falta de legítimos; pues la ley 9 de Toro habla con la generalidad que puede verse en las palabras insertas en el n. 41. Algunos AA. opinan lo contrario fundados

(*) No creo que pueda servir de freno á la sensualidad ni á los impulsos de un amor lascivo é ilegítimo la consideracion (si acaso la pasion da lugar á ella, que es bien difícil) de que puede ser fruto suyo un hijo privado por la ley de suceder á su padre, ya porque este puede suministrarle los alimentos, y ya porque nunca podrian faltarle muchos medios ocultos ó inevitables de favorecerle generosamente y aun de hacerle dueño de todos sus bienes.

(*a*) Cap. 8 de De eo, qui duxit in matrim. Ley 1, §. 3, ff. de Justit. & jur. (*b*) Cap. 5, cit. nn. 74, 75 y 76. (*c*) Leyes 5 cit. verb. Mas los parientes, y 11, t. 13, P. 6.

en la esclusion que hace de los incestuosos la ley 11, t. 13, P. 6 que dice: »Fueras ende, si fuesse tal fijo como el que llaman en latin incestuoso;" y en la final tit. 18, P. 7 que impone la pena de adulterio á los que sabiendo son parientes, cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion, y pérdida de su dote y arras; pero ademas de que es visto que la ley 9 de Toro corrige con sus espresiones generales las leyes de Partida, concurre el que aquella hace á los hijos herederos de su madre, cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte, segun estas ni por el incesto ni por el adulterio se impone á la madre pena capital. A su padre sucederán por testamento en el quinto como cualquiera estraño, mas no abintestato, ni ley alguna le obliga á alimentarlos, ni les concede derecho á sus bienes (*a*).

46 Los hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, como no se les castiga con pena de muerte, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato aun teniendo ascendientes legítimos segun la misma ley 9 de Toro que asi lo ordena. A su padre y parientes por esta línea, dicen algunos que solo podrán heredar por testamento como cualquiera estraño; pero otros afirman que ni de un modo ni de otro pueden suceder á su padre sino en el quinto, ó en los alimentos, porque no son hijos naturales, á quienes puedan á falta de legítimos dejar sus bienes; y que de sus parientes paternos no podrán percibir nada. Tambien se fundan en la ley 10, tit. 13, P. 6 que dice al principio: »Nascido seyendo alguno de fornicacion, ó de incesto, ó de adulterio, este á tal non puede ser llamado fijo natural, nin deve heredar ninguna cosa de los bienes de su padre." Yo me inclino á esta opinion, porque la disposicion espresada no se halla corregida.

47 Los hijos de clérigos de órden sacro en nada deben sucederle por testamento ni abintestato, ni tampoco haber de él ni de sus parientes por esta línea cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les haga. Asi lo dispone la ley 6, t. 8, lib. 5 R. ó 4 t. 20, lib. 10 N. R. que dice: »Otrosí, por no dar ocasion que las mugeres assi viudas como vírgenes sean barraganas de clérigos, si sus hijos heredassen los bienes de sus padres, ó sus parientes por privilegio, ó cartas que tuviessen, ordenamos, i

(*a*) Leyes penult. t. 17 y fin. tit. 18, P. 7.

mandamos que los tales hijos de clérigos no ayan, ni hereden, ni puedan aver, ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni ayan, ni puedan gozar de cualquier manda, ó donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos, agora, ni de aqui adelante; i cualesquier privilegios, ó cartas que tengan ganadas, ó ganaren de aqui adelante en su ayuda, contra lo que Nos assi ordenamos, mandamos que no les valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá Nos las revocamos, i damos por ningunas." Y aunque su padre diga en su última disposicion que les debe frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, sino es que lo acrediten por otro medio legal; pues se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos y eludir la ley (la 3, t. 14 P. 3.) Esta prohibicion no se amplia á los hijos de clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dejándole ó perdiéndole, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil ni á uno ni á otro, y es lo seguro y corriente. Tampoco se amplia al nieto de clérigo de órden sacro, hijo legítimo de su hijo espurio, y asi puede ser instituido por su abuelo, viva ó no su padre, siempre que no se haga por contemplacion de este, porque hablando la ley solamente de los hijos no debe estenderse á los nietos.

48 Finalmente los hijos de monjas, frailes y freiles profesos tampoco pueden heredar cosa alguna de ellos, pues la espresada ley 9 de Toro manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los clérigos. "Salvo si fueren los hijos de clérigos ó frailes, ó freiles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rei D. Juan el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos supra próxima." Asi pues, los hijos ilegítimos, ó espurios pueden heredar á sus madres en todos casos escepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos incurre en pena de muerte; y el tercero, si son hijos de monja profesa. En los dos primeros les pueden dejar el quinto, y en el tercero nada.

49 Si el clérigo deja á un nieto que se halla bajo la potestad de su padre espurio, el usufructo de sus bienes, segun la opi-

nion verdadera y mas recibida no le adquiere éste, y aquel le hace enteramente suyo; pues es de creer que asi lo quiso el testador para que fuese válido el acto: de suerte que los nietos de hijo ó hija espurios pueden ser instituidos herederos con tal que el abuelo testador no tenga prole legítima, y que no haga la institucion por contemplacion del hijo ó hija espurio (*a*).

§. IV.

En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legitimados por el subsecuente matrimonio, ó por el Soberano, y los prohijados.

50 La legitimacion es un acto legal que remueve y quita al hijo que no nació de matrimonio legítimo, el impedimento que le priva de obtener y gozar las prerrogativas concedidas á los legítimos, y le constituye en el estado de estos (*b*). Omito esplicar qué personas pueden legitimar, y la diferencia entre la legitimacion y dispensa, por haberlo esplicado en mi P. P. (*c*), y aqui trataré solamente de aquellas en cuanto se refieren á la sucesion de los legitimados á sus padres y parientes, que es lo concerniente á particiones.

51 Puede hacerse la legitimacion de dos maneras, á saber, por el subsecuente matrimonio y por rescripto del Soberano. La legitimacion por el subsecuente matrimonio se hace, contrayéndole el hombre y muger libres que antes de ser casados y no teniendo obstáculo para ello procrearon algun hijo ó hijos, los cuales se hacen tan legítimos, como si hubiesen nacido despues de casados sus padres sin diferencia alguna ni en cuanto á sucederles ni en lo demas. »Cá muguer (dice la ley 1 cerca del fin t. 13, P. 4) estos fijos atales no son legítimos cuando nascen, tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre, é la madre son casados, se fazen por ende los fijos legítimos.» (*d*).

52 Esta legitimacion tiene lugar, aun cuando se casen en el artículo de la muerte, y por esta razon no haya esperanza de tener hijos; pues no obstante se conceptuarán legítimos, y sucede-

(*a*) Acerca de esto véase á Lara Compend. vitæ hom. cap. 5. (*b*) Covar. de Matrimon. part. 2, cap. 8, §. 8. (*c*) En el apénd. (*d*) Lo mismo dice el cap. Tanta est vis matrimonii, qui filii sunt legitimi.

rán á sus padres por testamento y ábintestato, porque la prole no es cosa esencial del matrimonio, cuando falta por accidente ó acaso (*a*), aunque si el impedimiento es cierto y perpetuo, como el del decrépito ó castrado que estan imposibilitados de engendrar, ni puede contraerse matrimonio, ni si se contrae, es válido.

53 Limítase lo espuesto, cuando se contrae matrimonio en fraude del substituto ó fideicomisario llamado á la sucesion á falta de prole legítima, y se acredita plena ó presuntivamente (*); pues entonces, aunque vale el matrimonio, no será escluido el substituto. Asimismo si el que está en el artículo de la muerte, perdió el uso de sus potencias, de suerte que no puede prestar su consentimiento para contraer el matrimonio, ni este vale, ni los hijos se legitiman.

54 Tambien se legitiman por el subsecuente matrimonio los hijos, aunque su padre despues de habidos en su concubina, se case con otra muger, si muerta esta le contrae con aquella, porque el derecho no prescribe, ni exige precisamente aptitud entre los contrayentes en el tiempo medio de nacer y casarse.

55 Igualmente se legitiman por el siguiente matrimonio los hijos naturales del clérigo ordenado de menores que goza beneficio eclesiástico (*b*), aun en el caso de que concurra en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, porque como basta que en uno de los dos tiempos, el de la concepcion del hijo, ó el de su nacimiento, esten libres sus padres de impedimento canónico para contraerle segun la ley 11 de Toro; si cuando nació, habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, habiendo obtenido dispensa se hallaban casados los dos, se removieron ambos impedimentos; de suerte que salió á luz en tiempo hábil, para que sea reputado por hijo de legítimo matrimonio; y si sacada la dispensa aun no se habian casado, se legitimará por el subsecuente, porque al tiempo de nacer ya estaban

(*a*) Cap. 16 de Sponsalib. Molin. de Primog. lib. 2, cap. 5, nn. 25 y 26.

(*) Puede presumirse contraido el matrimonio en fraude del substituto, si se celebró en el artículo de la muerte, en edad tan abanzada que no habia ningunas esperanzas de procrear, ó con muger de muy inferiores circunstancias á las de su marido. Sin embargo Gomez (ley 12 de Toro n. 56) lleva lo contrario; pero las razones en que se funda, son frivolas y no pueden desvanecer dicha presuncion; bien que en cualquiera caso que ocurra, deben atenderse todas las circunstancias.

(*b*) Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2, cap. 8, §. 2, n. 5.

libres sus padres, y se hallaban tan aptos para casarse, como si nunca hubiera habido impedimento alguno entre ellos.

56 Procede lo espuesto, no solo en los hijos sino tambien en los nietos, por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en una concubina, y este otro hijo legítimo y natural que no puede suceder abintestato á su abuelo, porque respecto de este no es legítimo; y despues de muerto el hijo natural se casa el abuelo con su manceba, se legitimará el nieto para con su abuelo casado ya con su abuela madre de su padre, del mismo modo que si antes de fallecer éste se hubiera casado con ella, y como legítimo le sucederá en todos sus bienes libres.

57 La legitimacion por rescripto del Príncipe es, cuando el Soberano á solicitud del padre legítima á su hijo, para que sea habido como de legítimo matrimonio: en cuyo caso si el padre deja hijos, ó descendientes de matrimonio legítimo, nacidos antes, ó despues de la legitimacion, no puede heredarle dicho legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quisiere dejársele; y lo propio milita, aunque no tenga ningun hijo procreado, ó nacido constante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsecuente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal escluye al legitimado por rescripto, que se reputa estraño en competencia de los otros. Asi lo dispone la ley 12 de Toro, que es la 10, t. 8, lib. 5 R. (ó 7 t. 20, lib. 10 N. R.) y dice: »Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres, ó de sus abuelos, i despues su padre, ó madre, ó abuelos uvieren algun hijo, ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex-testamento, salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, i no mas." Y esta legitimacion debe ir señalada á sus espaldas del capellan mayor de S. M. ó de uno de los capellanes continuos de su real capilla que tenga racion y quitacion, en cuya secretaría se toma la razon; pues sin este requisito no vale, como se advierte en las que se espiden por la Cámara.

58 No obstante si el Soberano dice espresamente en su rescripto, »que suceda el ilegitimado con los hijos legítimos nacidos ó por nacer sin diferencia," sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano puede habilitarle y disminuir la legítima de los legítimos; mas si el rescripto carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el Soberano no quiso perjudicarles, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, por lo menos para sucederle.

59 No habiendo hijos legítimos ni legitimados por el subsiguiente matrimonio, puede el natural legitimado por rescripto, ó el espurio por dispensa (pues respecto de este se llama así, y no *legitimacion*) heredar á su padre, y éste instituirle heredero, aunque tenga padre, ú otros ascendientes legítimos ó parientes, porque entonces es habido en todo y por todo como verdaderamente legítimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demas efectos de la legitimidad, de suerte que si fuere preterido ó no mencionado en la última disposicion, podrá alegar la nulidad de ella, y si exheredado sin causa justa, quejarse y usar de todos los remedios concedidos á los legítimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que le otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado (*).

60 Pero si la legitimacion se coarta á suceder por testamento, ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere el padre del legitimado, ó cuando se dispensa con los espurios, no sucederán contra la voluntad del padre; y si se concede sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, su-

(*) Ninguna ley nos dice espresamente que á falta de hijos legítimos y legitimados por el subsecuente matrimonio han de gozar los legitimados por rescripto en perjuicio de los ascendientes de todos los derechos aquí referidos; mas pueden muy bien apoyarse en la ley 12 de Toro, con especialidad en las palabras, »el tal legitimado (*por rescripto*) no pueda suceder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento:" las cuales dan bastantemente á entender que no habiendo tales hijos corresponden á dichos legitimados los mismos derechos que á estos correspondian. Tambien les favorecen las últimas palabras de la ley 10 de Toro en que se da facultad al padre para que no teniendo descendientes legítimos, pueda dejar todos sus bienes al hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, pues si el hijo meramente natural es tan favorecido por la ley, ¿cuánto mas deberá serlo el natural legitimado por el Soberano?

cederá únicamente por testamento el legitimado no habiendo legítimos, y abintestato solo escluirá al fisco y á la viuda del difunto (*a*).

61 Aunque teniendo hijos legítimos los padres no pueden sucederles sino en el quinto los legitimados por rescripto, si son naturales, no se diferenciarán sin embargo de aquellos en la nobleza y demas honores civiles que competen á los legítimos, ni tampoco en suceder por testamento y abintestato á los parientes como verdaderos legítimos, segun lo dice espresamente la citada ley 12 de Toro. Mas lo dicho acerca de la nobleza y preeminencias no se ha de entender con los espurios en estos reinos de Castilla, escepto que el rescripto lo especifique.

62 Asi como entre los padres y sus hijos naturales y demas ilegítimos no estando legitimados es recíproca la sucesion por testamento, y abintestato, asi tambien lo es entre el hijo legitimado y su padre.

63 Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legítimos, en caso que los adoptantes carezcan de descendientes legítimos, pues estos deben ser preferidos, como asimismo los ascendientes que por derecho, á no haber habido adopcion, les heredarian abintestato (*b*). Lo mismo procede en los estraños adoptados, los cuales heredarán solamente abintestato al adoptante á falta de legítimos, y no á sus parientes (*c*).

64 Los arrogados, ó prohijados por via de arrogacion sucederán al prohijador por testamento y abintestato, si careciere de legítimos, á no ser que el Soberano ordene en su rescripto que sucedan con estos (*d*); y si el prohijador echa de su poder el arrogado, tiene obligacion de darle ó dejarle la cuarta parte de sus bienes (*e*), escepto que tenga descendientes legítimos, en cuyo caso se limitará al quinto por via de alimentos, porque en el esceso no puede perjudicar á los legítimos, aun cuando tiene obligacion de alimentar á los que no son (*f*).

(*a*) Véase la L. P. cap. 6, n. 9 y su nota. (*b*) Ley últim. tit. 16, P. 4. (*c*) Ley 8, verb. E lo que dijimos, y leyes 9 y fin, tit 16, P. 4. Acerca de prohijamientos véase la L. P. en el apénd. §. 5. (*d* Ley 8 cit. y su glos. 2, glos. de la ley 9 sig. y glos. fin, de la últim. tit. 15, P. 4. (*e*) Ley 8 cit. (*f*) Leyes 10 y 28 de Toro.

CAPITULO II.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos, y de la de los frutos de la mejora.

§. I.

Cómo pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes legítimos, consignarles la mejora y gravar al mejorado, y asimismo cómo se ha de deducir.

1 Aunque por todos derechos corresponde á los hijos su legítima, como es de derecho positivo ó escrito la asignacion de la cuota ó cantidad que con este título ó nombre deben percibir, y se llama *legítima*, porque la concede y señala la ley (*a*), ha habido variedad y alteracion en todos tiempos acerca de la porcion que sus padres debian dejarles. Por derecho antiguo civil solamente les correspondia la cuarta parte libre de los bienes de estos, y si no se la dejaban entera, podian pedir su suplemento. Despues por las auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte, si los hijos eran cuatro ó menos, y si cinco ó mas la mitad (*b*). Posteriormente las leyes del Fuero Real permitieron á los ascendientes disponer de un quinto en vida y de otro en muerte, y éstas se corrigieron por las de Toro, que ordenaron no pudiese el padre, madre ó ascendiente disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos (*c*), y son las que hoy se observan en estos reinos de Castilla.

2 Mas sin embargo de este último establecimiento no son legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador las cuatro partes de sus bienes, porque teniendo el padre ó la madre dos, ó mas, pueden mejorar en contrato ó en disposicion última á cualquiera, ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usu-

(*a*) Ley 17, t. 1, P. 6. (*b*) Ley 17 cit. (*c*) Leyes 9, tit. 5, de Legados, y 7, tit. 13 de Donaciones, lib. 3 del Fuero Real, y 28 de Toro, que es la 12, tit. 6, lib. 5 R. u 8, tit. 20, lib. 10 N. R.

fructo, adquirida por cualquier título, ó en el uno de estos á su arbitrio (*a*), y los demas percibirán su legítima disminuida: lo cual procede, aunque no haya mas que un hijo nacido y otro póstumo, porque éste, como ya existe, se considera nacido en lo que le es propicio, segun se ha dicho muchas veces.

3 Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos, y si siendo muchos los mejorados el testador no señala á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, debe dividirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una (*b*); á cuya consecuencia, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dejarles otra mejora de aquellos, como ni tampoco de su propiedad (*c*).

4 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, y aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á ésta la cuarta marital que la ley le concede. Asimismo, no obstante que la viuda ha de llevar ésta cuarta, podrá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6 de Toro en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra, y porque las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencia ni bienes del difunto, se deben deducir antes que se proceda á la division de los propios de éste.

5 Pueden tambien los abuelos mejorar en el tercio y quinto de sus bienes libres, ó en uno de ellos á sus nietos y demas descendientes legítimos, aunque vivan sus hijos padres de estos, como lo dispone la ley 18 de Toro (*d*), que dice: »El padre y la madre, ó cualquier de ellos puedan si quieren, hacer el tercio de la mejoría que podian hacer á sus hijos ó nietos conforme á la ley del Fuero, á cualquier da sus nietos, ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos padres de los dichos nietos, ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento." Y no solo se amplia su facultad á mejorar á un hijo, nieto ó descendiente, sino tambien á dos, ó tres, ó á todos los que ten-

(*a*) Ley 9 cit y leyes 17 y 18 de Toro, que son las 1 y 2, tit. 6 lib. 5 R, ó 1 y 2, tit. 6, lib. 10 N. R. (*b*) Ley 9 cit. tit. 5, lib. 3. del Fuero Real. (*c*) Esto se apoya en las leyes de Toro que citaré en su lugar. (*d*) Es la 2. tit. 6, lib. 5 R. ó 2, tit. 6, lib. 10 N. R.

gan, escepto uno ; porque aquel á quien por derecho se permite nombrar á uno para algun legado, fideicomiso, ú otra disposicion última, puede elegir dos ó mas. Asimismo tiene lugar, aunque haya solamente un hijo, y de él un nieto ó nietos, pues sin embargo se podrá mejorar á éste ó estos, hijos de aquel, cuya opinion es la segura y corriente en la práctica, porque la ley inserta permite que los abuelos puedan mejorar al nieto viviendo su hijo, y estando ambos vivos hay eleccion de persona, como se requiere, para que pueda haber mejora.

6 Pero si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él; ya porque el mejorar supone muchas personas entre quienes elegir, segun se ha dicho; y ya porque forzosamente debe suceder en todos los bienes de su ascendiente, escepto el quinto, en el cual solamente, caso que se le legue, le puede imponer gravámen, puesto que todos los restantes son legítima del hijo ó descendiente (*a*), y asi se observa.

7 Procede lo referido, aunque en pacto dotal se haya impuesto el gravámen de vinculacion y restitucion, sino naciere mas que un hijo, y aunque se haya hecho la mejora en contrato irrevocable, ó el mejorado lo haya sido en ultima disposicion, habiendo muchos descendientes; pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante aquel fuese único, cesará el gravámen, y todos los bienes de sus ascendientes escepto el quinto serán legítima suya, porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte, hasta el cual no surte efecto la mejora.

8 Esta doctrina se limita en caso que el hijo mayor de 25 años consienta espresamente el gravámen que su padre le impuso en el tercio, jurando no reclamarle: en caso que calle toda su vida, y posea los bienes 30 años por muerte de su padre ó mientras vive, sin reclamar la vinculacion y gravámen, porque por este silencio de los dos en tanto tiempo es visto consentirla; y en caso que el padre le mejore con la condicion de *si otro hijo, ó hijos le nacieren*, pues entonces será válida tambien la mejora y gravámen, porque el acto que puede hacerse puramente se puede hacer con condicion, y por tanto, si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejora y

(*a*) Ley 11, tit. 4, P. 6. Vease la I. P. cap. 5, *n.* 110.

gravámen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si se hubiera hecho despues de nacido. Lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo, y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece aquella, con especialidad si se considera que habiendo podido el padre revocarla, y no habiéndolo hecho quiso que subsistiese.

9 Tambien se limita la espuesta doctrina cuando el padre instituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufructo, y éste percibe sus frutos, que equivalen al gravámen; en cuyo caso valdrá asimismo la mejora. Lo propio milita, si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere en el gravámen del mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto, porque, ó deberá consentir en el gravámen del tercio, ó perderá el quinto: ó si la hace de tercio y quinto con facultad real, pues entonces no solo podrá vincular el tercio, sino tambien todos sus bienes libres, si aquella se lo permite; y aunque no observe el órden de la ley 27 de Toro, no se anulará, si la facultad no le precisa á ello.

10 La muger casada no puede mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo en contrato sin licencia de su marido, como se ha sentado en la I. P. (*a*), escepto que éste no tenga el usufructo de los bienes libres de ella; pues teniéndole, aunque será válida la mejora, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion, ó haciéndola con causa onerosa con tercero, como depues se dirá; no se ha de privar á su marido del usufructo que debe conservar para sostener las cargas matrimoniales (*b*), porque cuando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro.

11 La mejora del tercio se puede consignar en bienes ciertos y determinados, para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no esceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo (*c*).

(*a*) Cap. 5, nn. 112 y sig. (*b*) Ley 25, tit. 11, P. 4. (*c*) Ley 19 de Toro, que es la 13, tit. 6, lib. 5 R. ó 9, tit. 20, lib. 10 N. R.

Asi que, habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna se ha de atender para el cabimiento del tercio al valor que los bienes del mejorante tienen cuando fallece, y no al que tenian cuando hizo la mejora, sean muchos, ó pocos en cualquiera de los dos tiempos. Pero ha de hacer por sí mismo y no comer á otro la consignacion ó señalamiento de los bienes del tercio y quinto, porque se lo prohibe la citada ley 19 de Toro.

12 Si la consignacion se hace en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, se gravarán por esto las legítimas de los no mejorados; y se presumirá dolo, por lo que en este caso el juez hará la asignacion, no precisamente en todo lo dicho, de suerte que lo peor sea para aquellos, sino en lo bueno, y de modo que quede bueno tambien para estos, pues no es justo que ademas de ser mejorado el hijo lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos no siéndolo lleven lo peor é infructífero. Asi se ha de entender la asignacion de que habla la citada ley 19, no solo en el tercio, sino tambien en el quinto, ya se legue á los descendientes, ya á estraños, ó ya se disponga de él por el alma.

13 Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se han de entregar al mejorado, ó legatario, sea legítimo ó estraño, los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero, escepto que aquellos no puedan dividirse cómodamente, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, y si no la señaló se ha de dar en la parte de hacienda que dejare (*a*). Pero cuando la hacienda no tiene cómoda division no están obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ello la ley, y antes bien lo deja á su arbitrio diciendo, no que *deben*, sino que *puedan*; y asi pagarán la mejora en dinero, ó en otros bienes de la herencia, segun quisieren, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero.

14 Si el testador por carecer de herederos legítimos testa entre estraños, y mejora á alguno en el tercio, ó quinto, ó en otra cuota, ó parte de sus bienes; ó la lega á otro, éste legatario, ó mejorado debe llevar indistintamente su legado, ó mejora

(*a*) Asi lo ordena espresamente la ley 20 de Toro, que es la 4, tit 6, lib. 5 R. ó 4 tit. 6, lib. 10 N. R.

en los bienes que dejó el testador, sin que el heredero tenga derecho á elegir, porque si teniendo descendientes y dejando el quinto á estraños, debe haberle éste en los propios bienes del testador, como dice la ley, con mayor razon siendo todos estraños deberá percibirle en ellos; y para el caso lo mismo es que sea el quinto que la cuarta ó tercera parte, ú otra cuota de bienes.

15 No sucederá lo mismo, si el testador lega v. gr. la tercera parte, ú otra del usufructo de cierto fundo suyo, pues podrá el heredero vender el fundo, y entregar al legatario la estimacion y cantidad anual respectiva al arrendamiento de la misma parte del usufructo, aunque no quiera recibirle, y este es uno de los casos en que se pueda entregar una cosa por otra al acreedor contra su voluntad.

16 Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede gravarse por sus ascendientes, si estos dejaren á algunos mas porcion que la que le corresponde por ella, se les permite poner en el esceso condiciones posibles y honestas (*a*); y puesto que no es legítima rigorosa de todos el tercio, si sus padres le dejaren á alguno, ó algunos, pueden imponer en él para siempre, ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato, ó en disposicion última, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion, el gravámen, asi de restitucion como de fideicomiso, con los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, siempre que sea entre sus descendientes legítimos de cualquier grado, anteponiendo ó postergando entre las personas de cada grado las que quisieren, sean varones ó hembras, á las cuales no pueden escluir por no dárseles facultades para ello: en defecto de legítimos, entre los ilegítimos que hayan derechos de poderlos heredar: no habiéndolos, entre sus ascendientes: á falta de estos, entre sus parientes; y acabados todos, entre estraños; pues si se hiciere la disposicion en otros términos, se reducirá al órden espuesto, y solo valdrá hasta la persona en quien inútilmente y contra la ley hicieron la substitucion (*b*), en la cual se acabará quedando en su poder libres y como tales partibles entre sus herederos los bienes, si de la mente del mejorante no aparece lo

(*a*) Ley 11, tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 27 de Toro, que es la 11, tit. 6, lib. 5 R. ó 11, tit. 6, lib. 10 N. R.

contrario, porque en las cosas que admiten separacion no se vicia lo útil por lo inútil. El gravámen y condiciones pueden ponerse, no solo al tiempo de fincar la mejora, sino tambien despues en cualquiera, con tal que pueda revocarse, y no de otra suerte. Mas para saber la novedad que ha habido sobre este punto, véanse en el cap. 9, P. I. los nn. 18 y 19.

17 Si el testador que instituye á sus hijos naturales tiene ascendientes, no puede sustituir estraños, y si los nombrare llevarán solamente el tercio, y el residuo será para los ascendientes, pues del mismo modo que la institucion no valdria sino en él segun la ley 6 de Toro, no valdrá la substitucion, porque es segunda institucion, y el que no puede ser instituido tampoco puede ser sustituido.

18 Mandando el testador que el mejorado pueda de propia autoridad aprehender la posesion de los bienes de la mejora que le señaló, ha de observarse su voluntad; y por el contrario, si prohibe que la tome hasta que sus testamentarios cumplan su disposicion y paguen los legados, tambien debe ser obedecido.

19 Mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes en disposicion última, é imponiéndole el gravámen de restituirle á otro hijo, ó descendiente á cierto tiempo, si despues en el artículo de la muerte dejó simplemente el mismo tercio y quinto á otro hijo, se entiende quitado el gravamen de restitucion impuesto al primero por el hecho de no haberle espresado.

20 Si el padre del testador le dejó un fundo con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor, nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, substituirle y gravarle á la restitucion, y el nieto recibe de él y no de su padre el fundo, por lo que no se debe conceptuar finca del testador ni hacer mérito de él en la particion de sus bienes.

21 Habiendo dejado el testador al nieto un fundo *para cuando tuviese hijos*, si antes de verificarse esta condicion, ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca á la parti-

cion, porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun cuando se tenga noticia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dejó en testamento.

22 Pero esto se limita: lo primero, cuando se purificó el fideicomiso muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria el nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, como si dijeron: »que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exigir jamás del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocase y pudiese tocar, porque lo renunciaban todo y se lo condonaban mútuamente para siempre;" pues entonces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia, y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener.

23 La mejora se puede hacer espresa y tácitamente: espresamente, cuando en la donacion usa el testador, ó donante de la palabra *mejoro*, ú otra equivalente; y tácitamente, cuando hace donacion simple al descendiente sin causa alguna solo por beneficiarle, en cuyo caso se presume que le mejora en lo que le dona, y no se le ha de imputar en su legítima, escepto que conste lo contrario de la voluntad del donante, pues siempre se debe atender á la mente de los contrayentes y recurrir á las conjeturas (*a*).

24 En este supuesto si el padre entrega á su hijo emancipado cierta cantidad de dinero, aunque sea grande, para que en suelo suyo construya un edificio, ó plante viña u olivar (que de otro modo no construiria ni plantaria) es visto que se la dona, y de consiguiente que le mejora en ella, como tambien en la cosa que compra en nombre de él y se la entrega.

25 Lo mismo procede, si su madre le redime de cautiverio, ó sino teniendo ni administrando bienes suyos le da alimentos, pues se presume que lo hace movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion (*b*); y así no se deben imputar á los hijos en

(*a*) Ley 26 de Toro. (*b*) Ley pen. tit. 12 P. 5.

sus legítimas estas y otras donaciones semejantes sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que le permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante (*a*).

26 Haciendo el padre en su testamento, ó en otra disposicion última algun legado á su hijo, ó descendiente, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este legado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion, se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubiera hecho donacion en contrato (*b*), porque el legado es una especie de donacion (*c*), y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone espresamente la ley 26 de Toro (*d*) que dice: »Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, y abuelos, y no en mas." Ademas si el padre hubiese querido que se imputase el legado al hijo en su legítima, lo hubiera espresado, y por no haberlo hecho y sí instituido al legatario heredero con los demas es visto que quiso mejorarle.

27 Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes (*e*). Tambien procede no solamente en el hijo varon ú otro descendiente sino asimismo en la hija ó nieta; pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento segun la ley (*f*), sí en testamento ú otra última voluntad.

28 De lo espuesto se deduce que si el testador no dispone

(*a*) De esto se tratará mas latamente en el cap. sig. con motivo de las colaciones. (*b*) Ley 10, tit. 6, lib. 5. R. o 10. tit. 6. lib. 10 N. R. (*c*) Ley 1, tit. 9 P. 6. (*d*) Es la 10 cit. (*e*) Ley 17, tit. 3 P. 6. (*f*) La 1, tit. 2, lib. 5 R. o 6, tit. 3, lib. 10 N. R.

del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si escede al importe de ámbos, ha de aplicarse al legatario el esceso en cuenta de la legítima que le corresponde de los bienes del testador; y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiese, en su legítima, pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya inteligencia en la forma esplicada está comunmente recibida, mayormente cuando se debe observar el órden de las palabras, constando de ellas el espíritu y la mente de la ley.

29 Si el testador dijo en su testamento: »mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones, cuando se casó, ó para ciertas cosas: mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima," y el hijo niega haber recibido de su padre, ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre; si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos, lo cual procede, aun que no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos (*a*); y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá, ni se debe estar á ella en perjuicio de la legítima del hijo que niega la sustraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre (*b*), y así debera percibir su legítima entera (*).

(*a*) Véase el cap. 6, n. 60 y su nota (*b*) Ley 3, tit. 14 P. 3.

(*) Si hubiese dicho Febrero que en los casos espresados no vale la asercion del padre negandola el hijo, se hubiera esplicado mejor y en menos palabras. Con mas claridad se esplica la ley 3 cit. que así por esto, como porque merece leerse, voy á copiar. "Tan grande es el amor que ha el padre con su fijo: maguer sea de ganancia (*aunque sea ilegítimo*) que va buscando carreras (*medios ó trazas*), porque le pueda dar mas en su testamento, que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto sería cuando algano deja á tal fijo, cuanto le otorga el derecho que le pueda dejar. E en esse mismo testamento dice, que manda á sus herederos, que tornen á aquel su fijo tantos maravedís, que le diera fulano pariente del mozo, en poridad (*secreto*) que los guardasse por él: é otrosí, que le tornassen tantos maravedís, que él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó mandase escrebir en el testamento otras palabras semejantes destas, en que mandasse dar al mozo, mas de lo que las leyes mandan, decimos, que los herederos no son tenudos de pagar mas de lo que el derecho deste nuestro libro manda, que puede mandar el padre á tal fijo: é que en las palabras que dijo demas de aquello que no deve ser creido. Ca sospecharon los sabios antiguos, que ficta-

30 Pero si dice: »mejoro á Juan y Diego mis hijos en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó;» y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion; aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre, al modo que si dijese: »Lego á Francisco ciento que Antonio me debe, » será inútil este legado no haciéndose constar el débito; no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues cuando las palabras del testador se dirigen al heredero, como si dice: »Lego á Pedro ciento que le debo,» parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; mas cuando habla de tercera persona como en el último caso de Francisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que espresa (*).

31 Donando en vida simplemente y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tacitamente en él, por lo que si su valor escede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante cuando fallece, ha de llevar el esceso en cuenta de la legítima, y si escede tambien á ésta debe restituirle á los coherederos (*a*). Lo mismo se debe practicar, cuando le mejora espresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora, atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte unido con el de los entregados, y no al de los que tenia cuando le mejoró, fuesen mas ó menos (*b*), como se esplicará latamente en el cap. sig.

32 Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase, si se ha de imputar en el tercio, ó en el quinto, y de cual se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos; y parece que deberá entenderse del quinto, puesto que por la ley 214 del Estilo que está en uso, se manda

ron las leyes, que cuando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley, é por sabor (*desco*) que ha de facer algo á sus fijos, é non porque sea assi. Pero si tal fijo pudiere provar, que el padre le deve, ó recibiera por él alguna destas cosas que le manda dar, entonce tenudos serian los herederos de tornarle, ó de otorgarle todo aquello que assi provasse, o mostrase.»

(*) Oscura, confusa, y poco sólida y atendible parece la doctrina de este número.

(*a*) Leyes 26 y 29 de Toro. (*b*) Leyes 19, 23, 26 y 29 de Toro.

deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que cuando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que hace la disposicion ó contrato: ó que si equivale al tercio, se imputará en él, ó en el quinto, si equivaliese á su importe, pues aquello se entiende hecho que se colige de la cualidad de la cosa, asi como de la cantidad del precio se infiere, si fue venta ó arrendamiento lo que se hizo; y si lo que donó, equivale á su legítima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que asi deberá colacionarla, sin que se deba hacer mérito de que esceda ó no llegue al tercio, quinto, ó legítima en poca suma-porque lo poco se reputa nada.

33 Pero sin embargo de lo espuesto no se debe imputar en el quinto ni legítima dicha donacion, sino estimarse como tercio o parte de él: en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio, y de entenderse serlo y no tercio resultaria que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas sino tambien los legados pios y graciosos, lo cual no puede ser, porque solo en cuanto al funeral necesario y moderado, misas y descargos de su conciencia es revocable, para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima y no puede gravarse, se seguiria que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase á un estraño el quinto de sus bienes, es indubitable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dejado el quinto por su alma; y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley; se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse, ó dar lo menos que pueden, como hace cualquiera persona prudente, y con la donacion del fundo si se entendiese del quinto, se quitaba á su propio el mejorante la facultad de testar libremente de él íntegro, lo cual no es creible quisiese; y en cuarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar, segun lo que es mas verosímil, quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas á propó-

sito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto, y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrase algo, en el quinto, disponga de él en favor de su alma, ó de estraño, ó destínele á su arbitrio en otras cosas.

34 Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere antes que su padre sin dejar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de este en la parte en que su valor escedió á la legítima y mejora segun Ayora, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque mientras este vive, no hay herencia, ni puede tener heredero de hecho: ni hasta que muera, se debe la legítima. Pero á estos fundamentos se satisface lo primero, con que aunque el padre, mientras vive, no puede tener heredero, esto se entiende siendo estraño, mas no siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida y cuasi dueño de sus bienes: lo segundo, con que sin embargo de no debérsele la legítima ni poder ser compelido el padre á entregársela, se la puede pagar en vida, y cuando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ó paga antes de tiempo, que el que le dona; pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que la donacion hecha al hijo estando bajo de la patria potestad se confirma con la muerte del padre, si no la revoca; y lo cuarto, con que así como la donacion hecha á la hija por causa de dote, es válida, y ésta se da en parte de legítima, así tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre pareja con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo (*a*). En esta atencion digo, que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo, que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retratar, aunque despues llegue el caso, y se advierta que si antes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta: fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo es visto haber consentido en su enagenacion, como sucede en los bienes profecticios, cuando le concede su administracion.

35 Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el

(*a*) Leyes 17 de Toro y 3, tit. 15 P. 6.

gravámen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca; no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella, por no ser propia del mejorante, y antes bien la adquirirá igualmente con todos sus hermanos como acreedores á ella, mediante á no haberla restituido á ninguno, y á que por esta omision y silencio es visto haber querido restituirla á todos, puesto que el gravado á restituir indistintamente á alguno de una familia puede hacer la restitucion á dos ó mas de ella: de suerte que la mejora se deducirá únicamente de los demas bienes que el mejorante haya dejado.

36 Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el órden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar, se debe bajar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora, y asi el quinto dejado en un mismo testamento ó contrato se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, para que sea de mayor valor, y por las demas razones espuestas en la I. P. (*a*) no habiendo fuero ó costumbre contraria, segun lo dispone la ley 214 del Estilo que declarando otra del Fuero Real (*b*) dice: Y es á saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, cuando no hay otro fuero, ni costumbre que sea contra la ley, que sacan primero por razon del alma y quinto de quanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere: y de todo lo al que finca, mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio, y asi se usa esta ley;" y se observa regularmente en estos reinos de Castilla: lo cual procede, aunque el contrato sea irrevocable, pues por esto únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto, y asi su importe como existente entre los bienes del mejorante se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, de deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, bajar

(*a*) Cap. 5 n. 116. (*b*) La 9, tit. 5, lib. 3.

del residuo el tercio y dividir el resto en tantas partes iguales cuantos son los herederos incluso el mejorado ó mejorados, si tambien lo son; pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos que no entran á heredar á causa de vivir su padre ó madre, se dividirá tan solo entre los instituidos por tales. Pero es de advertir al partidor que cuando el testador deja á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de cualquiera de estas clases, y bienes fructiferos ó infructiferos, y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos, ó en el quinto, ó en ambos á alguno, ó alguno de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo cual procederá justificadamente y ninguno será perjudicado.

37 Lo propio milita, cuando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte en testamento, ó contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos, ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de cualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar este ántes ó despues que aquel, como se demuestre haciendo la cuenta. Por egemplo, asciende el caudal líquido partible á quince, si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los cuales el tercio son cuatro, de suerte que por tercio y quinto bajando primero este le tocan siete; y si se baja antes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los cuales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

38 Lo espuesto se limita, cuando el mejorante manda que el tercio se deduzca antes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ó disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro ó de estraño, ó por su alma del quinto; pues entonces se observará su mandato, porque la deduccion previa del quinto se ha establecido á su favor, para que tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y así puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio.

39 Tambien se limita, cuando en contrato irrevocable, ó por causa onerosa como casamiento hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes, ó de su posesion verdadera, ó ficta, y en disposicion ultima del quinto á favor de otro, ó de un estraño, ó dispuso de este en otros fines:

como tambien cuando se pactó entre los interesados, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante, pues en estos casos se deducirá primero el tercio y dismuirá el quinto, porque mucho antes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante, por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y así para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo cual procede, aunque el instrumento revocable en que se donó ó 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 cual empieza á tener vigor, por no poderle ya revocar.

40 Mas para hacer la deduccion del tercio entero, ó de la parte de él que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes, cuando muere, y no á lo que valian, cuando hizo la mejora (*a*); porque el tercio es legítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida; por lo que si cuando el testador la hizo, tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tienen 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, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, hecho todo un cuerpo se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

41 Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace, ó invalida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ó despues, si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

(*a*) Ley 23 de Toro que es la 7 tit. 6, lib. 5 R. ó 7, tit. 6, lib. 10 N. R.

42 Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cual de los dos se ha de bajar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por egemplo, deja el padre 150 ducados, y los gastos y legados referidos importan 10. Parece que segun la ley del Estilo que se halla en observancia en estos reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son 30, sacar de los 120 restantes el tercio que importa 40, aplicarle al mejorado en él, y luego dividir los 20 que sobran del quinto, bajados los 10, importe de los legados, gastos funerarios y misas, y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

43 Pero con esta deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado, y así primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son 666 ducados, siete reales y un tercio de otro, luego de los 120 bajar tambien y aplicarle los 40 del tercio, y unidos el resto de ellos que son 80, y el del quinto que asciende á 10333 ducados, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos entrando el mejorado: porque el testador por el hecho de haber mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, asi como de los demas bienes que son legítima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fue únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos que son el residuo de este.

44 Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo el tercio hasta en lo que alcance el quinto y no mas, y únicamente se entenderá mejorado en el esceso de uno á otro.

45 Lo mismo ha de decirse, cuando el pade mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo y á otro en el quin-

to, ordenando que el mejorado en el primero satisfaciese por sí solo los gastos de su entierro y demas espresados, ó que entregarse para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á 20@ reales, cuyo quinto son 4@ y cuyo tercio, bajados estos, importa 5@333 y un tercio de otro. En este caso deberá espender hasta en los 4@ de los 5@333 del tercio y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los 1@333 y un tercio restantes, que juntos con los 4@ del quinto componen los 5@333 y un tercio del tercio total de la herencia, y así no se grava la legítima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio, y se conceptuará mejorado en el residuo como en parte de tercio.

§. II.

Si los ascendientes pueden revocar hasta su muerte la mejora hecha ó sus decendientes legítimos, y cuándo se entiende revocada.

46 No porque los hijos y descendientes legítimos sean mejorados en contrato, ó última voluntad, se hacen incontinenti dueños de los bienes de la mejora, ó donacion, de tal suerte que sea irrevocable; pues por el contrario sus padres ó ascendientes pueden revocar hasta su muerte la del tercio que hicieron á su favor en testamento ó en otra disposicion última ó en contrato, esten en su poder, ó fuera de él, como lo dice la ley 17 de Toro (a). »Cuando el padre ó la madre mejorare alguno de sus fijos, ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun con-

(a) Es la 1 tit. 6, lib. 5 R. ó 1 t. 6, lib. 10 N. R.

trato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que fizo la dicha mejoría, ó no, fasta la hora de la muerte la pueda revocar cuando quisiere." Esto procede, aunque les entreguen la posesion de los bienes de la mejora, si la hicieron en testamento ó en otra última voluntad, mayormente si hacen mencion de ésta, porque la tradicion como accesoria á la disposicion en que se hace, sigue su naturaleza.

47 El que afirma la revocacion, debe probarla, porque como no se contempla mudada la voluntad del que hizo la mejora, no se presume en duda haber revocado ésta; por lo que si el padre mejoró en su testamento á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio, y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado en este la mejora; y antes bien concurrirán ambos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados, al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos.

48 Lo mismo procede con mayor razon, si en el propio testamento, ó en otro acto celebrado incontinenti mejorase el padre á dos hijos con separacion; pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad, no se presume haberlo hecho, mientras no lo diga, porque su afecto á los hijos es regularmente igual, y no es creíble que sin motivo se quisiese retractar al momento de lo que acababa de hacer.

49 Mejorando el padre á un hijo suyo en cierta cantidad que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, si compra despues con ella un fundo y le vende, y se contempla revocada la mejora, porque ya no existe en su poder el dinero, ni lo que subrogó en su lugar; pero si el fundo permanece en poder suyo al tiempo de morir, no se presume revocada y llevará el hijo el fundo, porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio. Lo propio milita siendo legado.

50 Asimismo si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él y en el quinto, consignándole por parte de su importe los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de ella la mejora, los cobra y deposita su dinero, ó compra con él algun fundo ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte, antes bien el dinero depositado, ó el fundo comprado

con él y esistente en su poder al tiempo de su muerte se subroga en lugar de los créditos; pues lo mismo procede en el legado.

51 Si habiendo mejorado el padre á un hijo suyo en testamento le lega despues en codicilo un fundo mandando se contente con este, se presume revocada la mejora, y asi por razon de mejorado no llevará mas que el fundo, equivalga ó no su valor al de aquella; mas si en el mismo testamento le legare el fundo, no se juzgará hecha dicha revocacion, pues no se presume que incontinenti mudó de parecer, y antes sí que le legó el fundo señalandosele por parte de la mejora.

52 Y si despues de haberle mejorado ó legado el fundo en testamento le hipotecó á cierta cantidad que impuso sobre él, no se contempla revocada por este empeño la mejora ó legado, y así el heredero debe desempeñar el fundo y entregarle al legatario ó mejorado (*a*), escepto que esté empeñado en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entonces se debe conceptuar revocada la mejora, porque se juzga vendido por aquella.

53 Se presume tambien revocada la mejora, ó manda que el padre hace á su hijo, cuando despues de hecha enagena voluntariamente, ó dona la cosa que le legó (*b*), aunque la enagenacion sea nula, y no por la promesa de venderla; pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, sea por urgencia propia, ó por otra causa onerosa, no se revocará (*c*), y en duda se presume haberla tenido, á menos que se pruebe lo contrario (*d*).

54 La mejora se puede dejar ó hacer de tres modos. El primero es por espresion de cuota cierta como del tercio generalmente; en cuyo caso se entiende revocada por la enagenacion de la misma cuota, puesto que dispone de aquello que podia revocar; y asimismo cuando dona, ó lega alguna parte de la cuota, se presume revocada la mejora en esta parte, porque es diminucion de aquella. Por la enagenacion en contrato oneroso en todo caso no se induce la revocacion, cuando aquella se hizo de cosas particulares de la cuota en que fue hecha mejora; pero aunque no se revoque, se disminuye, porque se debe atender á los bienes que tenga el mejorante al tiempo de la muerte. El segundo

(*a*) Ley 40 al medio t. 9 P. 6 (*b*) Leyes 17 y 40 tit. 9 P. 6. (*c*) Leyes cit. (*d*) Ley 40 cit. al fin.

modo de hacer la mejora es por espresion de cosa cierta, cuyo valor indica, si es ó no mejora, y sobre su revocacion se ha de estar á lo dicho en el número anterior. El tercer modo de hacer ó dejar la mejora es por espresion de una cuota como tercio ó quinto señalándola el testador en cosa cierta; en cuyo caso segun algunos AA. si la enagenacion fue voluntaria, se revoca; si fue necesaria, no, y si se hizo por título lucrativo, se revoca indistintamente, sea necesaria y voluntaria. Pero lo cierto es que la asignacion no es cosa substancial de la donacion sino demostracion de la cosa en que ha de tener efecto, y asi aunque perezca, ó se enagene, no se revoca la donacion, porque permanece la substancia del legado (*).

55 Legando el padre á un hijo parte del fundo ó cosa que tenia legada á otro, no se revoca todo el legado, y solo se detraerá aquella parte que llevará de menos el mejorado; y si despues dona á otro hijo el tercio y quinto, se entiende bajado de estos el fundo ó cosa legada, pues de lo contrario serán perjudicados los demas en el importe de ésta, que es parte de su legítima, por lo que el hijo a quien dejó el legado, le llevará entero, y el mejorado en tercio y quinto el residuo de la mejora, considerado y deducido el valor del fundo en el importe de ésta. Y siempre que por la enagenacion de la cosa legada no se contempla revocada la mejora, se debe dar al mejorado el valor ó estimacion de ella, y si se permutó por otra, esta, caso que se halle en poder del mejorante, porque se subroga en su lugar (*a*).

56 Si el padre enagena voluntariamente el fundo en que había mejorado á su hijo, y despues de enagenado le redime ó compra, y se halla en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora; pues asi es de presumir por el afecto paterno, y procede en la cosa legada, vendida voluntariamente y redimida por el testador, aunque no se hubiese hecho la venta con el pacto de retrovendendo: en cuya atencion no habiendo motivo particular de afecto en el testador respecto del legatario, se presume quiso revocar el legado por el hecho de haber vendido la cosa legada sin dicho pacto.

(*) Sobre este punto en cualquiera caso que ocurra, examínense las palabras del testador y todas las circunstancias que hagan al caso.

(*a*) Leyes 17 y 40, t. 9, P. 6.

57 Cuando el padre mejoró á algun hijo en el tercio de sus bienes para el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece antes de celebrarse el casamiento, se conceptua revocada la mejora, porque la causa impulsiva y final de hacérsela su padre fue el mismo matrimonio, segun ha de decirse del legado en igual caso; escepto que conste haberse hecho no solo por causa del matrimonio, sino tambien por contemplacion del hijo, como en duda se presume.

58 Haciendo el padre mejora á favor de alguno de sus hijos, y señalándola en cosa determinada, si despues la vende y compra otra, se subroga ésta en lugar de aquella; y si le mejora en ciertas cosas suyas y ademas en otra agena con la condicion de, *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora como parte de ésta, y si la vinculó, quedará tambien vinculada.

59 Se conceptua revocada la mejora (ó legado) hecha por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro, cuando espresa que la hace, porque haya igualdad entre ellos, en cuya atencion ambos heredarán igualmente; y si la hace á los dos por una misma causa, y revoca luego la del uno espresando hacerlo por el dicho motivo, es visto ser revocada tambien la del otro, aunque no lo diga.

60 Si despues de haber mejorado el padre á su hijo se suscita entre ambos una grande enemistad, se presume revocada la mejora, aunque luego otorgue codicilo, y no haga en este ninguna mencion de ella; y segun la comun y mas verdadera opinion aun cuando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él (*); bien que si despues se reconcilian, convalece la mejora. De aqui se deduce que si el marido legó algo á su muger, y despues por su sevicia ú otro motivo se divorcian, se revoca el legado.

61 Todo lo que se ha dicho acerca de la mejora hecha en

(*) Yo me inclino á que no debe entenderse revocada la mejora, si en codicilo que otorga el padre despues de la enemistad, no hace mencion de aquella; y aun lo tendré por seguro, si el padre motivó la enemistad. Yo hago y con justicia mayor favor al amor paterno que el que le hicieron. Palac. Rubios; Covarrúbias y otros AA. que opinaron de otro modo.

última disposicion, ha lugar en la revocable formalizada en contrato, porque sigue su naturaleza.

62 Haciendo el padre á uno de sus hijos mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, ó si no tenia mas que un hijo, entregándole la mayor parte estos, aunque despues tenga otros hijos, no se revocará por esto la donacion ó mejora, sin embargo de lo que alegan en contrario algunos AA.; pues por aquella no son gravados en su legítima necesaria ó rigorosa, y cuando el padre la hizo, sabia que podia tenerlos; si bien siendo hijo único el mejorado es impropio el nombre de mejora que deberá llamarse donacion hasta tanto que haya otros hijos. Es verdad que por el nacimiento de estos se revoca la donacion que hubiese hecho el padre (*a*); pero esto es, cuando la hizo á estraño, pues siendo hecha á hijos la revocan los hermanos que despues nazcan solamente en la parte que se les quite de su legítima.

63 Asi como los ascendientes pueden hacer revocable y revocar hasta su fallecimiento la mejora del tercio y quinto que en última voluntad ó en contrato hicieron á sus descendientes legítimos; asi tambien la pueden hacer irrevocable del tercio en contrato segun la citada ley 17 de Toro (*b*) que dice: »Salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, obiere entregado la posesion de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas, á la persona á quien la hiciere, ó á quien su poder obiere; ó le obiere entregado ante escribano la escritura dello; ó el dicho contrato se obiere hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, sino resérvase el que lo hizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna cosa, que segun leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar (*c*).

64 Pero si los padres mejoran á un hijo suyo en tercio y quinto, dicen algunos que aunque le entreguen la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto y disponer de él como sino la hubieran hecho: porque esta mejora

(*a*) Ley 8 tit. 4, P. 5. (*b*) Es la 1, tit. 6, lib. 5 R, ó 1 tit. 6, lib. 10 N. R.
(*c*) Las especifican las leyes 10, t. 4, P. 5 y 1, tit. de las Donaciones lib. 3 del Fuero Real, y se reducen á la ingratitud del donatario ó mejorado con el mejorante. Se trata de ellas en la I. P. cap. 21, nn. 18 y sig.

es respectiva á los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23 de Toro, y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la cual aun que sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro; en cuya atencion, aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa á alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto como en el tercio, y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata espresamente la 17 inserta, se limita á éste, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros conciliando las opiniones resuelven que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, sí; á cuya opinion me inclino, escepto en lo tocante á la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en cuanto á estos creo que en todos casos es revocable, como ya se ha sentado en el cap. 1 de este libro, nn. 29 y sig.

65 Si el padre y la madre, ó alguno de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes, le dieron la posesion de los que le componian, y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplia á ellos la mejora: si ésta se hizo por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas á los que tenian entonces que á los que despues adquiriesen, ó si entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar, ni aun respecto de los adquiridos posteriormente, ni tampoco si le entregaron simple y genéricamente la posesion de ella, de tal suerte que se puede estender á los bienes futuros, v. gr. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo*, porque siendo, como es propio de la naturaleza de la mejora, el que se amplie á aquellos, surte el mismo efecto la cláusula de constituto, se estiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga espresamente: *que se constituye poseedor de la mejora por los presentes y futuros*; ya la haya hecho simplemente, diciendo: *que se constituye poseedor en nombre de su hijo*; pues en ambos casos versa la misma regla y razon. Y aun si los padres entregaron al hijo la posesion de la mejora, limitada tan solo á los bienes presentes, y despues adquirieron otros, en los cuales se juzga aquel mejorado, tampoco se podrá revocar de ningun modo en cuanto á estos, por que por lo

mismo que es perfecta é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros.

66 Habiendo mejorado el padre en testamento, donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo, si despues le dió los bienes de la mejora sin hacer mencion de ella ni del instrumento en que se otorgó, pasa por la entrega á ser donacion pura é irrevocable; pero si mencionó la mejora y la escritura, se puede revocar; como tambien aunque no lo hiciese, si incontinenti que fue otorgada se los entregó, porque es visto habérselos entregado en virtud de ella, y asi debe seguir su naturaleza.

67 Si el padre ó la madre mejora á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándosele en cierta cosa sin espresar mas, y ésta no equivale á su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó finca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella; de lo cual puede deducirse: lo primero, que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio no debe llevarla toda en pago de éste y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas que en el tercio; y asi el esceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará; y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, la llevará íntegra, en pago de este solamente. Pero si el mejorante dijo que lo que faltase para completar el tercio, se le supliese de los demas bienes, se deberá suplir. Sin embargo, véase la distincion que se hace en la primera parte, cap. 5, n. 109, la cual debe seguirse.

68 Mejorando genérica y símplemente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad, sin espresar si en el tercio ó en el quinto, ni señalar la cosa ó cantidad en que quiere lo sea, y diciendo solamente *mejoro á mi hijo fulano*, aunque parece que no será de ningun valor esta mejora por la incertidumbre de la cuota, cosa ó cantidad, valdrá sin embargo no solo en el quinto, sino tambien en el tercio: lo primero, porque siendo su ánimo

declarado mejorar á aquel hijo, y haciéndole la mejora es manifiesto que quiere estenderse y referirse á todo lo que le permiten las leyes, en las cuales consta de cuanto puede testar: lo segundo, porque si el testador lega á alguno tanto cuanto puede percibir segun las leyes, vale el legado, aunque de cosa ó cantidad incierta, en todo aquello de que es capaz por derecho: lo tercero, porque si uno lega genérica y simplemente á otro la provision de su casa, ó su camara, se entiende legarle todo lo que se comprende bajo de estos nombres, y no se vicia el legado por falta de espresion de las cosas que se incluyen en ellos: y lo cuarto, porque si el padre ó la madre hace donacion simple á su hijo, aunque no diga la mejora se entiende mejorado en el tercio y quinto (*a*).

69 Aunque los padres, pudiendo, tienen obligacion de dotar á las hijas legítimas que se hallan bajo su potestad, sean ó no ricas (*b*), en ninguna cosa pueden mejorarlas en contrato ni prometérsela con título de mejora por razon de dote ni por la de casamiento; ni aun cuando les prometan el tercio ó quinto, se entienden mejoradas en ellos, ni en ninguno de los dos tácita ni espresamente, como lo ordena la ley 1, tit. 2, lib. 5 R. ó 6, t. 3, lib. 10 N. R. »Y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, sopena que todo lo que demas de lo aqui contenido diere y prometiere, segun dicho es, lo haya perdido y pierda." En esta atencion no vale el pacto que haga con la hija *de que ha de suceder igualmente con sus hermanos, ó que á ninguno ha de mejorar*; porque en virtud de aquel se priva el padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de mejora que podia dejar á sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo, lo cual es eludir indirectamente la ley prohibitiva y mejorar tácitamente á la hija. Y esto se entiende, ya sea casada, ya sea soltera, ya se le entregue la dote antes de casarse, ya despues de casada por via de aumento. Igualmente se entiende, ya sea la dote para contraer matrimonio, ya para entrar en religion, ó profesar, si es no-

(*a*) Ley 26 de Toro, que es la 10, tit. 6, lib. 5 R ó 10, t. 6, lib. 10 N. R.
(*b*) Ley 8, t. 11, P. 4.

vicia, aunque no tenga ningun hermano varon, y las demas hermanas esten casadas, escepto ella; y aun cuando al tiempo de dotarla sea única, si despues tiene su padre mas hijos, pues se revocará en el esceso de su legítima, de modo que quede igualada con ellos. Asimismo se entiende, aunque el padre haga la donacion á la hija con la condicion de restituir el esceso al hijo que pára, pues sin embargo no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohibe y anula los pactos contrarios. Pero bien puede el padre mejorar á las hijas haciéndoles alguna donacion simple por mera liberalidad y sin fraude, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio.

70 En órden á la cantidad que pueden dar en dote los padres que tienen rentas, he aqui lo que dice la misma ley 1. »Mandamos, que de aqui adelante en el dar, ó prometer de las dichas dotes se tenga, y guarde la manera y órden siguiente: que cualquiera caballero ó persona que tuviere 200@ maravedís, y dende arriba hasta 500@ maravedís de renta, pueda dar en dote á cada una de sus hijas legítimas hasta un cuento de maravedís, y no mas; y el que tuviere menos de los dichos 200@ maravedís de renta, no pueda dar ni dé en dote arriba de 600@ maravedís; y que el que pasare de los dichos 500@ maravedís, hasta un cuento y 400@ maravedís de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedís: que el que tuviere un cuento y medio de

(*) En muchas razones apoya Baeza su opinion respecto á la dote de la que quiere entrar en religion ó profesar, mas sin embargo basta para desvanecerlas leer las leyes 1 y 5, t. 2, lib. 5 R. ó 6 y 7, tit. 3, lib. 10 N. R. con especialidad el principio de la 5. "Porque el esceso i punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos i obligaciones que en ellos se han introducido, se consideran por carga i gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas i ayudan á la despoblacion de este reino, y por ser tan grandes, es preciso que lo ayan de ser las dotes, con lo cual se vienen á impedir, pues ni los hombres se atreven ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres i contra la quietud de la república: ordenamos, &c." Es evidente que los motivos de los legisladores para tasar las dotes solo pueden tener lugar en las que suelen darse por razon de casamiento, no en las que se den para toma de habito ó profesion.

renta, y dende arriba, pueda dar en dote á cada una de las hijas legítimas que tuviere, la renta de un año, y no mas, con que no pueda esceder de doce cuentos de maravedis, no embargante que la dicha su renta sea mas de los dichos doce cuentos en cualquiera cantidad." (a) Esta ley no es coactiva, quiero decir, no precisa á los padres á que den á sus hijas las cantidades que prefine, y solo se lo permite prohibiendo el esceso, de suerte que por no darles aquellas ni la legítima íntegra en vida no pueden quejarse; y aunque se arreglen á la ley, si de la dote que les dan resulta mejora, no valdrá en lo que esceda á su legítima, porque para el caso la misma razon milita dándose de rentas anuales que de otros bienes. Y el que alegue ser escesiva la dote, ó que las arras ofrecidas por el novio á la novia esceden de la décima que se le permite donarle ú ofrecerle, debe justificarlo, porque funda su intencion en afirmativa probable, y el que se apoya en alguna cualidad debe probarla.

71 En orden al tiempo que se ha de mirar para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, opinan algunos AA. que ésta puede elegir el de la donacion de aquella ó el de la muerte del donante; pero yo soy de parecer que se debe atender á este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos, escepto el quinto, escediese aquella al importe de su legítima completa debe restituir el esceso que haya: en primer lugar, porque la dote se da y anticipa en cuenta de legítima que le puede tocar, y ésta se debe considerar al tiempo de la muerte del donante, que es cuando regularmente se dividen sus bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen, ni hasta entonces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ellas tanta dote, por nacer despues mas hijos, debe sufrir su diminucion y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legítima cuando se dividan los bie-

(a) Concuerda con esta ley 5, cap. 1 del mismo título.

nes de su padre, que es cuando se le debe ésta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad; y permitiéndose la eleccion sería inútil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permision de dicha ley 29, los cuales quiso precaver y evitar en lo futuro en la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso á otro, la cual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero; nunca escede ésta, ni debe esceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y asi su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legítima, si se aumenta el caudal de su padre; y aunque el ánimo de su padre no haya sido el de mejorarla, se la mejora con permitirle la eleccion, por la cual son perjudicados sus hermanos, y la pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni espresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque éste antes de pensar en casarse debe tener con qué sostener las cargas matrimoniales, y no fiarse en que la novia le mantendrá, pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien casarse, y para ayudar á mantenerse á sí misma y á sus hijos: fuera de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho (*a*), escepto cinco clases de personas, que son, el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano (*b*), á los cuales se dispensa en lo tocante á testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal (*c*). Asi pues, paréceme que la opinion contraria debe

(*a*) Leyes 16 y pen. tit. 1, P. 1. (*b*) Leyes cit. y últ. tit. 1, P. 1. y 31, tit. 14, P. 5. (*c*) Ley 2, tit. 1, lib. 2 R. o 1, tit. 2, lib. 10 N. R.

tener lugar solo en dos casos. El uno es, cuando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa, que atendidos los bienes que tiene le correspondería, si entonces se dividieran, y ella renuncia el incremento de ésta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella, porque en este caso por no ser escesiva la dote al tiempo de su dacion ú oferta, y privarse la hija del beneficio que puede seguírsele, si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de éste, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto contingente hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es, cuando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar éste á alguno de los demas hijos resulta ser inoficiosa ó escesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente é hizo suyo por caberle en ambos tiempos, como diré en el cap. 3, n. 90.

72 Aunque parece que careciendo el padre de hijos legítimos y teniéndolos naturales no puede mejorar á una hija natural por razon de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima, podrá no obstante hacerlo en lo que quisiere, sin que sus hermanos naturales tengan accion á impedírselo: lo primero, porque la ley prohibitiva habla de los legítimas, no de las naturales, y así no se debe ampliar á éstas su prohibicion: lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto á su hija legítima por vía de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni espresamente en contrato, cuyas palabras no cuadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su padre puede mejorar; y se debe la herencia y legítima, por lo que, y por no deberse éstas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni haya ó no legítimos, tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos puede dar á aquellos, ó dejarles por vía de alimentos, es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que las legítimas; y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes no pueden revocarla los naturales como los legítimos; y si carecen de

facultad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrán para revocar una mejora que no lo es con propiedad (*).

73 Sin embargo de que la madre no tiene obligacion por derecho de dar dote á sus hijas (*a*), no puede dotar á las legítimas dándolas por razon de dote ó casamiento tercio ni quinto, porque la prohibicion de la ley *ninguno pueda dar ni prometer*, la comprehende como al padre (**). Lo mismo procede respecto de las naturales á falta de hijos legítimos, porque aquellas son sus herederas necesarias, si carece de otros, como se ha sentado en el cap. anterior: suceden abintestato á los parientes maternos, se prefieren y escluyen á los legítimos que esten en grado mas distantes (*b*), y para con ella obtienen los privilegios de legítimos por defecto de estos, segun espondré en el cap. 7 de este libro (***). Pero si tiene hijo ó hija legítima no puede mejorar á la natural, ni dejarla mas que el quinto, y los hermanos naturales no pueden impedir que ésta sea mejorada como heredera forzosa de su madre.

74 El abuelo paterno no tiene obligacion de dotar á sus nietas pudiendo, sino en dos casos: el primero es, cuando se hallan en su poder bienes propios de ellas, y el segundo, cuando el padre es pobre (*c*). Pero en órden á si la prohibicion de mejorar el padre y la madre á sus hijas legítimas por razon de dote y casamiento, se amplia al abuelo respecto de sus nietas hijas de hijo

(*) A lo espuesto se agrega que los perjuicios que quisieron evitar las leyes con poner tasa á las dotes, no pueden resultar de las que se hagan en cualquiera cantidad á las hijas naturales, puesto que éstas (al menos las conocidas por tales) son muy raras, y aun mucho mas raras las que no tengan hermanos ó hermanas legítimas.

(*a*) Ley 9, tit. 11, P. 4.

(**) Podria dudarse si la madre podrá mejorar á la hija por razon de dote ó casamiento, pues las leyes que tasan las dotes hablan siempre de los padres, sin que se encuentre espresion en ellas que pueda referirse á las madres; y por otra parte, como las mugeres no han acostumbrado dotar á sus hijas, no pudieron sus dotes causar al estado por escesivas los daños que se quisieron evitar. Las palabras *ninguno pueda dar ni prometer*, es claro en la ley que hacen relacion á los padres y no á las madres.

(*b*) Ley fin. tit. 13, P. 6,

(***) Yo pienso que á falta de hijos legítimos podrá la madre mejorar á los hijos naturales por razon de dote ó casamiento, ya porque las leyes que moderan las dotes solo hablan de hijas legítimas, y ya por lo dicho en la nota anterior, mayormente cuando por lo regular los padres y no las madres dotan á las hijas.

(*c*) Ley 8, tit. 11, P. 4.

ó de hija, teniendo otros hijos ó nietos; estan discordes los AA. y conformándome con el dictamen de Acevedo digo, que si la nieta es hija de hija, milita para con ella la prohibicion, porque no debe ser de mejor condicion que su madre, y cuando alguno está privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes; pero si la nieta es hija de hijo, no, porque la ley habla de hijas, en estas no se incluyen los varones, en el nombre de hijos no se comprehenden los nietos en materia odiosa y sobre que ha habido alguna correccion; en los abuelos versa diversa razon que en los padres, por no tener la obligacion que éstos de dotarlas, y el estatuto que escluye á las hijas, no escluye á las nietas (*).

75 En testamento ú otra disposicion última se puede mejorar á las hijas y dejarles legados como á los hijos sin diferencia, porque la ley no habla de las últimas voluntades, en las cuales se puede tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve entera en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima; pues por su confirmacion convalece, del mismo modo que si fuera legado que se le hiciera del esceso. Se prohibe mejorar á las hijas en contrato, y no en última voluntad, porque si se hace en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño no solo al mejorante que queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino tambien á los demas hijos, por ser perjudicados en su legítima; pero no es asi, haciéndose en testamento ú otra última voluntad, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora hecha en él, y ningun perjuicio se le origina, por no surtir efecto hasta despues de su muerte (**).

(*) Si bien se considera, las mismas razones porque el abuelo puede mejorar por razon de dote ó casamiento á la nieta hija de hijo, prueban que asimismo podrá mejorar por dicho motivo á la nieta hija de hija. Nada importa que la nieta sea en este particular de mejor condicion que su madre, si hay causa justa para la prohibicion respecto de ésta y no respecto de aquella; mayormente cuando ningun perjuicio se sigue á la madre escluida de que su hija no lo sea. Tampoco importa decir que cuando alguno se halla privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes, pues esto, aun cuando viniese al propósito, se falsifica, ó puede falsificar en muchos casos.

(**) La verdadera causa de prohibirse mejorar á las hijas en contrato es la de impedir las dotes y donaciones por casamiento escesivas, y los daños que se siguen de ellas, como se echará de ver en la ley 1 tit. 2 lib. 5 R. ó 6 tit. 3 lib. 10 N. R. tantas veces citada, que pone tasa á dichas dotes y donaciones.

76 Pero la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ú otra disposicion última se entiende con tal que no haya precedido promesa de hacerla: porque si precedió, y mencionándola el testador en el testamento hace la mejora, no valdrá, por conceptuarse hecha en fraude de la ley y á consecuencia de la obligacion primera. Lo propio milita, aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba ya tratado su matrimonio, y por razon de este la mejora ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá.

§. III.

Si los ascendientes que prometen mejorar ó no á sus descendientes legítimos, deberán cumplir la promesa: si el mejorado podrá repudiar la herencia y aceptar la mejora; y si siendo hecha esta á dos ó mas en contrato ó en última voluntad repudiare el uno su parte, ó no pudiere haberla, se acrecerá á los otros.

77 La ley 22 de Toro que es la 6, t. 6, lib. 5 R. ó 6, t. 6, lib. 10 N. R. dice: »Si el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes, y pasó sobre ello escritura publica; en tal caso no pueda facer la dicha mejoría de tercio, ni de quinto, y si la ficiere, que no vala. Y asimismo mandamos que si prometió el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes en el dicho tercio y quinto, por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir, y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría, y mejorías de tercio y quinto sean avidas por fechas." Esto se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero, ya con el hijo solamente; y si la escritura y su protocolo se pierden, se puede probar su contenido por testigos.

78 Habiendo prometido el padre por razon de casamiento ó por otra causa onerosa no mejorar á hijo alguno, y aceptado su hija y yerno la promesa, si procediere contra esta, parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, y que no será obligado á cumplir el pacto, puesto que no incumbe á la hija el que le cumpla ó no, siempre que se le reintegre de lo que

le tocaria á no haberse contravenido á él, que es lo que puede pretender y no otra cosa. Pero si el pacto ó la promesa de no mejorar fue absoluta, sin haber precedido causa alguna para hacerla mas que la mera voluntad del padre dirigida al único fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, y la heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos, ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere, será nula la mejora. Mas no obstante véase lo dicho en el n. 72 acerca de las hijas, que es lo que se ha de observar.

79 Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas, le remitiese y consintiere que su padre ó madre mejore al que quiera, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, podrá mejorar á otro hijo, porque el pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del cual ningun derecho adquirieron les otros, y puede perjudicar á sus descendientes en los bienes no adquiridos; pero si falleció en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos ocupan el lugar de su padre y deben suceder en todo el derecho que le compete.

80 Si habiendo el padre ó la madre prometido mejorar á uno de sus hijos, renunció éste el derecho adquirido en virtud del pacto, y murió en vida del padre ó madre con quien le hizo, sin dejar descendientes, puede mejorar á cualquiera de los otros hijos; pero si dejó hijos ú otros descendientes legítimos, estará obligado á mejorar á todos sus nietos hijos de dicho hijo y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceden en el derecho que le competia, de modo que se ha de dividir igualmente entre todos la mejora. No obsta la ley 18 de Toro que permite al abuelo mejorar á cualquiera de sus nietos y descendientes, esté vivo ó no su padre; pues la disposicion de esta ley se entiende, cuando no se hizo pacto de no mejorar, y habiendo precedido no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin espreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto este.

81 Aunque el padre ó la madre prometa por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio ni quinto, puede disponer por su alma, á favor de causas pias, ó en lo que quisiere, del último, porque en este caso solo el tercio es legíti-

ma necesaria de todos sus hijos, y así no puede dejar este á uno ó á mas, sino que antes bien le han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él que á los demas bienes; mas del quinto siempre puede usar á su arbitrio, porque de lo contrario se imposibilitaria de testar.

82 Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó la madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos no puede mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente suyo; porque cuando consta de la voluntad del testador, se comprehenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes, aunque sea en materia odiosa, y en el presente caso consta de aquella, pues teniendo mas afecto al hijo que al nieto y á otro descendiente por la mayor proximidad de grado, una vez que promete no mejorar á aquel, es visto no querer mejorar tampoco á éste.

83 Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribió solamente á aquel; pero si la razon ó causa final de la promesa de no mejorarle es por favor de todos los demas, v. gr. porque sucedan igualmente, y en la promesa se espresa así, á ninguno de ellos podrá mejorar, siendo de presumir que se hizo mencion del hijo nombrado, porque se temia por varios motivos que se le mejorase.

84 Al mejorado se permite renunciar la herencia y aceptar la mejora, con tal que pague á prorata las deudas del testador. Así lo dispone la ley 21 de Toro (*a*) que dice: »Mandamos que el hijo ú otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre, ó madre, ó abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre, y madre, ó abuelos, y aceptar la dicha mejora, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejora las que al tiempo de la partija parescieren, y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejora, como si fuessen herederos en la dicha mejora de tercio y quinto: lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes."

85 Mejorando el padre ó la madre en última voluntad en el

(*a*) Es la 5, tit. 6, lib. 5 R. ó 5, tit. 6, lib. 10 N. R.

tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de percibirla, se acrece á los demas mejorados; quienes dividirán entre sí la mejora entera, como si solos lo hubieran sido, pues lo mismo se observa en los legados (*a*).

86 Por tanto, cuando dice el testador: »mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego tal heredad;" y luego dice tambien: »mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego la misma heredad:" ó cuando dice: »mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan el tercio y quinto de mis bienes por iguales partes;" si el uno fallece, ó repudia su parte, ó hay otro motivo, por el que no debe llevarla, se acrece al otro (*b*).

87 Si el padre hizo á sus hijos donacion por causa de muerte, ha lugar tambien en ella el derecho de acrecer; porque aunque en lo tocante á su forma y solemnidad se equipara al contrato, en cuanto a su confirmacion y efecto se estima por última voluntad; mediante á que por la muerte y no antes se transfiere al donatario el dominio de lo donado en los propios términos que en los legados.

88 Haciéndose la mejora en contrato se ha de distinguir: ó fue revocable, ó irrevocable: si fue revocable sin entregar á los hijos la posesion de los bienes de su importe, ni la escritura en que se hizo, tiene lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora se asemeja al legado y á la hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual y no antes se confirma. Ademas segun una ley recopilada (*c*) puede uno prometer por otro, y el derecho de acrecer ha lugar en los contratos, principalmente concurriendo, como en este caso concurre, el afecto del padre que influye mucho en dicho derecho: en cuya atencion si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una tiene aquel lugar á favor de la viva, y la llevará entera, como si toda se le hubiera legado, porque se presume que el testador así lo hubiera hecho.

89 Pero si el padre ó madre mejorare en contrato irrevoca-

(*a*) Ley 33, tit. 9 P. 6. (*b*) Ley cit. (*c*) La 2, tit. 16, lib. 5 R. ó 1, tit. 1, lib. 10, N. R.

ble á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobrevive pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, á causa de que este se introdujo por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador.

90 En órden á esta mitad de mejora que volvió al padre como único heredero de su hijo, parece que por fallecimiento de aquel se deberá sacar de ella el tercio y quinto, cuya mitad será para el mejorado que sobrevivió, á quien se aumentará, por haberse aumentado la herencia del mejorante. Por egemplo, si importa la mejora de todos los bienes del testador 1000 reales, tocan á dicho mejorado 500 por su mitad, y de los otros 500 que volvieron al mejorante por muerte del otro hijo, se sacarán el tercio y quinto que son 233 reales, 11 maravedis y un tercio de otro, los cuales se dividirán en dos partes iguales, la una para el mejorado, á quien se aplicará con los dichos 400, y la otra se agregará al resto de la herencia para repartirle igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado.

91 Pero sin embargo diré que este modo de dividir, aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, cuando el testador mejoró limitada y únicamente á los hijos en cosa ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe consta, ó se especificó al mismo tiempo; ni en dicho caso le tendrá, ni tampoco cuando no consta á cuanto ascienda la mejora, por haberse hecho simple é indistintamente en todo; pues como se atiende á los que deja al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué título los adquirió; confundiéndose una vez unidos é incorporados en su patrimonio; y es propio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros, se contempla único mejorado el que lo fue y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de cuantos deje su padre sin diferencia, distincion, ni mas cuenta ni division.

92 Sin embargo de que en los contratos lucrativos no ha lugar segun el derecho romano al de acrecer, se esceptúa de ésta

regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente, pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado ó intestado sin dejar heredero, ó la repudia ántes que se le haga, ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos, ni parientes recaiga en el fisco, como á no ser donacion del Soberano recaeria no habiéndolos; porque los beneficios, gracias y mercedes de los Príncipes se deben interpretar plenísimamente, con tal que no cedan en detrimento de tercero (*a*).

§. IV.

Cómo se han de dividir los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en disposicion última: cuándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, estén ó no pendientes en la finca consignada, y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

93 Suelen ocurrir no pequeñas dificultades á los partidores en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en disposicion última con entrega y consignacion de los bienes de ellos, ó sin estas; y para que cuando se les ofrezca, procedan con justificacion, se tratará de este punto con la posible claridad.

94 Cuando se hace la mejora irrevocablemente en contrato, y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, y antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su tradicion porque con esta se le transfirió el dominio de aquellas; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aun cuando no haya tradicion. Pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni se hizo por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.

95 Si la mejora en contrato se hizo de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados, aunque no se hubiesen entregado al mejorado, se deben tambien á este los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece, porque como consta cuales son, adquiere aquel incontinenti su dominio, mas si no se consignó la mejora, ni de consiguiente se entregaron bienes ningunos al me-

(*a*) Acerca del derecho de acrecer véase la nota puesta al fin del cap. 8.

jorado, únicamente se le deben los frutos desde la mora del heredero en hacerle la tradicion de los que corresponden á la mejora; porque no habiéndosele transferido su dominio desde el contrato por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo revocarse la donacion hasta la muerte; y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota, no se transfiere el dominio, ni consiguientemente el derecho á percibir los frutos, hasta que se hace la aplicacion de aquella.

96 Siendo hecha la donacion ó mejora de cuota en contrato á hijo emancipado mayor de 25 años, si se le hizo entrega verdadera ó ficta, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleito, y no antes por la incertidumbre y falta de asignacion de bienes que arguye buena fe; pues si la cosa es indivisible, se puede pagar en dinero, y los intereses de este no se deben sino desde la mora; y si es divisible, como no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, no adquiere su dominio. Pero si se hizo á hijo que se hallaba bajo de la pátria potestad, ó á menor, le tocan los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque el hijo que se halla en poder de su padre, está impedido de pedir contra él y de moverle pleito (*a*).

97 Cuando la mejora de cierta cosa particular se hizo en disposicion ultima sin entregarla, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, en cuyo tiempo y no antes se le transfirió su dominio (*b*); pues segun una ley recopilada (*c*) no es necesaria la adicion ó aceptacion del heredero para la validacion del testamento y de todo lo que contenga, si consta de la solemnidad que prescribe, como por derecho romano y el de las partidas se requeria; mas si se entregó dicha cosa, le pertenecen desde este tiempo, porque entonces adquirió su dominio.

98 Lo mismo procede, cuando se hizo de cierta parte ó cuota de bienes como tercia, cuarta, quinta ú otra en disposicion última, y hubo tradicion verdadera ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar; pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la mora del heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay

(*a*) Ley 2, tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 34, tit. 9 P. 6. (*c*) La 1 tit. 4, lib. 5, ó 1, tit. 18, lib. 10 N. R.

tradicion ni señalamiento de bienes ciertos, por cuyo medio se transfiera su dominio en el mejorado; y la asignacion de la cuota en el cuerpo de la herencia solo da derecho á ella y no á bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, puesto que la aplicacion es arbitraria en el juez, cuando no hay asignacion. Tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, que es cuando se adquiere el dominio. Ademas, dicha cuota se puede pagar al legatario ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido hacerlo, cuando es legado genérico; y asi quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, pues siendo de los de la herencia cumple con el mandato de la ley 20 de Toro que asi lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero.

99 Dejando el testador descendientes legítimos, todos mayores de 25 años, y bienes muebles y semovientes, y otros fructíferos é infructíferos, y mejorando en contrato ó disposicion, última á algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente sin entregárselos ni aun consignárselos, si se tarda un año ó mas en evacuar la particion, como frecuentemente sucede á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado, parece que deberá percibir desde la muerte de su padre, no solo el importe de la mejora sino tambien los frutos, réditos ó rentas líquidas de los bienes fructíferos ó redituables á proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos: lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, y de consiguiente el haber respectivo de cada partícipe segun la voluntad del testador conforme á la ley: lo segundo, porque el mejorado tiene obligacion de pagar las deudas de aquel á prorata de lo que le toca (*a*), y asi como sufre este gravámen, debe percibir la utilidad: lo tercero, porque incontinenti que llegó á ser heredero y aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de ésta, y consiguientemente el de los frutos en su parte como accesorios; y por haber permitido la comunion, ó no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que le competen como á mejorado; fuera de que se convertiria en detrimento suyo la comunion,

(*a*) Ley 21 de Toro que es la 5 tit. 6 lib. 5 R. ó 5 tit. 6 lib. 10 N. R.

cuando si la particion se hubiese hecho al punto, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió: lo cuarto, porque del mismo modo que si mientras los bienes estuvieron pro indiviso, se hubiera menoscabado la herencia, correria la misma suerte la mejora, habiendo tenido incremento con los frutos, debe tenerla esta tambien; y lo quinto, porque durante la comunion subsisten los bienes en compañia, y asi cada socio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que puso en ella, ó le dejaron, que es el haber respectivo á la herencia y mejora.

100 Por estas razones parece indubitado á primera vista que los frutos se deben dividir á proporcion del haber de cada interesado; pero no obstante creo que en el caso propuesto se han de dividir con igualdad y no á prorata entre todos los herederos, sean legítimos ó estraños, los frutos líquidos que hayan producidos los bienes hereditarios durante la comunion, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aquella el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas un cuerpo, dividiéndole igualmente entre los herederos incluso el mejorado, como si todo fuera herencia: en primer lugar, por lo espuesto en el núm. 98: en segundo lugar, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus trojes ó paneras, que son parte de ella, mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por cuanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no existe, y asi tampoco puede hacer mejora en ellos: en tercer lugar, porque de estar obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba percibir frutos de ella; pues hasta que se pagan, no la hay, ni tampoco herencia, por cuya razon se bajan y deben bajar antes que todo, y de consiguiente nada paga, ni se le desfalca, puesto que en lo ageno no puede mejorarle el testador: en cuarto lugar, porque el haber permitido la comunion no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos como mejorado, y antes bien por su silencio es visto que no les quiso y que se contentó con los que le tocasen como á heredero; pues de lo contrario hu-

biera protestado no se le causase perjuicio en ellos é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia; y sino tuvo culpa en que esta se dividiese, tampoco la tuvieron los coherederos: en quinto lugar, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitado en la cosa que los produce, como ya se ha dicho; y el mejorado en ninguna de la herencia le tiene específico por falta de tradicion y consignacion, sino universal é indistinto en todas y cada una como los demas herederos, y por ignorarse cuáles se le aplicarán á causa de ser esto arbitrario en el juez y deberse deducir primero segun la ley 30 de Toro los gastos de su funeral, misas y legados que tal vez consumirán todo el quinto, no puede estimarse cuantos frutos han producido: en cuya atencion tampoco tendrá derecho á ellos como mejorado sino igualmente como heredero; en sesto lugar, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la comunion, se menoscaba tambien la mejora, no lo es, que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues es falso el supuesto del aumento de herencia, á causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la que dejó, sino de sus herederos, por manera que no se llaman caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun de todos, y asi como bienes propios de ellos en comun se deben dividir con igualdad entre todos; y en séptimo lugar porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de hallarse los bienes pro indiviso se entiende haberla, sino se espresa; pues para que se estime tácitamente contraida ó renovada entre los hermanos, es preciso que concurran los tres requisitos espresados en el n. 66, cap. 4, lib. 1, y en el presente caso no solo no concurren, sino que falta el unánime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el cual no la hay (*a*), por cuanto cada uno desea que se evacue á la mayor brevedad la particion para percibir lo que le corresponde.

101 Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que entre los mayores, porque militan las mismas razones; y si el mejorado goza de privilegio, tambien gozan de él los coherederos: si por estar impedido por su menor edad de ace-

(*a*) Ley 1, tit. 10, P. 5.

lerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos; y ademas el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos, y los segundos tratan de evitar el daño que se les sigue de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles, perciba mas frutos. Y si es menor el mejorado y los demas mayores debe observarse lo propio, aunque en este caso y aun en el precedente si la particion no se evacuó por culpa ó morosidad culpable de su tutor, y no de otra suerte, podra reconvenirle para que le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora, si se hubiese evacuado prontamente la particion, como pudo y debió haberse hecho. Me ha parecido conveniente estenderme en la esplicacion de estos casos, porque muchos se confunden en su resolucion.

102 Lo propio milita, cuando el padre que en vida había dado dote á una hija, ó capital á un hijo, la mejoró ó le mejoró en disposicion última, para que no tuviese que restituir, y éste mejorado, considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora; pues ningunos llevará por esta razon, y sí solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

103 Pero supongamos que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos, dice: »Y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diejo, mis hijos, escepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora dicho Pedro; y si es necesario le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho &c." En este caso afirma Ayora que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni diminucion de la herencia

sino á los herederos; y en éste tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro, otro diverso. Mas sin embargo yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de cualquiera suerte que le deje el tercio, siempre es mejora, y aun juzgo que lo mismo debe proceder, ya se le deje y le perciba como heredero, ya como legatario (*).

104 Habiendo dotado el padre á una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y muerto despues; si la herencia que dejó y consistió en bienes raices, estuvo muchos años sin partir y al tiempo de su division pretende le den sus hermanos la parte de herencia que le toca con todos los frutos de ella, estando pronta á colacionar todo lo que recibió en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima, y si la dote importa tanto cuanto el todo de esta, nada percibirá de la herencia, puesto que ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque éstos tocan á sus hermanos como producto de sus legítimas; sin que le sirva alegar que fue perjudicada, por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; pues ademas de haberse contentado con los que le entregaron, no pudo compeler á su padre á que la dotase de ellos, mediante á estar en su arbitrio el dejar á sus hijos la legítima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe.

105 Si el testador mejora en cosa cierta, ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su caudal líquí-

(*) Parece bien fundada la opinion de Ayora, pues en el caso propuesto, el tercio sin dejar de ser mejora es parte de herencia y en ningun modo puede llamarse legado; de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador á falta de legítimos instituyese en partes desiguales varios herederos estraños, en cuyo caso nadie dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes.

do no esceden del valor de ella, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la comunion rentaron las fincas señaladas, sean muchos, ó pocos, los cuales se separarán del cuerpo de la herencia para su aplicacion y llevarse cuenta de ellos, porque con la consignacion únicamente se le transfirió el dominio de las consignadas, y por consiguiente el derecho privativo á todos sus frutos, y no á mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demas bienes, partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legítima que corresponde á cada uno, á cuyo fin se agregarán estos al residuo de la herencia despues de separados la mejora y fruto de ella.

106 Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro su legítima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produjo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima que él en la de su mejora.

107 Si el ascendiente mejora á un hijo ó descendiente en el tercio y quinto consignándolos en una finca, y mandando que si el valor de esta escede á la mejora, lleve en cuenta de su legítima el esceso: y muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil ducados por egemplo, y escede á la mejora en 200, los cuales debe llevar por parte de legítima, y no se hace la particion en cuatro años, en cuyo intermedio renta la finca 300 líquidos y otros bienes raices del difunto 1@100, en todo 1@400; para dividir justificadamente estos frutos, de los 300 ducados que rindió la finca en los cuatro años, llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal 240 que son la parte correspondiente á los 800 que importó la mejora, y los 60 se le aplicarán tambien como frutos que produjo la parte de legítima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion; y de los 1@100 que rindieron los demas bienes raices, percibirá lo correspondiente á la legítima que le falte y deba haber en estos, bajados los 200 que le tocan en la finca: porque de aplicarle los 300 por la mejora sola, y luego la parte correspondiente á los 1@100 como uno de los herederos por su legítima igualmente con los demas partícipes, saldrian éstos perjudicados en los 60, producto de los 200 que llevaba en la finca por parte de legítima: de aplicarle igual parte de frutos de ellos co-

mo si nada tuviera en cuenta de legítima, se les perjudicaria igualmente, por tener tomados los 200 en cuenta de esta y sus frutos; y de unir los 60 á los 1Ø100 y partirlos con igualdad entre todos, podrian ser perjudicados el mejorado, ó los demas. Asi pues, en aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legítima que bajados los 200 le falte que tomar, á nadie se grava, porque los 60 producto de estos son para él solo, y debe contentarse con ellos, o no admitir la parte de la finca en cuenta de legítima. Pero si no le consignare el esceso por parte de legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los 60 ducados, á lo que rindan los demas bienes raices, y sean muchos ó pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

108 Esto mismo debe practicarse, aunque el padre vincule la mejora, y tambien lo que por parte de legítima toque al mejorado en la finca ó fincas consignadas; pues no obstante el gravámen de vinculacion que puede imponerle en la legítima, aun cuando nada mas le toque por ella, y valdrá en este caso, debe hacerse la division de frutos en dichos términos, porque el gravámen á mas de no estenderse á ellos, no se impuso á los coherederos sino al mejorado, y asi no se les debe perjudicar en lo que les pertenezca.

109 Si el testador mejoró á uno de dos hijos en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes equivalentes á él, mandando llevase el quinto en dinero ó en otros muebles, señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices, y dejando á mas de los señalados á ambos hijos otros raices y muebles; y el mejorado se apoderó solamente del quinto o parte de él para satisfacer el entierro, misas y mandas, por cuya causa los bienes del tercio y todos los demas estuvieron sin dividir; y habiéndose llevado cuenta de lo que produjeron todos, resultó que durante la comunion rindieron de frutos líquidos 1Ø500 ducados de esta forma: 500 los de la mejora, 300 los de la legítima del otro hijo, y 700 los restantes: en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los 500 y á su hermano los 300, dividiéndose por mitad entre los dos los 700, y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su haber legítimo. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron y percibe sus

frutos, quedando los demas pro indiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan, porque los de los otros los tienen ya sus respectivos dueños.

110 En órden á la pertenencia de los frutos pendientes al fallecer el testador en los bienes en que consignó la mejora, se debe distinguir. Si deja viuda, se han de inventariar y tasar, porque le toca la mitad de su importe líquido, y lo propio milita, si ella muere y queda su marido (*a*). Si no hay viudo ó viuda, ha de distinguirse tambien: ó el difunto dejó herederos legítimos, ó estraños: si legítimos, se han de inventariar y tasar asimismo, y aplicarse al mejorado no como frutos pendientes sino como parte de mejora y de hacienda que deja el testador, de la cual se debe deducir en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima, atendido todo el caudal que se encuentra pertenecerle: lo cual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto consignando en los mismos bienes la mejora, ya solamente en éstos sin espresar si era por parte de tercio y quinto; pues en ambos casos se ha de atender á si caben ó no en aquello, en que el derecho le permite mejorar á sus descendientes legítimos, aun cuando en los mismos bienes no haya frutos pendientes; y si instituyó herederos á estraños, por carecer de legítimos, se ha de volver á distinguir: ó le mejoró en ciertos bienes sin mas espresion, ó en el tercio y quinto, ó en otra cuota consignando en ellos la mejora: si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entonces, como que es legado, sea de mucho ó poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava ó no á los coherederos; se le aplicarán como frutos pendientes que son parte de las mismas fincas; pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra cuota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos frutos y se han de tasar con los bienes de ésta, y solo cabiéndole en la cuota consignada se le entregarán con las fincas en que se hallan, porque se perjudicaria á los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas de aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fue para que se le aplicasen irremisiblemente las fincas en parte de la mejora, y no otra cosa en su lugar, no para que llevase los frutos pendientes en ellas, si-

(*a*) Ley 4 tit. 9 lib. 5 R. ó 3 tit. 4 lib. 10 N. R.

no le cabían en la cuota en que le había mejorado.

111 Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue, como sucede en la donacion por causa de muerte, pues como cuando se revoca se reduce á no causa por estar suspensa, y sin efecto mientras vive el testador, se debe restituir la cosa donada con los frutos adquiridos desde el tiempo en que se hizo la donacion; y lo propio milita en la condicional que por no cumplirse la condicion se desvanece, como si nunca se hubiera hecho.

112 Y si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos (*a*), y así, aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion solo se vuelven los frutos adquiridos desde aquel y la noticia que tuvo el donatario, porque no son parte de la cosa donada, para que se restituyan con ella: lo cual procede aun en los frutos naturales, pues mientras posee, sin embargo de que el título sea revocable, es verdadero dueño, y así los adquiere y puede pedir las espensas y mejoras hechas en la cosa donada sin estar obligado á compensarlas con ellos.

113 Pero en este caso basta que el donatario tenga noticia del nacimiento, y no es preciso que el donante esprese que quiere revocar la donacion, como algunos afirman: pues el donatario por lo mismo que lo sabe no ignora que posee sin título, ó al menos con título nulo, que es lo mismo que no tenerle, y de consiguiente es poseedor de mala fe, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las espensas hechas en sus labores, siembra y recoleccion (*b*).

114 Mas no deberá restituir los que percibió y consumió antes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fe (*c*), pues éste hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleito, sean naturales ó industriales, hágase ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en cuanto á ellos, y háyalos adquirido por título oneroso ó lucrativo. Algunos distinguen, pero no debe hacerse distincion, porque la ley no la hace sino en cuanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y

(*a*) Ley 8, tit. 4, P. 5. (*b*) Ley 40, tit. 28, P. 3. (*c*) Ley 39, t. 28, P. 3.

aun en estos procede si se hizo mas rico con ellos (*a*).

115 De lo espuesto se infiere, que cuando 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 es poseedor de mala fe, y no antes, que como verdadero dueño los adquirió.

116 Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo, por haberse reservado el mejorante ó donante la facultad de revocarla, no obstante que por esto sea aquella revocable, pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la donacion, fuera los frutos de la donacion ó mejora, cuyo título no se estima por no título desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion, y por lo mismo puede pedir las espensas y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos, como queda espuesto.

117 Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices ó redituables, y dádole en dote bienes muebles y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre; si la hija era mayor de 25 años, cuando se casó, equivalia el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió espresamente en que su padre le diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado: no puede muerto el padre y restituyendo los bienes de la dote, intentar se le entreguen aquellos ni sus frutos, sin embargo de que segun la ley 48 de Toro le corresponde desde que se casó todo su usufructo, porque es visto que entre ella y su padre hubo permuta ó venta de unos por otros; y si los maternos tenian mayor valor cuando contrajo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre y transferídosele su dominio solo hasta en el precio que dió á su hija, y el esceso, regulado segun el tiempo del casamiento, y no segun el posterior, se le deberá dar con los frutos.

118 Si cuando se dió ú ofreció la dote, dijo que con los

(*a*) Sobre esta distincion y obligacion véanse las leyes 39 y 40, tit. 28, P. 3 y su glosa.

bienes que se le entregaban, se daba por contenta y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciéndola constar segun y en los casos prescriptos por derecho, se le resarcirá; pero si solo el marido intervino en el contrato dotal y le firmó, queda salva á la hija su accion para deshacerle y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio; porque por no haber consentido, no perdió el dominio que habia adquirido en ellos, ni se entiende haber habido permuta ni venta, ni su silencio le perjudicó tampoco por la reverencia á su padre, ni el marido tuvo facultad para perjudicarla, pues segun la ley (*a*) nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

119 Y si la hija era menor cuando se casó, no valió ipsojure la permuta ó enagenacion, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entonces devolviendo la dote que su padre le dió; pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el esceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraria con estos y con aquellos indebidamente, lo cual entiendo, hubiese ó no el marido querido mas el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna ni quitarle la accion que le competia á los bienes maternos á consecuencia, de haber adquirido su dominio por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos.

(*a*) La 13, tit. 34, P. 7.

CAPITULO III.

Si los hijos y descendientes legítimos á quienes sus ascendientes dotaron ó dieron capitales en vida, deberán colacionarlos por su muerte con los demas herederos.

§. I.

Qué es colacion, qué se requiere para que haya lugar, y entre qué personas debe hacerse.

1 Suelen los padres cuando ponen en estado á alguno de sus hijos, ó los dedican á la carrera militar ó literaria, ó en otras ocasiones, hacer gastos con ellos, ó darles crecidas cantidades ó hacienda, ya espresando ser en cuenta de sus legítimas, ya sin decir cosa alguna; y cuando nada espresan, se duda si estas donaciones ó gastos se les han de imputar en parte de legítima, ó han de reputarse donaciones simples procedentes de una mera liberalidad, y de consiguiente si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho y aun aniquilan las herencias. Por tanto, deseando evitarlos, y que el partidor se instruya, no cause perjuicio, ni tenga necesidad de preguntar ni molestarse en registrar libros que tal vez no entienda; no obstante la diversidad de pareceres entre los mas célebres jurisconsultos sobre muchos particulares de materia tan árdua é intrincada á causa de la antinomia ó contrariedad que por falta de discernimiento y espresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26 y 29 de Toro, pues afirman algunos que mas confunden que ilustran; procederé para ello con la claridad que me sea posible, adhiriéndome en los casos ambiguos al dictámen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dando al partidor, para que no yerre, las reglas ciertas que verá en adelante.

2 La palabra colacion tiene en el derecho varias significaciones; pero segun mi propósito es una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno de

los bienes que sus padres les dieron y ya son suyos, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos. En tres casos se debe hacer la colacion, muera testado ó intestado el donante. El primero es, cuando el padre ó ascendiente mandó espresamente al hijo ó hija que la hiciese de lo que le habia dado, porque el donante puede mandarlo, ya se empleasen los gastos y donaciones en los fines que espresaré en el n. 48, y que por derecho estan esentos de la colacion, ya en otros no privilegiados. El segundo es, cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fue que los bienes que habia donado se colacionasen, de cuyas conjeturas trataré en el n. 44. Y el tercer caso es, cuando se duda si el padre lo quiso ó no; pues entonces se presume que su voluntad mas fue anticipar al hijo en vida la paga de su legítima, que ser liberal con él é inducir desigualdad entre los demas hijos.

3 Pero si el padre prohibiere espresamente la colacion, (pues para que se entienda prohibida no bastan conjeturas (*a*), por urgentes y vehementes que sean), no se hará siempre que segun nuestro Derecho Real no escedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo esceso deberá hacerla del importe de éste y restituirle; y siempre que las donaciones ó gastos sean para ir á la guerra, estudiar ó seguir otra carrera de honor, y util á la familia y al estado, pues estos como esentos de la colacion no se deben imputar por legítima ni mejora sino en los términos y caso que esplicaré en dicho num. 48.

4 Seis circunstancias se requieren para que tenga lugar la colacion. La primera es, que quien la pide y á quien se pide sean hijos ó descendientes legítimos del difunto, cuya herencia se ha de dividir. La segunda es, que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios, pues si suceden como tales, percibirán el legado ó fideicomiso sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que recibieron en vida de sus padres ó madres, escepto que sea inoficioso el legado, en el cual procede lo que se ha dicho de la donacion (*b*). La tercera es, que los bienes donados hubiesen sido de la persona á quien se hereda. La cuarta es, que la cosa,

(*a*) Ley 3, tit 15, P. 6. (*b*) Ley 4, t. 15, P. 6.

ó cantidad recibida se adquiera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir; porque si se adquiere despues de su muerte, como es el legado, ó fideicomiso, ú otra donacion que se confirma con ella, no es colacionable, á menos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima. La quinta es, que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de hacer la colacion se les deba la legítima, y por tanto, si el nieto ó nieta viviendo su padre recibió algo de su abuelo, y éste fallece en vida del padre, no está obligado aquel ó aquella á colacionar la donacion. Y la sesta circunstancia es, que el hijo ó descendiente quiera ser heredero de quien recibió alguna cosa, pues si renuncia su herencia no está obligado á la colacion, y si se le prometió algo y no se le entregó, puede pedirlo, debiendo mirarse en ambos casos si es inoficiosa la donacion.

5 En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos, ó legitimados por el subsecuente matrimonio, á quienes se debe abintestato la legítima, sin que haya diferencia de sexo, emancipacion, ó pátria potestad, quiero decir, sean todos varones ó hembras, esten ó no emancipados, y fuera ó en poder de sus padres, concurran varones ó hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos, ó con otros emancipados, ó con los que no lo estan, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (*a*) son capaces en naciendo de heredar á sus ascendientes.

6 Entre los herederos estraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador no ha lugar la colacion; pero entre estos solos sí, de modo que aunque los estraños nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos pueden percibir con arreglo á la ley 28 de Toro, no dejarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos y de ningun estraño se hiciera mencion.

7 Tampoco ha lugar la colacion entre los colaterales, porque (fuera de otras razones que traen los AA.) las leyes que tratan de ella hablan solamente de los descendientes, y no se deben ampliar á personas de quienes no hacen ninguna mencion especifica ni genérica. Lo propio se ha de decir por la misma ra-

(*a*) Leyes fin. t. 13, P. 4, y 2, tit. 8, lib. 5 R. ó 2, tit. 5, lib. 10 N. R.

zon de los ascendientes, pues donando el padre á su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarle; pero cuando el descendiente dona á su ascendiente no es con el de que haya igualdad, ni por razon de legítima, puesto que segun el órden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. Por otra parte, en el padre hay el peligro de que le ciegue tanto el amor á un hijo, que por él perjudique á sus hermanos, cuyo riesgo no hay en el hijo respecto de su padre, y asi no se le prohibe donar como á éste. Asi pues, si dos ascendientes iguales en grado suceden á su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de éste, no está obligado á colacionarlo con el otro ascendiente, ya se lo haya donado simplemente, ya con causa; bien que no falta quien diga que el ascendiente deberá colacionar lo que recibió en vida, si escede del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6 de Toro puede disponer; pero lo contrario es lo mas corriente y verdadero, de modo que solamente deberá hacer la colacion en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la espresa condicion de colacionarla.

8 Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colacion habiendo hijos ó descendientes legítimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, por no debérseles legítima.

9 En órden á si el hijo ó hija escluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son escluidos reservándoles alguna porcion, ó no, ó ellos mismos se escluyeron por la renuncia: si hubo reserva, entonces, como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon cuando se escluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero sí no habiendo habido reserva, á causa de que por todos derechos se les debe su legítima, y si no obstante su esclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen todo el derecho de que estaban destituidos, como si no hubiera dicho estatuto ni renuncia.

10 Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á una hija ó hijo, y despues de muerto el mismo padre fallece el suyo, abuelo de los hijos, á quien heredan dicho nieto ó nieta, y otros nietos ó tios hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo de quien nada hubieron, y así solamente tendrá lugar la colacion, cuando se hayan de dividir los paternos.

11 Los nietos hijos de hijos ó hijas que recibieron algo de su abuelo ó abuela despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos, ó con sus tios hermanos de su padre ó madre, cuando hereden á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima, y es visto habérselo anticipado en cuenta de ella, escepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos; ni por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensara con su legítima, á menos que lo esprese: y ni por la de su padre, porque éste no se la dió ni salio de su patrimonio. Lo mismo procede, cuando el padre deja algun legado á su hija pupila, pues aunque esta obligado á dotarla, no es de presumir que le dejase con ánimo de compensarle con su dote, porque no se halla en edad de casarse; y asimismo cuando hace el legado quien debe á cierto dia ó con condicion antes que se cumpla ésta ó llegue aquel no se considera hecho con dicho ánimo.

12 Igual obligacion tienen de colacionar lo que dieron en vida á sus padres, y por su muerte entró en su poder, que lo que donaron á ellos despues de muertos estos, porque suceden ocupando el lugar de su padre o madre, quienes lo colacionarian si vivieran; en cuyo caso los nietos hermanos se reputan una persona para el efecto de suceder, de suerte que heredarán entre sí por estirpe, llevando entre todos la porcion que el padre ó la madre llevarian si viviesen, y cada uno de sus tios carnales otra tanta como los referidos nietos, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion.

13 Pero no habrá lugar á ella, cuando los padres consumieron en vida el todo ó parte de la dote ó capital que los suyos les dieron, y los nietos de éstos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes que murieron despues de sus padres; pues aunque ocupan el lugar de éstos y los representan, obteniendo todos los derechos coherentes á su grado, para que si concurren con otros, perciban la parte que los padres percibirian, si viviesen; es no obstante cierto que los nietos suceden á los abuelos por su propia persona y derecho, y que son sus herederos forzosos por testamento y abintestato como los hijos de los padres, puesto que la ley los llama espresamente á tal sucesion. Ademas nunca se colaciona, sino cuando se recibe y se tiene alguna cosa mediata ó inmediatamente de aquel, cuya herencia se va á partir; pues la colacion es gravámen personal que solo debe sufrir quien percibe alguna utilidad, y los nietos no tuvieron ninguna, por no haber llegado nada á sus manos ni de sus padres ni de sus abuelos. No obsta alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios se hace de mejor condicion que ellos, porque no sucede así, mediante á no haber tomado nada de su abuelo y haberse puesto en el primero para sucederle, á que es tan heredero forzoso suyo como aquellos, y no tiene culpa en que su padre hubiese muerto antes y consumido lo que recibió. Tampoco obsta decir que sus tios son perjudicados en sus legítimas, pues no hay tal perjuicio, porque no se les deben hasta que su padre muere, el cual 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 se pierden para la herencia, del mismo modo que si existieran, la aumentarian, y aquellos deben contentarse con lo que les deje, como el nieto se contenta. Y lo mismo se debe practicar, cuando el padre da á su hijo ó hija en capital ó dote cierto capital puesto en fondo vitalicio que con su muerte, anterior á la del padre, espiró, y el nieto viene á heredar á su abuelo dotador con sus tios, porque milita idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios, por tener en su poder bienes de su abuelo ú otros en su lugar.

14 En cuanto á si la renuncia de legítima que hace la ma-

dre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniéndo estos á heredar al abuelo, por haber ella muerto antes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representacion de su madre, y en que asi como perjudicaria á esta, debe perjudicar á sus hijos para que no se saquen de una herencia dos legítimas, siendo herederos de ella; y la negativa se apoya en que vienen por sus propias personas á heredar á su abuelo. Yo me inclino á lo espuesto en el caso anterior.

15 Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casa durante el segundo dos, v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legitima, y á otro algo mas á cuenta de la paterna, espresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones la una con su hermano entero para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con este y con sus hermanos consanguineos para igualarse en el del padre de todos. Por egemplo, la herencia de la muger primera eran 200, y el padre dió al uno 50 y al otro 300. En tal caso este último colacionará con el otro los 50 que llevó mas de lo que debia haber por su madre, y se los restituirá, para que queden igualados, con lo cual vendrá á percibir cada uno los 100 que le corresponden por la legítima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consanguineos del segundo matrimonio colacionará los 150 restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir. Y si á entrambos hubiese reintegrado igualmente su haber materno, y dado ademas algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguineos lo recibido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

§. II.

Qué bienes han de colacionar ó no los descendientes legítimos, y qué debe observar el partidor sobre estimar los colacionados por legítima ó mejora en caso de duda.

16 Los AA. fundados en derecho distinguen cuatro clases de bienes que son: *adventicios, profecticios, castrenses y cuasicastrenses.* Se llaman adventicios *los que provienen de la madre, ó de los parientes de esta, ó de estraños* (*a*), de los cuales, como ya se ha dicho, toca hoy á los hijos la propiedad, y á su padre mientras se hallan en su poder, el usufructo.

17 Profecticios son los que proceden ó salen del caudal del padre, y los que por mera contemplacion de este se dan al hijo estando fuera de su poder, porque se entiende dárselos el mismo padre (*b*), ó hallándose bajo de él; si se espresa en la donacion que se le hace por los méritos ó beneficios del padre, en cuyo caso la adquiere este para sí, por entenderse que así como se habia de hacer directamente al padre, se hizo al hijo en su lugar; y lo propio milita, cuando fue hecha á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y de consiguiente este debe colacionarla. Mas si por el padre tuvo noticia de su hijo algun sugeto, y trabada con este motivo entre los dos grande amistad le hizo una donacion, es visto habérsela hecho por causa de dicha amistad y no por respetos de su padre, á cuya consecuencia no se llamará, ni será profecticia, ni se deberá colacionar. Y lo mismo procede en la madre, porque versa igual razon (*c*).

18 Castrenses son los bienes que el hijo adquiere en la guerra ó con motivo de ella (*d*), y cuasicastrenses los que gana en la cuasimilicia reputada por derecho, como en la córte y pala-

(*a*) Ley 2, tit. 11 P. 4. (*b*) Dicha ley 2. (*c*) Contra la opinion comun defiende un autor que únicamente es profecticio lo que sale del caudal del padre mediata ó inmediatamente, y que solo esto se ha de colacionar, debiendo tenerse presentes la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor anterior y otras conjeturas, por las cuales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos ó de sus padres. (*d*) Ley 6, t. 17, P. 4.

cio del Rey por sus servicios, ó por su real munificencia y liberalidad, ó por salario ó estipendio de enseñar públicamente alguna ciencia (*a*), ó por otras causas de que se trata con mas estension en la I. P. t. 2, Apénd. §. 7. Tambien se reputan cuasicastrenses los que se adquieren por beneficio, renta, ó dignidad eclesiástica (*b*), y estos pertenecen en propiedad y usúfructo al hijo, aun cuando se halle en poder de su padre, por lo que este deberá darle cuenta de ellos, si los administra, y podrá ser reconvenido, como si fuera estraño.

16 En esta suposicion debo sentar por regla general, que regularmente hablando deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y salieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, y si la aceptan (*c*): en cuyos muebles no solo se comprenden los muebles y raices, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor y donan á sus descendientes; todo lo cual se entiende, no mandando lo contrario el donante ó no coligiéndose de su voluntad.

20 Así pues, deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote que han recibido de sus padres, si aceptan su herencia (*d*), aunque no las requieran para ello sus hermanos ó los coherederos, porque quien está obligado á colacionar, si pide la parte que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion: aunque cuando se les entregó la dote, fuesen únicas (*e*), y aunque el padre hubiese entregado la dote al yerno, porque si la dió á un tercero para que éste la entregase á aquel ó á su hija, y en poder del tercero se consumió ó perdió sin llegar al del yerno ni hija, no está obligada á colacionarla, por lo que recibirá su legítima entera, debiendo los coherederos imputar la pérdida á su padre, y no á ella ni á su marido (*f*); pues como se ha dicho en el núm. 13, no se colaciona sino lo que se posee, ó recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se intenta dividir. Pero si se contentan con su dote y repudian la herencia, no tendrán obligacion de colacionarla (*g*), siempre que

(*a*) Ley 7, tit. 17 P. 4. (*b*) Ley 2, tit. 21 P. 1. (*c*) Ley 3, tit. 15 P. 6. (*d*) Ley 3 cit. (*e*) Véase el n. 72, cap. 2 de este lib. (*f*) Arg. ley 13, tit. 11 P. 4. (*g*) Ley 3, tit. 8, lib. 5. R. o 5, tit. 3, lib. 10 N. R.

la dote no esceda de la legítima que pueda corresponderle, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte (*a*).

21 La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres les dieron para casarse, se amplia á las demas donaciones que estos les hacen, porque se presumen hechas por razon de casamiento, y por esta causa no pueden ser mejoradas en contrato.

22 Asi como las hijas deben colacionar la dote y demas bienes que sus padres les entregaron de los suyos, lo deben hacer igualmente de lo que consta les dieron otras personas por mera contemplacion suya, porque se conceptúa dado por los propios padres, del mismo modo que lo que donan á las mugeres los parientes de su marido por contemplacion de este, es visto dárselo él, y lo adquiere (*b*).

23 No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le dió voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria por haberla desflorado y violentado; y lo mismo procede en el que se dió al hijo por la injuria que se le hizo; pues los respetos del padre en nada contribuyeron á ello.

24 Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion que algun estraño le dió ó le hizo para casarse, aunque este la hubiese entregado á su padre para que la dotase (*c*), y lo propio se ha de decir de las dádivas ó regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió, ú otro le hizo, y de los salarios que ganó, estando bajo la patria potestad ó fuera de esta; pues todas las dichas cosas son adventicias, y solo toca á su padre el usufructo de ellas, mientras la tiene en su poder, por ser visto haberse donado por los méritos de la hija, ó por particular afecto que el donante le profesaba, escepto que éste esprese lo contrario al tiempo de su donacion: á cuya consecuencia si el padre exigió de su hija tales dadivas, salarios ó regalos, y se hallan en su poder al tiempo de su muerte, han de separarse del caudal de su padre, y se le han de entregar como bienes suyos, y no hallándose se le dará su importe, del que nada deben participar los hermanos (*d*). Lo propio milita en el hijo, como se dirá en el núm. 56.

(*a*) Véanse los nn. 74, 78 y 79, cap. 2 de este lib. (*b*) Véase el n. 23 cap. 4, lib. 1. (*c*) Ley 6, tit. 15 P. 6. (*d*) Ley 5, tit. 15 P. 6.

25 No solo comprehende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en religion y profesan en convento que puede poseer bienes en comun ó en particular, porque por la profesion se casan espiritualmente con Jesucristo. No obsta decir que estas dotes se dan á los monasterios por via y en lugar de alimentos segun el concilio de Trento (a): que de darse y recibirse en otro concepto se comete simonía; y que por ser para ellos no hay obligacion de colacionarlas, como no se colacionan los que se dan á los hijos, pues la dote secular se da tambien por razon de alimentos, y no por eso deja de colacionarse toda, puesto que una cosa es suministrar diaria ó anualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al monasterio y este recibirla con título de alimentos, en cuyo caso no se dan como tales sino como dote: porque si se dieran simplemente como tales, y la monja muriera antes de consumir su total, se repetiria del monasterio lo que no hubiese consumido, lo cual no se practica; fuera de que al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió antes de la muerte de su padre, se hallase en su casa, y no se deduce, como ni tampoco la dote secular.

26 Asimismo debe colacionar la religiosa las cosas que sus padres le dan á mas de la dote, v. gr. el vestido con que entra en el monasterio, la cama, lienzos, calzado, &c. á menos que esten especialmente esceptuadas; pero no las propinas regulares que se acostumbran dar á cada religiosa como por via de convite, aunque si se da uno general á todas, serán colacionables y se estimarán como aumento de dote.

27 No debe colacionar la religiosa que está en convento capaz de heredar, lo que por tiempo cierto ó por toda su vida se le da fuera de la dote para sus necesidades religiosas y urgencias estraordinarias, para las que no le suministra el convento ó monasterio lo competente: pues no se contribuye ni entrega á este sino á la misma religiosa por piedad y por via de alimentos, los cuales no son colacionables.

28 Cuando el hijo herede á sus padres, no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas,

(a) Sess. 15 cap. 16.

adornos y demas cosas que dieron á su esposa, estén ó no consumidas, porque en duda se conceptúa habérselas donado por contemplacion y en nombre del mismo hijo que estaba obligado á dárselas segun su esfera y posibilidad, y la costumbre del pais, y en cuenta de su legítima, de suerte que pasen á su poder, aunque no conste por otra parte que se las donaron por sus respetos; y si están consumidas, colacionará su estimacion. Mas lo contrario se ha de decir, si se las dieron los parientes ó amigos de su marido, pues no las debe colacionar este, y ella las adquiere segun y en los casos esplicados en el lib. 1 c. 4, núm. 23.

29 Pero no está obligado á colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al cura que le casó, ni otras que por convite ó lucimiento, y honor ó celebridad de su boda ó misa nueva hacen sus padres: lo primero porque los hacen los mismos padres de su propia voluntad por esplendor, fausto y vanidad, y no son necesarios para la perfeccion ni validacion del matrimonio, antes sí voluntarios y superfluos: lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen; y lo tercero, porque de dichos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad de ellos; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos ni para compeler á su padre á que los haga, si lo resiste, por hallarse bajo su poder. Y lo espuesto procede, aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer, pues no obstante esto se conceptúa hacerlos su padre de los suyos, porque ceden en su honor; bien que poseyéndolos, su padre, si este no quiere hacerlos de los suyos, se entenderan hechos de los adventicios del hijo; pero deberá espresarlo para evitar dudas, y porque de lo contrario se juzgaran espendidos de su propio caudal.

30 Deben los hijos colacionar los oficios públicos vendibles que compran sus padres para ellos, ó ellos con el dinero que les dan para este efecto, si son transmisibles, dénselos en dote ó capital, ó simplemente; y en este caso se les debe computar en su legítima no el mismo oficio, porque es indivisible y mere personal, sino el valor que tiene, regulando su capital por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre y no por lo que costó. Lo propio milita, cuando consta que el Soberano á ruegos del padre y por su mera contemplacion le concedió al

hijo. Pero si los tales oficios no son vendibles, ó por lo menos transmisibles, no se deben colacionar.

31 En órden á si el hijo debe colacionar las espensas hechas por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato, ú otro beneficio ó dignidad eclesiástica útil y fructífera, la opinion comun es la negativa fundada en que el beneficio y dignidad no se pueden vender ni transmitir á los herederos, y no pudiendo serlo lo principal, tampoco lo accesorio; pero no falta quien afirme lo contrario: lo primero, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la cual es colacionable; lo segundo, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote ó donacion causal, pues por medio del gasto ademas del honor consigue utilidad para alimentarse; y así como el padre puede repetir del hijo el gasto útil que hizo en cosa de éste, así tambien por la propia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles, sin los cuales no hubiera logrado el beneficio que ha de gozar y con que se ha de mantener.

32 Si el poseedor de un mayorazgo espende, v. gr. 2∂ ducados en la obtencion de un breve pontificio, para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte ó mas con que erigir dos beneficios, cuya presentacion ha de hacer el hijo que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los 2∂ ducados en cuenta de su legítima: en primer lugar, porque el honor y utilidad de presentar, ó derecho activo de patronato es transmisible al inmediato y demas sucesores (a); y en segundo lugar, por la regla general y doctrina comun de que los hijos deben colacionar en cuenta de su legítima las donaciones que los padres les hacen por causa del matrimonio ú otra.

33 Sobre si debe el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones contrarias. La negativa se funda, ya en que si lo que se dona para la milicia terrestre, no se colaciona, por reputarse castrense, y estar exento de la colacion por derecho, como se dirá en el n. 48, con mayor razon no debe colacionarse lo que se da para la celeste, que es mas digna y elevada, y de una á

(a) Cap. 1 de jure patronat. y ley 8 tit. 15, P. 1.

otra vale el argumento: ya en que no se encuentra en las leyes ordenada especificamente tal colacion, por lo que no debe hacerse no mandándolo el testador, y ya en que esta donacion cede en lugar de alimentos, los cuales no son colacionables. La opinion afirmativa, que me parece la mas justa y verdadera, se apoya en que es donacion causal, útil al hijo y transmisible por su muerte á sus herederos: en que la ley 29 de Toro habla general, indistinta y absolutamente sin esceptuar ninguna mandando colacionar, no solo las dotes y capitales, sino tambien las demas donaciones que los hijos y descendientes hubiesen recibido del ascendiente á quien han de heredar; y en que el fundo para alimentarse no es ni puede ser castrense, y únicamente se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos del título y gastos del viage, asi como en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demas necesario para ir á la guerra; pues lo que le ha de servir para alimentarse durante su vida es legítima, se debe tener por tal en uno y otro, y de consiguiente colacionar, no disponiendo el testador lo contrario.

34 Si los padres ó el uno de ellos dieron dote á su hija ó capital á su hijo, y despues le volvieron á dar alguna cantidad de dinero, alhaja, ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, aunque parece que deberán colacionarla en cuenta de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin embargo á colacion, del mismo modo que la dote y capital, no mandando sus padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera: y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas; pues la citada ley 26 se entiende segun la comun y mas segura opinion en las donaciones simples, las cuales no son colacionables, y no en las causales.

35 Debe colacionar el hijo que se halla bajo de la patria potestad el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó espresamente, si éste tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos; porque se estiman en este caso como profecticios, por haber el padre adquirido su dominio, escepto que mande que no los colacione, como en cualquiera tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohiba. Pero si se los donó tácitamente prometiéndole que los llevase despues de cogi-

dos sin contradecir su percibo, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella. No obsta decir que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida que es revocable y se confirma por la muerte del donante, se colaciona, porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias, no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufructo con la condicion tácita de *si quiere adquirirle.*

36 Diciendo el padre antes de adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo que no le quiere, tampoco tiene éste obligacion de colacionar los frutos que produjeron y percibió, porque entonces no hay propiamente donacion, puesto que el padre jamas le tuvo, ni se le desfalcó cosa alguna de su patrimonio; pues una cosa es dejar de adquirir, lo cual no es propiamente donar, ni le está prohibido, y otra y muy diversa perder lo adquirido, ó enagenarlo y desprenderse de ello; en cuya atencion no se debe hacer mérito del usufructo para cosa alguna, mejórele ó no. Lo mismo procede y se debe practicar con lo demas que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, como cuando uno de sus hijos fallece, habiendo instituido heredero á un hermano suyo, aunque debió instituir á su padre, y éste, lejos de intentar accion alguna contra el testamento, permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milita la propia razon.

37 Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar, literaria ú otra honorífica, y los frutos de estos bienes alcanzan ó esceden á las espensas que hace con él; podria decirse que aunque su padre le mande colacionarlas, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes sufragaron para hacerlas, ceden en honor de la familia y utilidad de la pátria, y sería cosa inicua que despues de percibirlos enteramente su padre se utilizasen sus hermanos de ellos sin ser suyos ni de su padre los bienes que los habian producido, y que, como si no hubiera tenido ningunos, se le imputasen é hiciese colacionar las mencionadas espensas; pero sin embargo, deberá colacionar, si su padre lo manda, no todo el importe de ellas, sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa: porque el padre en

virtud de la ley y de la pátria potestad adquiere todos los frutos de los bienes adventicios de su hijo bajo la obligacion de alimentarle y educarle en los términos que se dirá en el n. 42, y así se tienen por suyos patrimoniales, y se juzga que suple á su hijo de su propio caudal dichas espensas; por lo que mandando su padre que las colacione, sea al tiempo que le envia á seguir su carrera, ó en su última disposicion, ó coligiéndose lo mismo de su voluntad por alguna conjetura de las que espresaré en el n. 44, deberá colacionarlas, como si no tuviera ningunos bienes, pues mas inicuo seria que el padre los adquiriese todos en propiedad y usufructo, como por derecho romano antiguo sucedia.

38 Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, éste se casa, y aunque su padre continúe reteniéndole, no se le demanda mientras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno, porque debiendo atribuirse su silencio al respeto y veneracion no es visto haber donado á su padre dicho usufructo.

39 Los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio eclesiástico pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre, y que éste administra, no le corresponden en modo alguno, porque son de cosa cuasi castrense, y así debe dar cuenta al hijo de su administracion, como se espuso en el n. 18, y no habiendosela dado ni entregádoselos compete al hijo la accion de pedirla y repetirlos de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzcan de su caudal; pero respecto á que el padre no está obligado á mantener al hijo, cuando tiene de suyo, deben bajarse y descontarse de su total, no solo los gastos de administracion hechos por el padre y la décima de su producto líquido, sino tambien los que hizo en alimentarle, darle estudios y demas, porque no es creible que teniendo bienes y rentas de que hacerlos quisiese su padre espender de los suyos propios, á no ser que ordene espresamente lo contrario, en lo cual no perjudica á los otros hijos, porque nada les quita de su caudal ni le disminuye; y aunque no tiene obligacion de darle alimentos teniendo de lo suyo, si se los da estarán bien dados, y no deberá colacionarlos á cuenta de legítima ni mejora, pudiendo mandarlo así su padre, como tambien que se le entreguen los frutos líquidos que perci-

bió de sus bienes, sean ó no adventicios, como deuda contra su caudal, sin embargo de que hasta su muerte nada haya expresado, pues en cualquiera tiempo puede declarar su voluntad, por no haber ley que lo prohiba, de suerte que no mandándolo, si deducido todo sobrare algo, esto será lo que se bajará como deuda y percibirá como crédito líquido á su favor. En todo lo dicho deben proceder el juez y partidor con justicia y equidad atendidas las personas, edad del hijo para si pudo ó no administrar por sí, y las causas de su silencio y permision de que su padre administrase y espendiese, y en vista de ello hacer la cuenta y deduccion.

40 Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió despues de la tácita ó espresa remision de su padre, de modo que los hace plenamente suyos el mismo hijo, se conceptuan como donados por persona estraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos. Puede hacerle el padre dicha remision no solo en contrato sino asimismo en última voluntad, aunque en vida haya callado; pero se observará lo contrario, si su padre ó madre le remiten los de los suyos propios, porque como en este caso salen de su patrimonio, y por su remision se disminuye éste, debe colacionarlos.

42 Emancipando el padre á su hijo, y dándole al mismo tiempo algun fundo ú otra cosa, no está obligado á colacionarle, y antes bien se entiende mejorado en él en cuanto no esceda del tercio ni quinto, pues si escediere, se estimará el esceso parte de legítima (*a*), escepto que al tiempo de la donacion esprese que se le da en parte de aquella, porque despues no puede imponer gravámen ni condicion.

42 No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios (*b*), aunque esto ha de entenderse de los hechos en enseñarle la gramática y otras cosas ó artes, y sin cuya pericia no puede vivir cómoda ni decentemente segun la condicion de su persona, porque estos se comprehenden en los alimentos necesarios que tiene obligacion su padre de suministrarle, y como tales estan exentos del gravámen de colacion; pues cuando los alimentos se deben por derecho natural ó de sangre, se incluyen en ellos la enseñanza ó disciplina, y los gastos que

(*a*) La 26 de Toro. (*b*) Leyes 3 tit. 4 P. 5 y 5 tit. 15 P. 6.

se ofrecen en ella, lo cual no sucede, cuando se deben por disposicion de alguna persona, sino es que lo mande.

43 Esta doctrina padece tres limitaciones. La primera es, cuando el padre tiene y administra bienes propios de su hijo, sean adventicios, castrenses, casi castrenses ó de cualquiera otra clase, porque entonces es visto espender de ellos los gastos espresados y no de los suyos propios, si no espresa lo contrario, y asi estos menos tendrá que percibir de su valor el hijo, como se ha sentado. No debe objetarse que si el padre tiene en su poder bienes adventicios de la hija, nunca se entiende darle ni prometerle de ellos la dote sino de los suyos propios, porque milita diversa razon, cual lo es la de que el padre está obligado por derecho á dotarla precisamente de sus bienes propios, por lo que siempre se entiende que le da ú ofrece de estos la dote; y no lo está á hacer dichas espensas con el hijo, por cuya razon, consistan sus bienes en dinero ó en otras especies, se presumen hechas de ellos y no de los del padre. En esta atencion, aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos, por no haber salido del patrimonio de su padre, se le descontará de sus mismos bienes, cuando pretenda su tradicion, escepto que aquel mande que no se descuenten.

44 La segunda limitacion es, cuando espresa ó tácitamente quiso el padre ó madre que dichos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: espresamente, v. gr. si lo protesta y consta de ello en los términos que se dirá en el núm. 47; y tácitamente, cuando por conjeturas se infiere de su voluntad, como por tenerlos sentados en el libro de cuenta y razon de sus deudores; pues no basta que lo esten unicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que espende, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo en legítima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos cortos, no se le imputarán tampoco en aquella sin embargo de la protesta, ni ésta surtirá efecto, porque se comprehenden, como se ha dicho, en los alimentos y crianza que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre.

45 La tercera limitacion es, cuando resulta entre los hijos gran desigualdad, que puede llamarse asi en el caso de que

lo gastado con el estudiante esceda á la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que espendió con él: ó cuando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió el fin para que lo espendió su padre: ó cuando empleó en vicios y en adquirir malos hábitos lo que éste le dió, pues por dichas razones es visto haber querido que se le imputase en su legítima.

46 Pero es de tener presente que en estos casos, mediante estar obligado el padre á mantenerle mientras se halla en su poder, cuando no tiene de suyo, se le cargará solamente el esceso á lo que gastaria con él manteniéndole en su casa segun su calidad y haberes, como en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demas cosas concernientes á los alimentos; pues éstas no se le deben imputar, tenga ó no el hijo bienes propios, porque el padre debe darle todo lo espresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho. En la regulacion de los alimentos se debe proceder con justicia y equidad, y no estrictamente con mezquindad y miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante, y el estilo del país.

47 Asimismo se ha de tener presente que la protesta del padre mencionada en el n. 44 debe hacerse al tiempo que envia á su hijo á estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él, porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la cual solo al hacerla puede imponer gravámen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ó habido por tal, porque entonces fue incontinenti válida é irrevocable; y no si se hiciere al hijo que se halla bajo la pátria potestad, pues como no vale, y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

48 En órden á otros gastos hechos por el padre para que su hijo aprenda ciencias mayores, siga otra carrera de honor y distincion, ó vaya á la guerra, aunque no está obligado á hacerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarle en el estudio, sino quiere que le continúe, no obstante que le haya enviado á él, (si bien no falta quien

diga que siendo rico puede ser compelido á ello) ni tampoco lo estan sus hermanos á suministrarle los alimentos para la continuacion, muerto su padre, y por lo mismo parece que tiene obligacion de colacionarlos, lo contrario se ha de seguir, porque el padre es dueño de sus bienes mientras vive, y puede gastarlos y distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedírselo, ni derecho á mas que á lo que les deje, mayormente cuando ceden, no solo en utilidad del mismo hijo, sino tambien en la de la pátria y en honor de su familia (a), y cuando el hijo obediente no debe resistirse á estudiar ni dejar de hacer lo que su padre le mande, por lo que no es justo que le perjudique su justa obediencia contra la voluntad de su padre y mandato de la ley. Y aun tiene lugar lo espuesto, cuando le mejora espresamente su padre ó ascendiente, porque esta mejora acredita mas bien que quiso no los colacionase, que los espendió por dar mayor lustre á su familia y beneficiar á la pátria, y que por estas causas se privó de emplearlos en sus propios usos, en cuya atencion tampoco deberá colacionarlos en este caso; ni de consiguiente como esentos de la colacion se le imputarán en parte de la mejora, sino lo manda. No debe objetarse que de no hacerse la imputacion ni colacion resulta gran desigualdad entre sus hermanos, porque la ley lo permite, no distinguiendo de si hay ó no mejora espresa; y mayor desigualdad habrá, si teniendo el padre, v. gr. ocho ó diez hijos, mejora á uno de ellos en tercio y quinto, pues á proporcion de lo que éste lleva apenas toca legítima á los demas, sea ó no opulenta la herencia, y con todo es válida, y no se tiene por inicua la mejora. Pero si consta tácita ó espresamente lo contrario de la voluntad del mejorante, como por haberlo mandado, ó protestado, ó sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ó por otras conjeturas, se entenderá mejorado en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima, bajando préviamente de su total los alimentos que debia darle en su casa, pues estos deben escluirse del cómputo en todos casos, y lo líquido sobrante es lo colacionable. Lo mismo debe practicarse por idénticas razones, cuando el padre, madre ó ascendiente envia á su hijo ó descendiente á correr córtes é instruirse de sus costumbres, intereses, ideas, máximas, tráfico y

(a) Leyes 3, t, 4, P. 5, verb. Fueras ende si el padre, y 5, tit. 15, P. 6.

forma de gobierno, para poder ser algun dia un buen ministro, estadista ó embajador, como algunos personages y potentados lo hacen con sus hijos, porque los tales gastos son correspondientes á estos señores que por su opulencia, dignidad y elevado carácter deben ser los padres de la pátria, estudiando y aprendiendo cuanto conduzca á su felicidad y ceda en honor de sus familias; pues aunque las leyes no hablan espresamente de la *ciencia de estado*, debe entenderse comprendida entre las mayores.

49 Tocante á los libros que el padre da á su hijo para estudiar, esté ó no bajo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir: si el hijo es abogado, juez ó doctor, que ejerce algun oficio público, no los colacionará, porque se conceptuan ó son cuasicastrenses; y asi como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan (*a*), asi tampoco los libros dados en la forma y para el fin espuesto, porque se equiparan á las armas: si el hijo no ejerce oficio público de enseñanza, se ha de distinguir tambien; ó los libros son necesarios para aprender la ciencia que estudia, ó no; si lo son, no los colacionará (*b*), y si no lo son, y se los dona solamente para leer, tendrá obligacion de colacionarlos por cesar las razones espresadas, y porque no se pueden llamar cuasicastrenses. Pero lo mas seguro para evitar disputas es, que asi los libros como los gastos de estudios mayores y demas donaciones que no hay precision de hacer, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, bajado lo que espenderia con él su padre en su casa en los precisos alimentos; y si esceden á la mejora, que se le cuente el esceso en parte de legítima. De los libros debe colacionarse el valor que tengan al tiempo de la muerte del padre ó madre donante, ó al de la colacion, no al de su entrega, y de ningun modo los mismos libros, para que no se cause detrimento al hijo por la particular aficion y memoria local que tiene en ellos con motivo de la costumbre de registrarlos.

50 No debe colacionar el hijo su peculio cuasi castrense, que es lo que gana por el salario de administrador ú otro oficio público, ó por ser juez, abogado, escribano, procurador, médi-

(*a*) Leyes de P. citadas. (*b*) Ley 5 cit. tit. 15 P. 6 y su glos.

co, maestro de gramática ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante (*a*). Lo propio milita en lo que lucra el clérigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de órden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicho órden no le exime de la pátria potestad (*b*), como al Obispo la dignidad episcopal; todo cuanto adquiere, se reputa casi castrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion (*c*).

51 Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre espendió en proporcionarle algun honor inalienable y no transmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó transmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manda lo contrario. Lo mismo procede por la propia razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de éstos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa. Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le exima de ello: en primer lugar, porque esta condecoracion como puramente personal no cede en honor ni utilidad de la familia, segun creen algunos fatuos que no miran las cosas por lo que son en realidad sino por la corteza: no en honor, porque no le aumenta el que goza y debe acreditar para cruzarse, puesto que ya se acabó el tiempo en que se escogia y entresacaba de mil uno para armarle caballero por sus distinguidos servicios á la pátria; y como solo sirve para dar á entender á los que no le conocen, que probó nobleza ó hidalguía, (no que es noble, pues hay diferencia grande entre probarlo y serlo, por lo que vemos sucede y se consigue con el dinero), mas es necia vanidad que otra cosa, y no en utilidad, porque de estar cruzado ninguna se sigue á sus hermanos, ni por ello se les aumenta su nobleza, ni han de probarla con él sino con sus ascendientes; y aunque logre la encomienda ó pension es para sí, no para aquellos; y en

(*a*) L. 5, tit. 15 P. 6. (*b*) Cap. 19 de Sanctis Episc. (*c*) Leyes 2 y 3, tit. 21 P. 1.

segundo lugar, porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa, ni gobierno de la pátria, como los que hacen los que la defienden y gobiernan con las armas y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para esceptuar de la colacion á los castrenses y casi castrenses.

52 No se debe imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre espendieron por redimirle de cautiverio, pues es visto haberlo espendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como papadres, y no con ánimo de repetirlo ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion, de suerte que se entiende mejorado en su importe.

53 Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, escepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjeturas se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos. Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de éste, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado, sino lo espresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlo satisfecho de estos.

54 No estan obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó Reina les hubiesen hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun cuando fuese por los méritos y servicios de éste, y á ruego ó súplica suya, y aun cuando por su real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre transfiere con real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan casi castrenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario, segun lo he visto declarado por el Consejo.

55 Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se transfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se

concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad sino un contrato oneroso, aun cuando luego la haya en la transmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen donaciones puras y escntas de colacionarse, por lo que se conceptuan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales y no como merced: lo cual procede tambien, cuando este manda que el donatario las colacione. Si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será preferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome antes que él la posesion de la cosa donada; al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anejo algun cargo, administracion, ú oficio, lo es el beneficiado á quien se confieren y es anterior en la fecha, al posterior que presentó primero las letras (*a*); pues si tienen aneja alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de su posesion.

56 No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios que con su mera industria y trabajo personal, v. gr. sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, consta haber adquirido, esté ó no en su poder (*b*).

57 Si adquirió todo el lucro con los bienes ó dinero de su padre sin poner trabajo suyo, ó negoció en nombre de este espresándolo así en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues vienen á ser un factor ó procurador suyo, y que como que comerció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Pero dudándose si le adquirió con su mero trabajo ó con los bienes de éste, percibirá la mitad, y la otra mitad será para su padre, ó para su testamentaría; como sucede entre los socios, cuando uno pone el fondo y otro la industria, pues es injusto que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos sin haberlos tenido: lo cual entiendo debe proceder solo en el caso de que su padre no le haya alimentado, pues si le alimentó y estaba bajo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaría. Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras ó valién-

(*a*) Cap. 7 de Rescript. cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6, cap. 7 y c. 31 de præbend. in 6. (*b*) Ley 5, tit. 15 P. 6.

dose de otros medios, y arbitrios ilícitos y reprobados, nada deben participar de él su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse á particion, porque el lucro adquirido ilicita y torpemente no toca al juicio divisorio, antes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quien es, darle por Dios (*a*)

58 Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, asi como se daria á un estraño que los administrase, no siendo él capaz de administrarlos: cuyo salario regulará el juez con prudencia y equidad, atendiendo á su trabajo, y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra éste, por no parecer justo que los hermanos sin trabajo se lucren con el suyo: lo cual procede sin embargo de que estando bajo la patria potestad debe servir á su padre, en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos para querer privarle del salario y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos; pues aquello es bueno para que no pueda demandar á su padre, no para que despues de muerto se lucren éstos con su sudor; mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que asi lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

59 Si el hijo emancipado lejos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre los dilapidó, consumió ó substrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe; pero si se halla bajo de la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó, que en el efecto viene á ser lo mismo.

60 El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos y equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptua lo donado de la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante) que donacion y de consiguiente como hecha á estraño; pues no basta que

(*a*) Ley 2 tit. 17 P. 6 y su glos. 10 y sig.

sean méritos de obsequio, porque á estos se halla obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre, aunque sea jurada, porque se trata de perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas, bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salvo la legítima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo ni por el nacimiento de otros.

61 Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en órden a las donaciones simples, la opinion mas comun es, que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante, y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe. Pero esto se limita en tres casos. El primero es, cuando el padre hace la donacion al hijo emancipado, pues vale incontinenti y es colacionable como las causales, escepto que esprese que no quiere la colacione; aunque por el contrario, haciendola al que esta en su poder, no es válida, á menos que se confirme con su muerte. El segundo es, cuando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes. Y el tercero es, cuando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase, en cuyo caso cesa toda duda y no hay mejora.

62 Donaciones causales, que tambien se llaman necesarias, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, útil ó pia, por la que puede ser compelido á hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar ó poner en estado á algun hijo, ó alimentarle. Estas donaciones se deben colacionar é imputar al donatario en su legítima, á menos que el donante

mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de adquella lo que le donó, y no donándoselo liberal y graciosamente. Asi lo indica la ley 29 de Toro que habla primero de la legítima que del tercio y quinto en estas palabras. "Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que escede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría. Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se imputen en aquellos primeramente. Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad de dicho tercio y quinto, y legítima." El orden de las palabras concilia ambas leyes, y dá á conocer de qué donaciones habla cada una.

63 Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar esta, ó su padre. se ha de distinguir si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ó por particular afecto que le profesaba, como suele suceder, especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene este obligacion de colacionarla, cuando sucede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque esta le sucede por su propio derecho ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su padre, no es visto habérsela anticipado, sino dejádole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

64 Pero si el abuelo donare á su nieta por contemplacion de su hijo y constase de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla ó á hacérsela, tendrá que colacionarla aquel la dote de su hija, ó donacion hecha á su hijo, cuando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima, porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas próxima, y que por medio de este pasó despues á sus hijos; y luego la hija ó hijo la colacionará tambien, cuando se parta la herencia de su padre, porque mediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo

mismo deberán practicar dichos hijos, si suceden con sus tios carnales ú otros nietos á su abuelo, por haber muerto antes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérseles dado por respetos de su padre y no de ellos.

65 En órden á si el enfitéusis es ó no colacionable, debe distinguirse. Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el cual se usa en el reino de Galicia, y el enfitéuta no le compró, y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene este obligacion de colacionarle, ni de colacionar su estimacion con sus hermanos, cuando su padre no fue el primero que le adquirió, porque nada recibe de él sino del señor del dominio directo que le concedió al primero: ni tampoco cuando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

66 Si el padre le adquirió, deberá traerle á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre, con quien contrajo el señor del dominio directo, y no con el hijo, á quien tal vez no conoció, ó acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo, si en la concesion se espresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

67 Y si el padre le compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirle, y a no haberle comprado quedaria su importe á todos sus hijos para dividirle entre sí: en cuya atencion es justo que el hijo que sucede en todo él, le colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfitéusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se le dejó en disposicion última, por lo que debe colacionarle no mandando el padre lo contrario.

68 La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfitéusis en el señor del dominio directo, para que le conceda al hijo y este no se halla obligado á colacionarle, pues no es justo por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demas hijos. Asimismo tiene lugar, aunque el padre comprador sea el último llama-

do á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo que le renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfitéusis sino tambien el derecho de pedir su renovacion; y porque el enfitéusis renovado es el mismo continuado y no otro nuevo Igualmente tiene lugar, aun cuando el enfitéusis 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, porque la accion que se adquiere por servicios, se reputa como las demas acciones y derechos. Finalmente tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene accion á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada, y éste debe abonárselos, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. He dicho, si el hijo quiere ser su heredero, porque si repudia la herencia, no está obligado á la espresada colacion, aunque si el importe de los aumentos escede á la legítima y mejora, deberá restituir el esceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte segun la ley 29 de Toro.

69 Lo que se ha dicho de las mejoras, ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse; ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico.

70 Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, cuanto su hijo consigue del enfitéusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos á no habérsele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar del título con que poseia, deberá no obstante colacionarla, por evitar la desigualdad entre sus hermanos; bien que segun la ley 26 de Toro se entenderá mejorado en ella en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

71 Asi como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfitéusis de *nominacion* que es-

te compró; asi tambien el nieto hijo de aquel, cuando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razon, porque á no haberle comprado hubiera dejado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa, lo cual procede, aunque el abuelo nombre al nieto.

72 Nombrando el enfiteuta á un estraño para que el goce del enfiteusis mejorado, no deberá pagar éste las mejoras, porque es visto habérsele dado con ellas; y únicamente en caso de haberle devolverá el esceso á lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado este á otro, y el nombrado quisiere la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los estraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

73 Por lo concerniente al enfitéusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ó dió en dote á alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiera dado otra cualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, bajando su carga ó pension, porque se conceptua finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por lo que quien antes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándole tácita ó espresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y cuando la tomó en enfiteusis, fue con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun suele pactarse en este contrato; como que la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos bajando el importe de todo el gravámen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

§. III.

De cuántos modos se puede hacer la colacion, á quién compete el derecho de hacerla y pedirla, á qué tiempo ha de atenderse para ver si la donacion es ó no inoficiosa, por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona debe restituir sus frutos repudiando la herencia.

74 La colacion se puede hacer de varios modos: el pri-

mero es por *manifestacion*, á saber, trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla: el segundo es, por *liberacion*, que es cuando lo colacionable se le pronetió y no entregó; y el tercero es, por *imputacion*, que es imputándole en su haber y percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar, por no existir, ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote, de que está aposesionado el marido, pues su muger se halla imposibilitada de practicarlo; y este es el modo qne mas se usa (*).

75 Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion; pues de no hacerlo se puede causar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á ella y la pretenden, porque con la colacion se hace hereditaria y como del patrimonio del difunto, y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa por ella. Mas esto se limita, lo primero, cuando los interesados se convienen en que se colacione la estimacion: lo segundo, cuando no se puede colacionar sino con dificultad ó de ningun modo: lo tercero, cuando la cosa es tal que no le tienen aficion los hermanos, ó son libros de escolares, escepto que el padre mande espresamente que los colacionen: y lo cuarto, en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimacion de las cosas dotales sin tener que manifestarlas, como ya se ha dicho.

76 La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino tambien á su heredero, y contra el heredero del que esta obligado a hacer la colacion, pues ademas de otras razones que traen los AA. por la persona del heredero, no se muda la condicion de la obligacion, y así como la herencia se transmite, se transmiten su derecho y cualidad.

77 En cuanto á los demas particulares de este §. convendrá para la debida claridad é instruccion del partidor insertar la ley 29 de Toro (*a*), que dice: »Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de

(*) Sin embargo de lo que al principio del núm. sig. dice neciamente el autor siguiendo á Velasco, que se dejo llevar de la autoridad y de los fundamentos de Bártulo.

(*a*) Es la 3, t. 8, lib. 5 R. ó 5, t. 3, lib. 10 N. R.

sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nupcias*, y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos, y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes (puesto que sea durante el matrimonio), á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire a lo que escede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando hizo la donacion, ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte."

78 Tocante al precio ó valor porque se deben colacionar los bienes que donó ó dió en dote el ascendiente á sus descendientes, existan aquellos ó no; para la mas perfecta inteligencia y evitar dudas, es preciso distinguir, no solo de bienes, sino de casos, como se va á esponer. Si una finca ó fundo dado en dote ó capital se hizo de mas valor solamente con el tiempo y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando éste le recibió no fue apreciado, ó si se apreció no causó venta la estimacion que se le dió, le ha de colacionar por el que se le dé entonces; y al contrario, si con el mismo tiempo y no por dolo ni culpa suya, se hubiere deteriorado y disminuido su valor, le colacionará tambien por el intrínseco que tenga al hacerse la colacion; pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida, y de colacionarle en la forma espuesta no resulta desigualdad, ni se causa perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima, cuando su padre muera, si los bienes que dejó le tuvieron, como que para regular el valor de ésta se debe atender al tiempo de su muerte, y asi como puede pedirle si se au-

mentaron con el tiempo, asi es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor del fundo adquirido solo con el tiempo que es valor intrínseco. Y si por el contrario se disminuyese este y se aumentasen los bienes de su padre, lejos de perjudicársele quedará beneficiada en colacionarle por el precio que se le dé. Lo mismo procede en el hijo, á quien el padre donó en cuenta de su legítima algun fundo ó cosa raiz no apreciada, cuyo valor intrínseco se aumenta ó disminuye solo con el tiempo.

79 Si se le dió el fundo apreciado con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos AA. dicen, que siempre se juzga dado con la condicion de colacionarle al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion no causa venta; sin embargo siguiendo lo que ordenan las leyes que tratan de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictamen de los que tocaron madura y juiciosamente el punto, diré que debe colacionarle por el valor en que se estimó cuando le recibió, si entonces no se pactó otra cosa: en primer lugar, porque por el hecho de haberse valuado es visto habérsele dado el precio consignado en él, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haber recibido esta en cuenta de su legítima, y no el fundo, y que por lo mismo el peligro que hubiese en este, habia de pertenecer al donatario ó dotada y no á su padre, del mismo modo que el incremento de su valor, si le tuviese; y en segundo lugar, porque se le transfirió su dominio. Ademas, asi como cuando por la tasa da en pago al acreedor algun fundo de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga, pertenece á aquel, y cuando no vale al principio la donacion que el padre hace á su hijo, pertenece á este el aumento ó diminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre; asi tambien por la propia razon debe pertenecer al hijo ó hija el del que se le dona ó da estimado en dote, porque su padre se le anticipa en pago de su legítima.

80 Pero si el fundo llegó á tener mas valor por la mera industria y trabajo del hijo ó hija, como si estaba erial, y despues que le recibió, le plantó de viña ú olivos; entonces si se le dió estimado, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que

su padre se le donó, y no el fundo; y si inestimado, colacionará el mismo fundo por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de este.

81 Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que consisten en número, peso, ó medida, si se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion y no los mismos bienes al donatario, por lo cual debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió, valgan menos: porque quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y respecto habérsele transferido su dominio es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan; y sino se apreciaron, los colacionará por el valor que segun se hallen, se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presume ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse traspasado su dominio al donatario, en cuya atencion se han de valuar como tales del mismo modo que los demas de la herencia. Todo lo espuesto es lo que se debe y he visto observar.

82 Si los bienes dados en dote ó donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen á la colacion, mediante á que por la obligacion de colacionarlos se entiende haber existido en poder del padre, y que incontinenti que falleció, empezaron á ser comunes de la herencia, por lo cual es justo que perezcan para esta y no se colacionen. Si perecen por culpa ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos como si no hubieran perecido, por el valor que tenian cuando los recibieron: en cuya atencion si el hijo por su irregular conducta y falta de sindéresis consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de éste. Y si dichos bienes no estimados perecieron en vida del padre sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dejarán por eso de ser admitidos á la herencia igualmente que los demas herederos: porque si cuando son comunes de esta por la colacion, no le pertenecen, con mayor motivo no le pertenecerán cuando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podian llegar á ser de la misma herencia, de modo que se entenderá mejorado en ellos ó que no los hubo.

83 No solo debe la hija disuelto su matrimonio devolver el esceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante éste, si se le demanda su padre, ya porque la ley 29 de Toro lo ordena asi diciendo: *puesto que sea durante el matrimonio*; y ya porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita ni espresamente en contrato por razon de dote ni casamiento (a).

84 Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de su padre, lo cual es indudable; y aun tampoco los frutos producidos despues de dicho tiempo, pues desde que se le entregó la finca la hizo suya y pudo disponer de ella como propia; pero si la dote fue inoficiosa ó escesiva, tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al esceso percibida desde la muerte del padre, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, desde que se la interpeló, puesto que el contrato dotal fue nulo en dicho esceso, y como hasta que la hija hizo la colacion no se supo, si la dote era ó no inoficiosa, fue poseedora de buena fe de todo, y como tal adquirió, no solo los de la verdadera dote ó legítima, sino tambien los del esceso hasta la interpelacion: á cuya consecuencia, si el donante revoca en vida, como puede hacerlo, el esceso de la dote, y hace saber á su hija y yerno la revocacion, deberán restituir desde entonces los frutos de lo inoficioso, pues á mas de no valer el contrato dotal en el esceso desde su constitucion, por constarles su nulidad y revocacion, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos.

85 En órden á si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto escede á su legítima y mejora, deberá, acepte ó repudie la herencia, devolver el esceso desde que se le interpeló é hizo saber éste, que es cuando se constituyó poseedor de mala fe, y no antes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio como en el esceso de la dote (*), puesto que para ver si

(a) Ley 1, t. 2, lib. 5 (ó 6, t. 3, lib. 10 N. R.) y auto 4, cap, 24, tit. 12, lib 7 R. que en esta parte corrigen la 20 de Toro.

(*) El autor da aqui á entender, que quien posee alguna cosa en virtud de título nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el núm. antecedente ha dicho y con razon que el contrato dotal es nulo en el esceso de la legítima, y que sin

la donacion es ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la cual se ignora; y como se revoca con motivo de lesion en la legítima, y ésta no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entonces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay esceso, hizo suyos todos los frutos percibidos, mientras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite y su padre pudo darle.

§. IV.

Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes y han de colacionar por su fallecimiento, como asimismo de la cuarta marital se deberán deducir las mejoras hechas y entregadas ó no á aquellos ó á otros mejorados antes ó despues de la tradicion de los bienes colacionables.

86 Por nuestro derecho real está prohibido que se vuelvan á la herencia, y se saquen el tercio y quinto no solo de las dotes y capitales sino tambien de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25 de Toro que es la 9, tit. 6, lib. 5 R. ó 9, tit. 6, lib. 20 N. R. y dice: »El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones propter nupcias, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion." Asi que, precediendo la dote dada á la hija ó el capital entregado al hijo, ya sea para que contraiga matrimonio con muger determinada; ó solamente para que se case sin nombrarla, ó ya sea sin causa, si se entregó espresamente á cuenta de legítima; no se debe sacar de su importe la mejora posterior que hizo el testador ni parte de ella, ni colacionarse sino para el efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco juntarse con el importe de los bienes líquidos inventariados, para que la mejora sea mas cuantiosa, si le cabe en su haber; en primer lugar, porque despues que el padre ó madre dotó á la hija, ó dio en vida el capital al hijo, desprendiendose de los bienes de aquel ó de

embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho esceso.

la dote, quedó privado de todo derecho y facultad para disponer de ellos, por haber pasado su dominio á los mismos hijos: en segundo lugar, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando menos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual seria injusto; y aun cuando no se disminuyesen, ni tuviesen que restituir, porque les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas menos que lo que á no deducirse de ellas la mejora, les tocaria y debian percibir: en tercer lugar, porque la mejora es siempre respectiva á los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muette, y no á los que no se hallan entonces en su poder; y en cuarto lugar, porque nunca se cree que ninguno dispone de los agenos sino de los propios, y no lo son del mejorante los que tenia entregados.

87 La disposicion de la ley 25 cit. parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras, *trajeren á colacion ó particion*; pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija á quien se ofreció, por no deberse decir que colaciona lo que no tuvo ni tiene; fuera de que la mejora se debe deducir de los bienes que el difunto poseia al tiempo de su muerte segun las leyes 19 y 23 de Toro, y los prometidos y no entregados á la hija se hallaban entonces en su poder. Pero sin embargo de esto se debe ampliar á la dote prometida igualmente que á la entregada, porque los bienes prometidos, aunque se hallen en poder del testador, como que no son suyos, por estar obligado á su tradicion, y haber adquirido la hija y su marido derecho á que se los entregase, luego que se celebró su casamiento, de suerte que se consideran hallarse interina y confidencialmente, ó en depósito en poder de su padre que puede ser compelido á su entrega; y la herencia y mejora se entienden, y deben sacar de lo que realmente es suyo, y no de lo que está debiendo. Lo mismo procede por igual razon en el capital y otras donaciones causales prometidas y no entregadas.

88 La regla sentada en el núm. 86 padece dos limitaciones. La primera es, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á algun descendiente, y

despues dió capital ó hizo otra donacion con causa necesaria á otro descendiente; pues entonces se deducirá de ella la mejora, porque haciéndola del modo dicho adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion, sino tambien de los que adquiera despues hasta su muerte; á cuya consecuencia aquellos de que se desprende con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la donacion y donatarios, y no mas, puesto que el donante no puede mejorar ya á ningun otro descendiente, por no poder ser la mejora mas que una, ni despues de hecha simplemente, imponerse gravámen ni condicion en ella: de suerte que por haber hecho donacion irrevocablemente del tercio ó quinto, ó de ambos quedaron todos sus bienes sujetos á la mejora. Asi que, la mejora irrevocable se ha de deducir de dichas donaciones, el donatario posterior no ha de conceptuarse mejorado en cosa alguna, y para hacer la deduccion, se han de agregar aquellas al caudal inventariado líquido y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y demas que hacen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25, y estaria en el arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de éstos disponer despues de sus bienes como quisiesen, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados, á pretesto de ser onerosas las donaciones posteriores; bien que si al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacta que ha de surtir su efecto y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante, no se deducirá en este caso de las dotes y donaciones posteriores.

89 La segunda limitacion es, cuando la dote fue inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento: ni se entiende serlo tácita ni espresamente, debe restituir el esceso á los coherederos; y como este pertenece á la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitucion, igualmente que los demas bienes que se encuentran en su poder, se debe deducir la mejora no solo de éstos sino tambien de aquel, en que nunca fue válida la constitucion de la dote, y por lo mismo vuelve al donante, quien puede pedirle en vida y revocarle, porque aunque nadie puede ir contra su pro-

pio hecho, no obstante, si el acto es nulo se le permite pedir que se declare por tal; lo cual no podran hacer en su vida los hermanos de la dotada, porque como no se les debe la legítima mientras vive su padre, y puede ser que éste aumente sus bienes despues de entregada la dote, ó que mejore en testamento á la hija, ó que muera alguno de los coherederos, acaso será mayor la parte que le toque, y entonces dejará la dote de ser escesiva.

90 Esta segunda limitacion se entiende, cuando resulta lo inoficioso considerados y unidos los bienes con que la hija fue dotada, y los que dejó su padre, y bajado el quinto de estos, no cuando la dote es escesiva solamente por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no será obligada á restituir el esceso de la legítima diminuta que por deducir el tercio aparece tocarle, como se ha sentado en el cap. 2, n. 74 al fin; porque la ley que prohibe sea mejorada en contrato no prohibe que lleve la legítima larga ó completa de todos los bienes del testador, ni manda que ésta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado; ni por consiguiente hay esceso al tiempo de su constitucion ni al de la muerte, ni en aplicársela entera se viola la ley, porque no resulta que el testador haya hecho mejora, ni pactado ni tenido intencion de hacerla á su favor, y lo que no está prohibido se entiende permitido; en cuya atencion, cuando fue dotada antes que se hiciese la mejora, se le ha de aplicar todo lo recibido, si le cabe en su legítima completa, separando únicamente el quinto de los bienes que deja el mejorante, porque á éste ningun derecho tiene por ser privativo de su padre; al modo que por el contrario, cuando la mejora procede, se debe deducir de la dote recibida, segun se ha espuesto en el n. 88. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan menos que ella por sus legítimas en el presente caso, pues esto proviene de la disposicion de las leyes y del testador, por haber hecho mejora; de manera que aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada, siendo causal que le toque la legítima entera, y á los coherederos no mejorados la diminuta, porque nunca percibe mas que lo que la pragmática de Madrid no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro que prohibió sacar mejora de las dotes y dona-

ciones, hubiese querido limitar este caso, lo hubiera espresado, ó dicha pragmática que mandó que las hijas no fuesen mejoradas, lo hubiera prevenido.

91 Recibiendo prestadas del padre ó la madre en una ó mas ocasiones el hijo ó hija que está fuera de su poder algunas cantidades para socorrer sus urgencias con la obligacion en vale ó escritura de devolvérselas como tomadas en empréstito, y disponiendo aquellos en disposicion última del tercio ó quinto: parece que no satisfaciendo dichas cantidades, ni pidiéndoselas sus padres judicial ni estrajudicialmente, se deducirá de su importe el tercio ó quinto; porque el hijo ó hija que no se hallan bajo la pátria potestad, pueden tratar con sus padres como con cualquiera estraño, al cual se equiparan en esto; y si el estraño fuera el deudor, se sacarian del tercio y quinto lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; mas sin embargo, yo soy de dictamen que en este caso que no han tocado los AA. cabiendo lo prestado en el haber ó legítima que corresponde al hijo ó hija, no debe tenerse por mutuo sino por anticipacion hecha en parte de su herencia, y que de consiguiente tampoco deben desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos; porque no obstante dicha obligacion de restituir, atendiendo á la cualidad de hijos que concurre en los donatarios, de la que no pueden prescindir ni desnudarse á la accion ó derecho que tienen en los bienes de sus padres, y á la necesidad con que les piden los socorros, se debe creer que aquellos que no la ignoraban no se los dieron en préstamo, como si fueran estraños, por lo cual no se los demandaron, ni con esperanza de que se los habian de pagar, aun cuando se lo ofreciesen, sino que para que se remediasen se los anticiparon en cuenta de su haber legítimo; en cuya atencion su importe no se ha de tener por deuda á favor del caudal para el efecto de deducir tercio ni quinto de él, pues para esto debia haberse especificado así en los resguardos; reservándose esta facultad los donantes, mayormente á vista de una ley prohibitiva, sino por incremento suyo, con el fin de imputarle á los donatarios como recibido en parte de su legítima, y con el de que no puedan pretender ésta entera, como si nada hubieran tomado, estimándose que la obligacion que contrajeron fue respectiva solamente á lo que no les

cupiese en su legítima ; y el interpretarla de otra suerte es violentar su espíritu y atender á lo material de las palabras, no á la intencion, estado y circunstancias de los contrayentes, dejándose llevar de lo que suena y no de lo que realmente es; bien que si el padre manda en su última voluntad al hijo que colacione las cantidades recibidas, no habrá duda en que su ánimo fue el de dárselas á cuenta de su haber, aunque suenen prestadas. Pero si en los resguardos se espresa "que lo donado se ha de tener por caudal del donante, como si al tiempo de morir estuviera en su poder, y el hijo ó hija fuese estraño, y que en este concepto ha de poder disponer de ello del mismo modo que de los bienes que tenga entonces sin diferencia, no reputándose anticipado en parte de pago de su haber sino real y efectivamente prestado;" si el padre no limitase, suprimiese ó derogase posteriormente este pacto, como puede hacerlo, por ser en su beneficio, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aun cuando no se celebre pacto, si el padre demanda en vida al hijo, aunque sea estrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ambos casos está manifiesta su voluntad.

92 Cuando alguno hizo en vida á un hijo donacion simple que no completó el total de la mejora, en cuyo caso se entiende mejorado, y despues en disposicion última mejoró espresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes, discuerdan los AA. acerca del modo de deducir la mejora, por variar en la inteligencia de las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro; y mediante á que hay notable diferencia entre hacer la deduccion de un modo ó de otro, á que pueden causarse gravísimos perjuicios, para mayor claridad é instruccion del partidor propongo el mismo caso que los AA. proponen. Un padre que tenia tres ó mas hijos, donó simplemente y entregó al uno de ellos 10@ reales, ó un fundo ó cosa que los valia. Despues mejoró espresamente en testamento ó en otra disposicion última á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el caudal líquido y partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle, fueron 120@ reales. En este caso, frecuente en las particiones, digno de atencion por su gravedad, y en cuya resolucion se ven muchos perplejos por la discordia de los AA. es preciso buscar el modo justo de girar la

cuenta, para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado por testamento en su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante, se cumpla y observe en todo.

93 Pero antes de resolver qué opinion se ha de adoptar y seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de cuatro modos. El primero es, deducir la mejora espresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entonces el mejorado en testamento conseguira como tal 56 reales, á que ascienden el tercio y quinto de los 120 inventariados; pero de esta suerte se perjudica á las legítimas en los 10 entregados en vida al donatario, en que se entiende mejorado, y como las leyes prohiben aquel perjuicio, semejante modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los mejorados, de ninguna manera debe adoptarse, en lo cual con razon estan conformes todos los AA.

94 El segundo modo, de que ningun jurisconsulto hace mencion, lo cual tal vez habrá sido uno de los motivos de la discordia de los AA. y de haber resuelto el punto propuesto en los términos que espresaré en el núm. 96, es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto, v. gr. de los 10 de la donacion 4666 y un tercio de dos, que son el total de su tercio y quinto, dejando para legítimas los 5333 y dos tercios de dos restantes, y de los 120 los referidos 56 y el residuo que son 64 para legítimas tambien; en cuyo caso compondrá el total de la mejora dividida entre ambos mejoradas 60666 reales y un tercio de dos, y quedarán para legítimas 69333 y dos tercios de dos. Este modo de deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento; pero sí al donatario, porque de lo que es suyo como mejora se le quita como legítima mas de la mitad, que son 5333 reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos, por no ser inoficiosa la donacion; lo cual no solo lo prohibe espresamente la ley 25 de Toro, sino que ni el testador lo manda, ni aunque lo mandara deberia ser obedecido: lo uno, porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda: lo otro, porque en la donacion hecha simplemente no se puede imponer despues condicion ni gravámen; y lo último, porque lo donado era del donatario y el testa-

dor carecia de facultad para gravar lo ageno, quitarlo á quien lo tenia, y disponer de ello. Así pues, tampoco es admisible este segundo modo, con el cual, y no con otro alguno, se contraviene claramente á la citada ley 25, porque no se saca efectivamente el tercio y quinto de lo donado en vida, y al donatario se aplica el residuo en parte de legítima, debiendo dejársele con el tercio y quinto como mejora, respecto caberle todo en ésta.

95 El tercer modo es, unir verbal y numéricamente los 10@ reales entregados en vida á los 120@ inventariados que componen 130@: deducir de estos el total de la mejora que importa los mismos 60@666 reales y un tercio de dos: dejar al donatario los 10@ que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fue en testamento los 50@666 y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen Tello, Ayora, Acevedo y otros que cita el señor Castillo; y le observan los partidores inteligentes de esta córte, porque con él no se viola ninguna ley, ni se disminuyen las legítimas, ni mejora tácita ni espresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados se hallaran en poder del mejorante, y éste dejara en su testamento á cada uno la propia porcion.

96 Y el cuarto modo de hacer la cuenta es sacar mejora únicamente de los 120@ reales, que asciende á los dichos 56@, y bajar los 10@ entregados en vida al donatario como mejora tácita, con lo cual quedará reducido el total de ambas partes de mejora á solos 46@ reales, y de consiguiente aunque no se perjudicará al donatario ni á las legítimas, el mejorado en testamento no llevará el residuo entero de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo hacerlo, porque le faltan 4@666 reales y un tercio de dos para completarla. Este modo de deducir es el que siguiendo á Angulo y Escobar se esfuerza á defender el señor Castillo en dicho capítulo, apoyándole en una decision de la real audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus secuaces, y fundándose en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, que no hacen al propósito, como se va á demostrar.

97 La ley 19 de Toro, que es la 3, tit. 6, lib. 5 R. ó 3, t. 6,

libro 10 N. R. dice: "El padre, madre y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo, ó hijos nietos que ellos mejoraren, con tanto que no esceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna." El caso de esta ley es muy diverso del de la disputa; pues en este se habla de cosa donada y entregada en vida; y el consignar la mejora no es darla ni entregarla en vida al mejorado, sino señalar la cosa cierta y determinada en que ha de entregarse precisamente el importe de ella despues del fallecimiento del mejorante, habiendo cabimiento en los bienes que deje, de suerte que hasta este tiempo permanece en su poder la cosa consignada, y no hay de qué hacer ninguna agregacion.

98 La ley 23 de Toro, que es la 8 del mismo tít. y lib., ú 8, tít. y lib. cit. N. R. dice: "Cuando el padre ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad hiciere á alguno de sus hijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se fizo la dicha mejoría." Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni tradicion de la mejora del tercio ni parte de él, sino de que háyase hecho revocable ó irrevocable en contrato ó última disposicion, se mire siempre al valor que tienen los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, porque como no hay entrega en vida, es preciso atender á éste; y por hallarse en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar, sin que el mejorado á pretesto de ser irrevocable la mejora, y de que adquirió derecho á ella desde que la hizo el mejorante, pueda pretender que se atienda á lo que valian entonces, porque su irrevocabilidad sirve unicamente para que no pueda ya dejar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin facultad para mejorar á otro y gravar el tercio.

99 La ley 25 que se insertó en el núm. 86, aunque supone donacion y tradicion en vida, trata de caso diverso del presente.

Dispone, que de los bienes ó donaciones que se colacionan, esto es, de los entregados en vida á cuenta de legítima, no 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 cuantiosa; pero no prohibe que se haga la agregacion espresada en el n. 95 que se observa en la práctica, ni manda que se haga la deduccion espuesta en el n. 96, ó que cuando 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, sea en cuenta de legítima ó mejora de los bienes que deja al tiempo de su muerte, ó que se haya de disminuir la mejora espresa posterior; con lo cual sucederia que no disponia del tercio y quinto enteros en vida y muerte, y se le limitaria en este caso la facultad que para ello le dan otras leyes; ni finalmente quita nada al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como sucede haciendo la cuenta del segundo modo propuesto en el n. 94.

100 Demostrado que el caso de la disputa no está comprehendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta ver si lo estará en la 26, que es la 10 del propio tit. y lib. y si estándolo se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el n. 95 y adoptada en la práctica. Dicha ley 26 dice así: "Si el padre ó la madre en testamento, ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor de dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad de dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, y abuelos, y no en mas." Esta ley es la que trata verdadaderamente del caso sobre que se controvierte, y lejos de prohibir la agregacion espresada en el n. 95, quiere que se haga: lo primero, porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de

los bienes del donante lo que le donó, lo cual es computar y agregar para ver lo que resta de mejora, sin lo que no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; y lo segundo, porque prohibe al donante que pueda mejorar al donatario ó á otro en mas que en el esceso de lo que contando é incluyendo lo donado importe la mejora de los bienes que entregó en vida y deja por su muerte.

101 Si el padre en contrato oneroso como casamiento, ó en contrato irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró espresa é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos; ó si le dió capital ó hizo otra donacion causal, que es colacionable, y despues en disposicion última le mejoró en dicho tercio, se duda, si para la deduccion de la mejora se deberá ó no hacer la agregacion verbal y numérica de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, uniendo luego el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima. Esta dificultad toca el señor Castillo como caso ocurrido en dicha real audiencia, cuya decision conforme con la del caso anterior defiénde vigorosamente fundándose en las leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 de Toro, que prohibe se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y partícion, sin hacerse cargo de que aunque la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender, si por otras se establece otra cosa, se ha de distinguir y declarar segun ellas, y si en algo aparecen contrarias, se han de concordar.

102 Pero la dificultad propuesta comprehende dos casos distintos y de distinto modo se han de resolver. En órden al primero debo decir que el ser dos ó uno solo los mejorados no hace variar el espíritu de las leyes ni lo sustancial de la disposicion, y que si cuando la mejora es tácita, porque la entiende hecha la ley, se debe hacer dicha agregacion, con mayor razon deberá hacerse siendo la mejora espresa con entrega de parte de ella al mejorado, pues está manifiesta la voluntad del mejorante. Mas para hacer la deduccion de la mejora en este caso, por no haberla de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de éste y no mas de los bienes que el testador deje, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su fu-

neral, misas, legados y todo lo demas que segun la ley 30 de Toro corresponde deducir de él: despues, de lo que reste, se harán la agregacion y computacion, porque por el hecho de no haberle mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase: luego, separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dejó el difunto, y le mejoró en el tercio de todos, y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se vé si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, recibirá el esceso en cuenta de legítima, y si nada sobra del quinto, nada tendrá que tomar. Esta diferencia que no ocurrió al señor Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Y si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues en disposicion última mejoró á él y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora, recibiendo en cuenta el donatario lo que percibió en vida, á no ser que el mejorante mande lo contrario.

103 Por lo concerniente al segundo caso que es, cuando el testador dió capital ó hizo otra donacion colacionable al hijo con entrega de ella, y despues le mejoró en el tercio, se ha de deducir la mejora únicamente de los bienes que se encuentren por muerte del testador, sin agregar á ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado: en primer lugar, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es colacionable para la igualdad, y se debe unir solamente al caudal destinado para legítimas; y en segundo lugar, porque de no hacerse asi se viola la ley 25 de Toro que prohibe sacar el tercio y quinto de las donaciones anteriores que se traen á colacion y particion, para que no sean perjudicados los donatarios en sus legítimas. En cuanto al quinto se observará todo lo dicho en el n. inmediato.

104 Si el padre teniendo v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó capital su legítima corta con esta espresion, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazon posee; y despues mejora al uno de ellos, y no deja al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó; podria decirse que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que de consiguiente no se unirán las legíti-

mas entregadas para hacer la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Pero no obstante me parece que se debe distinguir. Si el padre al tiempo de su entrega espresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos enteramente con arreglo a derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se agregarán, y sacarán de ellas el tercio y quinto, y de lo contrario no se hará asi, porque las legítimas son ya de los hijos, y el padae no puede mejorar en bienes agenos, por prohibirlo la ley 25 de Toro, en cuya atencion el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

105 Si alguno deja en disposicion última á un descendiente ó estraño el quinto de sus bienes, ó dispone de él á favor de su alma, se pudiera decir que debe deducirse no solo de los que se encuentran en su herencia, cuando muere, sino tambien de los que colacionan los hijos: ya porque debiéndose mezclar estos con aquellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos á causa de componer una herencia, parece consiguiente que se deduzca de todos como de patrimonio del difunto: ya porque á no ser asi se cortaria indirectamente á los padres la libre y amplia facultad que la ley les concede para testar del quinto, y que no se les debe restringir; y ya porque si de las dotes y donaciones no pudiese deducirse, hubiera sido superfluo el establecimiento de la ley 25 de Toro en contrario respecto del tercio y quinto, cuando son mejora, y por tanto cuando este no lo es, se deberá deducir de todos. Mas sin embargo de lo espuesto, el quinto, ya le deje el testador á un hijo como mejora ó legado; ya á estraño, ya disponga de él de otra manera, ha de deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere y no de los colacionados; pues habiendo salido estos de su dominio ó patrimonio, y pasado al del donatario ó dotada, no se debe entender que legó de otros sino de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos, mayormente cuando nunca es de presumir que ninguno dispone de lo ageno sino de lo propio, porque no puede hacerlo, y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo y está en poder de su dueño. Por

otra parte, aunque se legue el quinto á un hijo, puesto que no es legítima á que tenga derecho, viene á ser lo mismo para el caso que si se legará á estraño, con el cual no tiene lugar la colacion.

106 Evacuado el primer particular de este párrafo resta esplicar el segundo, á saber, si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede á la viuda, y de que conviene dar antes alguna noticia para instruccion del partidor. "Páganse los omes á las vegadas (*á veces*) de algunas mugeres, dice la ley 7, tit. 3 P. 6, de manera que casan con ellas sin dote, maguer (*aunque*) sean pobres, por ende guisada (*por tanto justa*) cosa, é derecha es, pues que las aman, é las honran en su vida, que non finquen (*queden*) desamparadas á su muerte. E por esta razon tuvieron por bien los sábios antiguos, que si el marido non dexasse á tal muger en que pudiese bien, é honestamente bevir, nin ella lo oviesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non deve montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviesse de lo suyo con que pudiese bevir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon desta quarta parte." Cada una de dichas libras hace 72 castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 435 maravedís de los presentes; acerca de lo cual véase á Escobar (*a*).

107 Corresponde á la viuda pobre dicha quarta, aunque con alguna ocupacion, labor ó industria pueda alimentarse, ya porque se le concede por honor para consuelo del consorte perdido, y á fin de que conserve una casta viudedad, y ya porque la ocupacion é industria pueden faltar; y aun cuando despues adquiera bienes de otra parte, no la perderá, mediante á que se atiende al tiempo de la muerte de su marido y no al ulterior, por ser aquello casual. Asimismo le corresponde, aunque le legue el quinto, mande que se contente con él, y le prohiba pedir mas, si éste ú otro legado que le haga, no es suficiente para sus honestos y decentes alimentos, porque es débito contraido al tiempo que se casó sin dote, y como tal necesario.

(*a*) De Ratiocin. comput. 1, an. 16 y 17, y comput. 25. Véase la nota del n. 14, cap. 6, I. P.

108 No percibirá la viuda toda la cuarta, cuando los hijos sean mas de tres, y solamente se igualará á los hijos partiendo entre todos la herencia, ya estos fuesen de ambos, ya solo del marido habidos en otro matrimonio. Asi lo dispone un testo del derecho romano (*a*); bien que la ley de Partida inserta no distingue, por lo que parece no debemos distinguir.

109 Volviéndose á casar la viuda dentro ó fuera del año está obligada á reservar á los hijos, si los hay, la propiedad de la cuarta, y así gozará solamente de su usufructo, mientras vive; y si durante su viudedad vive deshonestamente, la pierde y debe restituirla á los hijos, al modo que el lecho cuotidiano, los gananciales, y lo que el marido le lega, fuera de incurrir en otras penas.

110 Supuestas estas noticias debo decir que para la deduccion del tercio y quinto no se ha de computar la cuarta marital, sino que antes bien como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido, se debe bajar de estos primero que se saque la mejora, segun se practica con las demas deudas que deja cuando fallece: lo cual se debe observar sin disputa, cuando se contrajo el matrimonio antes de hacer la mejora.

111 Y si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su primer matrimonio antes de casarse segunda vez, parece que se ha de computar la cuarta para deducir la mejora, y que despues de deducida esta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre, cuando se volvió á casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas. Pero no obstante se ha de practicar lo contrario, porque aunque la donacion sea irrevocable, esto sirve solo para que el hijo no deje ya de ser mejorado ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque ésta es débito necesario contraido antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece, en el cual el importe de la cuarta no es ya suyo sino de la viuda; bien que si antes de casarse el mejorante entrega parte de la mejora al mejorado, no se computará su valor para la deduccion de la cuarta, respecto á que cuando se contrajo la deuda, ya era aquel

(*a*) Autentica Præterea. Cod. Unde vir et uxor.

dueño de lo que se habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante (*a*).

CAPITULO IV.

De la sucesion por testamento de los ascendientes á sus descendientes legítimos.

§. I.

En qué bienes suceden los ascendientes por testamento ó sus descendientes legítimos, y si la colacion tendrá lugar entre aquellos.

1 »Los ascendientes legítimos, dice la ley 6 de Toro (*b*), por su órden, y línea derecha sucedan ex-testamento, & abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar." (*c*). Y lo propio milita en los adquiridos por razon de la iglesia, que es por dignidad, beneficio, ó renta eclesiástica, pues la ley 13, tit. 8, lib. 5 R. ó 12, tit. 20, lib. 10 N. R. manda que se observe la costumbre que hay en estos reinos de Castilla de suceder en ellos por testamento y abintestato como en los patrimoniales. »Por cuanto en estos reinos hay costumbre muy antigua que en los bienes que los clérigos de orden sacro dejaren al tiempo de su muerte, aunqae sean adquiridos por razon de alguna iglesia, ó iglesias, ó beneficios, ó rentas eclesiásticas, se suceda en ellos extestamento, y abintestato como en los otros bienes qne los dichos clérigos tuvieren patrimoniales habidos por herencia, ó donacion, ó manda, mandamos que se guarde la dicha costumbre.»

2 En esta sucesion no debe hacerse distincion ni separacion

(*a*) Sobre si compete igual cuarta al marido pobre, véase el n. 13, cap. 6 de la I. P. y la nota cit. del n. sig. (*b*) Es la 1, ti. 8, lib. 5 R. ó 1, tit 20, lib. 10 N. R. (*c*) De las causas porque pueden ser desheredados los ascendientes, se habla en la primera parte c. 51 n. 138.

de bienes entre los ascendientes: quiero decir, los bienes que el hijo ó descendiente heredó de su padre y abuelo paterno, ó por contemplacion suya, no han de volver precisamente á las personas de la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna, ó por sus respetos á las de esta línea; si no que, hayalos adquirido por una sola, ó por ambas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes, mirándose solo á que se hallan en igual grado, y este sea el mas cercano; de suerte que si el difunto deja abuelos, visabuelos, y padre y madre, ó padre, ó madre solamente, estos ó uno de los dos serán sus unicos herederos (*a*).

3 Sucederán los ascendientes á sus descendientes legítimos, aun cuando estos tengan hijos ú otros descendientes legítimos, si los exheredan con causa legal justificada, é instituyen heredero á un estraño, en cuyo caso los ascendientes pueden quejarse de la preterícion, pretendiendo se les declare por herederos y escluya al estraño instituido; bien que la tercera parte de ella de que dicha ley 6 de Toro le permite testar, será para el estraño; pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que ha lugar por derecho.

4 Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgo ni en el enfitéusis, porque estos no se defieren por derecho hereditario sino de sangre, á menos que se hubiese dispuesto otra cosa en la fundacion; y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene alguno y muere sin hijos (*b*).

5 Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes, cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenían á sus bienes: ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, precediendo para ello licencia jurada de su padre: ni cuando este aprueba el testamento, en que su hijo le *preterie*, ó no le menciona, y deja á otro por su heredero, ó dispone enteramente de sus bienes por su alma ó en otra cosa.

6 Si el hijo casado y su muger hicieron pacto recíproco de que quien viviese mas, habia de suceder al otro en todos sus

(*a*) Ley 6 de Toro que dice, *por su órden y línea derecha*, y 4, tit. 13 P. 6. (*b*) Ley 7, tit. 26 P. 4 y su glos.

bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, valdrá este pacto y escluirá á los ascendientes del muerto segun varios AA. Pero yo me adhiero á su dictamen por lo espuesto en la primera parte (*a*).

7 Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena, segun se ha sentado en el cap. 3 de este lib. n. 7, y asi aunque un hijo ó nieto haya dado en vida á su padre, madre, ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje, si muere antes que ellos.

8 No solo son escluidos los ascendientes legítimos de la herencia de sus descendientes por los descendientes legítimos de estos, sino asimismo por *otros que hayan derecho de heredarles* segun la ley de Toro inserta; y los que tienen este derecho, son el hijo natural legitimado por el subsecuente matrimonio, y el espurio por rescripto del Soberano, los cuales gozan de todos los privilegios de hijos legítimos y heredan á sus padres por testamento, abintestato y contra testamento, siendo preferidos á los ascendientes. Tambien tienen el mismo derecho el substituto pupilar espreso, quiero decir, que si el padre substituye pupilarmente en sus bienes á su hijo pupilo, y éste muere en edad de no poder testar, percibirá su herencia el substituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes tocaba heredarle abintestato, como se ha sentado en la Prim. Part. cap. 5 n. 90 (*).

(*a*) Cap. 5 n. 57.

(*) Ademas de las razones en que apoya Febrero su opinion á favor del substituto pupilar en el lug. cit. daba otras diversas en este; pero las he omitido, ya porque no tienen ninguna solidez, ya porque creo no abrazará nadie la defensa de dicho substituto, habiendo leido la que yo hago de la madre y demas ascendientes en mi nota 2 del cit. cap. 5 n. 90.

§. II.

De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus ascendientes legítimos, y si de ella se han de sacar los gastos de su funeral, misas y legados.

9 Los descendientes pueden contra la voluntad de los ascendientes disponer en vida ó muerte por su alma ó en lo que quisieren de la tercera parte de todos sus bienes libres, como tambien lo dice la ley 6 de Toro. "Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer cualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren." Asimismo pueden gravarla y poner en ella las condiciones honestas y posibles que les parezca, déjenla á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á estraño, del mismo modo que el ascendiente las puede imponer en el quinto por la propia razon. Y dicha tercera parte es de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

10 Lo espuesto procede, esté ó no el hijo bajo de la pátria potestad, pues teniendo edad legítima para testar y bienes de que disponer, puede hacer testamento, como si estuviera fuera del poder de su padre, segun la ley 5 de Toro (a), que dice: "El fijo ó fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder."

11 Y aunque las leyes 6 y 7, tit 17, P. 4, permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos los bienes castrenses y cuasicastrenses que le pertenecen, estan derogadas por la absoluta amplitud de las palabras de la ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; por lo que solo podrá disponer del tercio de ellos del mismo modo que de los adventicios, y en los demas le heredarán sus ascendientes, pues la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender. Lo mismo se ha de decir de los bienes que el Rey dona al ascendiente, que

(a) Es la 4 tit. 4 lib. 5 R. ó 4 tit. 18, lib. 10 N. R.

son como castrenses, y de los adquiridos por razon de la iglesia.

12 De la disposicion precedente de la ley 6 de Toro nacen tres dudas que toqué en la prim. part. (*a*), y repetiré aquí como en lugar oportuno. La primera es, si los gastos del funeral del descendiente, de las misas que manda celebrar, y legados que hace, se han de deducir del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja; y para dar solucion á ella es indispensable saber, qué se entiende por funeral, y qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres se comprehenden en él. Por funeral y gastos de éste se tienen el hábito con que se amortaja el cadáver, la caja ó atahud, la cera que le alumbra mientras está en su casa de cuerpo presente, y en la iglesia hasta que se le sepulte; la limosna de la vigilia, misas, responsos, ofrenda y demas derechos parroquiales; los clamores, la apertura de la sepultura, el enterramiento, la conduccion del cadaver á la iglesia, sea en público con acompañamiento, ó de secreto sin él; el velarle y amortajarle, y algunas otras cosas sin las cuales, segun el estilo del pueblo, caracter, circunstancias y haberes del difunto no se puede hacer el entierro: y los gastos que ocurren en todo esto son preferidos á todas las deudas que el testador contrajo en su vida, siendo moderados; porque si son escesivos los ha de rebajar el juez de su domicilio, atendidos su caudal y calidad (*b*), en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores, pues habiendo que heredar se arreglaran á él sus herederos y gastarán lo que les parezca.

13 Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos ni viuda, y así cada heredero hará á su costa el suyo, como que cede en su propia utilidad, no en la del legatario del tercio ni quinto, y no es preciso, ni ninguna ley manda traerle (*c*); ni tampoco se incluyen las espensas de la última enfermedad hechas en medicinas, médico, cirujano, alimentos 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 las demas deudas que contrajo antes de caer enfermo.

(*a*) Cap. 5, nn. 58, &c. y 65. (*b*) Leyes 12, tit. 13, P. 1, y 30 al fin, tit. 13, P. 5. (*c*) Véanse en el cap. 6 del lib. 1, los nn. 44, 45 y 46.

14 En esta suposicion digo, que acerca de la espresada duda hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una es, que los gastos funerarios deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto, habiendo descendientes, y que las otras dos terceras partes han de entregarse al ascendiente ó ascendientes herederos sin gravámen ni descuento alguno como legítima suya que les pertenece por derecho. La otra opinion es, que se deben deducir del cuerpo del caudal del difunto, y que el residuo ha de dividirse entre los herederos y el legatario del tercio, por manera que pagan á proporcion como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anejo á él son deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuya solucion estan obligados entera é indistintamente todos sus bienes. Y esta sentencia es la que sigue Palacios Rubios, que se halló presente al establecimiento de las leyes de Toro, y dice no estar comprehendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cuerpo de la herencia como deuda cont a ella.

15 Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador, sobre lo cual nada dicen ni esplican con distincion los AA., soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes. La razon de diferencia consiste en primer lugar, en que los gastos de todos estos son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, de suerte que aunque el testador prohiba que se le entierre, ó que se paguen, no será obedecido: y en segundo lugar, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así se violaria la ley, se daria al descendiente mas facultad que la que ésta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley ninguna mencion hace, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad espresa para emplear el tercio.

16 La segunda duda, que para mí nunca lo ha sido, es si los descendientes podran consignar el tercio, dejandole á alguno de sus ascendientes ó á estraño Antonio Gomez dice, que si le dejan á ascendiente pueden hacerlo, mas no si le dejan á estraño: lo uno, porque los ascendientes deben haber su legítima, que son las dos terceras partes de la herencia, en to-

dos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario sería imponerles gravámen; y lo otro, porque no lo dice dicha ley 6 ni otra alguna. Pero sin embargo digo, que pueden consignarle, déjenle á ascendiente ó á estraño: 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 estraño, respecto dejarle el tercio, no como legítima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si á éste no, ¿por qué á aquel si no hablando de ninguno la ley? No hallo razon de diferencia, por lo que, ó á entrambos ó á ninguno le ha de poder consignar (*a*).

27 Y la tercera duda se reduce, á si el hijo que está bajo de la pátria potestad, podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad, de suerte que goce de aquel el padre mientras viva. Los mas de los AA. son de sentir que solo en propiedad puede hacerlo, para que el padre no sea perjudicado en el usufructo que tiene adquirido; pero adhiriéndome al parecer de Gomez y de otros que le siguen, digo que puede disponer en propiedad y usufructo, segun se practica y senté en la I. P. (*b*).

18 Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad y usufructo cuando su padre entró en religion y profesó, cuando por ser disipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo, cuando por delito que cometió es deportado segun se llama el desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas (*), galeras ó cárcel perpetua; ó cuando es banido ó encartado, esto es, prófugo por delito, emplazado por edictos porque no parece, y condenado en rebeldía, en cuyos casos espira para siempre el usufructo.

(*a*) Véase el n. 67 y su nota, cap. 5, P. I. (*b*) Véanse en ella los nn. 62, &c. y 66, cap. 5.

(*) Por circular de 20 de Agosto de 1800 se estinguió enteramente el presidio de las minas de Azogue del Almaden.

§. III.

De la sucesion en los bienes troncales en los pueblos donde se observa por algun fuero ó costumbre.

19 No en todos los pueblos de estos reinos de Castilla está en vigorosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues hay muchos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los esceptúa, dejando en su fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores. »Lo cual mandamos que se guarde (concluye la ley) salvo en las ciudades, villas y lugares, dó segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz."

20 Para la inteligencia de esto debe advertirse en primer lugar, que es indispensable se pruebe claramente la observancia del fuero, porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarle el que le alega; y en segundo lugar, que la disposicion de la ley ha de entenderse abintestato y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar, sino es que el fuero se haya observado tambien en las disposiciones testamentarias.

21 Segun este fuero, los bienes raices que deben volver al tronco son no solo los que el difunto intestado heredó de sus abuelos, sino tambien los que hubo de sus padres, y estos no hubieron de los suyos, mediante á que la ley 10, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real dice: »El abuelo que fue del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo que fuere de la madre herede lo que fue de la madre." Lo propio milita en los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice, ni se colige de ella.

22 Entre estos bienes troncales se deben incluir los censos perpetuos, pues siguen la naturaleza de bienes raices, y asi deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles, escepto que haya costumbre contraria en el pueblo, porque estos no son bienes raices, ni mas que un dinero puesto á interés, con seguridad y prohibicion de pedirle el que le da, hasta que quien le recibe quiera devolvérsele; y el primero no tiene ningun dominio en la finca afecta á su responsabilidad, sino solo

hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero que es la cosa mas movible que hay.

23 No se amplia la disposicion de este fuero á los bienes raices esistentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes no hace ninguna mencion, ni á los bienes muebles, aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfiere al marido su dominio, puede volverlos, ó su estimacion, sin que muerto el hijo se obligue precisamente á su devolucion (*a*).

24 El heredero de los bienes troncales y el de los demas pagarán á prorata las deudas del difunto, porque ambos son verdaderamente herederos, y no legatarios: el primero en virtud del fuero municipal, y el segundo por la ley 6 de Toro.

CAPITULO V.

Sobre la obligacion de los casados dos ó mas veces á reservar á los hijos y descendientes legítimos de sus anteriores matrimonios los bienes que hubieron de ellos ó de sus padres, y cómo se han de dividir.

§. I.

En qué caso los viudos que teniendo hijos ó descendientes legítimos se vuelven á casar; estan obligados á reservarles lo que hubieron de ellos ó del cónyuge muerto.

1 Antiguamente incurrian en infamía y en otras penas las viudas que se volvian á casar dentro ó despues del año de su viudedad (*b*); pero las que se impusieron en odio de estas, se han abolido por derecho canónico (*c*) y Real (*d*), subsistiendo en

(*a*) Leyes 18, 19 y 20, tit. 11, P. 4.

(*b*) Leyes últ. tit. 12, P. 4, y 5, tit. 3, P. 6, y 13, tit. 1, lib. 3 del Fuero Real, y lib. 3, tit. 2 del Fuero Juzgo (*c*) Apostol. 1 ad Corinth. c. 7. y cap. penúlt. y últim. de Secund. nup. Covar. in Epitom. de Esponsal. part. 2, c. 3, §. 9, n. 4. (*d*) Ley 3, tit. 1, lib. 5 R. ó 4, tit. 2, lib. 10 N. R. que al principio

su fuerza y vigor las concernientes al bien y utilidad de los hijos de los matrimonios anteriores, por no ser propiamente penas sino disposiciones para evitar que sean perjudicados, y que los de los posteriores se lucren en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres.

2 Entre estas penas ó disposiciones, lo es una hallarse obligadas las viudas á reservar á los hijos de los matrimonios anteriores la propiedad de todos los bienes de cualquier clase sin escepcion que hubieron de sus padres por testamento ú otra última disposicion, ó por contrato lucrativo; y así se le prohibe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios posteriores ó estraños, por manera que si al tiempo de hacerse la particion estan casadas, se les aplicará el usufructo de dichos bienes, y no su propiedad.

3 En virtud de esta obligacion, si el marido deja á su muger algun legado genérico ó específico, ó fideicomiso, ó le dona arras ó joyas, ó hace otra donacion por casamiento, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*, esto es, liberalidad esponsalicia ó de esposo, debe reservar en cualquier tiempo que se cause; aun cuando haya pasado el primer año de viudedad, y no tenga ningun hijo en el segundo matrimonio, todo lo líquido que hubo de su padre y entró en su poder, pudiendo solo gozarlo como mera usufructuaria mientras viva; pues por el hecho de volverse á casar, y por el perjuicio que les causa ó puede causarles, pierde en pena el dominio de todo ello, á cuya consecuencia tampoco puede enagenar, gravar ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dejar mas á uno que á otro, por lo que se han de repartir con arreglo al testamento de su padre (*a*); y si lo donado se dedujo del quinto, debe volver al mejorado en éste, de donde salió, y no á los demas herederos, el residuo líquido de él; aunque por el contrario, habiendo salido del cuerpo de la herencia se ha de dividir entre todos en la forma espuesta, observando lo mismo en

dice: "Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, é sin incurrir en alguna infamia ella, ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de fueros y ordenamientos, é otras cualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las cuales revocamos y anulamos."

(*a*) Ley 1, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real.

cuanto al padre, por ser recíproca la obligacion de ambos, como diré mas adelante. A la responsabilidad de todo lo donado estan tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes y futuros, aun cuando ella no los obligue espresamente (a), y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos que nombren las partes, y la viuda ha de dar fianza de restituirlos.

4 Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio, bien por sucesion abintestato, bien por título particular de legado ó fideicomiso provenientes de su padre, ya se case antes, ya despues que muera el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido, y lo habido fuese donacion de su padre hecha á dicho hijo, pues para el caso es lo mismo; en cuya atencion si deja el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos, ó á un estraño, no se ha de deducir de las arrás, joyas ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio, y éste hubo de su padre, porque no son suyos sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen.

5 Asimismo debe reservar la viuda lo que los parientes de su marido ó algun estraño le dieron por mera contemplacion de él, y aun en caso de dudarse si la donacion se hizo ó no por sus respetos; y lo propio milita en el marido tocante á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de ésta, lo cual prevendrá el partidor en la particion; bien que algunos sienten lo contrario, por lo que digo, que si la donacion se hizo á la muger, porque se debia hacer al marido, deberá reservarla, pues es lo mismo que si él se la hiciera, pero no de lo contrario, asi como los hijos deben ó no colacionar lo que hubieron por contemplacion de sus padres, segun dije en el c. 3 de este lib. §. 2.

6 La misma obligacion tiene el padre que se vuelve á casar una ó mas veces sin la mas leve diferencia ni distincion de casos, como lo ordena la ley 15 de Toro, que es la 4, tit. 1, lib. 5 R. ó 7, tit. 4, lib. 10 N. R. y dice: "En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hi-

(a) Ley 26, tit 13, P. 5.

jos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio: en los mismos casos el varon que casáre segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primero matrimonio. De manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio." Por tanto, tampoco puede el padre enagenar ni disponer de los bienes que ha de reservar, y á su seguridad estan igualmente afectos é hipotecados los suyos.

7 Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, tienen lugar, aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó viznietos, por haber la misma razon, y asi pueden reivindicar la parte que se debia reservar á su padre ó ascendiente.

8 Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos, son únicamente los que aquellos hubieron del cónyuge muerto ó de su línea, en cuya atencion si la madre hereda abintestato á alguno de sus hijos del primer matrimonio, tan solo deberá reservar para estos ó sus herederos lo que aquel hubo por muerte de su padre y no le adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona. Asimismo si el hijo que murió intestado despues de su padre, hubiese heredado á un hermano de éste, no estará obligada su madre á reservar para los demas hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que le dejó su tio, porque no la adquirió por la línea ni persona de su padre, ni éste tuvo nunca derecho á ella por haber muerto antes que su hermano. Igualmente si habiéndose casado tres veces la madre y tenido hijos del primero y tercer matrimonio, heredare algo del segundo marido, de quien ninguno tuvo, no está obligada á reservarlo para los del primero ni tercero.

9 Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar para sus hermanos, aunque parece que mediante adquirir el padre los frutos se dividiran entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios como gananciales, del mismo modo que si ya los hubiera percibido; se han de restituir enteramente á los hermanos enteros del muerto deducidas las espensas, porque los frutos pendientes son parte del fundo que los produce

se conceptúan una misma cosa con él, se debe juzgar de ellos como de su propiedad, y de consiguiente deben pasar á quien pasa ésta.

10 Si habiendo casado y dotado en vida padre y madre á alguna hija de entrambos, muriese aquella, y despues su hija abintestato sin sucesion, habiendo heredado á ésta, y el padre mejorare á algun hijo del primero ó segundo matrimonio en el tercio y quinto de sus bienes, solo debe sacarse la mejora de los bienes propios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de ésta volvieron luego á él, como asimismo de los demas que éste adquirió por otro titulo; y no de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque el padre debe reservarlos para los hijos del primer matrimonio, quienes han de dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno.

11 Si teniendo un padre dos hijos de un matrimonio muere abintestato el uno que habia heredado á su madre, recaen sus bienes en el padre, se vuelve éste á casar, y fallece tambien despues el otro hermano entero habiendo legado á algun estraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos que fueron del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre, por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia, no se ha de deducir de los bienes reservables del primer hermano muerto, que serian para el segundo en propiedad, si viviera, sino tan solo de los que éste poseia como suyos por otro titulo, y le pertenecian en propiedad y usufructo, porque por muerte de este último hijo adquirió el padre la propiedad de los bienes reservables, puesto que para que tenga lugar la reservacion es indispensable que haya descendientes del matrimonio anterior, á quien hayan de pasar los bienes reservables; en cuya atencion no pudo dicho hijo disponer del tercio de estos; y sino tenia mas bienes, será ineficaz en todo el legado (*).

12 Aunque si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, no está obligada á afianzar como

(*) Escobar opina lo contrario, fundándose principalmente en que habiendo adquirido ipsojure el hijo por causa del segundo matrimonio la propiedad de los bienes de que se habla, puede enagenarla ó disponer de ella libremente en última voluntad como de cualquiera otra cosa suya no sujeta á ningun gravámen de restitucion. Ademas dice no hallarse prevenido en ninguna ley que para que el padre pierda irrevocablemente dicha propiedad, le haya de sobrevivir el hijo

ni tampoco lo estan los demas tutores testamentarios; una vez que por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aun cuando haya sido nombrada en el testamento paterno, tiene obligacion de dar cuentas, debe por consiguiente afianzar para continuar en ella, escepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato; bien que Parladorio, á cuyo dictámen me inclino, dice que solo debe afianzar por los bienes muebles, y que asi se deben entender los que sienten lo contrario.

13 No procede lo espuesto en el padre, pues sin embargo de que se case muchas veces, no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres ni vinculados de sus hijos, mientras se hallan en su poder, en cuya atencion no debe afianzar por los raices, háyalos de su muger por legado, ó contrato lucrativo, ó por herencia del hijo muerto testado ó intestado, y sí solo por los muebles, los cuales ante todas cosas se deben inventariar ó describir, y apreciar para restituirlos, ó su importe en la forma prescrita sin diferencia de la madre; bien que nunca he visto que el padre de buena conducta afianze por los bienes muebles ni los demas, mediante á no obligarle á ello ley alguna, y á que el derecho hace mas confianza de él que de la madre; y sí solo hacer la descripcion y aprecio, ó inventario y particion.

§. II.

En qué casos no estan obligados los viudos que se vuelvên á casar á hacer la reservacion á sus descendientes legítimos.

14 La obligacion de reservar que imponen las leyes al padre y madre que vuelven á casarse, no tiene lugar en los siete casos siguientes. El primero es, cuando el hijo, aunque haya muerto intestado, heredó algo de sus abuelos, ó de algun pariente, ó estraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion, porque de esto no habla la ley, y asi lo adquieren enteramente sus padres.

15 El segundo caso es, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que le dejó en su testamento con título de institucion ó legado, porque entonces

sucede principalmente por su espresa voluntad, como si fuera estraño, y no solo en virtud de la ley como cuando muere intestado; bien que yo dudo de que atendida la ley 6 de Toro adquiera mas que la tercera parte, de la cual puede el hijo disponer libremente, y en la que sucede por su espresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa, tanto por testamento como abintestato sin diferencia, y asi me parece que estarán sujetas á la reservacion, como he sentado en mi primera parte (*a*).

16 El tercer caso es, cuando su marido le dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, &c. porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria, y asi se aplicará á todos sus hijos. Pero esto se entiende, cuando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, sea en edad, calidad, ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respecto y por via de remuneracion le hizo la donacion, de suerte que aunque hoy se estila pretestar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerle arras el novio, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de que no haya dicha desigualdad entre los dos, por no haber entonces propiamente donacion remuneratoria (*b*).

17 El cuarto caso es, cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano para volverse á casar, pues como legislador puede remitirle ésta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias (*b*).

18 El quinto caso es, cuando quedó viuda siendo menor de 25 años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos, porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni le conceden espresamente este privilegio, y asi será por equidad y no de justicia.

19 El sesto caso es, cuando su difunto marido le concedió licencia espresa para volverse á casar, pues puede remitirle la pena, y respecto saberlo y consentirlo no se le hace injuria. Lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, espresa

(*a*) Cap. 8. n. 2. (*b*) Leyes 7 al fin, t. 2, P. 4, y 9, t. 11, lib. 2 R. ó 2, tit. 27, lib. 11 N. R. (*c*) Ley fin. tit. 12, P. 4.

que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla, sino que la adquiera como si fuera patrimonial, y asi se dividirán entre todos sus hijos los bienes donados.

20 Y el séptimo caso es, cuando los mismos hijos siendo mayores de 25 años, le concedieron licencia ó consintieron en su casamiento, pues como establecida á su favor la pena, tambien se la pueden remitir. Pero para la mas clara inteligencia de este caso, y saber cómo ha de ser esta licencia, y cuando por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

21 El primer caso es, cuando los hijos mayores de edad consienten en que su madre pase á segundas nupcias y le remiten espresamente toda injuria que les hace en ello, ó todo su derecho. En este caso es indisputable que adquiere para sí en propiedad y usufructo todos los bienes que tenia en poder suyo de su primer marido, y los que habian recaido en ella por sucesion de sus hijos, y estos habian adquirido de su padre.

22 El segundo es, cuando los hijos tambien mayores consienten simplemente en que su madre se case, no renunciando espresamente el derecho y beneficio que la ley les concede, y entonces se debe decir lo mismo que en el caso anterior, pues por el hecho de consentir en el matrimonio es visto remitir su derecho Lo espuesto en estos dos casos milita en los hijos menores interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguirseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos.

23 El tercer caso es, cuando los hijos, aunque fuesen mayores y estuviesen presentes, callaron sin hacer ningun acto ni gestion, del que se infiera haber consentido en el matrimonio; en cuyo caso su mera presencia no les perjudica, porque no prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion; pues una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste. Ademas, los hijos no necesitan hacer protesta para dejarle ileso.

24 El cuarto es, cuando los hijos mayores presenciaron el segundo matrimonio, no consintiéndole espresamente, ni renunciando su derecho, pero interviniendo juntamente con su pre-

sencia algun acto positivo esterior de su parte, con el que manifestaron su voluntad y consentimiento, en cuyo caso se perjudican.

25 El quinto es, cuando los hijos que asistieron á la boda no consintieron en nada espresa ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras, y entonces 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 cuanto al afecto. La ratificacion es tácita, v. gr. cuando en su vida no se quejan del segundo matrimonio, ó viven familiarmente con su madre, ó la aman á ella y á su padrastro, ó en vida ó muerte les donan algo, ó cuando por otras conjeturas se infiere su asenso.

26 Y el sesto y último caso es, cuando los hijos no presenciaron la celebracion del segundo matrimonio, de suerte que no pudieron consentir en él tácita ni espresamente, y despues que llegó á su noticia remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron espresamente su derecho, en el cual caso es indubitado que se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables.

27 La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido le dona ó le deja, no procede de ningun modo en su usufructo, pues aunque sea tanto que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos.

28 Aunque la madre viuda herede á algun hijo, y despues se case otro, no pierde por eso, ni debe restituirle el usufructo que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, y antes bien debe gozarle toda su vida, porque no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado.

29 Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus matrimonios anteriores, por haberlos lucrado con su industria y trabajo, que es título honeroso, segun lo dispone espresa y claramente la ley 14 de Toro (*a*).

30 Muriendo sin sucesion legítima algun hijo del matrimo-

(*a*) Es la 6, tit. 9, lib. 5 R. ó 6, tit. 4, lib. 10 N. R.

nio anterior despues de haber heredado á su padre, y habiendo dejado en su testamento, segun se lo permite la ley 6 de Toro, la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre; si ésta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviese casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, no estará obligada á reservar á los hermanos enteros dicha tercera parte, porque no provino inmediatamente del padre, sino del hermano.

31 Si la madre enagena los bienes raices que tiene obligacion de reservar á sus hijos, aunque parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usufructuario que enagenando los que usufructúa, ó el derecho de usufructuarios, pierde el usufructo, el cual se consolida con la propiedad; valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos mueran antes que su madre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita en otro usufructuario; bien que si los enagena antes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, pueden reivindicarlos de los que los posean sin necesidad de hacer escusion en los maternos (*).

32 Aunque permaneciendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, si casándose enagenáre algunos bienes de los hijos de su matrimonio anterior, sea antes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlo del tercero poseedor, mientras viva su padre, ni tampoco despues si aceptan su herencia, sin haber prévia escusion en los paternos: pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante; de manera que solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes que debian reservarse podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian no necesitan hacer la escusion (*a*).

33 Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido le dejó de sus bienes simplemente y sin con-

(*) Esto habrá de entenderse despues de muerta la madre por la misma razon que en el caso anterior. Véase la nota del n. 11.

(*a*) Ley 24, tit. 13, P. 5.

dicion de conservar viudedad, ó con la de que se gozase mientras viviese, segun ha de decirse del marido, si su muger le deja por usufructuario, ni tampoco si se le lega con la condicion de, *si viviere casta y honestamente*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente.

34 Pero sin embargo de que no pase á segundas nupcias, si despues de la muerte de su marido vive lujuriosamente, sea dentro ó fuera del año de su viudedad, no solo pierde la propiedad y usufructo de los bienes que su marido le dejó por via de herencia, legado, ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos y las arras que le dió ú ofreció, sino tambien la mitad de gananciales que durante su matrimonio adquirió, si hay hijos de éste, á los cuales, y no á ella, se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita mayor razon que si se volviera á casar, y no deben ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad que la castidad del segundo matrimonio; lo cual no procede en su marido (*a*).

(*a*) Véase el lib. 1, cap. 4, n. 40.

FIN DEL TOMO III.

APOLOGÍA

DEL FEBRERO REFORMADO

Y ANOTADO

CONTRA LA IMPUGNACION DE ESTA OBRA

HECHA EN EL PRÓLOGO

DEL TOMO PRIMERO

DEL FEBRERO ADICIONADO

SEGUN SE LE INTITULA.

1 Es tan desventurada como merecida la suerte de aquellos escritos dictados con el único fin de infamar ó desacreditar las obras que se han grangeado alguna celebridad. Apenas han visto la luz pública, cuando el desprecio general les hace desaparecer y sumerge en un olvido sempiterno, mientras que los que fueron el blanco de sus sangrientos tiros, continúan en la posesion y goce de las alabanzas merecidas. Asi ha sucedido á la obra intitulada Febrero Adicionado, pues ya ha caido en una profunda oscuridad, cuando la que lleva el nombre de Febrero reformado y anotado ha sido una de las que la Nacion ha acogido con sumo aprecio, siendo una irrefragable prueba de ello sus tres ediciones hechas sin interrupcion y enteramente despachadas en muy corto tiempo Empeñóse el autor de la primera en desacreditar á la segunda, envidioso sin duda, del buen concepto que desde luego empezó á disfrutar; mas su fruto fue igual al que sacaron el Gramático Aristarco y el Poeta Zoylo calumniando los poemas del grande Homero, una vil mugercilla tomando la pluma contra el divino Teofrasto; y Demóstenes, cocinero del Emperador Valente, queriendo morder los escritos teologicos del gran Basilio.

2 El impugnador no ha seguido ningun método en su escrito; de suerte, que es una desordenada y confusa miscelánea, ó

llámese una mal guisada pepitoria. No ha clasificado como era muy facil todas las materias para tratar separadamente de cada una sin hacer tránsito á otra hasta haberla del todo concluido, por lo que ya habla de testamentos, ya de juicios, ya de contratos, ya de particiones: ya otra vez de testamentos, y asi en todo el escrito. Tampoco ha seguido el órden de los libros ó tomos empezando por el primero y acabando en el último; pues principia por el 3.°, retrocede despues al 1.°, pasa en seguida al 4.°, vuelve al 1.°, y de esta manera va como un ligerísimo arlequin dando saltos mortales ya ácia atras, ya ácia adelante. Nosotros, acostumbrados á escribir siempre metódicamente, quisiéramos hacer lo mismo en nuestra satisfaccion á todos los reparos y objecciones con que se intenta despojar al Febrero Reformado de su merecida reputacion; pero á fin de no incomodar á nuestros lectores poniéndolos en precision de dar tambien grandes brincos, preferimos el órden del desórden de la cabeza y escrito volátiles de nuestro arlequin; y para demostrar su ligereza, su falta de verdad y de lectura, su mala fe, su ignorancia y sus equivocaciones, dividiremos esta Apologia en tantos §§. cuantos son los del impugnador, fuera del primero que es respectivo á su exordio.

§. I.

3 Principia nuestro crítico llenando dos buenas páginas con varias espresiones mias, tomadas de mis prólogos y de los anuncios hechos del Febrero Reformado en los papeles periódicos, sobre los muchos defectos que yo he notado en el Febrero original, y de que no podia menos de dar noticia al público para mostrarle en qué consistia mi reforma; pero el impugnador les hace dar diferente sentido del que les he dado, ya porque reune muchas espresiones que en mis prólogos y anuncios están separadas, ó en diferentes cláusulas, y ya porque frecuentemente es infiel en su relacion. Seria cosa larga espresar todas sus supercherias en dichas espresiones; mas para que no se dude de mi asercion, pondré al menos un egemplo.

4 Me atribuye que trato de groseros los escritos forenses de los abogados, y que no pueden leerse ahora sin fastidio; mas véanse mis palabras: »Esta reforma de lenguage y estilo es tanto mas útil y aun necesaria, que la presente obra es casi la única que estudian nuestros escribanos, y la que asi en los

principios como en el curso de su carrera manejan mas los profesores de jurisprudencia, entre quienes hay no pocos, especialmente en las provincias que usan todavia de un lenguage bastante oscuro é impropio, y aun chabacano y grosero." Segun el impugnador, vitupero los escritos forenses de todos los letrados; pero no ignorando yo que hay muchos, con especialidad en la corte, bastante cultos y elegantes, he hablado con la moderacion que se ha visto, y sin ofensa de la verdad, no obstante que el señor Don Simon de Viegas, sábio fiscal del Consejo de Castilla, trae en su *Discurso sobre el foro* estas palabras: "No puedo menos de quejarme, de que debiendo ser los letrados los depositarios de la propiedad del idioma, hayan venido á ser sus escritos forenses, modelos de caricaturas gramaticales y locuciones estrambóticas" (*).

5 Esta tan vituperable tacha de infidelidad en el impugnador reina en todo su escrito, como se hará ver; pues es claro, que su ánimo no ha sido otro que el de sorprehender al público con falsos supuestos y con ocultar frecuentemente la verdad, ó los fundamentos y autoridades en que se apoyan mis aserciones.

6 Nótame el impugnador que yo he pintado á Don José Febrero *con tales colores que se hizo desconocido á cuantos le habian visto antes, y que he ajado é insultado su buena y bien merecida memoria* (**). Pero ¿cómo tiene la osadía de decir tales espresiones? Es verdad, que refiero con toda claridad sus defectos, por conducir asi al bien del público y á los progresos de nuestra facultad, y porque si es permitido hacerlo con los escritores, que aun viven, con mucha mas razon podrá hacerse con los que ya no existen; pero al mismo tiempo es manifiesto que le trato con el mayor decoro y aprecio, haciendo de él singulares elogios que copiaré en este mismo lugar para ignominia del falso impugnador.

7 »La favorable acogida, digo en el prólogo, que ha tenido (*la Librería de Escribanos*) en nuestra peninsula y en nuestras Américas, los innumerables elogios con que se la ha honrado en todas partes, el rápido despacho de muchas largas edi-

(*) Estas y otras palabras del citado autor sobre el mismo punto se copian en el prologo del tomo primero del Febrero Reformado.

(**) Estas últimas palabras se hallan en la pág. 77.

ciones, y con especialidad la admiracion que ha causado ver una obra de un escribano superior por su doctrina, utilidad, é importancia á cuantos escritos de jurisprudencia española han dado á la luz pública en este siglo (*) nuestros letrados....." A pesar de estos defectos que hemos notado en la Librería de Escribanos, defectos..... nada estraños en un autor, que no siguió carrera literaria, ni manejó autores de los mas cultos, ni de la mas fina crítica; no puede dudarse, que es una obra apreciable y conducente por su mucha y buena doctrina, por las innumerables especies útiles que contiene, y por la grande y estensa instruccion que vierte de la práctica moderna. Admira por cierto que un escribano sin dichas cualidades hubiese podido componer semejante obra; pero el talento de Febrero, su infatigable laboriosidad, que aceleró el término de sus dias, y el vehente deseo de ser un ciudadano útil á su pátria, superaron todos los obstáculos, y nos le han hecho digno de que veneremos su memoria.

8 El prospecto con que se abrió subscripcion al Febrero Reformado, principia asi: »La Librería de Escribanos, que tambien podria llamarse *Librería de Abogados y Jueces*, que es una de las obras españolas mas bien recibidas de la nacion, y que por su utilidad é importancia debe preferirse á todos los escritos de jurisprudencia pátria que han dado á luz en este siglo nuestros letrados..... Su hábil, laborioso, é infatigable autor ha merecido á la verdad los muchos elogios que se han hecho d fruto de su talento y aplicacion..... Por manera, que tan loable como es por lo bueno que hizo, es disculpable por lo que no desempeñó bien, y por lo bueno que dejó de hacer.»

9 Vean ahora los lectores, si el reformador del Febrero trata debidamente á su benemérito autor; y si me hace justicia el impugnador. Parece que no ha leido en su vida obras en que se haga una crítica sábia, justa, é imparcial de los escritos de los literatos, y que ni aun ha visto aquella tan comun entre nosotros de nuestro español el abate Don Juan Andres, intitulada, *Origen, progresos, y estado actual de toda la literatura*, en la cual asi como se dispensan con generosidad los encomios

(*) El prologo en que se hallan estas palabras y otras que van á copiarse se compuso y presentó con la obra al Consejo á fines del siglo pasado.

merecidos á los hombres grandes de la antigüedad y de nuestros tiempos, no se les perdonan ningunas inadvertencias, descuidos, errores, ni defectos. Debió de querer el pobre antagonista que se elogiase la obra de Febrero, como si hubiese salido pura, perfecta y sin mancha de las manos de su autor, estimando en menos el bien general, y el fomento de la literatura que se versan en la crítica justa é inexorable de los escritos públicos, que la memoria de Don José Febrero, para quien con su muerte, se acabaron todas las cosas de este mundo, y son tan inútiles los aplausos que se hagan de su mérito literario, como los que se hagan de una bella estátua, ó de un magnífico edificio para la una y para el otro. ¿Qué comodidad, ó qué placer, dice un sábio escritor nuestro, lograrán hoy Alejandro y César en ser aplaudidos en el orbe por los dos mas ilustres guerreros? ¿Homero y Virgilio en ser celebrados por los dos mas insignes poetas? ¿Demóstenes y Ciceron en ser admirados por los dos mas elocuentes oradores.

10 Se me echa en cara el observarse en mis notas *un alto carácter censorio*, y que miro *con el mayor desprecio la autoridad reunida de los intérpretes de primera nota*; pero sin embargo creo que por lo regular hablo en las notas con bastante modestia, manifestando no pocas veces, timidez y desconfianza en mis aserciones, pues á la verdad siempre la he tenido grande en mi talento é instruccion (*). Si impugno algunos errores con cierto aire de seguridad, esto consiste, ya en haber estudiado y reflexionado mucho tiempo sobre ellos, y ya en el motivo nada vituperable de causarme sumo dolor que los intérpretes en general con su lenguage escolastico y con las sutilezas del escolasticismo, hayan embrollado nuestra jurisprudencia, y llenádola de necedades y absurdos con gran daño de la justicia y humanidad. Tengo bien presente haber leido estas espresiones y otras muchas semejantes en innumerables escritores estrangeros y nacionales, y con particularidad en dos bien conocidos, cuyas palabras pondremos en este lugar, para que no pueda estrañar ni aun el mas ignorante profesor, nada que se diga acerca de los intérpretes.

11 El primero es el señor D. Juan Pablo Forner, Fiscal

(*) Condiscípulos tengo en Madrid que podrian deponer esta verdad.

que fue del Supremo Consejo de Castilla, quien en *su Disertacion* inédita *sobre el mejor plan de unas Instituciones de Derecho Español* que premió la Real Academia de Santa Bárbara de esta Corte, trae las clausulas siguientes. »El estudio legal se hace no en las leyes puras y bien meditadas, no en todas las causas y motivos que ocasionaron las leyes, investigados en los monumentos de la historia, sino en la indigestion portentosa de una infinidad de volúmenes farraginosos, destinados á controvertirlo todo con malísimo gusto, y á suministrar asidero para que en los casos particulares no le falten al abogado ni al juez fundamento y autoridad con que determinen las cosas á su arbitrio. En estos libros no hay sombra de crítica, rastro de erudicion sólida ni fundamental, vislumbre de aquel género de argumentar que en las cosas de hecho se abisma en las profundidades de la antigüedad, y con la antorcha de la crítica y buen juicio aclara los orígenes y progresos de la legislacion y de las jurisdicciones. Sujetan las cosas á sus preocupaciones particulares, y muchas veces á su propia ignorancia; y acumulando sartas de autoridades impertinentes, y tomadas por lo comun de otros escritores de tan mal gusto como ellos, solo tratan de confrontar entre sí las opiniones de todos, y agregarse á la que les parece mas análoga al temple de su comprehension, sin cuidarse de la calidad de los fundamentos, cuyo verdadero valor desconocen de ordinario. En estos libros yace anegada nuestra legislacion entre la turbulencia de otras legislaciones incoherentes, dictadas todas en tiempos muy apartados unos de otros, sobre diversas circunstancias, con distintos fines, para diferentes constituciones. Procuran concordar las decretales de los Papas con las respuestas de los jurisconsultos gentiles: las máximas de los santos Padres que compiló Graciano, con los fragmentos del edicto del Pretor: las costumbres de Castilla con las de la antigua Bizancio: los intereses de la curia romana con los de nuestra monarquía. ¿Qué podia resultar de este empeño sino una monstruosidad espantosa que desfigurase el cuerpo de nuestra legislacion con aditamentos tan discordes, y lo que es totalmente intolerable, queriendo que nuestra legislacion se subordine á los tales aditamentos, y no estos á ella, como si nuestra monarquía fuese precaria é incapaz para prescribirse á sí misma leyes?..... Su principal estudio (*el de nuestros jurisconsultos*) ha sido hacer que los derechos estrangeros prevalezcan al indige-

na, y que éste, que quiera que no, se someta á ellos aun en las variaciones substancialísimas que los hacen incompatibles; y lo que han logrado con esto es habernos dejado así sin legislacion, y haber engendrado un derecho monstruoso, de incierto objeto, de inteligencia vaga, de principios perplejos, de consecuencias versátiles, de aplicacion arbitraria, pudiéndose decir con verdad que tenemos leyes y no tenemos legislacion, por la incertidumbre inesplicable á que las han reducido la mezcla é implicacion turbulenta de tantos derechos, glosadores é intérpretes discordes todos entre sí."

12 "Bien presto se levantaron los glosadores con una autoridad igual ó acaso superior á la de las mismas leyes.... Y el foro y las escuelas quedaron del todo sometidas al dominio de los doctores... Comenzaron á multiplicar escepciones y limitaciones á cada ley, con prodigalidad tan desmedida, que las leyes vinieron á quedar casi inútiles, y las resoluciones de los casos prácticos se buscaban en el caos de las interpretaciones. Esta práctica, adoptada y seguida por hombres de ninguna lógica, trajo irremediablemente la perplegidad y la incertidumbre, porque las escepciones, ampliaciones y limitaciones, desviándose de la ley, no se ajustaban á otra regla que á los principios que queria establecer el intérprete; y como estos principios, no sujetos á ley, podian ser arbitrarios y nacidos de la idea metafísica que cada doctor se formaba de la justicia y de la equidad; muy desde luego empezaron á dividirse en opiniones; multiplicáronse éstas á un número incalculable, y la justicia en fin se redujo á investigar lo que se llama *opinion comun*, idea fantástica que engendró la interpretacion, y autorizó la ignorancia de los letrados... Se constituyeron, no en intérpretes, sino en jueces de las leyes; y para juzgarlas no se sujetaron á otras reglas que las que cada uno quiso establecerse. Por manera, que el que desee observar pacíficamente la imágen de una anarquía completa, no tiene que hacer mas que dedicarse al estudio de la jurisprudencia en la manera que hoy se practica. Allí verá conflicto de derechos contra derechos, lucha de principios contra principios, oposicion de facciones contra facciones, combate de opiniones contra opiniones, turbulencia, desórden, licencia desenfrenada, ninguna sujecion á las leyes en la declaracion de las leyes mismas."

13 El segundo es el señor don Simon de Viegas, fiscal ac-

tual del mismo supremo Consejo, que en su *Discurso sobre el foro* se esplica asi. »Desconfiando este juez justo de sus dictámenes, se vá á buscar los de los AA. que han tratado la materia sobre que tiene que votar, y en el impenetrable laberinto de tantos y tan absurdos escritos como ha producido la libertad de pensar..... Es milagro de Dios, no digo yo acertar, pero aun salir con la cabeza sana, y con el juicio en su lugar. ¡Qué es sino la cabilacion y la ignorancia no reprimidas por las formulas lo que ha podido dar materia á una multitud tan prodigiosa de volúmenes, cuando el mas escabroso tratado de jurisprudencia, muy amplificado aun en el estado presente, se puede reducir á un pliego de papel! De aqui nace la multitud, la variedad y la perplejidad de opiniones, la facilidad de sostener cualquier empeño, por irracional y desesperado que parezca: de aqui la suerte inesperada de algunos negocios, que formando egemplares para otros, hacen probable en el éxito lo que antes no lo parecia, nos ponemos en estado de examinar, no tanto lo que se debe hacer, cuanto lo que se ha hecho en casos semejantes, y venimos á ponernos en rutina en lugar de profesar una ciencia.»

14 »Lo haré yo prácticamente demostrable, proponiendo en un discurso separado las resoluciones de cuestiones tomadas de los libros mas bien recibidos en el foro, á ver si reconocida la superfluidad y redundancia de tan absurdos escritos, se dedican los letrados al método de precision demostrativa.»

15 Confiese cada uno su pecado, asi como yo, que lleno de confusion y arrepentimiento me acuso grave y criminalmente de haber estractado los comentarios de Gomez, y de haber tenido por maestro en materia de mayorazgos á Molina, pecados, que juntos y cada uno de por sí, incluyen la malicia intrinseca de cuantos puedo haber cometido como letrado; bien que despues acá he procurado espiarlos por entero, ejecutoriando como en contradictorio juicio (gracias á la justicia del Consejo) la libertad de llamarlos ignorantes, cosa de que daré noticia por entero en el apéndice, y en la segunda parte de esta delacion, cuando trate de la autoridad que tan injustamente han adquirido los tratadistas y malos intérpretes de las leyes sobre las cuestiones forenses.»

16 Me eximen de la autoridad intrusa de los AA. de glosas, comentarios y tratados particulares que han enervado la autoridad de las leyes, han corrompido nuestra razon y (si se me permite

que lo diga, han borrado hasta la idea de lo que significa la voz *jurisprudencia*, cosa de que, como he dicho, trataré cuando formalice la segunda parte de esta delacion sobre la vanidad, ignorancia y perjuicio de las obras de tales escritores.»

17 »Quisiera que reusando la dependencia de los malos y absurdos escritores, egercitaran (*los profesores*) su razon en inducciones esactamente lógicas, profesasen la filosofia de la legislacion, y solo dependieran de las leyes. Una ley no puede ser bien aplicada sin ser bien conocida, y las leyes no se pueden conocer sino por medio de la analisis filosófica, esto es, sin discernir y señalar los principios que entraron en su composicion de derecho natural, del público interior, de economia política, &c. por eso no puede presumir de inteligencia de las leyes el que no haya estudiado el arte de hacerlas; ciencia divina y desgraciada que ha perdido su valor, y aun su figura, tanto que ya la desconocemos á fuerza de lo que la hemos maltratado.»

18 El impugnador dice, que el lenguage, estilo y método del Febrero Reformado son los mismos, con muy poca variacion, que los del Febrero original, habiendo suma diferencia entre los unos y los otros, como cualquiera persona imparcial puede fácilmente conocerlo, y los profesores instruidos lo han echado muy bien de ver. Lo único que puede decirse con verdad es, que en unas partes no ha sido necesario hacer tantas correcciones ó enmiendas como en otras. Pregúntese, si no quiere hacerse un cotejo detenido, á todas aquellas personas por cuyas manos pasó el egemplar del Febrero original, reformado y anotado cuando se solicitaba el debido permiso para imprimirle; pregúntese á los oficiales de imprenta que compusieron los moldes si el Febrero Reformado era una mera copia del Febrero antiguo, *con la única diferencia de salpicar alguna palabra, ó de poner otra equivalente ó peor, ó de mudar impertinente ó malamente la puntuacion ú ortografia, ó de hacer de un número tres, ó de tres uno.* Todas estas personas responderán unánimes haber visto tantas borraduras, enmiendas, adiciones, llamadas, mudanzas y trastornos, que estrañaban no me hubiese yo confundido con semejante trabajo; y aun no faltó entonces quien se figurase por este motivo que impreso mi Febrero sería una confusion y algarabía, lo cual a nadie ha parecido.

19 En órden á lo demas que estensamente y por su mero antojo dice el impugnador sobre el malísimo juicio que ha hecho

del Febrero Reformado, no hay ahora ninguna necesidad de detenerse, puesto que en el discurso de este escrito se demostrarán hasta la evidencia sus errores, sus equivocaciones y los falsos testimonios que levanta al Febrero Reformado. En este trabajo acaso nos estenderemos mas que lo que se ha estendido en el suyo nuestro contrario. Es mucho mas fácil y menos molesto impugnar nuestras notas que son breves, que satisfacer al impugnador, quien se estiende mucho en sus impugnaciones; porque, como dice don Tomás Iriarte, (*) es muy fácil y muy breve »llamar á alguno judío ó morisco, y no es tan fácil ni tan breve probar el ofendido que es cristiano viejo. Aquello no cuesta mas que decirlo en dos palabras absolutas, y esto cuesta revolver papeles antiguos, hacer informaciones, y escribir mucho para probar la verdad." Por otra parte, es forzoso trasladar lo que dice el autor original y nuestras notas; pues regularmente al tiempo de leerse esta apología no se ha de tener presente la impugnacion, bien que para no alargar aquella demasiado no hemos notado en ésta muchas cosas dignas de reparo, y nos hemos contentado con mantenernos sobre la defensiva sin pasar á la ofensiva. Creemos que no debiamos responder al impugnador, porque seguramente se mirará con absoluto desprecio todo su escrito; pero lo hacemos por algunos ignorantes que acaso se dejarian llevar de sus inepcias y necedades, y por la ilustracion de las notas que siendo muy lacónicas no se han fundado estensamente, como que tratabamos de reducir, y no de ampliar la obra de Febrero.

§. II.

20 Por no haberme entendido el impugnador dice que no me »pareció bien que el nieto pudiese estar en ningun caso, viviendo su padre, bajo la potestad del abuelo; de consiguiente que el abuelo le nombrase entonces tutor en el testamento, fundado en que el hijo casado y velado queda emancipado segun la ley de Toro, y que tanto él como sus hijos estan ya fuera del poder del abuelo." Pero se engañó miserablemente el impugnador. Sé muy bien, y lo sabe todo principiante en la jurisprudencia pátria por Antonio Gomez, y el Llano que compendió sus *Comen-*

(*) Tomo 6 de sus obras, pág. 3.

tarios á las leyes de Toro, que para que un hijo salga de la potestad de su padre no basta que se case, sino que tambien es necesario se vele por estar terminante la disposicion de la ley 47 de Toro; y como esto mismo se dice en varios lugares de la misma obra del Febrero, no tuve necesidad de advertirlo en mi nota. Mas si me pareció mal que hablase Febrero del espresado punto, como si nos hallásemos en el tiempo en que se formaron las Partidas, cuyas leyes conformes con el derecho romano, no eximian á los hijos por el matrimonio de la patria potestad. »En los propios términos, dice Febrero, puede el abuelo paterno dar tutor á sus nietos nacidos y póstumos, como no hayan de recaer en el dominio de su padre», y cita una ley de Partida sin decir nada acerca de la novedad introducida despues por la ley Taurina que se halla en observancia, cuya omision, es desde luego reparable, y por lo mismo pareció necesaria ó útil la esplicacion de la nota. Pudiera haber dicho Febrero, que el abuelo paterno solo podia dar tutor á sus nietos nacidos ó póstumos, cuando su hijo se hubiese casado y no velado, porque entonces no salia de la patria potestad, y consiguientemente aquellos habian de recaer en ella. Segun la mala esplicacion de Febrero parece que la regla general es, que el abuelo paterno puede nombrar tutor á sus nietos, y la escepcion de esta regla, *como no hayan de recaer en el dominio de su padre*.

21 Dije en mi nota, que por la disposicion de la ley de Toro no podian ya los nietos recaer bajo la dependencia del abuelo paterno, por ser esta la regla general, y lo que se observa, no porque ignorase la fuerza de la velacion segun la ley, ni que hay personas que pasan mucho tiempo sin velarse, ó que no se velan jamas, bien por descuido, bien por escusar gastos maridos y mugeres pobres. Por otra parte creo que en atencion á ser lo regular y frecuente que los hijos se casen y velen, y que por esto salgan de la potestad paterna, los consideren los padres exentos de ella inmediatamente que se casen, prescindiendo de si se velan ó no; por cuyo motivo acaso no se habrá visto nunca entre nosotros ni un solo egemplar de que los padres reclamen los derechos de su potestad sobre los hijos y nietos. Pero sin embargo de todo lo dicho he aclarado la nota con solo seis breves palabras en mi tercera edicion que debió haber visto el impugnador, y entonces nos hubiera escusado á los dos una molestia inutil.

22 Desde el principio del tomo 3.° da el impugnador un furioso salto hácia atras, y se planta enmedio del tomo 1.°, y dice es muy de admirar diga yo en una nota, que no apoyándose la doctrina de Febrero sobre la cláusula codicilar en ninguna disposicion real, sino en el derecho comun y en autores, debe, ofreciéndose el caso, examinarse bien si ha de estarse á ella. Pero no hay que maravillarse, señor impugnador. Si la legislacion romana no es legislacion nuestra que debamos seguir; si los autores ó intérpretes no son nuestros legisladores, ¿no es una cosa muy razonable que antes de adoptar lo que digan la una y los otros, lo examinemos muy bien? Si nuestras leyes tratasen de dicha clausula, claro está que constándonos lo dispuesto en ellas lo debiamos seguir sin detenernos á examinarlo; pero cuando en la legislacion romana y en los intérpretes puede hallarse acerca de la cláusula alguna doctrina errónea ó no conforme á las disposiciones de las leyes pátrias, ó á las circunstancias actuales, ¿por qué no hemos de reflexionar sobre si debe adoptarse ó no? Esto no es tachar la cláusula codicilar, y por lo tanto inútilmente emplea el impugnador muchas palabras en favor de ella y de sus efectos.

23 Despues me echa en cara haber omitido en mi Febrero dos de los seis efectos de la cláusula codicilar que trae el autor original; mas para vituperarme con razon debió haber demostrado que se hizo sin fundamento tal omision, lo cual no ha hecho ni hará jamas, y entonces podia haber preguntado con razon si eran *transcendentales á la administracion de justicia estos tropiezos*, y si esto era *esplicar* y *enriquecer*, ó *empobrecer*, *implicar y oscurecer*. Sí, señor impugnador. Es transcendental á la administracion de justicia, y es no empobrecer y oscurecer, sino mejorar y desembrollar el suprimir en una obra cosas arbitrarias, infundadas ó ya inútiles, por haberse dicho antes repetidas veces, que es lo que hizo Febrero en los efectos omitidos (*). Y ¿cuanto no se habria admirado, si se hubiese omitido enteramente, como se ha hecho en la cuarta edicion, el §. *de la cláusula codicilar*, despues de haberle examinado muy bien.

24 No quiso nuestro criticastro detenerse en varias notas del tomo 1.°, donde por entenderse siniestramente la ley 1, tit. 4, lib. 5 Recop. (ó 1, tit. 18, lib. 10 N. R.) se confunden, se-

(*) Dejo de demostrar esto por no dilatarme en una cosa fastidiosa, pero si el impugnador intenta hacer ver lo contrario, se le satisfará.

gun dice el testamento, el codicilo y la última voluntad, &c. y en esto obró prudentemente para no disparatar mas y mas, como disparata en cuanto critica. Pero no obstante sienta magistralmente que no es definicion buena ni mala la que doy del testamento militar ó privilegiado, apesar de ser muy conforme á una real cédula (*a*). Yo dije (*b*), que el testamento privilegiado ó no solemne era *el que ningun otro requisito exigia sino que constase de la voluntad del otorgante*; y la real cedula citada, de que se copia poco despues (*c*) lo principal, trae las siguientes palabras: todos los individuos del fuero de guerra pueden, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su mano, *ú de otro cualquiera modo en que conste su voluntad.* Dice el impugnador, que mi difinicion no da nocion ninguna, y que puede darse tambien al testamento solemne, del que asimismo puede decirse no exige otro ningun requisito sino que conste la voluntad del testador, lo cual es *el fin de todo testamento.* Pero aqui padeció el pobre hombre una notable equivocacion. En el testamento privilegiado segun la ley, es suficiente para su validacion que se sepa, cualesquiera que sean los medios, cuál fue la voluntad del testador. En el testamento solemne no basta que ésta conste aun con la mayor evidencia, sino que ademas es indispensable intervengan en su formacion todas las solemnidades prescriptas por derecho, las cuales son muchas, á fin de evitar ó frustrar los muchos fraudes á que se podria recurrir para usurpar el patrimonio ageno. Asi es, que si se otorga un testamento solemne con un testigo menos de los que exige la ley, aunque conste manifiesta y evidentemente, como puede constar, la voluntad del testador, todo juez debe declarar nula la disposicion, lo cual no podra decirse del testamento privilegiado.

25 Por otra parte, despues de decir qué testamento solemne *es el que se otorga con varias solemnidades que prescriben las leyes, segun debe en general hacerse*, no podia dictarse del privilegiado mejor y mas clara definicion que la de ser *el que ningun otro requisito exige sino que conste de la voluntad del otorgante*, mayormente cuando en el número siguiente se dice del testamen-

(*a*) Es la de 24 de Octubre de 1778, declaratoria del art. 4, tit 11. trat. 8, tom. 3 de las Reales Ordenanz. del egército de 1768.

(*b*) Tom. 1, cap. 5, núm. 2.

(*c*) Lug. cit. núm. 3.

to privilegiado cuanto puede decirse de él, para saber quienes, cómo y cuándo pueden hacerle. Agrégase á esto que la definicion de Febrero del mismo testamento diciendo ser *el que aunque carezca de ellas* (de las solemnidades legales) *tiene validacion y firmeza por especial privilegio*; esplica menos que la mia, como lo advertirá cualquiera que coteje las dos. Así se conocerá cuán neciamente dice, entre otras cosas que omito como inútiles, el pobre impugnador, que segun defino el testamento privilegiado, es lo mismo que decir, *que el remedio mejor para conseguir la salud es estar bueno, y que para averiguar la verdad* el medio mas acertado es saberla: *que el medio ó requisito para que conste la voluntad del testador, es que conste.*

20 Me imputa (faltando en esto á la verdad) no haber dejado la definicion del autor en el lugar que la puso; pero lo mas gracioso de todo es, que un hombre que ha compuesto un escrito sumamente embrollado y lleno desde la cruz á la fecha de *graves pecados antimetódicos*, me atribuya un *grave pecado antimetódico*, segun se esplica. Dice que doy principio en la primera hoja del tomo primero al tratado de testamentos por el testamento militar, poniendo la escepcion antes de la regla general, y arrancando los numeros respectivos á este testamento del lugar donde mas adelante los puso oportunamente el autor. Pero muy lejos de faltar al debido método, he corregido la falta notable de él en el autor. Yo defino al principio ó despues de la introduccion el testamento en general: despues le divido en *solemne* y *privilegiado*, y en seguida subdivido el primero en *escrito* ó *cerrado*, y en *nuncupativo* ó abierto, conformándome en esto con el autor (*a*). La diferencia consiste en que inmediatamente despues inserto un número sobre el testamento privilegiado, para que de una vez se lea toda su doctrina, y no sea necesario hablar de él en dos partes separadas violando el buen método, como hizo el autor original; pues pone el número citado doce números despues de hablar del testamento privilegiado; es á saber, despues de haberse metido á hablar de las personas incapaces de otorgar testamento, nombrando individualmente los locos, desmemoriados y otros: por manera que siendo así que no se duda de que los militares pueden testar, habla de ellos entre los que estan impo-

(*a*) Véase el Feb. original tom. 1, cap. 1, nn. 1, 3 y 4, y el Feb. Ref. tom. y cap. cit. n. 3.

sibilitados de hacerlo. ¿Es esto por ventura poner la escepcion antes de la regla general? ¿Es esto arrancar números del lugar oportuno para colocarlos donde no corresponden? ¿Es esto oscurecer lo que está claro y manifiesto? Todo lector podrá decir si entiende ó no en mi Febrero lo que digo oportunamente y con suma claridad del testamento privilegiado.

27 Para acabar de desvanecer, si ya no se halla enteramente desvanecido, todo lo que sobre este punto trae nuestro criticastro, daremos aqui satisfaccion á una nota del Febrero Adicionado (*a*), en que sin citarme se critica otra mia sobre el testamento militar (*b*). El principal ó único fundamento de la nota del adicionador consiste en decir que *siempre ha de haber un convencimiento de cuál fue la última voluntad del militar, por lo que si testa de palabra, son menester dos testigos contestes para probarla, testimonio que en todos tiempos y por todas las naciones se ha tenido por prueba plena; y si lo hace en papel firmado de su mano, es necesaria la prueba estrínseca de que aquella es su firma*, para lo cual se ha de recurrir á los peritos. No negamos la validacion que siempre se ha dado y se da á semejante prueba; pero el impugnador debió considerar que esto sucede en las cosas que se ven ú oyen por casualidad y no de intento, precisando á ello la necesidad, porque si se exigieran mas testigos, quedarian sin justificarse infinitos hechos con grande perjuicio de la sociedad. Si por egemplo en la prueba de los delitos fueran indispensables tantos testigos como exigen las leyes en los testamentos, casi todos aquellos se quedarian sin justificar, y las repúblicas peligrarian, ó se verian reducidas á una mera anarquia. Aun la prueba de dos testigos es muchas veces falaz; mas la ley se ve por la razon espuesta en la presion de suponer á los hombres mejores de lo que son, y de creer á dos testigos contestes sobre cualquiera delito, como si hablaran por boca de la verdad. Pero cuando se trata de celebrar actos, cuya justificacion es necesaria en lo sucesivo, y está en nuestra mano, ¿por qué no ha de hacerse de manera que no se vea fluctuar ó naufragar la verdad entre los escollos de las presunciones, de la arbitrariedad del juez, de la malicia y del engaño? ¿por qué un acto de la mayor importancia como un testamento, hechura tantas veces de la voraz é in-

(*a*) Es la 8 del cap. 1.
(*b*) La del n. 3, cap. de Testam. Feb. Reform.

fame codicia, no ha de celebrarse de un modo que pueda contrarestar en lo posible á sus perversos intentos? ¿ por qué en vez de dos testigos no ha de intervenir mayor número para cerrar mejor la puerta á los frudes é intrigas que pueden cometerse? Estos fundamentos han tenido presentes las leyes para no contentarse con dos testigos ni papeles simples en el otorgamiento de las últimas voluntades; y si con ellos pueden probarse suficientemente las de los militares, tambien se podrán probar las de los demas hombres, de lo cual habrá de inferirse que nuestras leyes han incurrido en la necedad ó imprudencia de exigir en los testamentos comunes mas solemnidades de las necesarias ó convenientes sin ninguna utilidad. Concédase enhorabuena á los militares el privilegio en los mismos términos que se lo concedieron las leyes romanas y la nuestra de Partida, por haber en los casos que espresan muy justas causas para ello; mas no se estienda tanto, permítaseme decirlo, que sea perjudicial á ellos mismos ó á las personas que mas amen.

28 En mi Febrero (*a*) pongo la siguiente nota, sobre cuyo contenido á nadie puede ocurrir duda: »En el dia los rehenes, asi como los prisioneros, conservan todos los derechos de ciudadanos, y consiguientemente la facultad de testar, por haberse suavizado mucho las costumbres desde la formacion de las Partidas hasta el presente. Lo mismo debe decirse de los españoles que los mahometanos y demas infieles tengan cautivos, mayormente cuando la ley 8, tit. 21, P. 4, prohibe que ningun judío, moro, herege ni persona de otra secta pueda tener siervo cristiano. Por tanto, tal cautiverio es una servidumbre de hecho y no de derecho, pudiéndose decir, que aunque el cautivo español se halla en servidumbre, no es siervo." Voy conforme en esto con el pavorde don Juan Sala, quien en una de sus notas al *Vinnio castigado* (*b*), dice así: »En España los mahometanos y demas infieles que aprehendemos en la guerra se hacen siervos nuestros (ley 1, tit. 21, P. 4), asi como ellos ponen en servidumbre á los que cogen de los nuestros. No obstante, aquella es tan solo de hecho á causa de prohibir que sea de derecho la *ley 8 del citado tit. y P.* que veda tengan siervo cristiano los judios, los mahometanos, los hereges ó cualesquiera otros enemigos de la fe católica.»

(*a*) Tom. 1, cap. 1, núm. 20, nota.
(*b*) Lib. 1, tit. 3, §. 3.

29 Sin embargo el criticastro dice en tono magistral, que *ya vengo á resolver que los corsarios berberiscos, las regencias africanas, todo mahometano é infiel, y hasta los judíos de Ispahan están sujetos á las leyes de Partida*, añadiendo: »no se como nadie pueda concebir que una ley pueda estender la fuerza de sus prohibiciones á otros que sus propios súbditos, ni que nuestros legisladores hayan pretendido jamás violar la independencia de las naciones, queriendo que estas reconozcan y repeten sus leyes.» ¡Pobre impugnador, y cuán corta es su perspicacia para haber tomado tal oficio! Habria sido muy conveniente que hubiese estudiado los Vinnios con las notas de Derecho Hispánico del citado Sala para no incurrir en semejantes errores, para saber distinguir en otros muchos puntos la legislacion pátria de la romana, y no ser un esclavo tan adicto á esta como los siervos adscripticios á la gleba. Decir que nuestras leyes prohiben, se tengan los cautivos españoles por siervos de los argelinos ó tunecinos, no es querer que aquellas obliguen en modo alguno á estas naciones, ni impedir que tengan á sus cautivos en el concepto de siervos: es solo decir que entre nosotros no han de reputarse por siervos, aunque en otros paises los tengan por tales, ni que por esto han de perder los derechos de ciudadanos españoles. Así es, que si algun cautivo español hiciese testamento en Trípoli ó Argel con las debidas solemnidades, y despues de su fallecimiento llegase aquel escrito á nuestro pais, se observaria desde luego poniendo en posesion de los bienes existentes aqui á los que hubiese nombrado por sus herederos ó legatarios. Y ¿sería esto querer nuestros legisladores violar la independencia de Trípoli ó Argel? Aquellos no pueden pretender que sus leyes estiendan su fuerza á mas de lo que se puede estender, y se limitan á lo que con respecto á su, súbditos pueden mandar, y puede llevarse á ejecucion sin usurpar los derechos de otras naciones.

30 Por la misma razon que á mi se me impugna, podría tambien impugnarse el posliminio y la ley Cornelia de los romanos; pues por el primero, si el cautivó ó sierto volvia á su patria, se fingia que nunca habia estado fuera de ella, teniéndose por válido su testamento, hecho antes de la cautividad; y por la segunda se fingia que el cautivo habia muerto en su patria antes de su cautiverio, y era igualmente valido el testamento que hubiese otorgado. Es verdad que la ley de Partida habla de los mo-

ros y judíos, que eran súbditos de los Monarcas españoles; pues es bien sabido que la espulsion de los unos y de los otros fue mucho tiempo despues; mas si la ley no puede actualmente observarse con vasallos de las sectas mahometana y judáica, por no haberlos, se deberá observar, en cuanto sea posible, con respecto á los moros y judíos vasallos de otros Soberanos. Si nuestros Reyes no han querido que los cristianos fuesen esclavos de los moros y judíos que eran súbditos suyos, con mucha mas razon querran que no lo sean de los que fueren vasallos de otros Monarcas. Este argumento debió haber hecho el impugnador. ¿Si me entenderá ahora con esta esplicacion, y si suplirá ella su limitada perspicacia?

31 Con mas razon me nota haber dado significaciones equivocadas á las voces *arrendador* y *arrendatario*; pero en esto no hizo mas que seguir lo que aun los ignorantes en la jurisprudencia saben y yo no ignoraba. Llamé *arrendador* al que toma, y *arrendatario* al que da en arrendamiento; advirtiendo que para mayor claridad convenia no se equivocase ó confundiese la significacion de estas voces, y antes de señalarla quise ver los dos grandes Diccionarios de la lengua castellana, el de la Real Academia española, y el del Padre Terreros (*). El primero dice, que arrendador es el que *toma en arrendamiento alguna hacienda ó renta*: *Conductor*; y que segun una significacion antigua era *el que daba en arrendamiento alguna cosa* (**). El segundo solo dice: *arrendador de un terreno el que lo toma de un propietario para darle un tanto por año*.... Lat. *Redemptor*, *conductor*.... *En el mismo sentido se dice*: *arrendador de la sal*, *de rentas reales*, *del plomo*, *de las siete rentillas*, *de los abastos*, &c. Arrendatario *el que da al arrendador alguna cosa en arrendamiento*. *Lat.*. *Locator*.

32 Véase aqui cómo yo he definido las palabras *arrendador* y *arrendatario*, no por un mero antojo ó capricho, sino apoyado en las autoridades mas respetables sobre la significacion de las voces. El Diccionario de la Academia no trae ninguna voz para significar al que da en arriendo, pues á la voz *arrendatario* da la

(*) Veo muy aplaudido este Diccionario, y aunque sumamente costoso, su edicion se ha consumido enteramente.

(**) Lo mismo se repite en la cuarta y última edicion hecha despues de publicarse el Feb. Reform.

misma que á la voz *arrendador*, diciendo que aquel *es el que recibe en arriendo alguna heredad ó posesion.* En este apuro me pareció seguir la autoridad de Terreros, que contra el diccionario de la Academia llama arrendatario *al que da al arrendador alguna cosa en arrendamiento*; pues solo de esta manera tenia significaciones diversas para las dos voces, apoyado en suficiente autoridad. Yo no tenia empeño en sostener que *arrendador* fuera el que tomase, y *arrendatario* el que diese en arriendo, ni por el contrario: mi empeño ó mi deseo se limitaba únicamente á que se señalara ó fijara una sola significacion á cada una de las dos voces para evitar toda oscuridad y confusion, puesto que el uso variaba, como aun varía, por lo menos en cuanto á la de la palabra *arrendador*, lo cual no se advierte en *donador*, *mandante*, &c. que tienen relacion con *donatario*, *mandatario*, &c.

33 Con estas razones respondí á un abogado de Oviedo, que en una carta me impugna urbanamente por sí, y á nombre de otros amigos la significacion que yo habia dado á dichas voces; y me contestó que le habian parecido bien mis razones, aunque no todos sus amigos habian quedado enteramente satisfechos, á causa, segun hago memoria, de no tener, ó de ignorar que hubiera en Oviedo algun diccionario del Padre Terreros. Poco tiempo despues me escribió sobre lo mismo, y con mas estension y solidez que lo hace el impugnador, un sugeto de Valencia, cuya profesion ignoro, y con nombre al parecer supuesto; y entonces antes de contestarle quise examinar algo mas el punto. El Padre Terreros en apoyo de la significacion que da á la voz *arrendatario*, cita la vida de Santa Maria de la Cabeza, cuyo libro, que es del Padre Serrano, Ex-Jesuita (*), no habia yo visto y quise ver entonces; pero habiendo leido con reflexion el lugar citado por el Padre Terreros advertí, sin quedarme la menor duda, que éste habia padecido equivocacion, y que en aquel la voz *arrendatario* significaba una persona que habia tomado en arriendo. Por lo tanto respondí á la segunda carta, retractándome de lo que habia sentado en mi Febrero, asi como me retracto ahora, y me he retractado tambien en su tercera edicion, que debió haber visto el criticastro para acortar algo su machacona impugnacion. A vista pues de todo lo espuesto creo no estrañará

(*) Otros autores han escrito tambien la vida de la Santa.

ninguna persona sensata que yo hubiese llamado *arrendador* al que tomaba, y *arrendatario* al que daba en arrendamiento, sin embargo de que no se me ocultaban las razones que habia en contra, y que no dejaban de hacerme fuerza.

34 Hasta aqui ha dado mi contrario muchas pruebas de su poca instruccion y capacidad; pero pasamos á una crítica en que manifiesta la mayor malicia, la mayor estravagancia, ó la ignorancia mas consumada. Con motivo de haber dicho Don Josef Febrero que no está obligado á pagar las deudas del difunto el heredero, que aunque no hizo inventario, padeció error ó equivocacion en la aceptacion de la herencia, porque quien yerra ó ignora no hace acto que induzca aceptacion, porque el error escluye el consentimiento; sin este ninguna disposicion es estable, y lo que se hace con aquel es lo mismo que si no se hiciera: con motivo, digo de haber sentado esta doctrina Febrero, pongo la siguiente nota. »Esta limitacion por sí sola casi ó sin casi destruye la regla general. ¿Qué acto, qué instrumento, qué obligacion tendria subsistencia, si el error ó la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? En vez de ser indulgente con el error y la ignorancia, ¿no convendria mas castigarlos, para que hubiese menos del uno y de la otra? Asi como á la sombra de una indiscreta y criminal compasion crecen y se propagan los delitos, asi tambien la necia indulgencia con el error aumenta el número de los errados ó ignorantes.»

35 A ningun lector imparcial y de mediano talento podria ocurrirse ninguna duda sobre el contenido de esta nota, ni dejaria de conocer que el *castigar á los errados é ignorantes* debe entenderse segun la materia de que se habla, y solo con dar validacion á los actos que injustamente quieran anular con pretesto de error, equivocacion ó ignorancia. Oígase al gran jurisconsulto Heinecio, y veráse cuanto se conforma con nuestro modo de pensar. Habiendo dicho (*a*) que en la compra y venta se ha de observar la igualdad entre la cosa y el precio, y que por lo tanto debe enmendarse toda lesion, provenga del dolo, fuerza, ó justo error de alguno de los contrayentes, pone esta nota. »Si á la verdad fuese inculpable, invencible ó involuntario el error, pues si alguno compra por cierto precio alguna cosa sin haberla

(*a*) Elementa jur. naturæ lib. 1, cap. 13, §. 352.

esplorado y visto bastantemente, deberá perjudicar el error al errante, á no ser que el vendedor le hubiese engañado con alguna dolo, (como sabemos por el Génesis, cap. 29, vers. 23 y 24, que hizo Labam con Jacob comprándole á su muger) *quia merito penas dat erroris*, quien á no haber sido demasiada su negligencia pudo no errar. Por lo tanto con razon dicen los alemanes de los hombres tan negligentes este adagio: Wer die augen nicht aufethut, derthue den beutel auf.

36 A vista de esto, ¿quién no se admirará ó creerá al impugnador enteramente sin juicio al leer estas espresiones que para su afrenta vamos á copiar? Examinemos ahora una doctrina de grandes consecuencias que nos da el señor Gutierrez, á saber, que como hay suplicios para los perversos, los hay tambien para los ignorantes: nada se esceptúa en tan formidable fallo, ni lo culpable ni lo inculpable, ni lo sustancial ni lo accidental, ni lo civil ni lo criminal, ni el error de hecho ni el de derecho, ni cuantas distinciones ha descubierto la ciencia de la equidad: todo se lleva á sangre y fuego, todo lo abraza un dogma perentorio de tanta latitud, que puede hacer sombra á todo un emisferio: ¿Cuán desposado creerá estar con la sabiduría, con la verdad y con la luz, quien declara guerra tan cruel á los ignorantes, y á los errados? Con pocas maximas de estas en un dia se aprende la jurisprudencia: principio estupendo el que se establece, y enemigo del linage humano, pues castiga al hombre en su propia y natural debilidad. Solo falta escoltar con suplicios, cadahalsos, torturas y verdugos tan bárbara máxima. ¿Qué podemos esperar de las Instituciones Criminales, que se nos anuncian por el reformador en su prólogo, si los errores son crímenes? ¿En qué libros de negra jurisprudencia, en qué tizon se habrá leido este anatema? Bien dice con esta máxima tan desoladora, capaz ella sola de acabar de una vez con toda la especie humana....

37 No hay necesidad de hacer aqui ningunas reflexiones, pues espontáneamente se ocurrirán muchas á los lectores; y solo diremos respecto á nuestras *Instituciones Criminales*: que el impugnador habla de estas como que las anunciamos en el prólogo, siendo asi que se han publicado ya enteramente: que podia haberlas examinado para saber que incesantemente se recomienda en ellas la moderacion de las penas con especialidad en su

Part. 3. y que por este y otros motivos se han grangeado el aprecio público.

38 Con motivo de decir Febrero (*a*) que los partos de las siervas de cualquiera de los cónyuges son comunicables á entrambos, y de equipararlos á los animales, no pude dejar de poner una nota que copiaré entera, ya que tuvo por conveniente mutilarla el impugnador. »Al leer este número, al leer los *partos de las siervas* que se equiparan á los animales, no ha podido menos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aqui una miserable porcion del género humano degradada y humillada hasta el nivel de las bestias. Sin embargo me sería muy facil demostrar que no hay hombres esclavos sino en los códigos, y en la inhumanidad é insensibilidad de otros hombres libres. La naturaleza no podia permitir, ni mucho menos aprobar uno de sus mas vergonzosos ultrages. Politicos ilustrados y sensibles han puesto á las claras esta importante verdad, que no podrá ocultarse á nuestro sábio gobierno, y Dios quiera que no prevenga mi muerte al cumplimiento de uno de mis mayores deseos: el de ver desterradas de los códigos las viles y afrentosas voces de *siervo ó servidumbre, de esclavo y esclavitud.*» Trata el impugnador de ridículo el contenido de esta nota, dándonos con esto una prueba vergonzosa de su inhumanidad é insensibilidad. ¿Ignora lo mucho que varios ingleses sábios han declamado en nuestros tiempos en el parlamento contra el inhumano é ignominioso comercio de los miserables negros del África? Pero con desprecio del impugnador, yo me lisongeo de haber dictado la nota á estímulos de mi corazon.

36 Al mismo tiempo me vitupera haber omitido en mi Febrero Reformado casi todas las doctrinas del autor original sobre la esclavitud; pero sepa que lo he hecho asi por el poco ó ningun uso que tienen entre nosotros. En las Instituciones de Castilla no se habla nada de siervos, y aun su nuevo anotador Palacios no pone ninguna nota acerca de ellos, sin embargo de haber puesto innumerables.

40 Pasamos á tratar de un punto muy grato para el impugnador: de un punto en que ostenta mucha erudicion sin embargo de no advertirse ninguna en todo su dilatado escrito: del ós-

(*a*) Tom. 3, lib. 1, cap. 4 núm. 22.

culo, digo, de que habla la ley 52 de Toro, prescribiendo que cualquiera esposa de presente ó de futuro disuelto el matrimonio adquiera, si el esposo la hubiese besado, la mitad de todo lo que el esposo la hubiere dado antes de consumado el matrimonio, y nada en el caso de no haber habido tal ósculo; acerca del cual puse la nota siguiente: »Tengo por inútil tocante al ósculo la disposicion de la ley 52 de Toro, y de la 3, tit. 11, P. 4, tomada sin duda de la 16, *Cod. de donat. ante nupt.* Si se habla de un ósculo ilícito y motivado por un impuro afecto, no podrá probarse, puesto que los esposos, lejos de buscar quienes puedan ser testigos de semejante hecho, huyen cuidadosamente de ellos; y si se habla de un ósculo permitido como una de las ceremonias introducidas en la celebracion de los esponsales ó del matrimonio, creo con fundamento que en ninguna provincia de España se halla recibido.

41 Sin embargo de que sabemos haber parecido á muchos sugetos sensatos muy juiciosa y fundada esta breve nota, se impugna furiosamente empleando en esto nada menos que cuatro buenas páginas. En primer lugar se me vitupera, casi como si fuese un delito de lesa Magestad humana, haber tratado de inútil una ley establecida hace no menos que tres siglos, por cuya razon podria tambien haberse procesado ó sindicado á todos los señores ministros, jueces y letrados, á quienes continuamente se oia decir que nuestro Código de la Recopilacion se hallaba atestado de leyes inútiles; y con tanta mas verdad que en la Novísima Recopilacion se han omitido muchas leyes, por haberse juzgado en el dia de ninguna utilidad. Es una necedad verdaderamente muy ridícula y aun maliciosa querer criticar á un profesor que con sobrados fundamentos solo asegura ser en la actualidad inutil una ley, sin negar que fuese conveniente ó necesaria en el tiempo de su establecimiento. Nada es mas sabido que con el transcurso del tiempo y la variacion de las circunstancias llegan á inutilizarse muchas leyes útiles, prudentes y sábias, como asimismo que todos los doctos políticos aseguran ser indispensable en todos los gobiernos por los dichos motivos crear una legislacion nueva de cierto en cierto tiempo, de 50 en 50 años, ó de 100 en 100. Y si puede decirse que una ley antigua es injusta ó infundada, habiendo razones para ello, con mucha mas razon se podrá decir que es ya inútil.

42 No dejan de ser oportunas unas palabras del señor Lardizábal (*a*) que copiamos en otro lugar (*b*). »Las leyes y los usos de los hombres están por su naturaleza espuestos al engaño y al error. Los legisladores cuando establecen las leyes, tienen que acomodarse á las circunstancias del tiempo, del lugar, de las personas y de las costumbres; y el imperio y fuerza de estas, cuando estan muy arraigadas, suele ser á veces tan grande, que no tienen arbitrio los legisladores para dejar de condescender con lo que prohibirian sin dificultad en otras circunstancias (*). La poca ilustracion de un siglo hace tambien que pasen por buenas y verdaderas ciertas opiniones generalmente recibidas, aunque en realidad no lo sean. Para que una ley no pueda llamarse con verdad injusta, basta que cuando se estableció, se hubiese creido util y conveniente segun el tiempo y circunstancias en que se hizo. Pero si despues, ó por la mudanza de costumbres, ó por la mayor ilustracion ó por otros motivos se conoce el error y los inconvenientes, el advertirlo y manifestarlo no es combatir las leyes, como dice D. Pedro de Castro, para hacer odioso á su competidor, no es tacharlas de injustas, ni es faltar al debido respeto á los legisladores. Desear que las leyes sean mas perfectas, no es ultrajarlas.

43 Lejos pues de reputarse digno de reprehension quien oportuna y fundadamente diga que alguna ley es inútil, ó merece corregirse, es tan digno de elogio como vituperable el que conociendo los defectos de algunas leyes no los advierta pudiendo hacerlo oportuna y modestamente; pues viene á ser un vil adulador ó un enemigo del Soberano, del gobierno y de la Nacion: de los primeros, porque siempre debemos suponer en ellos el mayor zelo y deseo de perfeccionar la legislacion por el bien general; y de la segunda, porque quiere perpetuar la ignorancia y los errores, manantiales tan fecundos de males.

44 Pero si un ósculo ilícito no puede probarse, porque los esposos huyen cuidadosamente de tener testigos de su placer, tampoco podrán probarse ni castigarse el adulterio, la bestia-

(*a*) Discurso sobre las penas p. 272, num. 29.

(*b*) Prólogo del tom. 1 de la Pract. Crim. de España, pág. 6.

(*) El Rey Rotharis, dice el autor citado, aunque conocia la injusticia é iniquidad de la prueba por el combate judicial, no se atrevió á prohibirla, y se contentó con ponerle algunas modificaciones por miramiento á la inveterada costumbre de los Longobardos.

lidad, la usura, el soborno, ni ningun otro delito, puesto que sus autores tambien procuran cuidadosamente no tener testigos: por manera que todos los crímenes hallarán su apología en la doctrina de la nota. Así arguye el impugnador manifestando su crasa ignorancia en la ciencia de la jurisprudencia criminal, y obligándonos á remitirle para su instruccion en ella á nuestras instituciones ó Práctica criminal de España. Luego que la estudie debidamente, echará de ver la inmensa distancia que hay entre el ósculo de los esposos y los delitos mencionados. Sino se tratase de averiguar y castigar dignamente estos y los demas graves delitos, se fustraria el principal objeto de reunirse los hombres en sociedad, que es el de su conservacion, seguridad y tranquilidad: no habria entonces absolutamente gobierno, sino una mera anarquía: no habria legislacion, y si la habia, seria lo mismo que sino la hubiese: no habria tampoco quien mandára ni quien obedeciese, y la venganza, la codicia, la lascivia y demas pasiones triunfarian por todas partes.

45 No puede decirse lo mismo de un ósculo y demas levísimos delitos, á los cuales mas bien debe aplicarse el nombre de vicios y pecados. Si se tratase de justificarlos y refrenarlos en el estado presente de la grande corrupcion de costumbres en las sociedades, y de nuestras instituciones políticas y civiles: si se quisiese que los magistrados tomasen conocimiento de unos hechos que no se han mirado hasta ahora como objeto de las leyes penales, se verian aquellos abrumados con una infinidad de procesos y negocios de poca importancia; y como frecuentemente los hechos viciosos son muy difíciles de averiguar, y los males estan tan radicados, no podria emprenderse su curacion sin causar grandes turbaciones en el estado, originándose de esto el menosprecio de unas leyes, que en vez de ser útiles serian perjudiciales, y quedando así castigada la ignorancia ó imprudencia del legislador que hubiese intentado hacerlas ejecutar. Por lo tanto, es tan necesario el disimulo en los pequeñísimos delitos ó pecados, como lo es el perseguir y castigar los crímenes ó delitos graves.

46 A vista de esto es superfluo refutar lo que acerca de la prueba del ósculo trae el impugnador; pero sin embargo, debemos poner de manifiesto el absurdo de que aquel puede probarse solo con el dicho de la muger besada, así como debe creerse

á la que declare haber perdido su virginidad. Cáusanme mucha admiracion estas espresiones en un hombre que verosímilmente tendrá bastante esperiencia de lo que en este punto son las mugeres. Podria pensar asi quien hubiese pasado su vida en los bosques y selvas *manteniéndose con yervas y bellotas*, ó hubiese estado recluso en algun monasterio. Pero el impugnador, ¿cómo ignora que en la actualidad serian muchas las mugeres que llevadas de su interés asegurasen falsamente que habian sido besadas ó desfloradas? Dice que la ley *cree imposible en la honestidad del sexo, singularmente en el pudor virginal, que aquella que no fue besada diga que la besaron.* Si una ley, ó por mejor decir, un caso particular del Fuero viejo de Castilla, que tiene cerca de nueve siglos de antigüedad, creyó tal imposibilidad en un tiempo en que serian mucho mayores que en la actualidad la honestidad y pudor de las mugeres, no lo creeria al presente ningun legislador, y todos se guardarian muy bien de dar á los dichos de ellas un crédito igual al que en tiempos remotos se daba á los oráculos de Diana y Apolo.

47 Tambien se guardaria muy bien de poner á las mugeres en la contingencia de sacrificar su rubor y honor á un vil interés, ni de hacer que con un *esperimento trabajoso para su rubor adquiera por su propia boca la compensacioa del menoscabo que con el ósculo haya padecido en él*; ni de comprometerla en *una lucha entre su vergüenza y su interés*; ni de dar motivo á que los osculos sean un *negocio y especulacion de ellas*; de cuyas indecorosas é imprudentes palabras usa el impugnador, cuando debió haber hecho un argumento mucho mas razonable y juicioso que todo cuanto dice. Si la muger no ha de decir que la besó el esposo, aun cuando lo hubiese sido, de nada puede servir la disposicion de la ley pátria; y si ha de confesar que fue besada, da una prueba segura de que aprecia mas el interés que su honor. Y en semejante muger ¿no es muy creible que movida de la codicia, y por quedarse con las joyas y alhajas que le regaló el esposo, diga que la besó, aun cuando no hubiese sido asi? Por otra parte, si la esposa fue cómplice en el ósculo del esposo, será justo que el uno sea castigado como reo en la pérdida de sus alhajas, y que la muger siendo delincuente sea premiada por su delito con la adquisicion de ellas? Con esta poderosa razon impugnan algunos políticos la ley adoptada entre los atenienses y

otras muchas naciones, antiguas y modernas, que obliga al estuprador á desposarse con la doncella violada, de lo cual se han seguido muchos desórdenes, alegando en su favor que la autoridad y los egemplos deben ceder á la razon y la esperiencia. Es verdad que alguna vez podrá suceder que la esposa no sea consentidora del ósculo, que puede ser cosa de un momento; pero no hagamos caso de lo que rarísima vez puede acontecer, y confesemos que casi siempre que sea besada una esposa ó consiente esta en el ósculo; ó el esposo ha advertido en ella alguna especie de livandad que ha motivado su osadía. Cuando una muger se contiene dentro de los límites del recato y del pudor propios de su sexo, pone un freno á los hombres mas osados que rara vez dejará de contenerlos.

48 En este gran punto del ósculo, para manifestar mas su instruccion *oscular*, se mete á anticuario el pobre impugnador, pero con tan infeliz éxito como se verá. Dice este grande investigador de antigüedades, que *en medio de la imposibilidad moral de señalar cual de nuestras instituciones, costumbres, ó leyes actuales es la misma en todo ó en parte pura ó modificada, que la que tuvieron los aborigines ó primitivos españoles antes de recibir las impresiones que les dieron las diversas naciones que dominaron nuestro pais, y de formarse innumerables combinaciones en la série de los siglos; entiende que si hay alguna institucion que pueda llamarse originaria, indígena y verdaderamente nacional es la presente.* Se apoya para arriesgar una opinion tan osada y temeraria, en que se halla en el Fuero Real, en las Partidas, en el fuero viejo de Castilla y con el Fuero Juzgo: en que aunque la ley del código, citada por Febrero y el Reformador, tiene fecha mas antigua, es una constitucion del Emperador Constantino dirigida al Gobernador de España, verosímilmente con motivo de alguna consulta respectiva á nuestras costumbres en aquel tiempo, y finalmente en que los jurisconsultos romanos, cuyas sentencias se incluyen en el Digesto, no hacen memoria de tal institucion.

49 Pero dando por supuesta, como debe suponerse, la verdad de todos estos hechos, ¿qué prueba suministran para creer, ni aun solo como verosímil, que la institucion del ósculo fuese pura, ó modificada, de nuestros primitivos españoles? Si muchos siglos antes de Constantino vinieron sucesivamente á nuestra region fenicios, tirios, cartagineses, griegos, romanos, &c.

¿cómo podrá constar que ninguna de tantas naciones introdujese en nuestra España dicha institucion? ¿con qué argumentos algun tanto verosímiles y fundados; con qué conjeturas razonables podrá hacérsenos ver que ninguna de aquellas gentes trajo de su propio pais tal institucion para inferir de ello que pudo tener su nacimiento en nuestra península? Si el pobre impugnador no hubiera querido parecer un erudito anticuario, no habria parecido un ignorante consumado en la historia de su nacion.

50 Mas ya es tiempo de que pasemos á tratar del ósculo formulario, ó ritual, mencionado en mi nota, en lo cual manifiesta el impugnador tanta ignorancia como en todo lo demas, diciendo con la mayor satisfaccion que yo hago mencion de él, en el supuesto soñado de que la ley Taurina pudiese referirse á él, y que en España siempre se besó, como se besa ahora. Por cierto que muestra grande erudicion en punto á las antigüedades y costumbres de su pátria, para que le creamos sobre su palabra, y como si hubiese compuesto alguna historia genealógica del ósculo, su asunto mas favorito. Y ¿qué dificultad hay en que la ley se refiera al ósculo esponsalicio? ¿piensa que éste es alguna ficcion, ó que no lo ha habido en el mundo? Si lo cree asi, como parece, es necesario desengañarle con autoridades de hombres doctos, cuyas obras jamas habrá tomado en las manos ni oido nombrar.

51 En la *Historia de los Sacramentos* que escribió el Padre don Cárlos Chardon, y se ha traducido á nuestro castellano (*a*), se leen estas palabras. »San Gregorio de Tours habla discretamente de esta ceremonia en la vida de S. Leobardo, recluso del monasterio de Marmoutier." "Cuando hubo llegado, dice, á la edad conveniente, sus padres le precisaron á enviar arras á la doncella que habia de tomar por esposa...." El Santo queria pasar su vida en el celibato y en la penitencia; pero no pudiendo resistir á las instancias de su padre, dió el anillo y *el beso* á su futura esposa, le presentó los zapatos, se celebraron con gozo los esponsales... De este modo, como advierte un sabio autor, (Marolio) el esposo tomaba de alguna suerte posesion de su esposa, ligándola, por decirlo asi, los pies y las manos por medio del calzado y del anillo. Pues si en Francia, y en tiempo de S. Gre-

(*a*) Tom. 8, cap. 2, art. 1, §. De este modo.

gorio intervenía ósculo en los esponsales, ¿por qué no podia tambien intervenir en los esponsales contraidos en España ó alguna parte de ella al tiempo de establecerse las leyes de Toro al principio del siglo XV? Tan lejos está de haber habido en ello ninguna imposibilidad, que en efecto debe tenerse por seguro que la ley Taurina 52 no se refiere á otro ósculo que al esponsalicio.

52 El monumento mas antiguo que tenemos respecto á nuestra España de semejante rito es la citada sancion de Constantino del año 336, siendo cónsules Nepociano y Pacato, y dirigida á Tiberiano, gobernador de España, que residia en Sevilla. Acaso se introdujo el ósculo esponsalicio en nuestro pais con la introduccion del cristianismo, pues consta por muchos lugares del nuevo testamento que el beso era una cosa muy santa y usada entre los cristianos como una señal de recíproca paz, union y caridad, de suerte que con el ósculo se saludaban mútuamente. Asi encontramos muy frecuentemente en las epístolas de los apóstoles *salutate in vicem in osculo sancto*; y esta especie de salutacion, muy conforme al carácter y sencillez angelical de los antiguos cristianos, se tomó verosímilmente del patriarca Jacob, que besó á Raquel en señal de su desposorio. Los intérpretes del código Justiniano creyeron que el rescripto de Constantino se espidió en pena del ósculo, por padecer con él la castidad ó pudor; pero seguramente fue en favor de unos esponsales corroborados con el osculo y arra que entre los cristianos casi se igualaban al matrimonio. El doctísimo Jacobo Godofredo en su Comentario á la misma ley, inserta en el código Teodosiano, atribuye tambien á los cristianos el origen del ósculo en los esponsales, trayendo en su apoyo un pasage de Tertuliano, donde se hace mencion del ósculo esponsalicio, y se refiere el egemplo de Rebeca, que le recibió; y de la tal constitucion, establecida por consulta del gobernador de España, debe inferirse que en Sevilla y en la provincia Betica ó Andalucía se observaba la costumbre de confirmar los esponsales con el ósculo, especialmente entre los cristianos, cuyo número no podia menos de ser alli muy considerable, cuando en el Concilio Iliberitano ó Granatense, celebrado algunos años antes de la constitucion de Constantino (*) asis-

(*) Es opinable el año en que se celebró, y si fue anterior ó posterior al Concilio general Niceno.

tieron 29 Obispos, la mayor parte de dicha provincia, siendo el tercero entre ellos Sabino, Obispo hispalense.

53 Esta costumbre tan antigua en España y África, que pasó desde el occidente al oriente, donde aun se conserva, por ser la Iglesia griega muy tenaz en seguir sus antiguos ritos (*a*); esta costumbre, digo, se conservaria en nuestro país ó algunas de sus provincias hasta los tiempos de las leyes de Toro, como acredita la disposicion de una de ellas, y despues, sucediendo la malicia á la antigua sencillez, llegaria á desaparecer del todo el ósculo esponsalicio en nuestra region. A vista de lo espuesto es claro que la ley Taurina habló del ósculo ritual, y que éste no ha sido una *institucion, ni pura, ni modificada de los primitivos españoles,* como se ha dicho, sospechó el impugnador, haciendo el papel de anticuario, sin haber hecho ninguna lectura de historia ni antigüedades. Hubo españoles muchos siglos antes que hubiese cristianos.

54 Asegura el doctísimo anticuario, que la ley no pudo hablar del ósculo esponsalicio, porque en éste no hay motivo para la recompensa de la esposa, á causa de que por él no padece aquella ningun menoscabo en su rubor; pero seguramente se engañó en esto el anticuario, cosa sin duda maravillosa en un sugeto tan instruido en la materia, como que cita á Ovidio, aunque sin oportunidad, ni poder aprovecharle de nada la autoridad de este gran poeta, solo por lucir con este rasgo de erudicion. Si en los esponsales que contrajese una jóven bien educada, y por consiguiente vergonzosa, interviniera ósculo, es claro que con éste padeceria mucho su pudor, no solo por razon del esposo de quien le habia recibido, sino tambien por razon de las personas que presenciasen la ceremonia; y hecha cargo de esto la ley Taurina, mucho mas sábia que nuestro anticuario, estableció discreta y prudentemente que se recompensase el martirio ó mortificacion causada á la esposa por el ósculo con la mitad de las joyas ó presentes que el esposo le hubiese hecho.

55 Es verdad que, como dice el *anticuario español*, los ósculos son diferentes en Francia, y que si estos interviniesen en

(*a*) Véase sobre todo lo espuesto al Arzobispo Francisco Maria Muscetula disert. de Sponsalibus et matrimoniis &c. diatriba prior. can. Illiberit. 54, nn 8, 9, 10, 11, 12 y 13. A Muscetula sigue Selvagio en sus Antigüedades eclesiásticas, lib. 3, cap. 15, n. 7.

los esponsales contraidos en aquella nacion, verosímilmente no padeceria por ellos nada el pudor de las esposas; pero esto proviene de ser en Francia los ósculos una especie de salutacion que reciben de los hombres las mugeres, y á que se han acostumbrado en el curso de toda su vida, por cuya causa el grande imperio del hábito ha imposibilitado á los ósculos de poder causarles ninguna especie de rubor, nada de lo cual puede aplicarse á las esposas en España y otros paises, donde á escepcion de las mugeres disolutas y mundanas todas padecerian no poca confusion al verse besar por los esposos aun licitamente delante de gentes.

56 Al leer en Febrero (*a*) que convenia estuviesen *dotadas todas las mugeres para la propagacion del estado*, se nos ocurrió poner una nota que por su falta de lectura é ilustracion causó á nuestro antípoda un grande escándalo. »Acaso sería mas conveniente, se dice en la nota, que ninguna tuviese dote, ni pudiese percibir herencia, legado, ni otra cosa alguna fuera de los precisos alimentos. Entonces muchas mugeres, no confiadas en el atractivo de las riquezas, procurarian con mayor esmero adquirir los mas apreciables bienes, esto es, las virtudes propias de su sexo, para grangearse la sólida y permanente estimacion de los hombres, con lo cual serian mas felices los matrimonios, y de consiguiente mas feliz la sociedad.» Para dictar esta nota no tomamos ningun libro en las manos; pero teniamos presente haber leido varios egemplos y doctrinas que la justificaban, aunque no obstante hablamos con timidez, empezando por la palabra *acaso*, que debió tener presente el antípoda, puesto que hay mucha diferencia entre decir una cosa como cierta, y decirla como dudosa. Por lo tanto, á las razones que han escandalizado al antípoda, substituiremos para desvanecerlas completamente varias especies y fundamentos, que registrando nuestras muchas apuntaciones hemos encontrado.

57 En los pueblos de la antigüedad hubo uno donde las mugeres no llevaban dote al matrimonio, y otros en que los maridos debian darla á sus consortes. En Atenas por ley de Solon no llevaban mas dote á sus maridos que tres vestidos y algunos otros muebles de corto valor, que era lo mismo que no llevar dote. De los pueblos de Tracia refiere Herodoto que los maridos no reci-

(*a*) Tom. 3, lib. 1, cap 4. n. 24

bian tampoco dote alguna de sus mugeres, cuya costumbre, observada en todos los pueblos del norte, convirtió despues en ley para sus súbditos un antiguo Rey de Dinamarca. Por otra parte, entre los hebreos el marido debia dotar á su muger, en vez de exigir de ella una dote (*a*), y Licurgo, legislador de Lacedemonia, estableció allí la misma ley.

58 Eran dos los fines de esta ley ó costumbre: uno el de que las mugeres no quedasen por falta de bienes como quedan al presente; y otro el de que los maridos tuviesen mas libertad en la eleccion de las mugeres, y pudiesen así contenerlas mas bien dentro de los límites de su deber, pues siempre se ha notado que por recibir el marido una gran dote de su muger, parece pierde parte de su libertad y autoridad, y que le es comunmente mucho mas difícil conseguir que sea prudente y moderada cuando es inclinada al lujo (*b*).

59 Arriano cuenta de los pueblos de la India que la dote de las mugeres solo consistia en su virtud, así como en ésta la felicidad de los matrimonios; y aun en la actualidad los banianos, nacion la mas antigua de las Indias, no permiten á las mugeres llevar otro dote que sus vestidos, alhajas y dos ó tres esclavas. Tampoco estaba en uso entre los germanos, como se lee en Tácito, que la muger llevára dote á su marido, y por el contrario, éste dotaba á aquella. Tan solo le hacía un ligero presente, que conformándose con el genio belicoso de la nacion consistia únicamente en algunas armas, un caballo ú otras cosas semejantes.

60 Entre los musulmanes generalmente las doncellas no llevan dote, y los maridos tienen muchas veces obligacion de enviarles dinero, y asegurarles una pension que se estipula para gozar de ella en caso de divorcio ó viudedad. En la China, en la Cochinchina, en Tonquin, en el Japon y en la mayor parte de los cantones de Africa, las mugeres, lejos de llevar dote á sus maridos, reciben una cantidad de dinero, bien para sus padres,

(*a*) Consta esto por muchos lugares del Génesis, entre otros del capit. 29, v. 18, cap. 31, v. 15 y 16, y cap. 34, v. 12. Aquí se ve que Jacob sirvió 14 años á Laban para conseguir á Lia y Raquel, sus hijas; y que Sichem pidiendo por muger á Dina, hija de Jacob, prometió á sus padres darle cuanto le pidiesen por ella.

(*b*) *Ita istæ solent, quæ viros subvenire sibi postulant dote fretæ feroces*, dice Plauto, *in Menæch.*

bien para su ajuar. Omitimos otras noticias respectivas á dotes, por parecernos suficientes las referidas.

61 No puede dudarse, dice un sábio escritor moderno, que la pureza de las costumbres, y la sencillez y virtud de las mugeres en los pueblos antiguos y modernos, donde no se hallaba establecida la dote en su favor, deben atribuirse únicamente á que en aquellos felices paises no podian adquirir con sus dotes y riquezas el derecho de dominar y ser infieles á su marido. En comprobacion de esto cita unos elegantes versos de Horacio hablando de los Scitas (*a*).

62 Habria sido útil á los gobiernos, prosigue, conservar la esacta y severa observancia de las leyes antiguas, respecto á las dotes de las mugeres; pues esto hubiera sido el medio mas seguro de conservar la santidad de los matrimonios y de las costumbres, y de escitar la inclinacion natural de cada hombre á perpetuarse por un hijo. Asociándose con una compañera no habria contraido aquella especie de obligacion de contribuir á las estravagancias de la moda y del lujo. Con recibir una dote que aunque escesiva no podria satisfacer en el dia á los deseos inmoderados que la codicia de los mercaderes procura sobremanera escitar, encuentra la causa de su ruina en la que deberia velar, sobre la economía de su casa y sus bienes. Todo lo que ahora exigen por lo regular las mugeres, es que las facultades de un marido puedan satisfacer los apetitos insaciables de su lujo. El matrimonio no está desacreditado entre los hombres, sino en los siglos del lujo, pues á la mayor parte amedrenta sus cargas, estremadamente pesadas por el orgullo y el capricho.

63 En el dia el temor de las consecuencias del matrimonio ha hecho crecer los inconvenientes. Al paso que los hombres se alejan ó huyen de todo enlace, los padres aumentan mas y mas las dotes de sus hijas para facilitar con este aliciente su casamiento, sin advertir que ademas de no ser bastante este medio se opone sustancialmente á sus miras, puesto que aumentando las dotes se aumenta en las mugeres su pretension á las mayores in-

(*a*) Nec dotata regit virum,
Conjux, nec nitido fidit adultero,
Dos est magna parentum
Virtus, et metuens alterius viri
Certo fœdere castitas, et peccare nefas, aut pretium est mori.

pertinencias del lujo. Con menos bienes serían mas prudentes y modestas, y los célibes, menos preocupados contra el matrimonio, buscarian en una union mas estrecha con ellas una felicidad que ninguno entrevee en la privacion de su sociedad. Esta verdad conocida en todos tiempos ha sido la base de las mas sábias legislaciones.

64 Vea ahora el impugnador si la teoría ó doctrina de nuestra nota es solo buena, segun dice, *para la historia de los siglos en que los hombres se mantenian con bellotas.* No podrá decir esto de las naciones, cuyas leyes ó costumbres respectivas á las dotes de las mugeres hemos referido, con especialidad de las dos mas famosas repúblicas de la Grecia, Esparta y Aténas, de quienes tanto han aprendido los mas sábios filósofos y políticos de nuestros dias. Pero si aun no le bastasen tantos y tan célebres egemplos, vamos á ofrecerle otro de una nacion culta y moderna, de la rica y comerciante Venecia. Sepa que antes de la variacion que acaba de tener su gobierno, tenia una ley, severamente ejecutada, que prohibia á los mas ricos, y aun á los mismos Senadores dotar á sus hijas en mas de 60 ducados, con lo cual no obstante las enormes riquezas de aquellos republicanos no habia pais en Europa, donde gastasen menos lujo las mugeres.

65 Tambien merece mencionarse en este lugar un artículo que Francisco I. de Francia insertó en su ordenanza de 1532, mandando que ningun empleado de la real hacienda, cualquiera que fuese su estado y calidad, diera á sus hijas dotes que escediesen la décima parte de sus bienes. Pero aun tenemos un egemplo mucho mas reciente de la necesidad de reprimir el lujo para favorecer los matrimonios, verdad que no pudo ocultarse á uno de los mayores Príncipes de nuestros dias, á Pedro Leopoldo, gran Duque de Toscana, quien conmovido de los escesos del lujo en sus estados, y de la precision de contener sus funestos desórdenes hizo publicar la circular de 17 de Agosto de 1781, en donde se leen estas memorables espresiones. »Este capricho tan costoso que la moda ha introducido en la capital, y que desde esta ha estendido por las provincias, y aun por las campañas una ridícula imitacion, opone los mayores ostáculos á los matrimonios, y consiguientemente á la poblacion. De este lujo poco reflexionado se originan la falta de medios para la buena educacion de los hijos é hijas, los desfalcos demasiado frecuentes

en las cajas de los empleados, sus deudas, y muchas veces sus infidelidades, la escasez de los capitales en el comercio, los pocos ausilios suministrados á los labradores, la desgracia en general de las familias, las disensiones &c.

66 Pero no necesitamos de egemplos estraños. Nuestros Soberanos han conocido muy bien los males que ocasionan las dotes escesivas y el lujo, y por lo tanto el Emperador Carlos V en el año de 1534, y despues Felipe II en las córtes de Madrid de 1573 limitaron las dotes á ciertas cantidades que se espresan en una ley recopilada (*a*), lo cual confirmó en el año de 1623 Don Felipe IV el Grande en otra ley recopilada (*b*), cuya introduccion merece trasladarse á este lugar. »Porque el esceso y punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos y obligaciones que en ellos se han introducido, se consideran por carga y gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas, y ayudan á la despoblacion de este reino, y por ser tan grandes, es preciso que lo hayan de ser las dotes, con lo cual se vienen á impedir, pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, *de que resultan otros inconvenientes en las costumbres, y contra la quietud de la república*: ordenamos, &c.» Bajo de estas últimas palabras comprehendió sin duda el sábio Monarca todo lo que dijo el escritor moderno citado, y no quiso aquel especificar.

67 Creemos que reflexionando cualquiera persona sensata todos los egemplos y doctrinas que se han referido, no se escandalizará de que hubiésemos dicho: *acaso seria mas conveniente que ninguna tuviese dote, ni pudiese percibir herencia, legado, ni otra cosa alguna fuera de los precisos alimentos, &c.* Y aun por ventura, lejos de escandalizarse creeria que teniamos sobrada razon, y querria que se llevase á efecto nuestro modo de pensar. Lo cierto es, que como todos vemos, y lo confiesa el impugnador, aun continúan sin ninguna diminucion, por no decir con notable aumento los males que nuestros Soberanos quisieron evitar. Parece ser tan grave la enfermedad, que exige para su curacion re-

(*a*) Es la 1, tit. 2, lib. 5 ó 6, tit. 3, lib. 10 N. R.
(*b*) En la 5, tit. y lib. cit. ó 7, tit. y lib. cit. N. R

medios mas fuertes que los que se han aplicado hasta ahora. Parece que no basta limitar las dotes, segun se ha prescripto, y que es indispensable recurrir al medio de impedir que las mugeres sean solicitadas por sus riquezas, y que lleven éstas al matrimonio, para evitar su orgullo, su falta de subordinacion, y consiguientemente su ruinoso lujo, la continua discordia, y la violacion de los mas sagrados deberes de la sociedad conyugal.

68 No por esto hemos querido, ni queremos decir que los esposos no puedan dar al tiempo de su casamiento alguna dote moderada á las novias siguiendo los egemplos notables antes referidos; pues como deben agradecer á sus mismos maridos semejante donacion, no puede originar ni fomentar en su corazon las pasiones ya espresadas, que todo buen legislador debe sofocar. Tampoco queremos decir que al mismo tiempo que se tomen providencias para impedir que las mugeres sean ricas en general, no hayan de limitarse aquellas prudentemente en términos de libertar á algunas de una pobreza que las precipitase en el concubinato ó prostitucion. En una breve nota no hablamos de poder esplicar bastantemente sino tan solo indicar nuestras ideas. Sin embargo dijimos que no habia de privarse á las mugeres de los precisos alimentos, y téniéndolos no pueden hallarse en la necesidad de proporcionarse su subsistencia á costa de su honor. Por otra parte debe considerarse que siendo pobres las mugeres por la imposibilidad legal de adquirir mas de lo dicho serian los hombres ricos; que siéndolo estos lo serian tambien sus propias mugeres que han de gozar igualmente de los bienes de aquellos; y que por su muerte lo serian asimismo sus hijos, de quienes es inseparable como dictada por la naturaleza la obligacion de alimentar á sus madres. Finalmente los gobiernos deben proveer por varios medios que se proporcionen dotes á las doncellas pobres, que sin aliciente de aquellas no encontrarian jóvenes que aspirasen á su mano.

69 Dice el impugnador que se ha hecho la observacion de ser las mugeres esclavas en los paises adonde no llevan dotes. Hubiéramos querido que hubiese hecho mencion de tales paises, bien para convencerle de que no habia tal esclavitud, ó que habiéndola debia atribuirse á otra ú otras causas muy diversas, como sucede entre los mahometanos, á quienes trajo primero en su apoyo, y cuyo egemplo suprimió despues. Pero sea lo que fuese

de esto, concluiremos con repetir que imposibilitadas por la ley las mugeres de adquirir dotes y riquezas, procurarian grangearse el amor de los hombres con sus buenas prendas y costumbres, y entonces, lejos de ser esclavas de sus maridos, serian idolatradas de ellos.

70 De notarme el impugnador que quiero privar de dote á las mugeres, pasa á vituperarme, que quiero en una nota (*a*) se dote á los hijos; mas por fortuna conoció que se habia padecido equivocacion en aquella, aunque añade que quien echa en cara á otro sus crasas equivocaciones, no debe equivocarse nunca. Sin embargo, cualquiera advertirá que el profesor de jurisprudencia que nota en una obra de su facultad muchos defectos y centenares de errores, ó equivocaciones, hace un gran beneficio al público, aunque se equivoque algunas pocas veces, de lo cual nadie puede libertarse, mayormente si se trastorna mucho la obra, ó se hacen grandes mudanzas en ella, como ha sucedido en el Febrero, que lejos de estar *bien puesto en sus quicios* necesitaba de una reforma tan severa, ó aun mas que la que se ha hecho.

71 Pero una de las notas que mas han sorprehendido ó chocado al impugnador por su corta capacidad, es la que dice: "No es facil comprehender por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento y de otros actos civiles antes que los hombres. La anticipacion de la pubertad en aquellas es solo respectiva á su aptitud para la generacion, lo cual se observa constantemente en toda la especie humana, y no por los mayores progresos de su razon. Y si en efecto esta se anticipa en las mugeres, deberian reputarse pupilas no á los 7 años como los varones sino á los 5, y mayores de edad á los 23 y no á los 25. Si en los hombres se perfecciona á los 25 años su juicio para poderse gobernar por sí, en las mugeres habrá de perfeccionarse á los 23 el que hayan de tener. Por tanto yo advierto aqui una inconsecuencia del derecho romano que como otras muchas han adoptado sin el correspondiente examen nuestros comentadores, y

(*a*) La 2, Part 2, lib. 2, cap. 2, núm. 75. tom. 4. La equivocacion, ó tal vez yerro de imprenta, por no haberse entendido bien el manuscrito, consiste en haberse puesto en la nota *hijos legítimos é hijos naturales* en vez de ponerse *hijas legítimas é hijas naturales*, lo cual es claro, por hablarse despues solo de hijas y no de hijos.

que no dejaria de reformarse en una buena legislacion.

72 El pobre criticastro, que nos ha dado hasta ahora tantas pruebas de su perversa lógica, nos da aqui otra muy grande de este pequeño defectillo. Todo cuanto dice en muchísimas palabras se reduce á que imputamos á la naturaleza una grande monstruosidad, cual es la de creer que habilitó á las mugeres á los 12 años para el matrimonio, sin haberlas provisto entonces de razon suficiente para quedar obligadas en él: que las habilitó en dicha edad para el fin, negándoles los medios necesarios para llegar á él. Mas en primer lugar, yo no he hablado en toda la nota palabra de matrimonio, sino de testamento, que es de lo que trataba el autor, y de otros actos civiles. En segundo lugar, el decir que *no es fácil comprender por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento y de otros actos civiles antes que los hombres, y que la anticipacion de la pubertad en aquellas es solo respectiva á su aptitud para la generacion, y no por los mayores progresos de su razon*; el decir esto, repito no es decir ni aun remotamente que las mugeres, estando aptas para procrear á los 12 años, no tienen bastante entendimiento para contraer matrimonio y quedar obligadas al desempeño de sus deberes. Lo mas que yo digo es, que las mugeres no tienen igual talento á los 12 años que los hombres á los 14; ó que no tenemos pruebas seguras de ello; y que por consiguiente no alcanzo por qué en la faccion del testamento y otros actos civiles han de ser privilegiadas; pero esto no es negar que habiéndolas habilitado la naturaleza á los 12 años para la generacion les haya dado la razon necesaria para contraer matrimonio y cumplir con sus cargas; antes tengo esto mismo por seguro y constante, sin que me cause embarazo el creer que las mugeres á los 12 años no tienen tanto talento como los hombres á los 14; pues siempre tienen el suficiente para ligarse con dicho vínculo, ya porque la naturaleza misma es un suplemento grande de la cortedad de su talento por su poca edad; asi respecto de los maridos, á quienes aman y deben obedecer, como respecto de los hijos, á quienes quieren entrañablemente, y cuyo bien desean de todo corazon; y ya porque cuando se necesita de mayor talento para la educacion de los hijos y el desempeño de otros deberes conyugales, ya lo tienen adquirido las mugeres por razon de pocos años mas de edad. A esto se agrega que el marido se

halla constituido por la naturaleza misma gefe de la sociedad conyugal, y por causa de su mayor talento, como que es de mayor edad, suple tambien el talento menor de su muger. El marido debe velar sobre la educacion de los hijos no menos que la muger, y debe velar tambien sobre la conducta de esta, dirigiéndola, aconsejándola, y aun reprehendiéndola siempre que haya justos motivos para ello. ¿Qué monstruosidad pues en vista de esto puede haber cometido la naturaleza con permitir el matrimonio de un hombre de 14 años y de una muger de 12, aunque esta tenga menos talento que aquel? Nadie que lo reflexione, advertirá en esto ninguna inconsecuencia en la naturaleza, sino por el contrario una sábia conformidad ó congruencia. El marido á quien toca mandar y dirigir, ha de tener mayor talento que la muger, que se halla subordinada al marido.

73 Dice el impugnador que *no entra en el resto de la nota, donde todo es inesacto.* Sin duda conoció que no tenia bastante talento para satisfacer á nuestras razones, y en efecto en vez de responder á ellas recurre á su acostumbrada charlatanería y á sus ponderaciones para embrollarlo y meterlo todo á barato, levantándonos por conclusion el falso testimonio, como olvidado del octavo mandamiento lo hace frecuentemente, de que *llamamos buena la legislacion que fijase el término de la mayor edad en las mugeres á los 23 años y el de la edad pupilar á los 12, como ahora.* Léase la nota y se verá que solo decimos por via de argumento, que si la razon se anticipa dos años en las mugeres, deberian reputarse mayores de edad otros dos años antes que los hombres, esto es, á los 23 y no á los 25. A vista de esto se conocerá cuán indispensable es para conocer todas las supercherías y falsedades del impugnador poner aqui literalmente todas las notas que impugna.

74 Pero si el impugnado huyó de satisfacer á nuestras razones, cierto profesor que ha mostrado mas talento, juicio é instruccion que él, ha procurado hacerlo directamente, aunque despues de haber deducido de mis palabras la misma consecuencia que dedujo aquel, y que hemos rebatido. Dice que mis razones son aparentes, y yo digo que las suyas son arbitrarias, y carecen de todo apoyo. *En los primeros años*, dice el profesor, *los mayores progresos son casi imperceptibles, y no es estraño que no reconociendo una diferencia notable, los uniformen las le-*

yes declarándolos pupilos en una misma edad. Mas basta que sean algo perceptibles los mayores progresos de la razon en las mugeres en sus primeros años, suponiendo lo que dice el profesor, para que se declarasen pupilas dos años antes que los hombres; mayormente cuando debia evitarse la inconsecuencia de señalar despues la pubertad de las mugeres á los 12 años, y la de los hombres á los 14. *Son sensibles y manifiestos*, continúa, *en la pubertad; con razon pues se les concede en algunas cosas á las mugeres á los 12, lo que á los hombres no se les concede hasta los 14.* Y quién le ha dicho al profesor que *son sensibles* y *manifiestos*, ó como ha visto con evidencia lo que de ningun modo han visto sábios escritores? Debió haber dado las pruebas de su supuesta demostracion: debió hacernos ver que el adelantamiento de lo intelectual en las mugeres seguia el adelantamiento de lo fisico en ellas, á que tambien recurre el impugnador: debió haberse apoyado como este en la esperiencia, justificándola con suficiente número de hechos, lo cual dejó de hacer el criticastro charlatan. Entretanto que nos hace ver dichos progresos el profesor ó impugnador, creeré ó me inclinaré mas á creer que la anticipacion de la pubertad en las mugeres es sola respectiva á lo fisico y no á lo intelectual.

75 Es para mí de un gran peso la autoridad del inmortal Buffon (1) que hablando de la anticipacion de la pubertad en las mugeres solo la atribuye á su mas pronta aptitud para la procreacion, sin hablar ni una palabra del adelantamiento de su razon. Merecen trasladarse dos §§ en que habla de propósito de la pubertad. »En toda la especie humana llegan las mugeres á la pubertad antes que los hombres, y sin embargo la edad de pubertad es diferente en los diversos pueblos y paises, lo que depende en parte del temple del clima y de la calidad de los alimentos: en las ciudades y entre las gentes ricas los muchachos, acostumbrados á alimentos mas sustanciosos y abundantes, entran en la pubertad dos ó tres años antes que las gentes del campo y los pobres, que se mantienen con alimentos groseros, y aun estos escasos. En todas las partes meridionales de Europa y en las ciudades la mayor parte de las muchachas llegan á la pubertad á los 12 años, y los muchachos á los 14; pero en

(a Historia nat. tom. 4.

las provincias del norte y en los campos apenas entran en ella las mugeres á los 14 y los hombres á los 16 años."

76 »Si se pregunta en qué consiste que las mugeres llegan á la edad de la pubertad antes que los hombres, y por qué razon en todos los climas, frios ó calientes estan aptas las mugeres para engendrar antes que los hombres, creo poder satisfacer á esta duda, respondiendo que los hombres son mucho mayores y robustos que las mugeres; y que teniendo el cuerpo mas sólido y macizo, mas duros los huesos, los músculos mas fuertes, y mas compacta la carne, debe presumirse que es necesario mas tiempo para el incremento de su cuerpo, que para el de las mugeres; y como hasta haberse verificado enteramente, ó á lo menos en gran parte este incremento, no pueden todas las partes del cuerpo enviar lo superfluo del nutrimento orgánico á las partes de la generacion de ambos sexos, resulta que este nutrimento superfluo es enviado con mas prontitud en las mugeres que en los hombres, respecto de que el incremento de aquellas se hace en menos tiempo, porque en el total es menor, y porque las mugeres son realmente mas pequeñas que los hombres."

77 Era muy regular que el conde de Buffon hubiera hablado en estos números de la anticipacion del talento de las mugeres, atribuyendo tambien á ésta la de su pubertad, si hubiese creido ó conocido los *sensibles y manifiestos* progresos de la razon del bello sexo; pero ni aun en toda su historia del hombre que hemos leido repetidas veces, se encontrará semejante especie, cuya omision, á ser cierta, sería muy reparable en tan grande historiador de la naturaleza. Tampoco hace mencion de ella el doctísimo benedictino Feijoo en su discurso intitulado *Defensa de las mugeres* (*a*), donde contra la opinion comunísima, no solo entre las personas vulgares, sino tambien entre los sabios y escritores (*), pone á la vista, que el entendimiento de las mugeres no es en nada inferior al de los hombres, despues de haber examinado la cuestion con su acostumbrada agudeza y filosofía. Para su intento de hacer una bella apología de las mugeres, como la hace, le hubiera sido muy conveniente y grato poder alegar en su favor la anticipacion del bello sexo en lo intelectual; mas apesar de lo mucho que discurrió sobre la materia, no pudo

(*a*) Es el 16, tom. 1, Teat. Crit.

(*) Estos se apoyaban en la esperiencia; pero demostró que esta era engañosa.

ver los *sensibles y manifiestos* progresos que no se oscurecieron á la perspicacia del profesor. Ademas, en ninguna de las leyes romanas que hablan de la pubertad de las mugeres se atribuye su anticipacion á la de su talento. Nos atrevemos á decirlo asi, porque la hemos buscado, leido y examinado cuidadosamente, y pensamos que ni el profesor ni el impugnador podrán hacernos ver lo contrario. La legislacion romana señaló la pubertad de las mugeres dos años antes que la de los hombres, por no dudarse que la naturaleza las habilitaba para la generacion dicho tiempo primero que á los hombres; y de aqui, sin duda, pasaron los jurisconsultos romanos á señalar la edad de doce años y la de catorce para la faccion del testamento y otros actos civiles, sin reflexionar que en estos no debia tener influjo el adelantamiento en lo fisico, que solo podia conducir para el matrimonio, sino la razon ó entendimiento de los unos y de las otras.

78 *En llegando á cierta edad*, dice tambien el profesor, *llega como á uniformarse la razon en los hombres y en las mugeres*, dando á entender bien claro, que por esta causa se señala en ellos y ellas la mayor edad á un mismo tiempo Es verdad que el entendimiento desde su principio se va aumentando progresivamente hasta cierto tiempo y punto, del cual no pasa; pues no habia de ir siempre creciendo hasta la muerte, aunque acaeciese á los setenta ú ochenta años; asi como tambien es cierto que llega á uniformarse ó igualarse el entendimiento de los hombres y de las mugeres; pero suponiendo, como segura la anticipacion de la razon de las mugeres dos años antes respecto de la de los hombres, debe creerse, para no incurrir en ninguna inconsecuencia, que dicha uniformidad solo se verifica en las mugeres de veinte y tres años, y en los hombres de veinte y cinco, y en la siguiente edad. Si antes son el principio y los progresos del entendimiento de las mugeres que el de los hombres, antes tambien debe ser su término, desde el que no se ha de aumentar, y de lo contrario procederia inconsiguientemente la sábia naturaleza. Por otra parte, ningun inconveniente se seguiria de que un legislador señalase á los veinte y tres años la mayor edad en las mugeres, puesto que podria concederles para en adelante todos los privilegios que se les conceden siempre por su falta de esperiencia, y los demas que se creyesen conducentes.

79 Por último, debemos inferir de todo lo espuesto que la leyes en el punto ventilado no están, contra lo que afirma el profesor, *llenas de sabiduría*, y que no dejaria de evitarse su inconsecuencia en una buena legislacion, lo cual, no es decir que la nuestra deje de serlo, ya porque no se piensa con esta espresion en criticarla, y ya porque el advertir algun defecto en una ley no es condenar como mala toda una legislacion.

§. III.

80 Entra el criticastro con su mucha osadía en su segundo §. impugnado á un tiempo nada menos que tres notas, y haciendo un embrollo ó ensalada de las que acostumbra hacer; pero la mejor apología de las notas se encuentra en ellas mismas, y por lo tanto, convendrá copiarlas, lo cual hace el impugnador con muy pocas; pues casi siempre, ó refiere la sustancia de ellas alterándola, segun le acomoda, ó solo traslada una parte dejándose en el tintero la que le conviene reservar.

81 Con motivo de haber dicho Febrero, que la legítima de los descendientes es *deuda por derecho natural*; y la de los ascendientes *deuda por causa de equidad ó de piedad y por derecho positivo*, y que por lo tanto no eran estos herederos de igual prerogativa que aquellos, ni sucedian por derecho divino y natural, &c. puse estas dos notas. »Hablando en rigor, la legítima que por todos derechos se debe á los hijos, consiste en la cuota que basta para los alimentos necesarios, hasta cuyo punto, segun nuestos AA. puede el Soberano reducirla, y entendida asi la legítima que corresponde á los padres, no se les debe menos por todos derechos, á pesar de cuanto digan Gomez y otros, quienes en mi entender se contradicen, afirmando que á los ascendientes no se les debe la legítima por derecho natural, sino por *causa de equidad ó de piedad*; pues esta misma equidad y piedad no pueden ser otra cosa que el mismo derecho natural. Son llamados primero á la sucesion los descendientes, ya porque suelen sobrevivir á sus abuelos, ya porque regularmente se hallan mas necesitados que éstos, y ya porque los ascendientes han percibido antes la herencia de sus respectivos ascendientes; pero en órden á los alimentos no es menor la obligacion de los

hijos respecto á los padres, que la de los padres respecto á los hijos. Si los padres han dado el ser á sus hijos, los hijos le han recibido de sus padres." Segunda »si los padres no tienen con que alimentarse, ni pueden proporcionarse su subsistencia, están obligados por derecho natural los hijos á suministrársela, valiéndose de todos los medios posibles, aun cuando para ello tengan que afanarse mucho: tan grande es nuestra obligacion tocante á los autores de nuestra vida.

82 Antes de dictar estas notas consulté mi corazon y mis sentimientos naturales, y ellos mismos me las sugirieron, por cuya razon no dudo que todo lector sera del mismo sentir. Sin embargo, el impugnador tiene la avilantez de combatir tan manifiestas verdades, y de asegurar que no es deuda de derecho natural la que tienen los hijos de suministrar el alimento á sus padres. El hijo, dice, los *pide de justicia al padre que debe conservar un ser de que es autor. El padre los pide al hijo, porque debe agradecerle el inestimable beneficio que recibió de él.* Pero á la charlatanería ridícula é insoportable del impugnador sustituiremos el bello parrafo de los *Deberes de los hijos para con sus padres*, que trae en sus *Elementos de Legislacion Natural para el uso de los discípulos de la escuela Central del Panteon* (obra publicada despues que nuestro Febrero Reformado) el ciudadano Frances Perreau, individuo del tribunado, profesor de legislacion en dicha escuela, y Catedrático de derecho natural y de gentes en el colegio de Francia.

83 »Estos deberes comienzan para nosotros desde el instante mismo en que comenzamos á existir. Asi el reconocimiento del infante se echa de ver desde el momento en que brilla el primer rayo de su razon, y de este sentimiento dimanan todas aquellas afecciones que en otros tiempos han de corresponder á otras necesidades y á otros deberes. En el principio de esta esquisita sensibilidad, de que el hombre está dotado esclusivamente, es necesario buscar siempre los primeros y los mas poderosos motivos de su moralidad.

84 La naturaleza es la primera y la mejor maestra que pueda dar lecciones sobre el amor que debe profesarse á los padres y á las madres, y la que sin el ministerio de la voz humana y sin necesidad del ausilio de las letras ni de ninguna fuerza estraña inspira secretamente por sí misma á los hijos el tierno

cariño que tienen á sus padres (*a*).» ¡Infeliz de aquel, añadiré, yo, para quien fuese necesario establecer una demostracion de la existencia del deber filial! Y ¿he de escribir un tratado de moral sobre el hijo depravado ó estúpido, en cuyo corazon no se haya anticipado tal instruccion? El respeto y la obediencia son los primeros deberes de los hijos para con sus padres, deberes que los mas tiernos hábitos de la inclinacion y del reconocimiento les impelen á cumplir, y que la razon halla ya consagrados por el afecto, cuando viene á sancionarlos.

85 De estos primeros deberes provienen los miramientos, las deferencias, la adhesion, y por último todos los deberes que nos estrechan en todas las épocas de la vida con aquellos de quienes la hemos recibido. La necesidad de desempeñarlos no admite tiempo ni condicion. No hay especie de ausilios ó socorros de todos cuantos están en nuestra mano, que no debamos emplear para ayudar á nuestros padres: no hay peligros á los que no debamos esponernos para libertarlos de los que les amenazan: no hay en fin sacrificios que no estemos siempre prontos á hacer para escusarles las mas leves penas; en fin jamas podemos creernos desquitados para con ellos. Asi pues, por estas espresiones de *piedad filial*, *de magestad paternal* habian fijado los antiguos la idea del respeto y gratitud de que se formaban, y en que venian á reunirse todas estas obligaciones. Tenian de estas tal concepto, que creian no poder hablar de ellas dignamente sino comparándolas con los deberes religiosos, y haciendo un culto de su práctica.»

86 »Esta deuda (*b*) de los hijos para con los padres es la mas antigua de todas las deudas. Es menester que un hijo entienda bien que todo cuanto posee pertenece á los autores de su existencia, y que le han educado: que debe suministrarles en cuanto sea posible todos los bienes que pueden satisfacer á las necesidades del cuerpo y del alma: que debe recompensarles con usura las inquietudes y cuidados que han tenido por él en otro tiempo, haciendo esto principalmente en su vejez, en cuyo tiempo tienen de ello mas necesidad: que nunca debe hablar de ellos sino con el mayor respeto; y por último que cuando descarguen su cólera, sea con meras palabras, sea con obras, debe sufrirlo con paciencia, te-

(*a*) Esta cláusula es de Val. Max. lib 5 cap. 4.
(*b*) Este núm. es de Platon lib. 4 *de leg.*

nicado siempre presente, que nada es mas perdonable que la ira de un padre ofendido por su hijo.»

87 Véase ahora si los hijos están obligados por derecho natural, y en todo rigor de justicia á socorrer á sus padres con los alimentos precisos, ó si lo estarán por causa de *equidad ó de piedad y por derecho positivo*, como quieren el impugnador, y los intérpretes, á quienes sigue, tan incultos como él, y que por consiguiente no tienen absolutamente ningun voto en materia de lenguaje: véase si en puntos de legislacion natural deberemos adoptar las bellas ideas de un Perrau, un Valerio Máximo y un Platon, ó segun la nomenclatura impropia y embrollada del impugnador y de sus autores favoritos, que son los que han inventado la referida distincion y aplicacion de voces por su poco ó ningun estudio en el derecho natural, y que como me atrevo á decir, no se encontrarán adoptadas en ningun célebre escritor de esta respetable legislacion. Lo que dice el impugnador en favor de la sucesion de los hijos á los padres, no desvanece en modo alguno lo que decimos tocante á la sucesion de los padres á los hijos en punto á la legítima ó necesarios alimentos, que es de lo que únicamente se habla en las notas.

88 Ademas de los grandes homores citados no podemos menos de citar tambien en nuestro favor á los Emperadores Arcadio y Honorio en su rescripto á Pretonio, gobernador de España, que principia asi. »Consta que el marido es estraño respecto á los bienes de su muger intestada viviendo sus parientes, puesto que todas las respuestas de los jurisconsultos, y *la misma ley natural* los hacen herederos» (*a*).

89 La otra nota que combate el impugnador juntamente con las otras dos copiadas se halla concebida en estos términos. »Si entre los ascendientes no hay derecho de representacion, no es por la razon despreciable de que repugna á la naturaleza, sino porque ha querido la ley que no la haya, y que herede el mas próximo en grado. Si esta dispusiera que muriendo alguna persona abintestato sin descendientes, y dejando por egemplo padre y abuelos maternos, percibiese aquel la mitad de la herencia, y estos la otra mitad que su hija y madre del difunto percibiria, si viviera, sucederian dichos abuelos por estirpe ó derecho de repre-

(*a*) Ley 3, C. quorum bonorum.

sentacion. ¿Y repugnará ésta entonces á la naturaleza? Tal repugnancia solo ha esistido en la fantasía de nuestros AA., y esistirá en la de los que adoptan sus opiniones sin crítica ni reflexion."

90 En esta nota solo hablo, como es evidente, acerca del derecho de representacion de los ascendientes á los descendientes, y no por el contrario, segun supone el impugnador para poder mas bien contradecirme y embrollarlo todo. Contra el derecho de representacion en los descendientes respecto á los ascendientes nada podiamos decir, por ser muy fundado; como ni tampoco contra la sucesion en primer lugar de los hijos y nietos á los padres y abuelos. Asimismo no hemos impugnado que las leyes no hayan establecido el derecho de representacion entre los ascendientes, y solo nos hemos limitado á decir que aquel no repugna á la naturaleza, segun dijo Febrero. Tuvimos presente al dictar la nota la sutileza con que Gomez, á quien sigue Febrero, prueba que es repugnante á la naturaleza el derecho de representacion entre los ascendientes, y la misma sutileza fue causa de que nos esplicásemos en la nota en los términos espresados, pues somos muy enemigos de sutilezas y oscuridades en la jurisprudencia, cuando se puede usar, como siempre ó casi siempre sucede en ella, de razones claras é inteligibles para todos."

91 "La segunda, mejor y mas sutil razon es, dice Gomez (a), porque en la linea de los descendientes con razon se subroga el hijo en lugar del padre, y lo representa, por ser esto imitar á la misma naturaleza, puesto que parte de los padres desciende á los hijos por la generacion natural... Mas en la linea de los ascendientes no se da tal subrogacion, ó por mejor decir, no es posible segun la misma naturaleza, por lo que nuestras leyes civiles positivas no admitieron que los padres representen á los hijos ó descendientes muertos, ni se subroguen en lugar de ellos, porque el arte siempre imita á la naturaleza, y no finge ni dispone contra lo que es imposible *in genere*." Estas son las sutilezas que motivaron la referida nota, mayormente cuando no hay inconveniente alguno, en que segun el egemplo puesto en ella establezcan las leyes el derecho de representacion entre los ascendientes, y cuando por ventura seria cosa justa ó equitativa que se

(a) Comentario á la ley 6 de Toro, n. 6.

estableciese. A la verdad, ¿no lo parece así que sucedan por mitades iguales á una persona intestada sin descendientes, junto con el padre los abuelos maternos, para que perciban lo que percibiria su hija si viviese? ¿no parece tambien cosa dura que nada hereden del nieto intestado los abuelos maternos por lo regular mas ancianos y necesitados?

92 Nuestro terrible impugnador nada perdona ni reserva de su crítica inexorable. Hasta una nota tan brevísima que ni un solo renglon tiene no tuvo la fortuna de escaparse de ella, y es combatida furiosamente. Habiendo dicho Febrero que las mugeres pueden hacer testamento á los 12 años, y los hombres á los 14, se nos ocurrió decir: »¡Escelentes testamentos se harán en la edad de 12 y 14 años.!" Nos ha parecido siempre que el acto de un testamento exige mucha prudencia y circunspeccion, de lo cual son una buena prueba las infinitas disposiciones testamentarias, vituperables ó disparatadas; y que por lo mismo no pueden en general los jóvenes de ambos sexos en la tan corta edad referida hallarse capaces de otorgarlo como es debido. Sin embargo, el impugnador sienta sobre este punto unas proposiciones muy particulares. »Un testamento, dice, está hecho en dos palabras: *Pedro, sed mi heredero*... No es menester otra cosa. Para ninguna otra piden las leyes, y con razon, menos entendimiento que para hacer testamento, al paso que para ninguna dejan mas libertad ni mas anchura á la voluntad. Casi basta precisamente aquella chispa de razon, sin la cual el hombre queda absolutamente en tinieblas, y es, ó loco, ó mentecato, ó poco mas que niño: con ella puede hacer ya un escelente testamento, tan bueno y perfecto en su línea en el concepto de la ley, como el del Cardenal de Richelieu... Tan buen testamento puede hacer un rústico como un filósofo... Para hacer su antojo no es necesario tanto entendimiento." He aquí unas sentencias, no digo comparables, sino superiores á las de los siete sábios de Grecia: sentencias ciertamente dignas de esculpirse en láminas de plata con letras de oro.

93 No obstante, el impugnador no tuvo presente, ó no leyó en Febrero, su autor tan favorito, que le defiende aun en los mas crasos errores ó desaciertos, lo que dice (*a*) acerca de la

(*a*) Tom. 1, c. 1 núm. 2.

formacion de un testamento. »El hacer testamento y disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte es... la cosa en que el hombre debe estar bien instruido, porque si la yerra se imposibilita de enmendarla despues de muerto... y asi para evitar los perjuicios que pueden irrogarse á los interesados en ellos ha de hacerlo cuando esté bueno y libre de los mundanos afanes que sirven de rémora y obstáculo para ejecutar lo que tanto le incumbe: no pensar mas que en el acierto, y consultarlo con personas doctas y timoratas que por ningun título presuman heredarle, pues de esta suerte, y precedida la cordial imploracion del divino ausilio, conseguirá el acierto, descargará su conciencia manifestando libremente su voluntad, se obviarán los inescogitables daños que de lo contrario suelen ocasionarse, y utilizará visiblemente á sus herederos."

94 ¡Qué bien se concilian estas espresiones sensatas con las *de que en dos palabras está hecho un testamento*; de que casi basta precisamente aquella chispa de razon, sin la cual el hombre queda absolutamente en tinieblas, y es ó loco, ó mentecato; de que para hacer su antojo no es necesario tanto entendimiento! &c. De nada le servirian seguramente al impugnador para la conciliacion sus fútiles y ridículas cabilaciones, ni la invencion de alguna otra distincion escótica. Asi es que jamas se oye hablar de testamentos hechos por hombres y mugeres precisamente en tan corta edad como la de 12 y 14 años, de suerte que son inútiles las facultades que les dan las leyes, y por esta sola razon, prescindiendo de todo lo demas, convendria que las leyes señalasen otra edad mas adelantada para la faccion del testamento, mandando que entretanto se observase la sucesion abintestato, y prescribiendo acerca de ésta prudentes disposiciones. Es verdad que los padres y curadores pueden aconsejar y contribuir al acto; pero entonces ellos serán los testadores, y no sus hijos y menores, quienes se conformarán en un todo con la voluntad de aquellos por su corto talento, y por la absoluta dependencia, bajo de lo cual se hallan.

65 No puede dudarse que en la mayor edad se hacen muchos testamentos reprensibles y perjudiciales por las preocupaciones, estravagancias, ridiculeces, vicios y pasiones de los hombres; pero todos estos inconvenientes se encontrarian en los testamentos otorgados por los jóvenes de 12 y 14 años, puesto que como he-

mos dicho, los padres y tutores serian los verdaderos testadores. Por otra parte, á las leyes incumbe tomar las convenientes precauciones para disminuir la libertad de testar en términos que se eviten muchos daños que podrian seguirse de ella, teniendo al mismo tiempo en consideracion que de querer coartar demasiado la libertad en ciertas materias pueden originarse mayores males que los que se pretenden evitar.

26 En la siguiente impugnacion de otra nota principia nuestro antípoda imputándome que trato en ella sin ningun miramiento á intérpretes de la mayor reputacion, aunque no es asi. Afirma Febrero, apoyado en el señor Cobarrubias, Gomez, Palacios Rubios y otros, que si despues de haber mejorado el padre á su hijo, se suscita entre ambos grande enemistad, se presume revocada la mejora, aun cuando otorgando despues codicilo no haga en éste ninguna mencion de ella; y segun la opinion mas comun y verdadera, aunque el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él, sobre cuya doctrina es la nota concebida asi: „Yo me inclino á que no debe entenderse revocada la mejora, si en codicilo que otorga el padre despues de la enemistad no hace mencion de aquella; y aun lo tendré por seguro si el padre motivó la enemistad. Yo hago, y con justicia, mayor favor al amor paterno, que el que le hicieron Palacios Rubios, Cobarrubias y otros AA." ¿Quién advertirá en estas palabras desprecio ó poco miramiento á los mencionados intérpretes, ni en tono ú orgullo, como despues me echa en cara el impugnador? ¿Es orgullo ó menosprecio hácia un autor manifestar con palabras moderadas y decorosas que no se piensa como él ha pensado? Pero veamos quién tiene razon en el caso espuesto.

97 Solo el hecho de no revocar el padre la mejora en codicilo posterior al testamento, en que la hizo á un hijo con quien estaba enemistado al tiempo de otorgar el primero, induce una presuncion vehementísima de que no quiso revocarla, apesar de la enemistad suscitada entre ambos. No podia menos el padre de tener ésta presente cuando otorgaba el codicilo, como ni tampoco que habia mejorado al hijo con quien se hallaba indispuesto. Y siendo asi, ¿cómo es que no revoca la mejora pudiéndolo hacer en dos palabras? Y si no lo hace, ¿no es claro que quiso subsistiese, mayormente si él mismo ocasionó la enemistad, en cuyo caso puede decirse que por lo mismo que conoce su yerro,

y el disgusto que ha causado á un hijo sin merecerlo, deseó que se conservase la mejora?

98 Se me nota haber hablado de *amor paterno* en un caso en que se supone una grande enemistad entre padre é hijo; pero no se crea que se ha incurrido en ninguna contradiccion. Por lo mismo que generalmente hablando es muy grande el amor paterno, debe creerse que aun cuando un padre se enemiste con su hijo, y se corte el trato entre los dos, no se estinguió enteramente al tiempo y por causa de la enemistad, ó aunque se estinguiese enteramente, que renació algun tiempo despues, sin embargo de que aparezca lo contrario por la falta de comunicacion entre padre é hijo. Véase aqui por qué dijimos, y con razon, que haciamos mayor favor al amor paterno que el que le hacian los intérpretes, lo cual no comprehendió el impugnador, quien atenido solo á la corteza ó sonido material de las palabras, no entiende de semejante filosofia ni delicadezas.

99 Dícese asimismo que el padre tiene tambien amor á los demas hijos, acreedores igualmente á que se les haga justicia; que ésta no consiste en distinguirse con un hijo que aborrece á su padre, de quien es aborrecido, mejorándolo y prefiriéndolo á los demas hijos á quienes ama; y en fin, que el amor paterno á los hijos queridos merece á lo menos se les haga la justicia de que el padre los quiso igualar al hijo aborrecido. Pero fuera de lo que se ha dicho acerca del amor y aborrecimiento entre padre é hijo enemistados, puede decirse en primer lugar, que para mejorar á un hijo no es forzoso que éste tenga hermanos, por bastar para ello que haya nietos, los cuales pueden ser mejorados con esclusion del hijo; y en segundo lugar, que el padre pudo mejorar al hijo con quien se enemistó, por ser de un mérito muy superior al de sus hermanos, ó por hallarse obligado á ello en justicia: motivos por los que sin duda se ha concedido á los padres la facultad de mejorar, y que ellos solos pueden saber, ó que nadie puede saber como ellos.

100 Funesta nota por cierto es otra que acaso *suadente diabolo*, se me ocurrió dictar, pues segun el exordio del impugnador mi intento es echar por tierra *un principio de derecho, la esencia nada menos de los legados y de toda disposicion* testamentaria; de modo que parece voy á poner fin en España y aun en todo el mundo á las mandas y testamentos. Sienta nuestro Febrero que

aunque el testador no debe dejar al arbitrio de otra persona la eleccion de la persona del legatario, sí puede dar á su heredero ó á otro facultad para elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale, porque entonces no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es accesorio, cuyas espresiones me indujeron á decir: »Si esta razon fuera buena, tambien valdria el legado, cuando al heredero ú otra persona se diese absoluta libertad para elegir legatario, en cuyo caso no vale la manda, ya por ser disparatada ó indiscreta, y ya por la suma contingencia de que no se haga buena eleccion."

101 En esta nota no impugno la doctrina de Febrero, sino tan solo la razon en que se funda. La sustancia del legado no puede ser otra que el mismo legado. La persona del legatario tampoco puede ser sustancia del legado, pues ademas de ser bien claro, dice Febrero, que la cualidad ó eleccion de la persona es cosa accesoria. El testador no ha de ser la sustancia del legado, ni tampoco su voluntad, de la cual solo podrá decirse que es la causa eficiente del legado. Resta pues que la sustancia de éste sea el mismo, ó el hecho de haberse dejado á otro alguna cosa particular, sean quienes fuesen el testador y el legatario. Y pregunto: siendo lo referido la sustancia del legado, ¿no es cierto que no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, cuando se da al heredero ú otra persona absoluta libertad para elegir legatario, sino tan solo la cualidad ó eleccion de la persona del legatario, que segun Febrero es cosa accesoria? ¿No sucede esto mismo cuando se deja un legado á la persona cierta de otras inciertas que elija el heredero ú otro? En ambos casos se deja un legado que es su sustancia: en ambos casos no se confiere ésta en el arbitrio del heredero ú otro, y en ambos casos solo se confiere en la voluntad de cualquiera de ellos la cualidad ó eleccion de la persona. Por esto dije, que á ser buena la razon valdria tambien el legado, dándose absoluta libertad para elegir legatario: por esto á una razon frívola ó despreciable substitui otra sólida y verdadera, á saber, que en éste último caso la manda sería disparatada ó indiscreta, y habria en ella mucha contingencia de que no se hiciese buena eleccion; y por esto en fin no se encontrará la razon que trae Febrero en ninguna ley romana ni pátria que hable de semejante materia, aunque si se ha-

llará en Antonio Gomez, de quien la tomó Febrero, y acaso en Bártulo, Alberico, Paulo, Imola, y en general los doctores, á quienes cita aquel autor, y cuyos lugares de sus obras no he querido perder el tiempo en examinar.

102 Por aqui se vendrá en conocimiento de que el impugnador, atenido á la corteza de las palabras, ó ni aun á ella misma, estuvo muy lejos de comprender, aunque es bien comprensible, lo que dije en la nota, pues gasta mucho papel y tinta en defender la doctrina de Febrero sin haberla yo combatido, ni pensado combatir, por ser muy razonable. Asi nada diré sobre su molesta y cansada charlatanería, y solo me detendré á manifestar uno de sus crasos errores, haciendo yo por este medio una apología de las leyes, á quienes hace poco favor. »El legado, dice, en que se deja á la absoluta libertad de otro la eleccion de la persona del legatario, es nulo, porque como dice muy bien el autor, falta en él la sustancia del legado, no porque pueda hacerse mala eleccion, ni por ser indiscreto. Las leyes no han impuesto á los testadores la obligacion de ser discretos; aun les permite inmoralizar hasta un cierto punto.

103 Sabemos ya por el impugnador una cosa nueva que todos hasta ahora hemos ignorado; sabemos que entre las leyes no se encuentran ningunas que hayan cuidado de dirigir el arbitrio ó voluntad de los testadores para evitar disposiciones desarregladas, imprudentes ó injustas; porque si efectivamente hubiese sido asi, no habria ningun inconveniente en creer que asi como en otras ocasiones, habian procurado las leyes impedir en el caso de que se trata una cosa disparatada y absurda, por esta misma razon, y no por una tan vaga, oscura é ininteligible como la de la *sustancia del legado*. Es cierto que las leyes dan mucha libertad á los hombres para disponer de sus bienes en sus últimas voluntades, y que pueden abusar de aquella; pero de que las leyes no la hayan coartado en ciertos casos, habiendo justos motivos para ello, no se infiere que no lo hayan hecho en otros por causas razonables y prudentes, como en el de que se trata No existe, ni habrá existido tampoco en ninguna parte del globo, ninguna legislacion en que se mande todo lo que se deba mandar, fuera de que muchas veces no ordenan los legisladores cosas justas y útiles, por creer que se seguirian de ello mayores males que bienes, y que los hombres hallarian medios de

eludir y burlarse de aquellas disposiciones. Pero baste ya de un punto, en cuya impugnacion y defensa no debe gastarse mucho tiempo, porque acaso nunca se habrá hecho, ni se hará legado dejando entera y absolutamente la eleccion del legatario al arbitrio de alguna persona.

104 No menos funesta que la antecedente, y aun por ventura mucho mas fatal es otra nota sobre el pacto de enagenar; pues segun el grande preámbulo con que empieza á combatirla el impugnador, parece que si se tuviera por cierta y se observase veriamos en breve arruinada la monarquia. Segun nuestro Febrero y una ley de Partida, cuando en los contratos de venta, donacion y otros, y en las disposiciones testamentarias se pone el pacto de no enagenar, ó se prohibe la enagenacion, aunque el comprador y sus herederos contravengan á la prohibicion, no podrán el vendedor ni los suyos demandar la cosa enagenada, y solo estará obligado el transgresor á indemnizar al vendedor del perjuicio que se le hubiese causado. Pero no obstante, »si el comprador ó donatario, por egemplo, se dice en la nota, se obliga á no enagenar la cosa comprada ó donada, en vano tratará de enagenarla contraviniendo á su promesa, puesto que no debe ser válido lo que se hace sin facultades para ello, y que el comprador ó donatario no las tiene para hacer dicha enagenacion, por haberlas renunciado mediante un pacto. Asimismo si un testador prohibe á su heredero enagenar alguna cosa hereditaria, no podrá traspasar á otra persona el dominio que tiene en ella, pues con haber aceptado la herencia se obligó á cumplir lo dispuesto por el testador, y no puede ir contra su obligacion. Esta doctrina es conforme á la ley 2, tit. 16, lib. 5 R. (ó 1, tit. 1, lib. 10 N. R.) que conformandose con la sencillez del derecho natural dispone, que quede obligada una persona á otra *en cualquiera manera que parezca se quiso obligar*. Asi no debemos hacer aprecio ni de lo establecido sobre este punto por derecho romano, ni de la opinion del señor Molina, ni aun de la disposicion de la ley 43 citada, que debe enterderse corregida."

105 Esta doctrina, tan conforme al derecho natural, ha parecido muy disparatada al impugnador, quien dice, que sin embargo del pacto debe seguirse la opinion de Febrero, porque traspasandose en el comprador ó donatario el dominio de la cosa, y

siendo el atributo esencial de éste, ó no siendo otra cosa el dominio que las facultades de enagenar, y no pudiéndose quitar aquel con solos los pactos, una vez adquirido, si la enagena ha de valer esta enagenacion en términos que no pueda quitarse la cosa al tercero poseedor ni ser inquietado por la persona en cuyo favor se hizo el pacto de no enagenar. Pero óigase sobre el punto al grande Heineccio (*a*), que entendia mucho mas que el impugnador de derecho natural y de gentes, de contratos y últimas voluntades.

106 »Como al dueño sea lícito disponer de sus cosas así entre vivos como por causa de muerte, y tan solo se traspase entonces á otro lo que quiso traspasar el enagenante, es evidente que tambien por el pacto y disposicion del primer dueño pueden limitarse los efectos del dominio, en cuyo caso no podrá arrogarse el poseedor mas de lo que recibió de aquel, escepto que la persona en favor de quien se hizo la restriccion renuncie voluntariamente, ó pierda por justa causa su derecho, ó deje de existir. Así pues, continúa el mismo autor, por disposicion del primer dueño se circunscribe á los mas estrechos límites el derecho de percibir de cosa propia toda la utilidad, si se constituye en ella á favor de otro usufructo, servidumbre ó anticresis. Otras veces se priva al dueño de la libertad de disponer, destruir y enagenar, si tan solo se le concede el dominio útil, ó si se grava la cosa con algun fideicomiso, &c. Constituido el usufructo tambien el derecho de poseer que por otra parte no puede denegarse al dueño, se restringe, del mismo modo que concedió á alguno el dominio útil no tiene el señor directo derecho para poseer la cosa, ni para reivindicarla respecto al dominio útil." »Puede cada uno, dice el citado autor en otro lugar (*b*), esceptuar ó reservar en cosa suya algun derecho que no se transfiera, y en tal caso únicamente se transmite cuanto el enagenante quiso transmitir."

107 Vea aqui el impugnador si puede en los contratos quitarse válidamente el derecho de enagenar; vea aqui como al mismo tiempo que se traspasa el dominio, se coartan considerablemente sus efectos. Si por haber adoptado el derecho romano no es válido en un todo en los contratos el pacto de no enagenar en

(*a*) Elementa jur. natur. et gent lib. 1, §. 218.
(*b*) Lib. cit. §. 279.

la legislacion de algunas ó muchas naciones, yo no trato de esto, y hablo segun el derecho natural, con el cual digo se conforma nuestra ley segunda recopilada, y conforme á tal derecho pueden restringirse mucho los efectos del dominio solo en virtud de los pactos, asi como segun el célebre Grocio, citado por Vinnio (a), no se requiere por derecho natural para la translaccion del dominio mas que esta voluntad del dueño.

108 Pero no necesitamos de recurrir á Heineccio para fundar la validacion del pacto de no enagenar; pues la encontramos en el mismo Febrero. Despues de sentar la regla general de ser válida la enagenacion hecha contra el pacto, la coarta nada menos que con trece limitaciones, (la docena de fraile en estilo familiar) que casi inutilizan la misma regla. No hay necesidad de dilatarse en hablar por menor de tantas escepciones; pero sí diremos, que solo con alguna de varias de ellas va por tierra toda la doctrina del impugnador. Dice Febrero que no tiene lugar la regla »cuando al tiempo de la venta ó donacion, y no despues, se pactó con palabras directas y no oblicuas, que en el caso de proceder á la enagenacion se entienda no haber comprado el enagenante la alhaja, ó no habérsele donado, y que por lo mismo se tenga por nula la que de ella haga; cuando se conviene en el pacto, y se dice, que de ningun modo puede ser enagenada la alhaja, pues esta condicion impide la translacion del dominio, porque tiene fuerza de decreto irritante; y todo lo que despues de él se hace es de ningun efecto.... Cuando con el pacto de no enagenar intervino el de que si el comprador lo contraviniese, pudiese el vendedor entrarse de propia autoridad en la alhaja..... Y cuando el referido pacto se corroboró con juramento de observarlo, y se ligó con especial hipoteca de la misma alhaja, y con la general de los bienes del comprador ó donatario, &c."

109 Asi que, solo con poner en el pacto algunas palabras directas; solo con convenir en el pacto y decir que de ningun modo pueda ser enagenada la cosa; solo con espresar que por la contravencion pueda el vendedor entrarse de propia autoridad en la alhaja; solo con un juramento y una hipoteca, cate vmd. que ya se volvió cero la regla general; y solo con cualquiera

(a) Coment. Institut. imper. lib. 2, tit. 1, § 40, núm. 1.

de las cosas espresadas se llevó el diablo *un alto principio de derecho, y del derecho de las gentes, quizá el de mayor influjo en las convenciones humanas y en la estabilidad de los sagrados títulos de la propiedad: el derecho mismo de las naciones: la máxima general, la regla ó principio capital, el órden del derecho en que descansa la seguridad de las adquisiciones, y el bueno y acertado uso de sus acciones en justicia, y una ley mucho mas alta consignada en los códigos de todas partes*, con otras palabrotas semejantes y sin maldita la sustancia del impugnador.

110 Este hubo de conocer bien la fuerza de los argumentos fundados en dichas escepciones, pues pasa por ellas ligeramente como gato por brasas, diciendo solo: que las leyes civiles se han separado del derecho de las naciones en algunos casos que no son de la cuestion, y que analizando bien las escepciones de mayor fundamento en derecho que trae el autor con los intérpretes, se advertirá que en ninguna de ellas puede decirse que en rigor adquiera, ni tenga el dominio pleno la persona ligada con el pacto de no enagenar. Pero sobre esto puede decirse: en primer lugar que una de las escepciones que hemos espresado segun Febrero de la nulidad de la enagenacion, es cuando se conviene en el pacto, y se dice que de ningun modo pueda ser enagenada la alhaja, en cuyo caso no reserva el vendedor ningun derecho como en otros, y deberia pasar todo el dominio pleno en el comprador: en segundo lugar, que si se dice que en virtud del pacto de no enagenar reserva algun derecho el vendedor ó donante, no adquirirá en rigor el dominio pleno el comprador ó donatario, y por lo mismo no habrá inconveniente en que valga el pacto, y sea de consiguiente nula la enagenacion, que es lo que basta para mi intento; pues nada me hace al caso que sea nula la enagenacion solo por la eficacia del pacto de no enagenar, ó porque en virtud de éste se quede con algun derecho el vendedor ó donante, ó no adquiera el dominio pleno el comprador ó donatario.

111 Mi comparacion entre los contratos y últimas voluntades, lejos de ser *antijurídica*, es muy fundada y legal; pues así como con el pacto de no enagenar se obligó á no hacerlo el comprador ó donatario, así tambien con la aceptacion de la herencia se obligó el heredero á no enagenar ninguna cosa contraviniendo á la voluntad del testador, y en virtud de estas obligaciones ca-

recen el uno y los otros de la facultad de enagenar. Si fuera de esta sólida razon tuvieron presentes otras los legisladores, para dar entera validacion al mandato de los testadores, prohibitivo de enagenar, esto no me incumbe en el caso presente, como ni tampoco que de las vinculaciones ó mayorazgos fundados en las disposiciones últimas se sigan graves perjuicios al Estado. Aquellos pueden tambien fundarse en contratos ó disposiciones entre vivos, y por otra parte á las leyes toca evitar tales daños siendo ciertos (*a*).

112 Son muy singulares y estrañas, por no decir disparatadas, varias cláusulas del impugnador sobre el caso presente. "Obligado queda, dice, quien promete y pacta; pero hasta ahora ni las leyes ni las convenciones han quitado á los hombres la libertad natural de no cumplir lo prometido y pactado. Bravo secreto si se hallase el de que todos cumplan lo que ofrecen. Obligado queda quien promete no enagenar, como quien promete á una muger casarse con ella; pero si éste, no queriendo cumplir su obligacion, y faltando á su palabra, se casa con otra, casado se queda; y si aquel vende y enagena contraviniendo al pacto y promesa, quedará vendida y enagenada la alhaja. ¿Qué conexion esencial é inseparable tiene la obligacion con el cumplimiento de ella? ¿Ordena acaso la ley que se tengan por cumplidas las obligaciones de lo que pactan, contratan y prometen? Todavía deja á los hombres entre la promesa y el cumplimiento de ella un espacioso campo, para que luzca la fe de los pactos y convenciones, y se fien unos en la palabra de los otros..... La eficacia de una obligacion ó la de un derecho puramente personal, no se puede estender á mas que á compeler á su cumplimiento por los medios legales al que se obligó acudiendo en tiempo; pero si no es posible deshacer ya lo hecho, el resarcimiento de los perjuicios y reintegro de intereses ocupa su lugar. Esto es lo que ordena la ley..... El que se confia en la honradez de otro que le promete que no enagenará la finca, y no toma las precauciones legítimas para no ser burlado, no debe hacer pagar á un tercero poseedor que compró de buena fe, el abuso que hizo el contraventor de la demasiada confianza que se tuvo de él!

113 ¡Cuántos errores y desatinos no se hallan en esta al-

(*a*) Sobre este punto puede verse la nota del núm. 1, c. 7, tom. 1 del Feb. Reform.

garabía ó confusa mezcla de palabras! Pero no nos detendremos en indicarlos ó manifestarlos todos, porque á primera vista los echarán de ver los lectores. ¿Cuán grande absurdo no es decir que ni las leyes ni los pactos han quitado á los hombres la libertad natural de no cumplir lo prometido? Seria sobre manera importante, que todos cumpliesen sus ofertas, mas no pudiendo conseguirse tanto deben los legisladores tomar las disposiciones convenientes, para que se cumplan todas cuantas pueden cumplirse. La comparacion que se hace entre el caso presente y el de la promesa de casamiento á una muger por quien se casa despues con otra, es sumamente descabellada, como á nadie se ocultará. Es válido tal matrimonio asi por los motivos espirituales y venerables como por los graves perjuicios que se seguirian á la muger casada, cuando por el contrario á quien pasa la cosa prohibida de enagenar, poco daño ó mucho menor se le puede causar la insubsistencia de la enagenacion, puesto que si fue engañado é ignoraba el pacto de no enagenar, puede repetir contra el enagenante, y este se halla obligado á una total indemnizacion. Es cosa muy graciosa tambien preguntar qué conexion esencial é inseparable tiene la obligacion con el cumplimiento de ella. Pues ¿cómo no ha de tener tal conexion y grande relacion la una con el otro? ¿Para qué se contraen las obligaciones sino para cumplirlas? ¿Quiére el impugnador que los contratos y convenciones sean juegos de niños, y que cada contratante pueda, cuando le parezca, retractarse ó volverse atrás? No dispone la ley que se tengan por cumplidas las obligaciones de los contratantes; pero manda y toma las disposiciones convenientes, para que se cumplan, como es debido, sin dejar un *espacioso campo entre la promesa y el cumplimiento de ella, para que luzca la fe de los pactos*, por temor de que en vez de lucir se oscurezca ó llene de tinieblas por una contínua contravencion á la pactado, y por un incalculable número de engaños y embrollos que causarian sumas incomodidades y perjuicios al comercio

114 Por lo tanto la ley 2 Recop. que de cualquiera manera que parezca se quiso alguno obligar, quede obligado. Dice el impugnador *que si se hubiese tenido presente la historia de la legislacion, se habria echado de ver que la ley Recop. no se hizo con otro objeto que el de quitar dudas acerca de la distin-*

cion que hacian las leyes romanas entre el pacto y la estipulacion, entre pactos desnudos, y entre pactos vestidos, pactos puestos incontinenti, pactos añadidos á los contratos de buena fe, y pactos añadidos á los contratos stricti juris, contratos nominados y contratos innominados sin pasar á mas. Es verdad que la ley pone varios egemplos de pactos en que quiere valga la obligacion contraida; pero tambien lo es que la disposicion de la ley es general, y que como tal debe entenderse. "Pareciendo, principia la ley, que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ú en otra manera, sea tenido de cumplir aquello á que se obligó:" lo qual repite en su final diciendo "vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro." Véase si la ley habla absolutamente y con la mayor generalidad: véase si la inteligencia que le damos, es la que debe dársele, y no una interpretacion desaforada, como se esplica el desaforado impugnador. Dice tambien este, que si se entendiese la ley segun la entendemos, se echaria por tierra todo el orden del derecho, en que descansa la seguridad de las adquisiciones: que cesaria toda la doctrina general y las limitaciones de la materia en cuestion: que una gran parte de la ciencia de las leyes quedaria oscurecida, &c. Y ¿qué importará que mucha jurisprudencia romana quede derogada? ¿Qué males se nos seguirian de semejante derogacion? Pudiera el impugnador haber manifestado cuáles eran estos en vez de gastar tanta prosa segun su costumbre y de hacer uso de tantas palabrotas, de tantas ponderaciones fantásticas de su descompuesta ó atolondrada imaginacion, y de tantas espresiones vagas y generales que nada significan por sí solas. Son bien notorios los egemplos que tenemos de varias leyes recopiladas que con muy pocos renglones han echado por tierra gran parte de la legislacion de los romanos, sin que por esto se haya *oscurecido la ciencia de las leyes*, sino por el contrario aclarado, y sin que de ello se hayan seguido ningunos perjuicios al estado.

§. IV.

115 ¡Horrendo salto da aqui nuestro censor en su tránsito del tercero al cuarto parrafo! Desde el tomo 1º se planta nada menos que en el tomo 4.º para asaltar una brevísima nota de

poco mas de dos renglones, empleando, como quien no dice nada, mas de cuatro dilatadas páginas en su impugnacion. Seguramente que nuestro criticastro puede apostárselas á machacon y pesado á cuantos impugnadores han existido. No haya miedo que se encuentre en las impugnaciones pretéritas, presentes ni futuras igual egemplo de machaquería.

116 Sentando Febrero que la colacion puede hacerse de varios modos; *por manifestacion, que es trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla: Por liberacion..... Y por imputacion, que es imputándole en su haber, y percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido*; concluye el número con que *este* de la imputacion *es el modo mas frecuentemente usado*; pero sin embargo de esto en el número siguiente sienta como regla general que *debe colacionarse..... la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion*, refiriéndose á varias leyes romanas, lo cual me movió á decir despues de las palabras *este es el modo mas frecuentemente usado*: "sin embargo de lo que al principio del número siguiente dice neciamente el autor siguiendo á Valasco, que se dejó llevar de la autoridad y fundamentos de Bártulo."

117 Y en efecto incurrió aqui Febrero en una necedad: primeramente porque habiendo dicho que el modo de la imputacion es el mas frecuente que se usa, como efectivamente lo es, ó por mejor decir, el único que se observa en la práctica, lo cual por estos motivos debe tenerse por regla general; sienta despues como tal la colacion por manifestacion ó con la misma cosa, y no su valor. En segundo lugar dijo Febrero una necedad siguiendo á Valasco y Bártulo, porque ni las leyes romanas que cita, ni ningunas otras mandan que en la particion de las herencias lleven los hijos las mismas cosas que han recibido y no su precio, habiéndose engañado en su interpretacion, como es muy comun en sus comentadores. Seria cosa molesta demostrar esta equivocacion discurriendo por todas las leyes romanas que hablan del particular, y asi nos contentaremos con esplicar las que trae en su apoyo Febrero copiando de ellas algunas palabras.

118 En la primera (*a*) llama el pretor á la posesion de los bienes *contra tábulas* á los hijos emancipados, haciéndolos parti-

(*a*) Es la 1. D. de collatione bonorum.

cipes de los bienes paternos, juntamente con los hijos que se hallaban bajo la potestad pátria, y por lo mismo quiere que conforme á una manifiesta equidad los hijos emancipados que quisiesen heredar los bienes paternos, traigan los suyos á colacion, sin que en ninguna manera se esprese que han de colacionar los mismos bienes y no su estimacion. Para proceder en este caso conforme á una manifiesta equidad, y no hacer perjuicio á los hijos constituidos en la potestad paterna, por favorecer á los emancipados, no es preciso que estos lleven á colacion los mismos bienes que hubiesen recibido de sus padres, y es muy bastante que se tenga presente el importe de ellos para computarlo con el caudal que quedase por el fallecimiento de los padres.

119 En el segundo testo, que es el párrafo 10 de la ley citada, tampoco se dice que se han de colacionar los mismos bienes y no su valor: solo se manda que si un hermano no puede dar caucion, se nombre un curador de su parte, en quien se deposite, para que tan solo la reciba, cuando colacione sus propios bienes. Del mismo modo debe entenderse la ley del Fuero viejo de Castilla (*a*) que cita el impugnador; pues con ninguna espresion puede hacerse ver, que tratando los hijos de percibir la herencia del padre ó la madre, tenga precision el hijo que hubiese recibido de cualquiera de ellos alguna heredad ó cosa mueble, de colacionar esta misma, y no su importe. La ley dice: *adugan la eredat é la ropa,., debe aducir la eredat á particion.... é si non lo trogier* (á particion se entiende) *débese entregar cada uno de los ermanos en sendos al tanto si ovier de que.* Con estas espresiones no se quiere decir que forzosamente se han de llevar á particion las mismas cosas recibidas y no su precio, pues para colacionarlas no es preciso que se colacionen ellas mismas, y basta la colacion de su importe. Usa la misma ley de las espresiones copiadas para hacer distincion entre el caso de que habla, y los que refiere despues, mandando que cuando los padres diesen á los hijos alguna cosa por razon de casamiento ó de cantar misa, no tienen obligacion *de lo traer á particion.*

120 Finalmente no de otra manera se deberá entender la ley 29 de Toro que asimismo cita en su apoyo el impugnador. Aquella dispone únicamente que cuando los hijos concurran á he-

(*a*) Es la 6, tit. 3, lib. 5.

redar los bienes de sus padres ó ascendientes, tienen obligacion ellos y sus herederos *á traer á colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que obiere recebido de aquel cuyos bienes hienen heredar*; y con ninguna espresion dice que la colacion y particion se entiendan con respecto á las mismas cosas percibidas, y no á su estimacion. Y ¿es posible que si esta ley, las leyes romanas citadas y la ley del Fuero viejo de Castilla hubiesen querido la colacion no de su importe sino de las mismas cosas donadas por los padres, en ninguna de ellas habia de especificarse asi con esta claridad? La inteligencia que damos á todas estas leyes, se halla apoyada en el modo comun de hablar, y en el Diccionario de la Academia Española que dice: »Traer á colacion y particion. f. En las herencias y particiones es manifestar el importe de los gastos ó dádivas que han recibido los hijos de sus padres para igualar las hijuelas, y no quedar ninguno perjudicado."

121 A vista de todo lo espuesto es inútil que molestemos al lector con hablar acerca de lo que trae estensísimamente el impugnador sobre colacion con caucion ó sin ella, sobre las muchas dudas y dificultades que suscitan los intérpretes acerca de aquella, y sobre su equidad; si bien tocante á esta no puedo menos de decir dos cosas. La una es que sin razon me nota el impugnador haber omitido *hasta la grande razon de equidad alegada por el autor*. Yo pongo el número en que Febrero la menciona en estos términos. »Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion; pues de no hacerlo se puede causar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á ella y la pretenden, porque con la colacion se hace hereditaria y como del patrimonio del difunto, y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa por ella." Y ¿qué necesidad habia de mencionar en estas palabras la de *equidad*, cuando digo segun Febrero que de no colacionarse la misma cosa recibida existiendo se puede causar perjuicio á los coherederos? ¿El causar perjuicio indebidamente no es contra la equidad y aun contra la justicia tomada en rigor? ¿Queria el impugnador que yo dijese cosas inútiles, como él y su autor favorito lo hacen sin cesar?

122 La segunda cosa es, que aun segun el mismo Febrero no debe de ser tan poderosa *la razon de equidad*, como se quie-

re aparentar, puesto que en su dictamen, cuando el padre da á los hijos los bienes justipreciados, no hay obligacion de colacionar estos mismos, sino tan solo su valor, por entenderse que el padre dió cierta cantidad consignada en los tales bienes. Si es tan grande el perjuicio que se sigue á los hijos de colacionar aquel y no estos: si es tan poderosa la razon de equidad en que se apoya la colacion contraria, no deberian despreciarse solo porque el padre hubiese apreciado los bienes donados. Asimismo deberian colacionarse las mismas cosas dotales, y no su precio, como igualmente sienta Febrero, aun cuando el marido estuviese aposesionado de aquellas, pues por la razon grande de equidad deberia entenderse siempre que se recibió la dote con la carga espresada.

123 Pero confesemos desde luego que la razon de equidad en que se fundan todas las leyes citadas, consiste en que para evitar se cause perjuicio á los hijos de percibir partes desiguales de las herencias de los padres, se colacionen los bienes que de estos hubiesen recibido algunos de aquellos, prescindiendo de que se haga con las mismas cosas donadas ó con su importe. Por lo tanto no podrá menos de causar mucha risa á los lectores el grande é hinchado preámbulo del impugnador diciendo: que Febrero *establece nada menos que un solemne principio de la mayor, de la primera y de la mas recomendable equidad; un principio único y capital que forma el sistema de justicia en una materia de las mas importantes del derecho civil: un principio consignado en nuestras leyes desde la mas remota antigüedad, inculcado repetidamente en casi todos nuestros intérpretes, recibido en las leyes de todas las naciones, y repetido en todos sus comentadores: en fin un principio que por la generalidad que tiene su observancia, podria decirse sancionado por el derecho de gentes.* Parece que el impugnador funda toda su instruccion y sabiduría en palabrotas. A este exordio tan pomposo sin oportunidad podria aplicarse muy bien el *parturient montes et nascetur ridiculum mus* del divino Horacio. Se asemeja el impugnador á los predicadores gerundios, que en sus panegíricos tiene siempre cada uno por el mayor santo de todo el calendario al que elogia por encargo de algun devoto ó hermandad, y por la limosna que estos le dan.

124 Hablando de dotes dice Febrero, que aunque la madre no tiene obligacion por derecho de darla á sus hijas, no les puede dar por razon de dote ó casamiento tercio ni quinto, porque la

prohibicion de la ley *ninguno pueda dar ni prometer*, la comprehende á ella como al padre; pero no obstante digo en una nota: »podria dudarse si la madre podrá mejorar á la hija por razon de dote ó casamiento, pues las leyes que tasan las dotes hablan siempre de los padres, sin que se encuentre espresion en ellas que pueda referirse á las madres; y por otra parte, como las mugeres no han acostumbrado dotar á sus hijas, no pudieron sus dotes causar al estado por escesivas los daños que se quisieron evitar. Las palabras *ninguno pueda dar ni prometer*, es claro en la ley que hacen relacion á los padres y no á las madres." No impugno como falsa la opinion de Febrero, y solo digo que podria dudarse sobre ella, lo cual no debe olvidarse, ni debió olvidarlo el impugnador, pues combate la nota como si hablára en ella asertivamente. Para tener yo razon basta que haya algunas razones de dudar; y éstas se hallan en la misma nota, á las cuales se dará mayor fuerza y valor.

125 Dice el impugnador, que si la palabra *ninguno* solo se refiriese al varon, no se estenderian las leyes divinas y humanas que hablan en género masculino á las mugeres, y deberian éstas ser inmortales, porque en el terrible decreto que impuso la pena de la mortalidad se dirigió la palabra á solo el hombre; pero poco á poco, señor impugnador, yo sé muy bien que el género masculino comprende muchas veces, y otras muchas no, al género femenino, y esto ha de conocerse por el contesto ó materia de que se trata. Sobre el caso presente hay muchas razones para creer que en las leyes del título de las dotes en género masculino no se estiende al femenino. La ley 1, en donde se hallan las palabras *ninguno pueda dar ni prometer*, dice antes, *cualquier caballero ó persona*; y aunque bajo la voz *persona* pueden comprenderse con mucha propiedad las mugeres, se echa de ver que la ley usa de ella en contraposicion de la palabra *caballero*, para denotar que no solo abraza la prohibicion á éste, sino tambien á todo hombre que sea plebeyo, ó no tenga aquella distinguida calidad. La ley 5 del mismo tít. dice: »mandamos que en cuanto á las dotes se guarde, cumpla y ejecute lo dispuesto por la ley primera de este título, y que en su conformidad cualquier persona de cualquier estado, calidad, dignidad ó preeminencia que sea." Y desde luego se echará de ver que estas palabras se refieren á los hombres, mayormente cuando no se dice *de cual-*

quier sexo que sea: y asi como dice la ley *de cualquier estado, calidad*, &c. ¿no pudo haber añadido, y *de cualquier sexo*, si se hubiesen tenido presentes las mugeres? Prueba clara de que el legislador al dictar la ley no se acordó de ellas, sin duda por no ser las causadoras de los males que se querian evitar. Ademas en ambas leyes tasándose las dotes segun las facultades de los que han de darlas, siempre se dice *el que tuviere tanto de renta*, y nunca se lee el que ó la que *tuviere* tanto de renta. Finalmente, en todo el título citado, y con especialidad en dicha ley 5 que es dilatada, no se encuentra ninguna voz ó espresion sobre el hecho de dotar que precisamente deba referirse á las madres.

126 Es falso y aun falsísimo que las leyes tuviesen iguales fundamentos para prohibir las dotes escesivas á las madres que á los padres. Como aquellos tienen la obligacion de dotar á sus hijos, la cual no tienen éstas, y como los unos son mucho mas generosos, mayormente en casos de esplendor y lucimiento, segun se ve por esperiencia, que las otras á quienes caracterizan las leyes de *codiciosas y avariciosas*, forzosamente ha de ser incomparablemente mayor el número de las dotes dadas por los padres que el de las dadas por las madres, y de consiguiente si no se limitasen las dotes ni á los unos ni á las otras, los perjuicios que se seguirian de las que diesen los padres serian muy considerables, cuando por el contrario de muy poca monta los que originarian las dotes de las madres, que á la verdad son bien pocas, especialmente con esceso. Por esta grave razon nuestras leyes, teniendo presente la regla de derecho de *ùsque raro accidunt, jus non curat*, dirigieron sus sábias disposiciones á los padres olvidándose de las madres. Esto demuestra que no es impertinente, segun dice por su antojo el impugnador, el que la madre esté ó no obligada á dotar las hijas, porque si lo estuviese, sería necesariamente mayor el número de las dotes dadas por las madres, y mudaria el estado de la cuestion. Pero sí es impertinente decir que la madre dota á las hijas cuando es rica, y el padre y los hijos son pobres, pues en estos casos, que no son muchos, las dotes no son escesivas por razon de la codicia natural de las mugeres.

127 Asimismo es impertinente espresar que tambien las madres tienen obligacion de dotar á las hijas y establecer á los hijos, mediante estar sujeta á esta carga su mitad de gananciales

como la otra mitad del marido, infiriendo de aqui que entonces en una misma dote podria tener lugar la mejora de tercio y quinto en la parte perteneciente á la madre, y no en la perteneciente al padre, lo cual seria una monstruosidad. No tiene el monstruoso impugnador poco repleta la cabeza de monstruosidades, y no las esparce con mano avara por toda su monstruosa y disforme impugnacion Acostumbrado á las verdaderas monstruosidades forzosamente le ha de parecer tal lo que mas dista de serlo. En tal caso, así como en el de prometer la dote el padre y la madre, en que á falta de gananciales deben pagarse igualmente de los bienes de ambos: en estos casos, digo, tendria lugar la prohibicion de mejorar, por cuanto debe atenderse principalmente á que el padre es quien dota, por ser un absoluto administrador de los bienes gananciales, de los cuales puede disponer á su arbitrio; y respecto á los que no lo son, porque el padre es el que tiene mayor influjo ó parte en las dotes como cabeza de la familia, y como tal él y no su consorte debe ser tenido en consideracion.

128 El influjo del marido en la muger, á que recurre el impugnador como á una sagrada áncora para el establecimiento de los hijos, pocas ó poquisimas veces habrá sido causa de darse ó prometerse dotes escesivas por la razon ya espresada de ser las mugeres naturalmente codiciosas y avarientas; de suerte que mas influjo ó ascendiente tendran las mugeres en sus maridos para moderar su generosidad ó vanidad en las dotes, que los maridos en las mugeres para inducirlas á que las hagan escesivas, ó perjudiciales.

129 Si hay iguales razones, ó al menos bastante poderosas para prohibir á las madres la mejora de tercio y quinto, en el establecimiento de los hijos é hijas, como las que han motivado su prohibicion á los padres, este es otro punto diverso del de la cuestion, y lo que podrá decirse es, que si en nuestras leyes, suponiéndolo así, no se encuentra la prohibicion respectiva á la madre, deberia prescribirla el legislador; pues hay mucha diferencia entre deberse mandar una cosa y haberse mandado, y ni el impugnador tuvo autoridad ni la tuvieron Bártulo, Baeza y demas intérpretes, sus favoritos, para decir lo segundo, siendo solo cierto lo primero.

120 En conclusion repito, que no he impugnado la doctrina

de Febrero como falsa, habiendo dicho únicamente que *podria dudarse de ella*; y cuando las razones espuestas no convenzan enteramente á la opinion contraria de Febrero, no podrá asegurarse sin temeridad que no induzcan alguna duda, que es lo que me basta para la defensa de mi nota segun sus primeras palabras.

131 ¡Terrible interpretador de las leyes es por cierto nuestro gran político el impugnador! Si se le permitiera comentar una sola ley, por breve que fuese, compondrian sus comentarios libros de á folio, sobrepujando tal vez á los intérpretes que han ocupado un medio estante con sus obras. No se han contentado con estender nuestras leyes sobre las dotes á las mugeres, sino que tambien quiere, siguiendo á Baeza y á Febrero, que nuestros legisladores comprendiesen en su prohibicion las dotes que suelen darse para entrar ó profesar en religion. En lo primero puede caber alguna duda, pero de ningun modo en lo segundo. Nuestras leyes siempre hablan de dotes para las que han de contraer matrimonio, y no dicen ninguna palabra que pueda aludir ni aún remotamente á las dotes de las religiosas, de suerte que la interpretacion de los citados autores es absolutamente arbitraria, como lo es comunmente en ellos y en otros que no son autores. Por lo mismo me pareció conveniente poner esta nota. "En muchas razones apoya Baeza su opinion respecto á la dote de la que quiere entrar en religion ó profesar; mas sin embargo basta para desvanecerlas leer las leyes 1. y 5, tit. 2, lib. 5 R. con especialidad el principio de la 5." »Porque el esceso y punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos, y obligaciones que en ellos se han introducido, se consideran por carga y gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas, y ayudan á la despoblacion de este reino, y por ser tan grandes es preciso que lo hayan de ser las dotes, con lo cual se vienen á impedir; pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres y contra la quietud de la república: ordenamos: &c." Es evidente que los motivos de los legisladores para tasar las dotes solo pueden tener lugar en las que suelen darse por razon de

casamiento, no en las que se den para toma de hábito ó profesion.

132 El impugnador recurre á unas palabras de la ley 1 del citado titulo: *y mandamos, que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto, &c.* para decir que la ley hace separacion ó distincion entre la dote en general y la dote para casamiento, cuando no puede menos de echarse de ver que las dos voces *ni casamiento* indican que la dote que antes ha mencionado es limitada para el matrimonio. Mas para evitar todo género de duda nos remitimos á las palabras copiadas de la ley 5 en que don Felipe IV, que sabria mejor que el impugnador cuáles fueron las intenciones de sus antecesores, corrobora lo dispuesto en dicha ley 1. En ambas leyes verá el impugnador, si se habla solo de dotes para matrimonios, ó si tambien se habla de dotes para monjas. Busque con cuidado en aquellas palabras alguna que pueda aludir á éstas.

133 Sin embargo, yo encuentro en la ley 5 unas palabras que compreden aun las dotes para religiosas, pero en ningun modo favorecen la intencion del impugnador, sino todo lo contrario. »I porque en nuestra casa real se pongan las cosas en estado conveniente.... mandamos que á ninguna dama de palacio se pueda dar para su dote y casamiento, *ó para acomodarla por otro camino* mas cantidad de un cuento de maravedis y la saya, &c." Estas últimas palabras pueden comprender muy bien la de darle dote para religiosa, mas aqui se habla de un caso particular; y si la ley al hablar de las dotes para matrimonios hubiera querido comprender las dotes para monjas, ¿no era muy regular que hubiese usado de alguna espresion semejante á la referida ó de otra aun mas determinada ó circunstanciada? ¿Si se hubiera puesto en la consideracion de los Soberanos que dictaron las leyes sobre dotes, que las que se daban ó prometian para entrar en religion ocasionaban los perjuicios referidos, no era indispensable que hubiesen hablado espresamente de las dotes para religiosas? Semejante silencio ¿no demuestra que de estas dotes no se habian seguido iguales daños que de las otras, ni otros que mereciesen tenerse en consideracion? Y á la verdad, no podria menos de ser asi, mayormente cuando el número de dotes para monjas es incomparablemente menor que el de las otras, por ser muchísimas mas las casadas que las religiosas. He aqui,

con evidencia que los legisladores no tenian iguales motivos para prohibir las mejoras de tercio y quinto en las dotes para monjas, que los que tuvieron para vedarlas en las dotes para matrimonios; y he aqui ya enteramente desvanecidas todas las razones del impugnador, sin necesidad de combatirlas una por una, ni aun la de que dirigiéndose la disposicion de la ley á inclinar á un estado del que depende el bien público de la poblacion, no cabe en ningun buen discurso, que hubiese de prohibir dote de tercio y quinto de bienes por casamiento, y permitirlas ó mas bien conceder un privilegio á favor de un estado contrario á sus designios:" Si, como hemos dicho, no se seguian males ningunos, ó al menos considerables, de las dotes para religiosas, no tenia ninguna necesidad el legislador de prohibir las mejoras en ellas, aunque el estado religioso no favorezca, ó sea contrario á la poblacion. Por otra parte, el espíritu de religion y devocion tan conocido de nuestros Monarcas pudo contribuir sobremanera á que no tratasen de limitar en modo alguno las dotes para religiosas.

134 Pero concedamos por un momento que de no prohibir espresamente las leyes las mejoras de tercio y quinto en las dotes para religiosas se hayan seguido y sigan los mismos males que se seguirian de no haberlas prohibido en las dotes para casadas. Esta no es razon bastante para decir lo que las leyes no pensaron decir, y solo seria suficiente para que se dictasen nuevas leyes que estendiesen la disposicion de las primeras, ó para que el impugnador lo hiciese presente al trono, como puede hacerlo con su grande sabiduria y elocuencia, y tal vez con el mas loable patriotismo, en cuyo caso no dejaria de ser atendido por el Soberano, y de grangearse los aplausos de la nacion.

§. V.

135 Muy estraño á la verdad es el principio del §. V. En la interpretacion de las últimas voluntades comienza el impugnador, observa el señor Gutierrez la misma singularidad y la misma independencia de sus juicios. Con estas palabras da á entender el impugnador que hasta ahora no se han ventilado ningunos puntos respectivos á las disposiciones últimas de los hombres, siendo asi que antes ha combatido muchas notas tocante á ellas.

Pero á nadie debe causar maravilla semejante descuido ú olvido, pues como nuestro censor, á manera de arlequin no ha cesado hasta ahora de dar saltos y mas saltos hácia atras y hacía adelante, forzosamente habia de tener bien trastornada su testa para no acordarse de los lugares adonde habia estado. Añade que yo discurro *sin sujecion á leyes, á maestros ni autoridad alguna, haciendo guerra abierta á la voluntad de los testadores y á los intereses de los herederos.* Bueno está el cargo que se me hace, cuando incesantemente recomiendo en mis notas la observancia de las leyes y de la voluntad de los testadores, lastimándome y aun irritándome de ver la osadía, ignorancia y falta de crítica de los comentadores vulgares en la interpretacion y violacion continua de las unas y de la otra. Por lo que hace á maestros y autoridades, los tengo y las respeto en cuanto me dictan la razon y mis conocimientos, aunque sean diferentes de los maestros y autoridades que sigue y venera el impugnador, porque segun lo que demuestra en todo su escrito desde la cruz á la fecha, ha bebido siempre en muy cenagosas fuentes.

136 Y ¿cuál ha sido la causa de tan estraño exordio y de tan falsas imputaciones? Una nota en que se padeció una equivocacion de pluma ó un yerro de imprenta, poniéndose una palabra por otra: una nota en que se trata de un punto que no importa un comino, mayormente cuando su doctrina y la que la motivó con dificultad serán necesarias en algun caso: una nota, por último, en que despues de haber dicho Febrero que si el testador tiene solo el usufructo en la cosa y la lega simplemente, es visto legar aquel, y no deber por consiguiente dar nada el heredero al legatario, por acabarse el usufructo con su vida, se dice lo siguiente: »En este caso si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habrá ésta de pertenecer al legatario, y asi lo dice la ley 24, ff. de legat. 1, que de otra manera tiene por inútil el legado." En lugar de las palabras *habrá esta*, debe ponerse, *habrá el usufructo*, que es lo que dice la ley citada, la cual leí repetidas veces, y á su consecuencia puse con arreglo á ella lo que no dijo Febrero, á saber, que el legado del usufructo no seria inútil adquiriendo el testador despues la propiedad de la cosa en que le tenia. Solo con poner en vez de *esta el usufructo* estará corriente la nota, lo cual es una prueba clara de que solo se padeció en ella dicho yerro ó equivocacion. Como esta es

manifiesta viendo la ley, pudo muy bien haberla conocido nuestro criticastro, y haber escusado una inutil impugnacion.

137 En orden al otro particular de la nota no hay que hacer ninguna novedad, apesar de las razones con que se combate. »Pero ademas yo opino, digo á continuacion de las palabras copiadas, que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas, y atendiendo á la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas anteriormente espresadas acerca del legado de cosa agena, puesto que no teniendo el testador en la cosa legada sino un derecho que se acaba con su muerte, y no pasa al legatario, viene á ser lo mismo que si fuese enteramente de otro. Y ¿por qué, como se dice en otros casos, no ha de sostenerse el legado pudiéndose sostener? ¿por qué no ha de valer una disposicion del testador en los términos en que pueda valer?" Yo, que he prescindido en la nota de lo dispuesto en las leyes romanas, hablo del caso, no segun lo traen aquellas, sino segun lo espone Febrero siguiendo á Gomez; hablo del caso en que teniendo el testador solo el usufructo de una cosa la lega simplemente: entonces el legado debe equipararse en un todo al de cosa enteramente agena sabiéndolo el testador, en el cual manifiesta éste una voluntad nada equivoca, segun dice el impugnador, de que se la compre el heredero al legatario. Deberá concepturase la cosa enteramente agena, porque el testador no tiene la propiedad, que es lo principal, y aunque tiene el usufructo, es lo mismo que si no le tuviera, por espirar con la muerte, despues de la cual es cuando surten efecto las últimas voluntades. Asi está bien patente en este caso como en el anterior la voluntad del testador, de que quiere compre el heredero cosa para el legatario; como tambien que tiene lugar la comparacion que yo hago entre ambos legados (*).

138 Dice el criticastro que *si se hubiesen consultado las leyes romanas y sus intérpretes, se habria visto que el testador en esta disposicion padeció un error de derecho, creyendo que el usufructo no fenecia con su vida.* Ya he dicho que he prescindido de

(*) Parece ha desagradado al impugnador que hubiese omitido los egemplos que trae Febrero (*part.* 2, *lib.* 2, *c.* 6, *núm.* 20) y que segun dice pueden compararse únicamente con el caso de que se habla; pero si se hubiese intentado probar que no debí omitirlos, le demostraria que eran inútiles. Ademas no omití el egemplo 5, porque no lo era.

lo dispuesto en las leyes romanas; pero sin embargo diré que en las dos que citan Gomez y Febrero, que son las únicas ó las principales que hablan del caso ventilado, no hay ni una sola palabra que atribuya la inutilidad del legado al espresado error de derecho. Esto es sin duda un aditamento arbitrario y disparatado de los intérpretes, á quienes venera el criticastro como á unos oráculos; pues á no estar fátuo ó demente el testador, en cuya hipótesis seria de ningun momento todo cuanto ordenase, era imposible que ignorára el fin del usufructo con su vida, no pudiendo menos de saber el título ó causa por qué le habia adquirido. A la verdad que hubiera adelantado mucho con haber consultado á los intérpretes para aprender semejante desatino, que con los infinitos que tiene acinados en su testa el impugnador, apiño, como si hubiese aprendido una sábia é importantísima sentencia.

139 De aqui pasa el impugnador á combatir una nota sobre el derecho de acrecer: sienta Febrero que éste tiene regularmente lugar, cuando se hace el legado de una cosa entera á dos ó mas personas en una sola cláusula: v. gr. mandó á Pedro y Juan tal viña: y cuando se hace en cláusulas separadas, como diciendo el testador en una, *mando á Pedro tal viña*, y en otra *mando á Juan la misma viña*: añadiendo que por razon de la conjuncion en una misma cláusula ó cosa, si alguno de los legatarios no percibe su parte de legado por cualquiera motivo, se acrecerá al otro, pero tambien sienta que no tiene entrada el derecho de acrecer dividiendo la cosa legada en ciersas partes como por egemplo, *lego á Juan la mitad de tal viña y á Pedro la otra mitad*, sobre lo cual puse la breve nota que se me impugna. »Teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los egemplos del número anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente segun la voluntad del testador, y dejando á parte toda sutileza, pues en aquellos se entiende legada á cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en éste.»

140 Yo no podia menos de advertir que entre el uno y los otros casos habia alguna difereucia, y por lo mismo aunque no dudaba de que tuviese lugar el derecho de acrecer en aquello, dudé de que lo tuviese en éste, por cuyo motivo dije *parece*, palabra que debió contener al impugnador para dejar en el tintero su impugnacion; y aunque usé tambien de la palabra *sutileza*,

no la llamé *vana*, como falsamente me imputa el impugnador. No obstante hay razones para inclinarse á conceder el derecho de acrecer en el egemplo de la nota, y aun cuando no pueda hacerse de ello ninguna demostracion, á mi me basta que pueda defenderse con alguna verosimilitud, ó probabilidad.

141 Cuando el testador dice, mandó á Pedro y Juan tal viña, seguramente quiere decir que lega á cada uno una mitad, y esto es lo que únicamente tiene en su ánimo sin pasar á mas. Esta misma voluntad se halla manifestada con mayor espresion, cuando dice, *lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad.* Si se dice que en el primer caso por razon de dicha conjuncion se presume cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario para querer que habiendo sido uno solo le habria dejado toda la cosa legada; y que de consiguiente dejando alguno de los legatarios de percibir su parte deberá conforme al deseo del testador pertenecerle el todo al otro legatario: si se dice, digo, todo esto, tambien se podrá decir que cuando el testador lega á uno la mitad de una cosa y á otro la otra mitad, da motivo para conjeturar, y que dejó la cosa á los dos, por querer favorecer á ambos y no poderlo hacer con mas generosidad, y que si solo hubiese existido uno de ellos, le habria legado la cosa entera: de que se infiere que aun en este caso, vacando una parte, es conforme á su voluntad que acrezca al que percibe la otra. La conjuncion en las palabras ó clausulas que hay, cuando se manda á Pedro y Juan tal viña, no induce una demostracion, sino tan solo una presuncion de que querria el testador adquiriese un legatario toda la viña, no adquiriendo el otro su parte, y si en este caso, solo hay una presuncion del derecho de acrecer, tambien hay, segun acaba de manifestarse, la misma presuncion en el otro caso. Lo mas que podrá decirse, será que en el uno es mas fuerte la presuncion que en el otro, y con respecto á este, cuando no se quiera conceder enteramente el derecho de acrecer, habrá suficiente motivo para dudar, si debe admitirse ó no, y no deberá negarse absolutamente que tenga lugar.

142 Ademas puede decirse que ó en ambos casos hay derecho de acrecer, ó no lo debe haber en ninguno, porque en los dos legados seguramente no podian pensar los testadores mas de que cada legatario percibiese la mitad de la cosa legada; pues á la verdad las sutilezas con que se induce el derecho de acrecer,

no las tienen ellos en el lance de testar, y son únicamente conjeturas de los jurisconsultos que han metido y reflexionado muy despacio sobre la fuerza de las palabras usadas en dichos legados: cuyo pensamiento es tanto mas fundado, que si los testadores al tiempo de espresar sus últimas voluntades, tuviesen la ocurrencia de querer favorecer por razon de afecto á un legatario con toda la cosa en caso de no querer ó no poder adquirir el otro su parte; buen cuidado habrian tenido de espresarlo con bastante claridad y mas palabras que las referidas, para que no pudieran ofrecerse ningunas dudas.

143 Vea ahora el material impugnador, si como á él le sucede frecuentemente confundirse con materialidades, me *confundió la materialidad de ser mitades de una misma viña*; *vea ahora, si en el caso de mi nota está bien espuesta la mente del testador, de que ninguno de los dos legatarios perciba toda la cosa*; Vea ahora, si yo creí *que estando fisicamente unidas las dos mitades de la viña, la fuerza de atraccion de las partes de la materia para unirlas, era superior á la fuerza moral de la voluntad del testador para separarlas*. Yo no uso ó no gusto de materialidades sino de razones sólidas y formales en vez de las cabilaciones, frivolidades y ridiculeces en que consiste toda la ciencia del material impugnador.

144 No corre parejas con el caso de la nota el que compara con él el impugnador diciendo: »Si yo pido á Juan que salga fiador de la mitad de mi deuda, y á Pedro que lo sea de la otra mitad, no se dirá ser mi intencion, ni la de mis fiadores afianzar cada uno en ningun caso el todo de la deuda.» No corre parrejas, digo, este caso con el otro, porque en el uno está manifiesta, y aun es evidentísima la voluntad de los fiadores de no obligarse cada uno mas que por la mitad de la deuda, cuando en el otro hay precision de recurrir á las presunciones y conjeturas, como claramente se ha demostrado.

145 Veamos ahora si he tenido razon para poner una nota en que segun las disparatadas hipérboles del criticastro *se combate la voluntad del testador, la de la ley y la del autor*. Como no se ataquen las dos primeras, nada importa que se ataque la última, si hay justas razones para ello. Dice nuestro Febrero que no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa especifica, propia del testador, que le legó simplemente, sino tambien todo

lo que le pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fue legada hasta el dia que se la entregue, conformándose en esto con una ley de Partida (*a*), cuyas son estas palabras: »Entregar debe el heredero á aquel á quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al (*demas*) que le perteneciese aquella cosa mandada. E esto seria, como si le mandasse un solar, é despues que gelo oviese mandado, ficiesse el testador casa ú otro edificio en él: ca estonce aquel á quien fue fecha tal manda, debe haber tambien la casa como el solar. E esto mismo decimos que seria, si le ficiesse manda de un campo, é despues se acrescie«se alguna cosa por avenidas de rios, que le corriesen de cerca, ó se ayuntassen á él otras cosas, assi como arboles, ó fuese hi (*alli*) puesta viña despues.» Pero si el aumento, añade Febrero, se hizo en la cosa legada, sabiendo el testador que era agena, nada de él ni de su estimacion debe llevar el legatario.

146 Sobre estas palabras en que se habla en general de cosa agena legada, y no solo de un solar á que se contrae precisamente el impugnadot, recayó la siguiente nota. »La ley inserta que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada no distingue si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion, como la hace en las cláusulas siguientes.» Otrosí decimos, que debe haber aquel á quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuese mandada, si era de aquel que la mandó, desde el dia que el heredero entre la heredad, por palabra ó por fecho. Mas si la cosa mandada fuese agena, debela comprar el heredero, é darla á aquel á quien el testador la mandó dar.» Y por otra parte si el testador da algun aumento á la cosa legada, no ignorando que era agena, manifiesta bastantemente que quiere ceda aquel en beneficio del legatario.»

147 A pesar de lo que dice el impugnador, yo he entendido la ley inserta como se debe entender, esto es, generalmente segun habla en su principio: *Entregar debe el heredero á aquel á quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciesse aquella cosa mandada.* A esta cláusula general en que no se distingue de cosa agena ni propia,

(*a*) Ley 37, tit. 9 P. 6.

es á la que principalmente debemos atenernos sin meternos á distinguir por nuestro propio arbitrio. En las dos cláusulas siguientes se ponen egemplos para la mejor inteligencia de lo dicho anteriormente, y los egemplos son lo que menos deben considerarse. Por otra parte, si el legislador hubiera querido distinguir, como distinguen Febrero y el impugnador, ¿por qué no distinguió, como lo hizo en las últimas cláusulas de la ley hablando de la pertenencia de los frutos de la cosa legada, y distinguiendo para este efecto, si la cosa era agena ó propia del testador? Las leyes patrias no han de interpretarse ó entenderse por las leyes romanas ni otras estrañas, sino por ellas mismas y por la razon. Fuera de que las dos leyes civiles que citan Febrero y el impugnador, solo traen unos casos particulares. Si el testador, dice la una (*a*), enagenase parte de todo el fundo legado, tan solo se le debe la parte restante al legatario; pues si aquel hubiese añadido algo al fundo cederia el aumento en favor de éste. Si legado un solar, dice la otra (*b*), se edificase en él, y despues volviese á ser solar, aunque entonces no podia pedirse, se deberá ahora.

148 Le parece al impugnador una cosa violenta que se grave al heredero con la compra de la cosa legada y de lo aumentado en ella. Si el solar, dice, valia 100, y la casa 100@, no era regular que el heredero se gravase comprandola para el legatario. Pone el egemplo que le parece mas acomodado para su intento. Yo diré, si lo legado era una cosa que valia 100@ reales, y se hace en ella una mejora ó aumento del valor de 100, poquísimo mas gravado será el heredero de lo que estaba; pues regularmente seria mas favorecido en otras cosas por el testador que lo fue el legatario; y aun ateniéndonos al egemplo del impugnador ¿qué repugnancia habrá en que un testador quiera favorecer á una persona con un solar del valor de 100, y de una casa edificada en él del valor de 100@, si por otra parte deja al heredero un millon de reales? El testador sabrá lo que deja ó debe dejar á uno y á otro segun sus facultades, el afecto que les profese, y la buena ó mala situacion en que ambos se hallen. Es singular el empeño del impugnador en querer favorecer siempre al heredero, á quien debemos siempre suponer mas favorecido que al legatario: en favorecer mas al que será regularmente mas

(*a*) La 8, D. de legat. 1.
(*b*) La 79, §. 2 de legat. 3.

rico, que no al mas pobre; pero esto no es estraño en quien no se compadece de los pobres esclavos, y aun ridiculiza la compasion que se tiene de ellos. La ley pues debe entenderse con la generalidad con que habla; mas esto no quita que en los casos dudosos, y en que parezca cosa dura el observarla, se consulte al Soberano, como debe hacerse, teniendo á las leyes aquel debido respeto con que yo las miro, y que el impugnador les tiene solo en sus palabras, violándolas incesantemente con sus caprichosas y maliciosas interpretaciones.

149 Nota el impugnador como una cosa singular y estraña que hable de un testador que edifique ó dé otro aumento á la cosa legada agena; mas no es necesario que sea un imprudente el testador para hacer lo dicho en cosa agena sabiendo que lo era. Un arrendatario puede hacer en la heredad agena un edificio proporcionado, bien para su mejor y menos costoso cultivo, bien para la recoleccion ó conservacion de los frutos. Puede alguna persona poseer como dueño algun fundo ó edificio sabiendo que era ageno, y hacer mejoras en el uno ó en el otro, juzgando que no llegaria el caso de reivindicarle su verdadero dueño, ya por ignorancia de su derecho, ya por ausencia, ya por otro motivo; y en ambos casos debe seguirse lo que se ha dicho, aunque parezca algo duro.

150 Al llegar aquí el impugnador parece que cansado de lidiar sin ton ni son con mis notas, quiso tomar alguna especie de descanso antes de pasar adelante con su empresa para hacer una especie de digresion, ó por mejor decir, para formar contra mí una horrenda y dilatada capitulacion. Sin embargo yo estoy pronto á dar mis descargos sobre los muchos capitulos de la tal acusacion; mas quisiera que antes de admitirse, obligasen jueces instruídos y competentes al capitulante á dar fianzas legas, llanas y abonadas, puesto que tiene dadas innumerables pruebas de su mala fe y falsedad, por lo que es de crer sea calumniosa desde la cruz á la fecha su capitulacion. Me imputa que en mi concepto es fácil y manual el arte de interpretar últimas voluntades sin tener que ocurrir á intérpretes, libros ni leyes. Es cierto que no creo haya necesidad de intérpretes para lo referido; pero tan lejos estoy de querer no se atienda á las leyes, que incesantemente recomiendo en mis notas su esacta observancia, teniendo al mismo tiempo el dolor de ver como las viola necia ó maliciosa-

mente un miserable criticastro. Tocante á libros, en ellos ha consistido siempre mi mayor delicia; mas quiero que solo se lean ó estudien libros buenos, apreciables y dignos de ponerse en las manos de los que desean instruirse en alguna arte ó ciencia en su propio beneficio y del estado, especialmente buenas logicas, de que he visto muchas para aprender á formar buenos y solidos raciocinios: no libros, como casi todos los de los intérpretes de las leyes, llenos de fárrago y citas con muy poca crítica y erudicion, y sin noticias históricas ni de antigüedades.

151 »La clave admirable que yo doy en muchas notas para conocer las últimas voluntades de los testadores es inspeccionarlas. Esta es la ilustracion de los egemplos y doctrinas del Febrero, y de todos los autores, para que nos guien á conocerla haciéndose un supuesto por el reformador de la misma dificultad, y proponiéndonos por guia para hallar una cosa la misma cosa ya hallada. El secreto que he descubierto para interpretar últimas voluntades, consiste en decir: consultemos, como he dicho muchas, y aun diré si es necesario, millares de veces: consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo tiempo la consideracion en las cosas sobre que recaen, y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto cualquiera duda, que no recurriendo al derecho comun, y tomando en las manos cualquiera comentador que facilmente pueden precipitarnos en el error.»

152 La prevencion es oportuna. ¿Qué interesado no hará semejante consulta? Pero las circunstancias, las cosas, las palabras dan hartas veces ocasiones de dudar de la voluntad de los testadores; y si en estos casos no hemos de acudir á los principios del arte crítico de interpretar, á las reglas de la probabilidad y de la verosimilitud, dadas por los maestros reconocidos generalmente por tales, y á sus luces: Si hemos de interpretar por instinto entregados á nuestras propias y solas fuerzas sin los ausilios que pueden perfeccionar nuestros órganos, vendremos á parar en que el camino mas corto para saber, es no estudiar; que lo mas seguro para esceder á todos en ciencia, es no aprender de ninguno; que la razon bruta es mas prudente y cierta que la razon cultivada, y que nuestro espíritu marchando á discrecion de los vientos y corrientes de su fantasía sin brújula, norte, ni guia, navega prósperamente y con menos peligro.

153 Pocas veces se habrán dicho en igual número de palabras tantos desatinos. Es verdad que la clave á que todos debemos tenernos para inquirir la voluntad de los testadores, se cifra en mis palabras copiadas por el impugnador, sin que en ellas ni en otras de mis notas haga supuesto, como este dice neciamente, *de la misma dificultad*, y proponga *por guia para hallar una cosa la misma cosa ya hallada*. Yo uso de la espresion *inspeccionar la voluntad del testador*, que es la que copia mi antípoda; ¿é ignora este pobre hombre que inspeccionar la voluntad de un testador es reconocerla ó examinarla para conocerla y saber cuál es? ¿cómo dice que yo supongo la misma dificultad, y propongo por guia para hallar una cosa la misma cosa ya hallada? ¿qué trampantojo es este impugnador mio.

154 Si las palabras, las cosas y otras circunstancias dan motivo para dudar de la voluntad de los testadores, á ellas mismas se debe recurrir para disiparlas, como mejor se pueda; y los letrados para el mejor acierto en los casos en que sean consultados, lejos de necesitar de valerse del ausilio de los intérpretes vulgares; deben haber estudiado, ó estudiar los libros que hemos indicado: los buenos autores que mejor hayan escrito sobre todas las materias de que hablan las leyes, como por egemplo sobre gobierno y economía los mas sobresalientes políticos y economistas, y finalmente los mejores historiadores de nuestra nacion, de nuestras leyes, y de nuestras costumbres en diferentes épocas. Por estos medios se aprenderán *las reglas de la probabilidad y de la verosimilitud*, y en general el arte crítica para interpretar con acierto nuestra legislacion, y las voluntades de los testadores y contrayentes: nada de lo cual se hallará en los intérpretes comunes, que solo han sido reconocidos generalmente por maestros sobre la ciencia legal en tiempos de ignorancia, y lo son únicamente en el dia por los profesores que á semejanza del antagonista han hecho muy pocos y malos estudios, y tienen llenas sus testas de errores, preocupaciones, ranciedades y testos mal digeridos. Este es el modo de aprender bien á interpretar, sin haber de hacerlo solo por instinto y por nuestras propias fuerzas; y sin estudiar para saber: este el modo de cultivar bien nuestra razon, pues para cultivarla como quiere el impugnador, es mucho mejor no cultivarla de ninguna manera, puesto que los errores y absurdos, no la ignorancia, son los mayores enemigos de la ver-

dad; y este es en fin el modo de tener una brújula, norte y guia para navegar nuestra razon prósperamente y con el menor peligro posible.

155 Por no acudir yo á las fuentes del derecho, por no pasar de la superficie de las cosas, y por una especie de placer ó satisfaccion en oponerme intrépidamente brazo á brazo contra la opinion de todos, combato la máxima sobre el concurso de dos causas lucrativas, condenando por *consecuencia á los herederos á pesar de la voluntad de los testadores á que paguen en dobles legados cantidades indebidas* (aqui sí se hace supuesto de la misma dificultad, y se da por hallada la misma cosa ya hallada) no *entro en lo profundo de las razones de la antiquísima máxima de la legislacion romana acerca de no morir parte testado, &c. trato en mis notas de vanas sutilezas, el derecho de acrecer* y otras doctrinas &c.

156 Habiendo empleado la mayor parte de mi vida en el estudio de la jurisprudencia, sé que he bebido sus mas sólidos y verdaderos principios en las mas claras y cristalinas fuentes, en los libros que he podido haber en las manos, y en que mejor se ha tratado de tan noble facultad, sin contentarme con el dilatado estudio que he hecho de la jurisprudencia romana, segun lo acreditan al menos en parte mis propias notas, así como el haber éstas parecido bien al público y á los profesores demuestra que he pasado de la superficie de las cosas, y que no me he opuesto intrépidamente á la opinion de todos. Tocante al derecho de acrecer, ya, segun me parece, he dicho lo suficiente; y en órden á combatir la máxima sobre el concurso de dos causas lucrativas, y al principio romano *nadie puede morir en parte testado y en parte abintestato*, una vez que mi antipoda ofrece tratar de estos puntos en otra parte, allí mismo demostraré su ligereza y superficialidad, haciendo ver en esto como en todo lo demas que no camino sobre el pie de no leer como el impugnador, y que no fundo mis aserciones en cabilosidades ni razones arbitrarias.

157 Estoy muy mal con toda razon sutil, y con todas las leyes y doctrinas fundadas en razones que mi óptica me representa como sutiles, y me parece que la importancia, verdad y solidez son incompatibles con este concepto. Una razon sutil distingue hartas veces lo justo de lo injusto, lo verdadero de lo falso, las ideas distintas y claras de las oscuras y confusas, puede sal-

var á un hombre del suplicio, y darle la victoria en un pleito, &c. Sean muy enhorabuena ciertos los buenos efectos que pueden producir las razones sutiles; pero ¿quién le ha dicho al sutil impugnador que yo estoy reñido con todas las razones sutiles? Aprecio, en el grado que se merecen, las razones que al mismo tiempo que sutiles, son sólidas, útiles y conducentes para el conocimiento ó averiguacion de la verdad, y contra esto nada se hallará en mis notas; pero amantísimo de aquella y de la solidez en todas las cosas, abomino y aun miro con horror aquellas razones sutiles que solo sirven para oscurecer la verdad ó sofocarla enteramente, y causar perjuicios á los que suelen ser víctimas de ellas; de cuya clase son las que siembra con larga mano por todo su escrito el sutil impugnador, y que solo pueden llamarse vanas, fútiles y frívolas, no mereciendo otro nombre que el de cabilaciones; así como el impugnador no es acreedor á otro epiteeto que al de hombre ó profesor cabiloso, cuya significacion puede ver en el diccionario de la Academia española. ¡Infeliz reo aquel que se ponga en manos del impugnador! ¡Infeliz reo aquel cuya vida dependiese de las razones sutiles de semejante patrono! Las razones sutiles, que por su solidez y verdad han libertado á muchos de una muerte afrentosa, ridiculizadas y despreciadas entonces por los jueces, le conducirian miserablemente á un cadahalso ó á un patíbulo. ¡Desgraciado litigante el que haga depender de las cabilaciones del impugnador la victoria de un pleito en que se trate de su empleo, de toda su hacienda, ó de lo que le proporciona su cómoda subsistencia! Seguramente le constituiria en la mendiguez y miseria.

158 Dados ya mis descargos á todos los capítulos de la acusacion, calumnia, ó libelo infamatorio del impugnador, podrán decidir los jueces hábiles si yo debo ser absuelto, y por el contrario, condenado aquel como un capitulante que ha intentado privarme de mi reputacion literaria.

159 Pero ¿quén diria que una capitulacion tan estensa (y aun estensísima, pues se han omitido aqui muchas palabras y fárrago) no habia de ser otra cosa que un preambulo ó exordio para pasar á impugnar una nota? Pues efectivamente es así. Y lo mas gracioso del caso es, que el tal exordio *capitulante* es tres ó cuatro veces mas dilatado que la impugnacion. A la verdad que nuestro antagonista será un escelente retórico ú orador. Otra cosa

tambien muy graciosa es, que despues de tan pesada introduccion quiere defender como útil una cosa enteramente inútil, y de que jamas se habla entre nosotros, empleando muy mal el tiempo, y haciéndomelo gastar á mí, y á los lectores sin ningun provecho. Vamos á demostrarlo.

160 Trae Febrero (*a*) una diferencia notable entre el usufructo y el legado anual, diciendo que el usufructuario no adquiere los frutos que deja pendientes cuando fallece, porque como personal se estingue con su persona; pero que al que tiene legado anual, tocan, aunque no esten cogidos ó separados del suelo, por lo que muriendo despues de entrado el año puede dejar íntegros los frutos de éste á su heredero, puesto que los pendientes y maduros aumentan el legado. Esta doctrina, que solo podria tener lugar en tiempo de los antiguos romanos, no debia pasar en el Febrero Reformado sin la merecida nota que se inserta. "Del legado anual, de que hay un título en el Digesto, no se hace mencion en ninguna de nuestras leyes, y por tanto ha sido inútil que el señor Castillo, Parladorio y demas comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles acerca de él, por egemplo, que en el primer año es puro, y en los demas condicional, que en el legado anual son muchos los legados á diferencia de la estipulacion anual que es una sola, y que en cada legado se ha de mirar, si el legatario tiene capacidad para adquirir; como tambien en espresar sus diferencias del usufructo, apoyándolo todo en razones ó sutilezas del derecho romano que no se compadecen con nuestra legislacion, la cual con pocos renglones ó palabras ha echado por tierra gran parte del oficio monstruoso de la jurisprudencia romana, consultemos, &c."

161 En otro lugar (*b*) pongo asimismo otra nota que hace al propósito. »Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad, sino para confundir, y así entre nosotros no hay por qué hacer nunca mencion de ella. Atiéndanse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estos recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines, y no será me-

(*a*) P. 2, lib. 1, cap. 7, n. 5.
(*b*) Febr. Reform. part. 2, lib. 1, cap. 4, n. 24.

nester mas para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos." Pude haber añadido; y si por estos medios no puede desvanecerse la duda que se ofrezca, con mucha dificultad, rara vez ó nunca podrá disiparse con el ausilio del derecho romano, y sus intérpretes.

162 Con motivo de mi nota, dice el impugnador que de la distincion espresada depende la resolucion de cuestiones que pueden ser de mucho interés, como la que trae Febrero; que aunque nuestras leyes no hablen del legado anual hablan en general de los legados, y que por esto han hecho muy bien los intérpretes en aclarar, distinguir y fijar las ideas de las cosas *legables* (en donde habrá pillado este terminillo el impugnador), lo cual no pertenece propiamente al legislador, sino á la ciencia del juzgador, que es la de los hechos ó de la aplicacion de la ley á ellos; que para el juez y para su provecho escribieron los intérpretes y se enseña la jurisprudencia: que el legislador no es ningun catedratico de leyes ni está obligado á prevenir en ellas todas las cosas que pueden legarse: que los testadores pueden legar todo lo que se les antoje, aunque no se haga mencion de ello en las leyes: que por haber muchas cosas parecidas que son realmente muy diversas, han andado muy acertados los intérpretes en hacernos ver su diferencia, y *que quien lega el usufructo de una cosa, ó lega anualidades sobre ella*, lega dos cosas muy diferentes que producen segun la voluntad del testador acciones, efectos y derechos diversos; y en fin, que se verá en gran conflicto quien teniendo por una misma cosa el usufructo y el legado anual, atenido á la doctrina de la nota, se halle en el caso de resolver á quién pertenecen los frutos pendientes cuando fallece el legatario entrado el año.

163 Vaya, vaya, que nuestro impugnador se las puede apostar á ensartar desatinos al mas bolo abogado del lugar. Primeramente va muy errado, ó falta con conocimiento á la verdad, afirmando que de la referida distincion depende la resolucion de cuestiones importantes, y quisieramos que nos lo hubiese demostrado asi, trayéndonos egemplos ó casos en que se hubiesen ventilado puntos de legados anuales. Por el contrario, si hubiese consultado á letrados de mas negocios y esperiencia que él, hubiera sabido que ni en la ejecucion de los testamentos ni en los tribunales se habla nunca semejantes legados, y que aunque se le-

ga muchas veces el usufructo de una heredad, jamas se ha legado *anualidades sobre ella*; segun se esplica, lo cual dije sin el menor temor de que me obligue á retractarme. Aunque nuestras leyes hablen en general de los legados, no haya miedo que sea nunca necesario aplicar sus disposiciones á los anuales. Yo he leido y reflexionado lo que dicen varios intérpretes acerca de la espresada diferencia, con especialidad al señor Castillo que se estendió mas que ninguno sobre esta materia en su tratado de usufructo, y sus razones no son en modo alguno aplicables á nuestra legislacion. Y ¿es ésta por ventura tan poco estensa y dilatada que aun queramos dilatarla mucho mas? ¿Ignora el impugnador que una de las circunstancias que debe tener toda buena legislacion es que sea lo mas breve que pueda ser?

164 Nuestros intérpretes han hablado de los legados anuales, porque habla de estos la jurisprudencia romana, cuyo motivo era por sí solo muy bastante para que no pasáran en silencio semejante materia, fuera de que se advierte en sus obras un vituperable y funesto prurito de querer aplicar á nuestras leyes todas las romanas, aun cuando hablen de cosas que entre nosotros no tienen ninguna existencia ni realidad, y sea del todo inútil, y de consiguiente perjudicial su aplicacion. Ademas ellos en vez de *aclarar, distinguir y fijar las ideas de las cosas legables*, no han hecho mas que oscurecer, embrollar y confundir todas las cosas, poniendo á los jueces continuamente con sus interminables disputas y opiniones en el grande conflicto de no saber cómo decidir los pleitos y negocios, y en sumo peligro de pronunciar las sentencias mas absurdas é injustas contra la mente y la voluntad sagrada de nuestros legisladores.

165 Estos no son á la verdad ningunos catedráticos de leyes, ni estan obligados á especificar en ellas todas las cosas que pueden legarse; pero á ellos, y únicamente á ellos, es á quienes incumbe aclarar, distinguir y fijar en sus leyes las ideas de todas las cosas, prescribiendo unas disposiciones generales que comprehendan todos los casos que puedan ofrecerse, sin necesidad de especificarlos uno por uno, lo cual ademas de no ser conveniente, seria interminable. El noble y venerable ministerio ú oficio de los jueces está ó debe estar ceñido á obedecer ciega y literalmente las leyes, siguiendo las disposiciones generales con que se hallan concebidas, sin meterse á suscitar cuestiones, por las que hayan de hacer la

aplicacion segun su arbitrio; y en fin, á consultar al Soberano siempre que se ofrezca alguna duda prudente y razonable sobre la inteligencia de ellas, ó conozcan con evidencia, que se sigue algun grave inconveniente de su ejecucion.

166 En orden al grande conflicto en que se hallará para resolver á quién pertenecen los frutos pendientes por muerte del legatario, quien tenga por una misma cosa el usufructo y el legado anual; bien puede estar tranquilo el impugnador por el bien del prógimo y por el suyo propio, porque seguramente no se verá ni él ni otro alguno en tan grande apuro ni en peligro de darle alguna congoja, ni se suscitará ninguna peligrosa riña ni grande alboroto entre los herederos y legatarios. Jamas se le ofrecerá ningun pleito, aunque lleguen á rebosar los negocios en su estudio sobre su favorito *legado anual*, ni sobre sus *anualidades*; y dado caso que en algun testamento ó codicilo se hallase alguna disposicion que venga á reducirse al legado anual de los romanos, las mismas palabras de aquella y las demas circunstancias, bien reflexionadas, manifestarán por sí solas la voluntad del testador, y lo que se deba hacer, evitándose por consiguiente todo conflicto, y sus resultas de alguna congoja, alferecía ó mal de corazon. Todos estos males entonces podrian suceder cuando fuese necesario echar mano de la machacona impugnacion de nuestro antípoda, ó introducirse en el tenebroso caos de muchos de los intérpretes, ó en el monstruoso edificio de la romana jurisprudencia. Sí, señor: monstruoso edificio he dicho, aunque con el miedo y sentimiento de que por estas palabras le dé alguna pataleta. No habla por boca de ganso, sino porque el tal edificio me ha parecido así, despues de haberle reconocido y examinado muy bien en el discurso de muchos años. Bastaria para calificarle de monstruoso poner la consideracion en su enormidad, en los abultados volúmenes del Digesto, Código y Novelas, en su mezcla de sabiduría y errores, en su miscelánea del derecho civil y pretorio, en su incalculable multitud de leyes, muchas de las cuales son muy oscuras y opuestas entre sí, y corresponden á diversas épocas y gobiernos muy diferentes que tuvieron los romanos desde la fundacion de su capital; y en fin, en la falta de método y en otros defectos.

167 Habiendo hecho la gran defensa que hemos visto, y que era de esperar del gran talento y sabiduría del célebre patrono

del derecho romano y de los intérpretes vulgares, da nuestro ligerísimo arlequin un espantoso salto hácia atras, plantándose desde el fin del tomo 3. en el principio del primer tomo para tirar fuertes mordiscoues á una nota en que contradigo la division de las condiciones de los legados y herencias que hacen Febrero y los intérpretes en *imposibles por naturaleza é imposibles de hecho.* »Esta division, digo, es defectuosa, como otras muchas que hacen nuestros intérpretes. Los imposibles de hecho son imposibles por naturaleza, y así tan imposible es por naturaleza dar un monte de oro, como llegar con la mano al cielo, que son los egemplos de Febrero. Por tanto, debe decirse solamente que las condiciones son imposibles por derecho de naturaleza, omitiéndose la imposible de derecho. Sin embargo, es cierto que las leyes 3 y 4, tit. 4, P. 6 hacen la espuesta division y ponen los egemplos referidos; pero quien lea ambas leyes con reflexion, echará de ver que siempre tiene lugar lo que acabo de decir, y que hay contradiccion entre aquellas, por disponer que el nombramiento de heredero con la condicion imposible de hecho espresada no valga, y que sea válida la institucion con condicion imposible por naturalela. Gregorio Lopez, glosando la ley 4 dice, que ésta habla de un monte de oro artificial, y que si el testador quisiese hablar de un monte de oro natural, la condicion sería imposible por naturaleza, y de consiguiente se tendria por no puesta y por pura la institucion; mas leyendo la ley me inclinó á pensar que es infundada y voluntaria tal conciliacion. El mismo autor en la ley 3 dice, que ésta y la siguiente se han de entender en el caso de que el testador sepa que la condicion es imposible, porque si la creia posible, vicia la institucion; pero yo no distinguiria, por no hacer ninguna de las leyes tal distincion.»

168 Sin embargo, decide nuestro impugnador con su acostumbrada arrogancia para sorprehender y alucinar á los lectores: decide que no debe omitirse dicha division ni dejar de ocupar el lugar que justamente se le ha dado, sin que nadie se lo pueda justamente disputar, y para apoyar esta asercion define el *imposible por naturaleza y el imposible de hecho. El primero es aquello á que no alcanzan las fuerzas de la naturaleza, que está resistido ó es incompatible con el órden del universo, ó con las leyes generales, constantes y uniformes que le puso el Criador, bajo las*

cuales se sostiene, y que sin ellas se arruinaria en todo ó en parte; tal es, si uno tocase al cielo con la mano. ¿Quién sabe qué trastorno podria causar un solo hombre que faltando á la ley de los graves, sin la cual se disolveria el gran todo corpóreo, tuviese tal agilidad y volatería? Imposible de hecho es aquella condicion que no escede la potencia, fuerzas y posibilidad de la naturaleza, ni la actividad de sus agentes, ni por consiguiente es contra el órden y leyes del universo, pero con todo no alcanzamos, ni quizá alcanzaremos el modo y manera, tiempo y lugar en que y con qué lo pueda hacer, lo cual nos lo hace tener por imposible de hecho; tal es un monte de oro. No podemos decir que los esfuerzos de las cosas naturales no puedan en alguna parte, en algun tiempo, por algun concurso de causas, por una combinacion estraordinaria de principios, conseguir la formacion de un monte de oro... esto, y la dificultad de hallarlo, lo constituye un imposible de hecho, pero no lo es por naturaleza." En seguida pone el impugnador el egemplo de un monte de plata en el cerro de Potosí cuando se descubrió, y los de dar vuelta al mundo, pasar la zona tórrida y el helarse en ella.

169 Sea lo que fuese de la espresada difinicion del imposible de hecho, es cosa clara que no debe distinguirse ó conceptuarse diverso del imposible por naturaleza; y porque ignoramos cómo, dónde y cuándo lo vencerá la naturaleza misma, lo cual es razon muy bastante para reputarle imposible por naturaleza, mayormente para los efectos de que hablamos en las condiciones de las disposiciones testamentarias y de los contratos; y ya porque ignorando lo dicho, forzosamente hemos de ignorar si lo que se tiene por imposible de hecho, puede ó no superarse por los agentes y las fuerzas de la naturaleza. Un monte de oro es, segun la ley de Partida y la autoridad del antagonista un imposible de hecho, y no solo ignoramos el dónde, cómo ni cuando podrá producirlo la naturaleza, sino tambien, si segun sus leyes constantes y uniformes podrá producirle, por lo cual en este punto claudica la definicion del imposible de hecho dada por el impugnador. Si éste ignora absolutamente el dónde, cómo y cuándo podrá producir la naturaleza un monte de oro, ¿cómo ha de saber tampoco si podrá producirle, á no ser que el impugnador con sus ojos tan linces pueda penetrar las leyes mas ocultas de la naturaleza, y que nadie hasta ahora ha podido descubrir? Así

es, que Gregorio Lopez, segun digo en la nota, dice glosando la ley 4.ª que ésta habla de un monte de oro artificial, y que si el testador quisiese hablar de un monte de oro natural, seria la condicion imposible por naturaleza, y se tendria de consiguiente por no puesta y por pura la institucion. Pero en esto el fino sectario de los intérpretes no quiso seguir á uno tan acreditado y venerado, porque no le acomodaba.

170 De todos modos, definase como se quiera el imposible de hecho, tengo á mi favor lo muy bastante para haber dado á entender con razon, que no la hubo, para disponerse en nuestras leyes de Partida que el nombramiento de heredero con la condicion imposible de hecho no valga, y sí la institucion con condicion imposible por naturaleza; pues á la verdad, no hay ningun fundamento para que se haga tal distincion respecto á las herencias y legados, y lo mismo debe decirse del un imposible que del otro. Así hubo de conocerlo el impugnador, cuando no obstante su endiablado prurito de contradecirme é impugnármelo todo, guardó sobre este particular un profundo silencio, sin hacer uso de sus continuas y ridículas esclamaciones por haberme apartado de las leyes. Y á la verdad esto último era lo que débia haber impugnado, si tenia razones para ello, y si no las tenia, debió haber dirigido su brinco á otra parte; pues si unos mismos efectos deben surtir las condiciones imposibles por naturaleza, y de hecho, nada importa que las dos se tengan por una misma ó por diversas Pero es un maldito hábito del impugnador el meter continuamente mucha bulla por lo que no importa un comino.

171 Asi como antes saltó el arlequin hácia atras desde fines del tomo tercero al principio del primer tomo, así ahora vuelve á saltar desde principios del tomo primero hasta casi el fin del tomo tercero, para imputarme el grave y atroz delito de *partir lo indivisible*, *de complicar una doctrina práctica elemental y clara*, *y una ley terminante*, y de oponerme *á los elementos del derecho*. Para el impugnador todo, todo cuanto ha leido en Febrero y en los intérpretes aun mas despreciables, son principios, axiomas, reglas, sentencias, elementos y doctrinas elementales, aunque los hombres sábios apenas encuentran de esto en las ciencias fuera de las matemáticas. Pero llevemos y sufrámos con resignacion tan intolerable cantinela, hija de su ignorancia, y de

su poca y mala lectura; y solo tratemos por el bien público de poner á la vista sus muchos dislates, para que no puedan ofuscar á los mas estúpidos profesores, los únicos á quienes podria tal vez deslumbrar.

172 Refiriendo nuestro Febrero las diferencias que hay entre la sociedad conyugal y la convencional, dice entre otras cosas que en la segunda, siendo universal, son mútuamente comunicables los bienes de los sócios escepto el *débito*, señorío y jurisdiccion de algunos de ellos, citando una ley de Partida; y pareciéndome errónea esta doctrina respecto al débito, me fue preciso decir. »La ley 6.ª que se cita, no dice que en la compañía universal no es comunicable el crédito de un sócio, sino que los consócios no pueden demandarle. Entre uno y otro hay diferencia, y á la verdad seria cosa muy estraña, que comunicándose en dicha compañía todos los bienes presentes y futuros, cualquiera que sea el título de su adquisicion, y sin esceptuarse el peculio castrense y cuasi castrense, no tuviesen los consócios parte en el espresado crédito, luego que se cobrase. Ademas, si este no se comunicára á aquellos, es de creer que lo diria la ley, como lo dice de la jurisdiccion.» Pero insertaré la misma ley, para que el lector pueda formar juicio por sí mismo. "So tal pleyto faciendo la compañía, que todos los bienes que habian los compañeros estonce, é que ganassen dende adelante, se ayuntassen en uno, é fuessen comunales entre ellos; decimos que desde el dia en que tal pleyto fuesse firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, é los bienes, que han, ó que les vinieren, en cualquier manera que sean, é aunque fuesse castrensse, vel quasi castrensse peculium. Otrosí decimos, que cada uno destos compañeros puede usar destos bienes, é facer demanda sobre ellos, bien assi como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros oviesse señorío ó jurisdiccion sobre castillo, ó tierra, ó oviesse á recebir cosa alguna de sus debdores, los otros non lo podrian demandar, nin usar de la jurisdiccion del señorío; si señaladamente non les fuesse otorgado del otro compañero, poder de lo facer."

173 Esta nota tuvo la virtud ó eficacia de hacer esclamar al impugnador ó continuo esclamador: »es inaudita la distincion que se hace entre el crédito y el derecho de demandar, cuando es lo mismo lo uno que lo otro. Un crédito no es otra cosa que una

accion personal: una accion es el derecho de demandar en juicio, *jus petendi in judicio.* Asi lo que se debe á un sócio, como que es un derecho personalísimo, es incomunicable á los consócios, y no pueden deducirlo en juicio..... se confundió en la nota el dinero de un crédito cobrado con el crédito mismo atribuyendo el autor el absurdo de que este dinero no se comunica con los sócios."

174 ¿Cómo qué es inaudita, señor declamador, la distincion que se hace entre el crédito y el derecho de demandar? ¿cómo que es lo mismo uno que lo otro, y que un crédito no es otra cosa que una accion personal? La palabra *crédito* significa la deuda que alguno tiene á su favor, lo cual no puede decirse del derecho ó accion personal para pedirla ó demandarla, porque si asi fuese tal derecho ó accion personal seria lo mismo que se pide, y esto es un absurdo, pues no ha de ser una misma cosa el derecho ó accion personal con que se pide, y la deuda ó lo pedido. Por otra parte yo no confundo el dinero de un crédito cobrado con el crédito mismo, atribuyendo al autor el absurdo de que este dinero no se comunica con los sócios. El mismo Febrero incurrió en el absurdo, pues usa de la voz *débito*, que es lo propio que deuda, y ésta segun el diccionario de la Academia, es la obligacion que alguno tiene de pagar, satisfacer, ó reintegrar alguna cosa, que por lo regular se entiende de dinero. Tambien significan las palabras *débito y deuda* lo mismo que se cobra, por lo que se dice muy bien y comunmente *he cobrado ó se ha cobrado* la deuda ó el débito. Esto no puede referirse á la obligacion de pagar el deudor, porque ésta no se cobra: resta pues que en aquellas espresiones se refiera *la deuda ó el débito* á lo mismo que se debia y se cobra, por egemplo la cantidad de cien ducados. Por lo tanto habiendo dicho Febrero que no era comunicable el débito, dijo: ó que no se comunicaba á los sócios del acreedor la obligacion de pagar, que reside únicamente en el deudor, lo cual es una gran necedad, porque forzosamente no ha de comunicar un acreedor á sus compañeros lo que no tiene: ó que no se les comunicaba el mismo débito ó dinero cobrado, lo cual es el absurdo, que confiesa serlo el mismo impugnador, y que yo he combatido en mi nota conformándome con la ley, en cuya inteligencia ó esplicacion se equivocó manifiestamente Febrero. El crédito es diferente del débito: este se refiere al deudor, y

aquel al acreedor, y por lo mismo enmendando á Febrero he usado de la palabra *crédito*, y no de la de *débito*. Con esta esplicacion ¿á dónde iran á parar las *doctrinas elementales y los elementos del derecho* del pobre impugnador?

§. VI.

175 Seguramente que nuestro impugnador tiene la cabeza peor organizada del mundo. Despues que no ha hecho otra cosa que defender, aunque inútilmente, en cuatro dilatados párrafos gran número de errores de su autor favorito, da principio á su quinto párrafo con el estraño exordio: *estamos ya en los soñados errores de Febrero*; como si hasta ahora no se hubiese hablado de ningunos; pero acaso estaba entonces soñando con sus soñados errores, y continuaba al decir que *en una sola nota se le atribuyen dos crasas equivocaciones, que vienen á ser tres de esta enormidad, desmentidas por el testo mismo.*

176 Despues de haber hecho Febrero una division de los legados, ó de los seis modos de hacerse, y hablando en particular del legado *á dia*, dice espresamente que en él, »si el dia es cierto, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad; nace la obligacion 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*:» á cuyas palabras se refiere esta nota: »en dos crasos errores incurrió aqui Febrero. El primero es decir que en el egemplo que propone de legado á cierto dia, nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle antes que aquel llegue. Si hubiese dicho que antes del dia nacia la accion á pedirle y la obligacion á pagarle para cuando llegase, habria dicho lo mas que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero avanza mas de lo que avanzó el derecho romano, segun el cual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese antes de él lo prometido ó legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir.» Hasta aqui el primer error. Veamos como lo defiende el grande é incomparable patrono de nuestro Febrero.

177 La primera defensa consiste en que no podia padecer tan grosero error, porque ¿quién podria decir que si un testador

manda alguna cosa, para que se entregue á cierto plazo ó dia señalado, pueda el legatario obligar al heredero á que se le pague, ó entregue antes del plazo? Esta imputacion se hace á un autor, que aun habiendo incurrido en semejante error, tenia derecho por mil títulos á que se le tuviese el miramiento de atribuirlo ó á errata de la imprenta, ó á descuido de la correccion. (*He aqui una confesion tácita del error*). En el espacio de solas 21 lineas del testo sobre que recae esta acusacion, dice claramente dos veces, que en el dia señalado es en el que se ha de entregar y puede pedir. Nadie que tenga sentido comun, se contradice tan groseramente en tampoco tiempo. Despues de la insinuada division de los legados sigue el autor: »Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirlo ni entregarlo.» No puede estar mas terminante la suspension de pago y entrega aneja al legado á plazo ó dia cierto. Esplicando luego el legado *á dia ó in diem* dice en el principio mismo del número: *se dice el legado in diem quando el testador lo hace (ya sea de cosa ó cantidad) señalando el dia en que se ha de entregar y puede pedir*:» otro testimonio irrefragable de lo ya dicho.

178 El impugnador quiere defender los absurdos de Febrero con su misma enormidad, por manera que segun se esplica, de ningun autor podrá decirse que ha cometido un error enorme, pues siempre habria lugar á decir que cómo era posible hubiese incurrido en semejante disparate. En Febrero no es de estrañar ninguno de los muchos que cometió, porque siempre ha de estar espuesto á dar grandes tropezones en una facultad, cualquiera que no la haya estudiado y profesado debidamente. Don José Febrero no hubo de estudiar otra cosa en su juventud que un poco de gramática latina, y no cursó la jurisprudencia en ningun colegio ni universidad; solo á fuerza de aplicacion y de años pudo componer su obra con los muchos defectos que se le han notado, egerciendo en la córte sus dos empleos de escribano real y agente de negocios, de suerte que el estudiar la jurisprudencia en una cáfila de intérpretes, y el componer su Librería de Escribanos, todo se haria á un mismo tiempo. Asi no debemos maravillarnos de que hubiese padecido muchas equivocaciones, sin que debamos disculparlas, ó tener el miramiento de atribuirlas á erratas de imprenta ó á descuidos de la correccion, lo cual no cree-

rá en el caso presente nadie que lea con alguna reflexion sus mismas palabras copiadas. Si el impugnador que hace los imposibles de convertir en verdades manifiestas ó *principios y doctrinas elementales* los errores mas evidentes, pudiese vencer tambien el imposible de resucitar á su favorito Febrero, protesto que le miraria con la mas profunda veneracion; pero entre tanto que no disfrutamos de esta satisfaccion; debe preferirse la utilidad del público, interesado en que se le adviertan los defectos de los libros á todas las contemplaciones y atenciones hácia un impasible muerto.

179 Es una necedad decir para defender el error, que hubiera incurrido Febrero en un corto espacio en una contradiccion, si hubiese incurrido en aquel, pues esto es añadir un yerro á otro yerro, ó hacer el yerro mayor: fuera de que no hay en el autor tal contradicion. Cuando dice que se entiende hecho puramente el legado cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad *que suspenda pedirlo ni entregarlo*, pueden estas últimas palabras referirse en el concepto del autor no al tiempo y dia cierto sino á los inciertos, ó con condicion ó calidad. Asimismo cuando dice que el legado *in diem* es el que se hace señalando el dia ó tiempo *en que se ha de entregar y se puede pedir*, estas últimas espresiones se pueden tambien referir en el dictámen del autor al legado á dia incierto, el cual se estima por condicion. Y si esto no obstante, alguno quisiese sostener que dando por supuesto el error de Febrero es cierta la contradiccion, por mí tiene desde luego el permiso de sostenerlo.

180 Aun no se limita á lo dicho la defensa del impugnador, sino que es tan vehemente el empeño de defender á Febrero, que recurre á un nunca visto ni oido embolismo ó guirigai, que referiremos aqui para que se diviertan con él nuestros lectores. »Qué mas tiene decir, *nace la obligacion de pedirle* y *la obligacion de pagarle antes que llegue*, como se lee en el autor, ó que *antes que llegue, nace la accion de pedirle* y *la obligacion á pagarle*? *El antes que llegue* en la frase del autor, rige con el *nace* en buena sintaxis, no con el *pedirle*, ni con el *pagarle*, como se pretende. Trata de fijar el dia en que nacen la accion y la obligacion para deducir, como deduce luego en el mismo número, que este legado pasa á los herederos del legatario despues

de muerto el testador, aunque el legatario muera antes que llegue el plazo, por cuanto habiendo nacido la accion y la obligacion antes del dia cierto, debe de necesidad transferirse la accion á su heredero, &c.

181 Para descifrar el espresado embolismo y guirigai seria necesario poner aqui otro guirigai, por mas que se procurase explicar con claridad, y para no molestar inútilmente á nuestros lectores nos contentaremos con ofrecer un premio de cuatro onzas á cualquiera persona que los descifre y ponga á las claras, demostrándonos la razon y solidez del raciocinio ó discurso de nuestro antagonista. Sin embargo creemos no llegará el caso de desembolsar la cantidad espresada, pues aquel concluye con una confesion tácita del error de Febrero, diciéndonos que aun concediendo sea equívoca la locucion, el contesto, la buena fé, la buena lógica y aun la caridad bien ordenada dictan que no tengamos por bestias á los que tienen acreditado que son hombres: por manera, que segun el impugnador, Febrero es una bestia, si incurrió, como asi fue, en el espresado absurdo, y tiró á ocultarle con un guirigai para embolismar al lector.

182 Pasemos ya al otro error de Febrero y de que habla la nota en estos términos "El segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue en el legatario y en sus herederos. Febrero habla en su egemplo de cierta cantidad de dinero, y ésta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun cuando el legado fuese especifico, no podria pasar su dominio al legatario antes de llegar el dia, pues seria un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa antes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun antes del tiempo en que aquel penso adquirirle. De otra manera un acto tendria mas virtud y eficacia de la que su autor quiso tuviese. La ley de Partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. He aqui las palabras de ella que hacen al propósito. »E aun dezimos, que luego que el testador es muerto, passa el señorio de la cossa, que es assi mandada, á aquel á quien es fecha la manda. E maguer (*y aunque*) muera ante que el heredero del testador entre la heredad, o en ante que el entre la posesion de aquella cosa que le fue mandada, por todo eso heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel á quien fue fecha. E

esto seria, si la manda fuesse de tal manera que fuesse fecha puramente, ó á tiempo cierto, mas si fuesse fecha so condicion, non seria assi.» Cuando dice la ley que el dominio de lo legado pasa al legatario, luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y cuando hace mencion de la hecha á dia cierto es para decir que se transmite al heredero del legatario, aun cuando este fallezca antes de percibir la manda, ó de aposesionarse el heredero de la herencia, sin embargo de que lo contrario sucede en el legado condicional.

183 Acerca de estas palabras dice primeramente el impugnador, que se atribuye en ellas á Febrero el barbarismo legal, de que cuando el testador hace una manda genérica de cien ducados, se transfiere en el legatario el dominio de esta cantidad antes de entregársela. Pero yo no le atribuyo á Febrero semejante barbarismo, ni tenia por qué atribuírselo, pues él mismo lo ha cometido manifiestamente diciendo: *en cuyo legado si el dia es cierto*, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad, nace la accion..... 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.* Es verdad que Febrero dijo lo contrario en el número anterior que se suprimió, por contener cosas ya dichas muchas veces y no con otro fin; pero esto prueba que Febrero á mas de cometer el error incurrió tambien en una contradicion, y que se le hizo merced con la supresion del número precedente. Añade el impugnador que en las palabras copiadas de Febrero el nacimiento de la accion y de la obligacion es referente al legado genérico de los cien ducados y la translacion de dominio al legado especifico. El lector con las palabras á la vista conocerá la arbitrariedad y violencia de semejante esplicacion. Lo mas que en este caso puede decirse á favor de Febrero, es que dijo una cosa que no quiso decir, y entonces deberemos culpar su pésima esplicacion que puede atormentar y engañar á todos ó casi todos sus lectores, cosa tanto mas vituperable que escribió principalmente para los escribanos, cuyo mayor número no ha aprendido ni aun latin.

184 En segundo lugar quiere sostener el impugnador con el mayor empeño que el dominio del legado á dia cierto especifico v. gr. de una heredad, *se trasfiere en el legatario desde la muerte del testador*, y aun antes que llegue el dia señalado. Fún-

dase en que es mas natural fijar la idea del dominio en el legatario, segun la ley copiada, que ha de tener la alhaja para disponer de ella dentro de un año, dos, tres ó cuatro &c. como quiera, cuando quiera, y para los fines que quiera, usando ó abusando de ella á su voluntad; que no en el heredero, que solamente la ha de tener por un tiempo determinado, fijo é invariable: que nada de lo dicho puede hacer en ningun caso: que á cierto tiempo la ha de entregar sin reserva, y que está sujeto, mientras la tenga, á la vigilancia de otro en cuanto al cuidado de su conservacion. Repugna, prosigue, aplicar la idea de verdadero dominio á aquellos tenedores de las cosas, á cuyos derechos no asiste ninguno de los atributos esenciales de él, principalmente el de enagenar, hipotecar, abusar y esclavizar la alhaja.

185 Segun esta doctrina del impugnador, si se vende una heredad puramente, ó con la circunstancia de no haber de entregarse hasta pasado un mes, adquirirá incontinenti el comprador el dominio de la heredad y lo perderá el vendedor, aunque no se haya cumplido el mes, ni entregado la heredad, pues antes de esto puede decirse del comprador lo que el impugnador dice del legatario, deduciéndose asi una consecuencia contraria á los principios del derecho y al sentir de todos los intérpretes, de los cuales ni en uno solo se leerá que el dominio de lo vendido pasa al comprador antes de aposesionarse de ello. Por otra parte, lejos de ser repugnante es muy conforme á razon decir que el dominio de la cosa legada á dia cierto reside antes de llegar éste en el heredero, puesto que entretanto tiene la posesion de ella, goza de todos sus frutos, á lo cual se dirige principalmente el dominio, puede reivindicarla, si pierde su posesion, pedir que se le ponga en ésta incontinenti, si es despojado &c. nada de lo cual corresponde al legatario. Asi es, que los poseedores de mayorazgos y beneficios eclesiasticos son verdaderos dueños de las fincas de ellos, contra lo que dice el impugnador, aunque tengan limitados los efectos de su dominio, como pueden limitarse segun ya se ha dicho.

186 Añade nuestro antagonista que el testador solo quiso suspender la entrega, y que la ley hace lo demas, transfiriendo el dominio en el legatario aun antes de adquirir la posesion, por favorecer mas, contra la ley comun, la intencion de los testa-

dores; pero esto es suponer ó dar por cierto lo mismo que se disputa, y ademas en nada se favorece la voluntad de los testadores con que se transfiera en el legatario el domino de lo legado á dia cierto, puesto que no por esto ha de adquirir la posesion, ni gozar de los frutos con ninguna anterioridad, de suerte que para el legatario es lo mismo adquirir el dominio antes del dia, que llegado éste.

187 Cuando un testador lega á dia cierto alguna cosa, manifiesta que el señalamiento lo hace á favor del heredero, y con el fin de que entretanto que llega el dia, disfrute de la cosa. Es muy diverso de este caso el que trae nuestro antípoda del legado hecho á un menor, para que se le entregue cumplidos los 25 años. Aqui es claro que el testador quiso que el menor adquiriese el dominio de lo legado, y aunque le correspondiesen los frutos antes de llegar á dicha edad, porque solo fue su voluntad que suspendiese la entrega de la cosa legada, para que no abusase de ella en perjuicio suyo, como era de temer, por razon de su menor edad y poca esperiencia; todo lo cual puede aplicarse al legado hecho á un pródigo, disponiendo que nunca se le entregue, ó que solo se haga esto cuando dé bastantes pruebas de que maneja sus negocios y bienes con acierto y prudencia.

188 Pero si no suponemos adquirido por el legatario desde la muerte del testador ó el dominio de lo legado á dia cierto, no declara la ley la causa ó razon de transferirse al heredero del legatario; y segun da á entender bien claro el impugnador, no habrá título ó motivo justo para dicha transmision, en lo cual se engaña manifiestamente; pues basta para la transmision el derecho que adquiere el legatario de pedir el legado, cuando llegue el dia, y no necesita del dominio que no puede adquirir hasta aquel tiempo. »Se lega *in diem*, dice Gomez (*a*), uno de los intérpretes favoritos del impugnador, cuando se deja alguna cosa ó cantidad para cierto dia, en cuyo caso no pasa *ipso jure* el

(*a*) Tom. 1, variar. resol. cap. 12, núm. 57, vers. *Aliquando et secundo.* Las palabras copiadas son del compendio de dicha obra que compuse en el tiempo de mi pasantía, y dí á la luz pública con notas en el año de 1789. Este libro es, entre otras muchas que podria citar, una prueba manifiesta del estudio que he hecho de la jurisprudencia romana y de los intérpretes, apesar de lo cual frecuentemente me echa en cara el impugnador no haber hecho semejante estudio.

dominio en el legatario hasta que llegue el dia, y nace accion y obligacion inmediatamente que se verifique la adicion, porque por ésta interviene un cuasi contrato entre los herederos y acreedores ó legatarios, aunque á estos les obstará la escepcion antes de llegar el dia; bien que el heredero puede satisfacer antes del dia, por haberse puesto casi en favor suyo, y asimismo muerto el legatario antes del dia se transfiere el legado á su heredero, como si fuese puro.» Del mismo dictámen que Gomez son Gregorio Lopez y Molina. Vea ahora el impugnador si hemos dicho por nuestro mero antojo que no se adquiere el dominio de lo legado á dia cierto hasta la venida de éste

189 Finalmente, dice el impugnador, que la voz *posesion* que se aplica en la ley á los dos legatarios, al del legado puro y al del legado á dia cierto, supone en ambos el dominio adquirido: que conociendo el reformador el daño que le hacia para su intento dicha palabra, por suponer dominio, cometió la superchería de aplicarla al heredero del testador transformándola en el verbo *aposesionarse* (*), cuando la ley no la aplica sino á los dos legatarios; y que á recursos tan miserables obligan los empeños mal tomados de traer á torno las leyes para que digan chillando lo que no dicen ni quieren decir. Pero por mas que he reflexionado sobre las palabras de la ley, no he podido comprender por qué se dice que la voz *posesion* supone dominio, que á mí me incomodaba y todo lo demas referido. Si se quiere decir que para adquirir la posesion de una cosa es necesario haber adquirido antes su dominio, esto es un error evidente; pues en los contratos, por egemplo, en el de compra y venta, lejos de conseguir el comprador el dominio de lo vendido antes de tomar posesion de ello, necesita tomar ésta para adquirir aquel. Si quiso decirse que la voz *posesion* suponia dominio, por ser éste necesario para la transmision, ya se ha hecho ver que no es así. Sobre la dicha palabra yo no he usado en la nota de ninguna superchería, ni podia usarla poniendo en aquella las mismas palabras de la ley, y digo en substancia lo que ella dice: »E maguer muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ó en ante que él entre la possession de aquella cosa que le fue mandada.&c.» Mis

(*) Segun el impugnador hubiera yo dicho mejor *posesionarse*; pero el Diccionario de la lengua castellana solo trae el verbo *aposesionarse*, y mas caso debo hacer de lo que dice este, que de cuanto diga el impugnador.

palabras son: aun cuando éste (el legatario) fallezca antes de percibir la manda, ó de aposesionarse el heredero de la herencia &c. El percibir la manda el legatario, es lo mismo que tomar ó entrar la posesion de la cosa mandada, y el *entrar la heredad* el heredero del testador, es lo mismo que aposesionarse el heredero de la herencia. Una misma cosa puede decirse muy bien de muchas maneras, y yo no podia adivinar cómo habia de esplicarme para contentar al señor impugnador, y evitar que usase de alguna supercheria como la que me atribuye sin razon. Asi se vendrá en conocimiento de que yo no tengo la pésima costumbre ó maña que el impugnador de violentar el sentido ó inteligencia de las leyes *para que digan chillando lo que no dicen.* (¡Qué espresion tan culta y fina!)

190 Vamos, segun dice el impugnador, á otra equivocacion notable del autor, y veremos como le defiende su sabio patrono. »No acreditándose en suficiente forma, dice Febrero, en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste lucró mientras estuvo viudo (pues lo que entró en el primero, es suyo privativo, y tambien lo que adquirió durante su viudedad) se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, si no mejoro á alguno. Y aunque algunos autores dicen que se deben dividir á prorata de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo; no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno, se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se esperimenta, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidades ó adversidades que hubiesen tenido, por lo que partiéndolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrupulo, pues el padre pudo haber consumido todos, y hasta que muere ningun hijo tiene derecho á que le dé su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, sino mejora á alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos, y á que todos son suyos, pues de lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo sus hijos como los otros; y segun la regla de prorateo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados,

y era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ó estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley le impone, ni le prohibe su uso como dueño de todos."

191 En vista del contenido de este número se puso la nota siguiente. »Nada hace al propósito que se acredite ó no lo espuesto, cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun; pues respecto de éste es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre, y asi Febrero padeció una muy notable equivocacion. Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el número siguiente; el caso en que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuánto adquirieron en el primero, y cuánto en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes, añado yo) de cada muger; cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero número cit."

192 La defensa del impugnador para desvanecer la equivocacion notada á Febrero, consiste en decir, que acreditándose en qué matrimonio de los dos del padre comun se adquirieron los gananciales, puede suceder muy bien que haya que adjudicarlos á los hijos del primer matrimonio segun los principios antes sentados por el autor. Si muriendo por egemplo el padre comun, y haciéndose las debidas deducciones resultan 25@ reales de gananciales propios suyos, y no acreditan los hijos del primer matrimonio, que hubiese algunos en él, los partira igualmente el contador entre unos y otros, si no hubo mejora. Pero si hacen ver en representacion de su madre, que no solo hubo en el primero 25@ de gananciales, sino que fueron 50@ no percibirán un maravedí por este título los hijos del segundo; porque los 25@ reales son deuda del padre á favor de los del primero en representacion de su madre, que es lo que dice el autor. Asi es muy grande la deferencia que hay de acreditar ó no en qué matrimonio de los del padre comun se hubieron los gananciales, y *no es lo mismo respecto del padre*, como se dice en la nota, *que si todos los hijos fueran de una misma madre*. El reformador fue quien padeció una muy notable equivocacion. Creyo que el autor decia

que no acreditándose en qué matrimonio de los del padre comun se habian adquirido los gananciales, se debian partir estos en dos mitades, una correspondiente al primer matrimonio para los hijos de él, otra correspondiente al segundo para los de éste.

193 El impugnador me atribuye á mí la equivocacion que yo atribuyo á Febrero, y yo tambien atribuyo á él la que me atribuye á mí. Febrero en su número copiado habla de un caso en que se trata solo de suceder los hijos de ambos matrimonios al padre comun sin respeto ninguno á sus madres, y entonces es muy oportuna y razonable la nota. Léase con alguna reflexion el número citado, y se echará de ver con evidencia esto mismo. El impugnador, bien por no haber entendido la nota, bien por tener con qué defender á su Febrero y ofenderme, huye el cuerpo á la dificultad, y no habla del caso de suceder solo al padre comun, sino tambien de suceder á la muger primera en lo que aquel le debia por razon de gananciales.

194 De esto es una prueba irrefragable el principio del número siguiente al copiado, en que se habla del caso del impugnador. »Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. 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 dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada uno de sus madres, se pregunta qué deberá practicar el contador. A la verdad que (como dice Ayora) es árduo aunque no imposible este caso; por lo que es menester ocurrir á pruebas, y en su defecto á prudenciales conjeturas &c." Si en el número anterior habia hablado de este caso, ¿cómo es que ahora habla de él como de un caso nuevo?

195 Ignoro qué fundamento ha tenido el impugnador para espresar que yo creí decia el autor que los gananciales debian partirse en dos mitades en el caso de que se trata, cuando terminantemente dice todo lo contrario el mismo autor; y si me parece razonable en mi nota la opinion de Escobar, de que deben dividirse los gananciales entre los hijos de ambos matrimonios con proporcion al tiempo que duró cada uno, es cuando se trata de suceder en los gananciales correspondientes á las dos madres. Por último, si Febrero habló tambien en el número á que se refiere la nota con respecto á los gananciales de las mugeres, y no padeció la equivocacion que yo le he atribuido, es forzoso con-

fesar lo que no le hace mas honor, á saber, que se esplicó pésimamente y con suma oscuridad diciendo una cosa diversa de la que quiso decir.

196 En seguida me levanta el impugnador un falso testimonio diciendo, que hablando el autor del legado genérico le refuto, como si hablase del específico, y que á fin de que el lector tragase la equivocacion, quité un trozo del original que podia evitarla. La misma nota pondrá de manifiesto que yo no impugno á Febrero atribuyéndole algun error ó equivocacion, como si hubiese incurrido en ella, lo habria advertido, segun lo he hecho en los demas casos. »Legándose puramente, digo, cosa determinada ó específica, pasa su dominio al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, sin que sea necesaria para este efecto la adicion ó aceptacion del heredero; puesto que segun la ley 1, tit. 4, lib. 5 R. (ó 1, tit. 18, lib. 10 N. R.) valen las mandas, aunque en el testamento no haya nombrado heredero, ó el que lo esté, no acepte la herencia. Por tanto, los frutos de la cosa específica pertenecerán al legatario desde dicho tiempo.» Habiendo omitido algunos números del autor original, por contener cosas inútiles ó repetidas, y no siendo fácil acomodar en el contexto lo espresado en la nota, que espresaba tambien Febrero en dichos números suprimidos, se me ocurrió decirlo por nota para evitar equivocaciones, lo cual segun me parece no he hecho en ninguna otra.

197 En otra parte, prosigue nuestro antagonista, tratando el autor del legado del usufructo de una heredad se le glosa, como si tratase del usufructo de los instrumentos, mulas y aparejos aratorios, y en este estraviado concepto haciéndose una grande esclamacion se censura de paso al señor Gregorio Lopez y al autor. La redundancia de la voz *usufructuario* en el original, que en substancia es un descuido en la correccion de la imprenta; pero que inculca mas el inequivocable (terminacho de la cosecha del impugnador) sentido del testo, le descaminó de él para dar una inteligencia tan violenta y desaguisada, de que se habria desengañado el *glosador* leyendo la ley romana que cita el autor, y quedó ahogada y suprimida en la reforma.

198 Para ver si tiene ó no razon el impugnador falsario, insertaremos la doctrina de Febrero y la nota puesta á él. »Si el testador lega el usufructo de un fundo al usufructuario, es visto

legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarlo, v. g. mulas, ó bueyes, arados, &c. y lo propio milita si tenia trigo separado y destinado para sembrar en él, pues todo se entiende comprendido en el legado del usufructo, bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza.» Nota. ¿Qué testador legará el usufructo de un fundo al usufructuario de éste? (Esta interrogacion es la grande esclamacion que me atribuye el antagonista esclamador.) Si no es un mentecato, ó si está en su juicio, dirá que le lega el usufructo de los instrumentos y aperos que tenia prevenidos para labrar el fundo, el trigo destinado para sembrarlo, &c. Bien pudieron Gregorio Lopez y Febrero haber omitido semejante caso.»

199 No ha encontrado mal recurso el hábil patrono de Febrero para defender á su cliente y absolverle de todas sus equivocaciones ó errores. Con decir que hubo descuido en la correccion de la imprenta, está todo hecho. Un autor que posee á fondo y domina las materias de que trata, es acreedor á que en un caso como el presente se conceptúe haber habido yerro de imprenta; pero no merece semejante escusa un autor que, como Febrero, no hizo un estudio formal y con maestros de la jurisprudencia, y tomó de un crecido numero de intérpretes á fuerza de aplicacion, como prestadas sus doctrinas, sin haber llegado á digerirlas bien para no estar siempre espuesto á incurrir en grandes yerros. Ademas no basta, segun quiere el impugnador, para hacer la debida enmienda quitar la palabra *usufructuario* que dice ser redundante, porque despues inmediatamente está la de *legarle*, que solo puede referirse al usufructuario.

200 Es una grande osadía del impugnador, culparme de no haber consultado la ley romana que cita Febrero y yo suprimí; pues Febrero no cita ninguna ley romana, sino tan solo á Gregorio Lopez, á Menochio y á Baldo en la ley 9, §. 6. *D. de usufructu et quemadmodum*; y en tal párrafo no se habla de instrumentos, aperos, mulas, arados, ni trigos.

201 No lejos de aquí, prosigue el impugnador, reprendiéndole tambien en otra nota como error grosero un puro descuido de la correccion al tiempo de la prensa, facil de advertir, é incurre en otro mayor llamando legado *casual* al legado *causal*.

Es cierto que en la nota del número 60, cap. 6, lib. 2 se encuentra lo que dice el impugnador; pero como en aquella se cita el núm. 61 sig. donde se habla de los legados *causales*, es claro que en la nota se cometió el yerro de imprenta de poner legado *casual* por legado *causal*. No se ocultaria esto á nuestro antípoda; pero le importaba alargar mas y mas la impugnacion, para que pareciese mayor el número de nuestros errores. Lo que no puede atribuirse á yerro de imprenta ó *puro descuido de la correccion al tiempo de la prensa*, es la crasa equivocacion que notamos á Febrero.

302 Aquí pone fin el impugnador al examen diciendo que seria muy enfadoso el hacerlo aunque ligeramente de las notas superfluas, injustas, &c. por la malicia, ignorancia y atolondramiento que hemos demostrado en la defensa de las notas criticadas por el impugnador, podrán conocer los lectores qué caso debe hacerse de esta y de las demas generalidades con que á cada paso se produce; y si ha sido tan desgraciado en la crítica de mis notas, no lo ha sido menos en la de innumerables cosas ó especies que se han suprimido de la *Librería de Escribanos*, como se hará ver en el párrafo siguiente, á pesar de los esfuerzos que hace por defenderlos el juez conservador de errores, necedades, sutilezas inutiles y farragos.

§. VII.

203 Al empezar nuestro antípoda su sesto párrafo, hace como poco ó nada inteligente en la historia de la literatura, una manifiesta injusticia al tiempo presente. Verdaderamente, dice, que la operacion de reformar, que las mas veces, en todos tiempos, y particularmente en los felicísimos que conocemos, es lo mismo que destruir. Ignora á la verdad el impugnador entre otras cosas que en el siglo que acaba de pasar, se ha introducido, segun un sábio autor nuestro, en todas las materias una crítica severa; y si esto es asi, mucho mejor ahora que en los siglos anteriores podrán reformarse las obras literarias, lo cual no es otra cosa que criticarlas en beneficio de la literatura y del público. Lástima es que cuando se han desterrado en todo la Europa, y aun en nuestra España las fruslerías y sutilezas escolásticas: que cuando un profesor laborioso hace grandes esfuerzos, para que en su pátria se trate la noble y utilísima ciencia de la jurisprudencia

con el buen método, fino gusto, solidez, claridad y dignidad que corresponde, venga un jurisconsulto ó leguleyo peripatético sin ninguna filosofia ni ilustracion á poner trabas á sus intentos, para que la ignorancia y mal gusto se conserven todavia en nuestra península.

204 Dice el impugnador que se han omitido en el Febrero Reformado innumerables doctrinas del original, como ha demostrado, aunque para hacerlo, segun era debido, seria necesario alargar mucho su prólogo: remitiéndose á los índices del *Reformado* y del *original*, para que comparando el lector uno y otro se satisfaga por sí mismo de las mutilaciones que ha padecido la obra. Pero ya he dicho que lo omitido era inútil, despreciable, ó supérfluamente repetido. En el índice del Febrero Reformado forzosamente ha de ser menor que los dos índices del Febrero original, ya por haberse suprimido mucha paja, broza y tarrago, ya porque el compositor del primer índice podria saber decir las cosas con mas laconismo y claridad que el de los dos segundos, ó haber puesto mayor estudio en ser lacónico.

205 No obstante para dar aun alguna idea de tales omisiones hace mencion particular de varias, sobre las que daremos la competente satisfaccion. La primera es respectiva á la doctrina de la rogacion de los testigos del testamento; pero como de esto habla en una nota (*a*) con mayor estension, satisfaremos á ella en el apéndice de esta apologia.

206 Es verdad que se han omitido algunas doctrinas ó casos, no poco comunes ó de aquellos que aunque *sean raros*, respecto de un pueblo, no lo son respecto de una nacion grande como la nuestra, sino casos rarísimos respecto de una potencia considerable y aun de todas las regiones de la tierra, por manera que pasen muchos años ó algunos siglos sin verse en algun pais estenso ó en todo el orbe, lo cual indicamos al fin de una nota que se nos ha ocurrido (*b*) con estas palabras: »No raras veces nuestros intérpretes proponen por sutilizar y ostentar penetracion casos remotísimos de suceder, semejantes á los escolásticos que han inventado innumerables cuestiones sutilísimas, las cuales no traen otra utilidad que la de atormentar los estraviados ingenios.» Los casos raros se han conservado en nuestro Febrero, y

(*a*) Es la 2, cap. 1, pág. 205.
(*b*) La del tom. 3, lib. 1, cap. 7, núm. 37.

los que se han suprimido, han adolecido seguramente de otro achaque. Así pues queda desvanecido enteramente el cargo que nos hace nuestro antagonista sobre la insinuada omision, echandonos en cara la de las doctrinas sobre la *cuarta falcidia y trebeliánica* que casi enteramente hemos omitido. Sobre la primera hemos dicho al fin de una nota (*a*). »Se controvierte entre nuestros intérpretes si tendrá lugar en el dia dicha cuarta. Yo he examinado los fundamentos de la opinion afirmativa y negativa, y ambas me parecen probables. Mas sin embargo de todo, me ha parecido conveniente omitir dicho §. *de la cuarta falcidia*, por considerarle inútil, puesto que nunca, ó casi nunca, se hace uso, ni se oye hablar de aquella en los tribunales ni en las particiones de herencias, y que siempre debe espugnarse de la jurisprudencia todo lo que únicamente sirve para dilatarla y confundirla." Puede el impugnador convidar á todos los letrados y escribanos del reino por medio de nuestros papeles periódicos á que le comuniquen los pleitos, particiones y casos en que ha sido necesario hacer uso en España y de medio siglo á esta parte de la cuarta falcidia y de los *atascos* ó dudas que se han ofrecido sobre ella. Estoy bien seguro de que no recibirá el impugnador ningunas noticias sobre tal punto, por mas que lo cacaree en las gacetas y diarios. Lo mismo puede decirse de la cuarta trebeliánica (*b*).

207 Tampoco he perdonado al sagrado de las cláusulas de las escrituras. (¡Qué sagrado tan venerable!) He omitido por cierto varias cláusulas en la fundacion de un mayorazgo y en todas las demas escrituras, por ser absolutamente inútiles. Los formularios de Febrero podian servir antes de modelos, no por ser perfectos, de lo cual distan mucho, sino por ser mejores que los que se encuentran en las otras prácticas de escribanos; mas en el dia no pueden serlo despues de la considerable reforma que hemos hecho en nuestras escrituras, desterrando las dilatadísimas cláusulas y periodos, segun decimos en nuestro prólogo, el mal enlace de sus oraciones, las espresiones ó palabras toscas, y las muchas redundancias y superfluidades que hacen su leyenda tan confusa como molesta. El mismo autor conoció dichas super-

(*a*) Es la del n. 183, cap. de Testamentos.

(*b*) Sobre esta es la nota del n. 100 del cap. de Testamentos. De la omision de la doctrina sobre la esclavitud ya hemos hablado.

fluidades y aun los escribanos mas ignorantes conocen los espresados defectos que se han corregido en nuestro Febrero, haciendo las escrituras inteligibles á todos.

208 Entre dichas cláusulas condenadas á destierro le tocó la desgraciada suerte á la de *constituto*; cláusula de que hace tan exagerado, molesto y ridículo elogio el impugnador, que nos parece omitirlo por no causar náusea á los lectores. »Yo he desterrado, digo en una nota, la cláusula de *constituto* de nuestras escrituras, ya porque otras cláusulas ó espresiones de éstas la hacen supérflua, y ya porque como se pone sin noticia de los interesados y solo por estilo de los escribanos que en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo cual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones he condenado á igual pena de destierro otras espresiones redundantes, desaliñadas y oscuras para los que no son jurisperitos." Pudiera el impugnador, en vez de generalidades y palabrotas, segun su endiablada costumbre, habernos puesto algunos egemplos claros y palpables para demostrar que en las escrituras del Febrero Reformado hacen falta la cláusula de *constituto*, y las demas que se han omitido. En la nota 5 de nuestro prólogo pusimos dos egemplos de cláusulas redundantes, tomados del Febrero. Pues ¿por qué el impugnador no ha substituido á su fastidiosa parola el manifestar una por una que tales cláusulas, que tenia tan á la vista, no eran superfluas? La cláusula de constituto no se ha suprimido solamente porque los escribanos y otorgantes no lo entienden, como maliciosamente dice el impugnador para poder mas bien criticarme, sino asimismo y principalmente por inutilizarla otras cláusulas y espresiones, de lo cual no quiso hacerse cargo. Por lo tanto, es inoportuno lo que dice contra su omision y la consecuencia que deduce. Si por el abuso, dice, que hacen de las cláusulas los escribanos ignorantes, por no entenderlas ellos ni las partes, se hubiesen de abolir todas en los instrumentos públicos, debian desterrarse tambien los libros de las ciencias practicas, sin escluir los de la religion y los de la moral, porque muchos no los entienden y abusan de ellos. Fuera de que yo no hablo en mi nota del tal abuso, hay mucha diferencia entre los egemplos referidos y la cláusula de constituto. Como que pueden los hombres abusar de lo mas sagrado y venerable que hay en la tierra, podrán tambien hacerlo de los libros sobre las ciencias, la

moral y la religion; pero los bienes que traen á la especie humana son sin comparacion mucho mayores que los males que puede ocasionar su abuso, cualesquiera que ellos sean, y por lo mismo son siempre utilísimos y necesarios tales libros. Pero, ¿qué beneficios nos trae la cláusula de constituto en nuestras escrituras siendo enteramente inútil?

209 Por la espresada razon de ser enteramente inútil se condenó absolutamente la cláusula guarentigia, puesto que ninguna ley real manda que sin ella no traigan aparejada ejecucion los instrumentos públicos, y sin ella surtirán estos igual efecto en los paises estrangeros siempre que se hallen otorgados con todas las solemnidades que se requieren en nuestra península; y si fuera de ella no traen aparejada ejecucion nuestros instrumentos públicos sin la cláusula guarentigia, tampoco la traerán con ella.

210 Puede ser que, como dice el impugnador, ponga las resoluciones de Febrero sin las razones ó fundamentos en que las apoya; pero tales serán ellos, cuando les impongo la pena de espulsion, á no ser que ésta se haga por haberse espresado ó repetido mucho tales fundamentos. Para no dar unas razones fundadas, sólidas, justas y claras, mas vale no poner ninguna, y evitar asi que los lectores padezcan equivocaciones ó incurran en errores. Por la misma prudente y discreta economia á veces cuando el autor trae varias razones de sus asertos ú opiniones, omito unas y dejo otras; pues Febrero, llena su cabeza con un gran surtido de doctrinas bebidas en innumerables glosadores, y no siempre las vertió en su obra con la mejor eleccion ni el mas profundo conocimiento de ellas.

211 No obstante, el impugnador me achaca á mí la mala eleccion, y pone por egemplo *el carácter de oficio público que tiene la tutela, alegado justamente por el autor, como razon de haber las leyes dispensado* de ella á las mugeres. *Esta razon se omite cuando está fundada en el alto, sagrado y respetable decoro de este sexo, en que tanto interesa el otro.* Mas ¿por qué omitió lo que digo acerca del espresado punto en una nota? Hago ver en ella, fundado en varias razones y en la grande autoridad de Feijoo un error de Febrero sobre lo que dice del entendimiento y otras cualidades de las mugeres, y concluyo con estas palabras; »Y por otra parte es muy conveniente no distraerlas de sus

deberes domésticos ni de la educacion de sus hijos en la parte que le corresponde, cuyo esacto desempeño exige todo su tiempo, y justamente les prohiben las leyes ser tutoras y curadoras.» ¿No suple esto, no es preferible á la razon de que la ley prohibe á la muger ser tutora y curadora, por ser *pública, viril y personal el oficio de tutor y curador*? Sobre esto guardó silencio el impugnador, usando de sus comunísimas supercherías.

212 Es verdad que alguna rara vez, aunque el autor refiere sobre algun punto varias opiniones, solo espreso la suya sin hacer mencion de las otras, o que aunque las mencione, omito sus fundamentos; pero esto se hace cuando la opinion del autor es la que debe seguirse, por ser manifiestamente conforme á las leyes ó á los principios del derecho, en cuyo caso es escusado lo demas, o cuando los fundamentos de las otras opiniones no merecen espresarse por su ninguna solidez ó futilidad, sin que de esto pueda seguirse perjuicio á ningun interesado, sino es que con embrollos ó razones superficiales quiera obtener lo que en justicia no le pertenece; y sin que el lector deba sentir no poder juzgar por sí mismo de las opiniones omitidas ni de sus razones, cuando puede ejercitar su talento en materias que lo merezcan, y cuando debe apreciar que se le ofrezca en pocas palabras y sin fárrago lo que debe saber.

213 Nótame, por egemplo, el impugnador, haber suprimido los fundamentos de la opinion mucho mas probable que la del autor, de que para saber si cabe ó no á la hija la dote en su legítima, ó si es inoficiosa, pueda elegirse ó el tiempo de su constitucion, ó el de la muerte del padre, y entre ellos el muy singular y muy curioso de la peticion de las cortes del año de 1534 que trae á la letra Febrero, y está terminante en pro de este sentir; pero sin embargo pudo muy bien haberse omitido la tal peticion (que nada tiene de singular y curiosa, pues habla solo de una cosa muy comun), ya porque la opinion de Febrero es la que unicamente se debe adoptar á causa de conformarse con la ley 1, tit. 2, lib. 5 de la la Recop. (ó 1, tit. 3, lib. 10 N. R.) motivada por la peticion referida y confirmada por don Felipe II. en las cortes de Madrid del año de 73: ya por apoyarse en buenas razones con que puede satisfacerse cumplidamente á los fundamentos que por la opinion contraria alega el impugnador; y ya porque una peticion hecha en córtes no es, como lo dice

su mismo nombre, ninguna ley ni cosa que se le parezca.

214 Tambien es verdad, que omití los nombres que en la legislacion romana se dan á las diferentes acciones ó derechos que suelen tener los hombres, lo cual debe de haber causado un grande sentimiento á nuestro juez conservador de rancíedades; pues emplea una gran sarta de sus palabrotas, generalidades y cosas fuera de propósito para exagerar lo fatal y disparatado de tal omision hasta esclamar como un loco ó furioso, *solo faltan que vengan otra vez en el siglo XIX egércitos de Godos, Hunnos y Vándalos á echarla por tierra, y tornar los hombres á su ignorancia antigua y barbarie primera.* Mas para que se temple y con su frenesí no haga un desacierto, le damos palabra de honor de esparcir por nuestro Febrero *las acciones pretorias, la accion de constituta pecunia, la accion recisoria, la accion de signo juncto, la accion in factum ex jure jurando, las acciones persecutorias mistas rei et pennæ, la accion rei uxoriæ in stipulato actionem transfussa, las acciones in simplum, duplum, triplum,* &c. Entre ellas tendremos particular cuidado de mencionar las *acciones de buena fe y stricti juris*, y las *acciones arbitrarias* que nombra particularmente y con grande elogio el impugnador, á pesar de que diga acerca de las primeras Don Juan Sala (*a*) lo siguiente. »En España no hallamos aprobadas en parte alguna las diferencias entre los contratos ó acciones de buena fe y de derecho estricto, ni se hace de ellas ningun uso segun Maimó. (*Instit. imperial. libro 4, tit. 6, núm. 43.*) A la verdad están mezcladas de sutilezas que nuestro derecho Hispánico menosprecia ó deshecha. (*Señor Covar. in regula Possesor part. 2, §. 6, núm. 9.*) Asi todos los contratos y acciones son entre nosotros de buena fe." Como tambien tocante á las segundas (*b*): »En España todas las sentencias de los jueces de que no se apela, se llevan á ejecucion, por lo que son desconocidas entre nosotros las acciones arbitrarias de que se habla....." con lo cual se conforma tambien el jurisconsulto Valentino Don Joaquin Damvila (*c*) en estas palabras: *por lo que no alcanzo qué lugar puedan tener entre nosotros las acciones arbitrarias.* Seguramente que Sala y Damvila eran niños de teta en la legislacion hispánica comparados con nuestro heroe. Ignora-

(*a*) Vinnio Castig. lib. 4, tit. 6, §. 28.
(*b*) Lug. cit. §. 31.
(*c*) In coment. Vinn. lib. 4, tit. 6, §. 31, num. 44.

ban que *la nomenclatura, division y clasificacion de las acciones son la parte mas esencial y sagrada de la jurisprudencia: que desde ella con una ojeada se registran de una vez espacios inmensos, &c.*

215 Si se han omitido algunas advertencias, prevenciones, sentencias y palabras no habrán sido esenciales, y si merecedoras de ello por las razones espresadas, sin que deje de entenderse lo que se conserva por falta de lo suprimido, pues lejos de ésto queda lo primero con mas claridad. Aquí en este lugar, aunque no viene el caso, me echa en cara el impugnador haber omitido la frase técnica y latina *presumptio juris est de jure*, y dice que se vió apurado todo el espíritu de la reforma para trasladarla al castellano; pero bien poco ó nada tuve que apurarme para decir (*a*): »Hay presuncion de *derecho*, *de hombre y de hecho*. La de derecho se divide en presuncion *solo de derecho*, y presuncion *de derecho y por derecho*. La primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que ademas debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las mismas leyes." ¿No se entenderá esto mucho mejor que lo que dice Febrero? Cotéjese lo uno y lo otro, y véase ademas en el lugar citado una nota sobre la presuncion de hecho que debe suprimirse. La presuncion de *derecho y por derecho* se llama en primer lugar de *derecho*, porque está contenida en el derecho; y en segundo lugar *y por derecho*, porque se ha de estimar ó tener por una ley ó disposicion legal.

216 Es falso que se hayan omitido en el Febrero Reformado las leyes pátrias que puso á la letra el autor; pues se tuvo por muy conveniente el conservarlas; y si algunas veces, que son poquísimas, se suprimieron, fue no por capricho ó arbitrariedad, sino porque decian cosas sobre que no habia ninguna duda, y porque su contenido se espresaba bastantemente en el contesto, y se citaba allí mismo.

217 Se me vitupera haber tambien omitido los testos de leyes romanas copiadas por el autor y las citas de autores estrangeros. Es cierta la omision de los primeros; pero se hizo, ya porque se copiaron sin ninguna necesidad ó causa de haberse

(*a*) Feb. Reform. P. 2, lib. 3, cap. 1, núm. 327.

espresado sustancialmente en castellano su contenido: ya porque Febrero escribió para escribanos, quienes nos las entienden, y ya por otras razones muchas veces repetidas. En órden á los autores estrangeros se conservaron sus citas, cuando Febrero solo apoyó las doctrinas en su autoridad; y aun cuando todas se hubiesen condenado, no habrian hecho ninguna falta.

218 Si entre no pocos exordios, transiciones y epílogos que se han conservado, he suprimido algunos, ha sido por no haber ninguna necesidad de ellos, y por ser los exordios pedantescos y ridículos, y los epílogos superfluos, ya por la mayor claridad del Febrero Reformado, y ya por haberse abreviado considerablemente sus capítulos y párrafos con el destierro de su mucho fárrago. Por otra parte, aunque Febrero supo mucho de jurisprudencia buena y mala, no tenia aquella elegancia y cultura necesarias para hacer un buen uso de los exordios, transiciones y epílogos.

219 Impútaseme que algunas veces por ahorrar palabras omito la voz *escepciones*, cuando despues de haber sentado al autor la regla general y deducido sus consecuencias pasa á esplicar aquellas: porque entrando luego en materia no se sabe, si son escepciones ó contradicciones. Pudiera el impugnador haber citado, en prueba de sus aserciones, algunos egemplos para examinarlos, y mientras no lo haga, le opongo la *escepcion de recusacion*, fundada en las innumerables falsedades de su escrito, de que está convencido.

220 Tambien pudiera haber citado algunos egemplos de los brevísimos y esactísimos resúmenes de diferentes materias que se omitieron, segun dice, y entonces podríamos decir por qué se hizo. Entretanto diremos que tales resumenes son poquísimos, y que en el caso de haberse omitido sería por no necesitarse á causa de haberse aclarado y abreviado las materias, segun se ha dicho sobre otro punto. No es oportuno el egemplo que trae de haberse esterminado una recapitulacion de las prohibiciones que los escribanos deben tener presentes en el uso de sus oficios, y se hallan dispersas por toda la obra y en los lugares á que corresponden; pues no hay tal recapitulacion ó resumen de los que aquí se habla, sino que en el capítulo final de la primera parte dividido en dos párrafos, el segundo se intitula *de las prohibiciones á los escribanos*, y refiriéndose en él así las ya mencionadas

en la obra, como otras muchas, se dejaron éstas que ocupan bastantes páginas, y se omitieron las otras por escusar repeticiones, y poderse encontrar fácilmente en sus propios lugares, especialmente con el ausilio del índice.

221 Falta á la verdad el impugnador, cuando dice que de las cinco partes de remisiones que hizo Febrero á varios capítulos de sus libros, se cercenaron las tres; pues tengo muy bien presente haberlas conservado todas ó casi todas; y si alguna se omitió, que será rarísima, habria para ello bastante razon, la cual no puedo decir, mientras no se me manifieste la remision suprimida, puesto que por semejante bagatela no habiamos de registrar ahora los trece tomos que componen los dos Febreros. No se aparta tanto de la verdad el impugnador, cuando dice que se *hizo casi otro tanto con muchas de las referencias á los autores que las disputan* con estension. No es cierto que esto se hubiese hecho muchas veces sino algunas, y esto fue por no haber necesidad de tales referencias, puesto que con las doctrinas de Febrero se podian decidir muy bien las cuestiones ó casos, por qué se hacian aquellas, sin tener que perder tiempo en registrar autores y mas autores, ni esponerse á adoptar lo malo en lugar de lo bueno que traen.

222 Como los dos índices de la primera y segunda parte de Febrero componen por si solos un buen tomo, quisimos para hacer menos costosa la obra, no poner índice general alguno, contentándonos con que los índices particulares puestos en cada capítulo de la obra estuviesen con mas claridad, estension é individualidad que los de Febrero, de modo que por ellos pudieran encontrarse muy fácilmente todas las especies, precediendo leer antes el indice de los capítulos y párrafos para saber donde se hallaba cada materia. He llamado *índices particulares* á los que Febrero llamó *sumarios*, por merecer tambien aquel nombre, puesto que son unas listas ó enumeraciones que indican las especies que se tratan con mas estension en los capítulos, párrafos, discursos, &c. y tales índices ó sumarios, se formaron con los de Febrero á la vista, no echándolos á perder, como dice, por su mero antojo el impugnador, sino mejorándolos, segun se ha dicho, y estendiéndolos por una parte y abreviándolos por otra; pues Febrero por su pesadez dijo á veces en muchos números lo que sin perjuicio de la claridad se ha dicho en uno solo. Pero

habiéndose quejado algunas personas, con razon ó sin ella, de la falta de un índice general para hallar las doctrinas por medio de él con mayor facilidad que por medio de los sumarios; tuve por conveniente publicar dicho índice habiendo encargado su composicion por varias ocupaciones mias á un letrado de esta córte, quien lo desempeñó mejor que Febrero los suyos, aunque me fue forzoso examinarle y reformarle considerablemente.

223 De todo lo espuesto resulta cuan infundada é injustamente se me echa en cara haber omitido en mi Febrero Reformado muchas cosas útiles é importantes. Sin embargo el impugnador, suponiendo que Don José Febrero viese su obra tan dilacerada y desconocida, pone en boca suya una amarga y tan dilatada queja contra mí que ocupa hasta seis páginas. Pero á mí me parece con mas razon, que al leerla ú oirla el público español se reirá de que tan sin venir al caso se resucite á los muertos, y seguirá apreciando la reforma, como lo ha hecho desde que por primera vez se publicó.

§. VIII.

224 Concluye al fin del §. antecedente el impugnador su sábia y lastimosa oracion puesta en boca de Febrero con darme á entender que no puedo tener buenas ideas del derecho que nos gobierna, porque sin una crítica discreta de la memorable coleccion de las leyes romanas, ya la llamo edificio monstruoso, ya disuado su manejo, ya insul.. sus máximas, y ya condeno al olvido innumerables alegaciones de ellas. Con este preparativo hace el impugnador en el §. siguiente y último un panegírico desmesurado y tan estenso que emplea en él ocho páginas; pero sin embargo de ser tan apasionado á citas no hace ninguna para apoyar sus aserciones: por lo que no sin fundamento me inclino á creer que el pobre hombre no hizo otra cosa que copiar algun autor frances de poca nota y mas antiguo que el perfecto conocimiento de la legislacion romana. Coadyuva esta presuncion el que por dos veces hace mencion del célebre Cujacio sin citar ninguna de sus obras, llamándole Cujas, que es como le llaman los franceses, de suerte que se quedó en ayunas de que *Cujas* era Cujacio, cuyo nombre no pueden menos de haber oido y leido muchas veces aun los que no han hecho mas que saludar la jurisprudencia

225 Pero sea de esto lo que fuese, contrapongamos á semejante elogio una juiciosa y fundada crítica de la Jurisprudencia romana; y sin embargo de que hemos meditado mucho sobre ella y leido no poco acerca de un punto de tanta importancia, nada diremos de nuestra cosecha, porque pareceriamos parciales, y solo recurriremos á un letrado bien conocido en Madrid, de gran talento, lectura é instruccion, y de una dilatada práctica de los negocios forenses, primero en el egercicio de la abogacía y despues en el de la judicatura, ocupando un lugar bien merecido en el primer tribunal de la nacion: del célebre, quiero decir, Don Pablo de Mora y Jarava, que admiraron muchos de los que aun viven y residen en la córte. Este respetable magistrado, en su docto librito *de los errores del derecho civil, y abusos de los jurisperitos*, desempeña completamente su titulo.

226 »Yo protesto desde luego, dice al principio (*a*), que mi pluma no se dirige contra aquellos profesores verdaderamente sabios que han llegado á penetrar el fondo de la jurisprudencia. Aquellos, digo, que conducidos de un talento particular, é ilustrados de alguna erudicion han conocido los quilates del derecho romano. Porque estos saben muy bien, que el derecho civil encierra un tesoro prodigioso de máximas sublimes al mismo tiempo que está revosando impertinentes escrúpulos, é infinitas sinrazones. Bien lo saben, y para letrados de esta escelente casta fuera injuriosa mi censura. Reprendo solamente al vulgo (*aqui entra el impugnador*) de la jurisprudencia.....» »Nosotros vivimos (*b*), y hemos vivido con tal abatimiento y abandono del racional alvedrío, que sin mas fundamento que debió Papiniano, Ulpiano, Paulo y los demas jurisconsultos antiguos defendemos tan tercamente sus opiniones, como si fueran dogmas infalibles de fe. Y de aqui viene que los principios subalternos de la jurisprudencia los suponemos y no los examinamos, siendo muchos de ellos indignos no solo de hombres que profesan las ciencias, si tambien de los que solo están asistidos de una luz natural.»

227 »¡O juristas! prosigue, cuando todos se desengañan, solamente vosotros vivis bien hallados y contentos con vuestros errores! ¿Será acaso privilegio singular de esta ciencia? A vosotros mismos os presento por testigos. Creo firmemente, que no hay legista de me-

(*a*) Cap. 1, pág. 3 y 4.
(*b*) Cap. 1, num. 9 al fin.

diana razon, que en las causas que ha defendido, ó en las materias que ha tratado, no haya advertido interiormente ya varios abusos, ya opiniones erróneas, ya reglas y principios falsísimos, ya difiniciones ilusorias, ya finalmente infinitas especies del derecho civil llenas de supersticion y vanidad. Salga cualquiera á confesar ingenuamente su sentimiento, y será testigo de esta verdad. Corta prueba podrá dar mi desengaño, pero si de algo hubiera de servir, yo soy uno de los que mas incautamente bebieron errores infinitos en el mar inmenso del derecho romano. No cabe pues otro consuelo que ser yo mismo el que á golpes del desengaño publiqué mis errores, para que conocidos, consigan desengañarse algunos.»

228 En seguida apoya su dictamen en el de muchos sábios jurisconsultos, de los cuales, por no dilatarnos demasiado, solo referiremos el juicio de algunos. »Bacon de Verulamio, en aquel gran proyecto que concibió para restauracion de las artes, dió lugar á la jurisprudencia, conociendo los sustanciales y groseros defectos del derecho de Justiniano. Formó un código de nuevas leyes para el gobierno de Inglaterra... Despues del gran Verulamio entra aquel maestro universal de la crítica, gloria de Valencia y honor de toda España, Luis Vives, (digo) que conoció perfectamente los defectos, asi intrínsecos, como estrínsecos del derecho comun y de sus profesores.... Este, pues, hombre eruditísimo y juicioso en estremo, compuso un libro que intituló *de los vicios del derecho civil*; *de jure civili corrupto*, que es el séptimo *de causis corruptarum artium*. Por varios medios emprendió Vives la censura del derecho romano. Principió por lo mas interno de su cuerpo. Esto es, examinando el fondo de las sentencias y opiniones de los jurisconsultos, la contradiccion de sus sectas, su emulacion recíproca y el prurito de impugnarse unos á otros. Estas sin duda fueron causas poderosísimas, para que sus sentencias saliesen concebidas mas de la pasion de sus afectos que de la rectitud de la razon. Concurrieron tambien los respetos de los Emperadores, para quitarles enteramente la libertad, influyendo ya el miedo, ya la violencia, ya la avaricia, ya la ambicion, ya otros diferentes afectos. De aqui nace que unos testos estén rebosando sumision y adoracion hácia los Césares, y otros entereza y sobriedad, segun la complexion del César, que mandaba. Terrible y lastimoso egemplo puede ser de esta sospecha la muerte, que el Em-

perador Caracalla egecutó en el jurisconsulto Papiniano, porque no quiso condescender á su iniquidad. Y si Papiniano fue ilustre víctima de su constancia; lo que sabemos es, que hubo muchos Emperadores, parecidos á éste en la crueldad y tiranía, pero ignoramos que hubiese entre los jurisconsultos otro egemplo de integridad como Papiniano" (*a*).

229 »Francisco Hotomano, uno de los jurisconsultos mas sábios y eruditos que ha producido la Francia, sintió lo mismo que Luis Vives, pues aunque no atribuye á los antiguos jurisconsultos los vicios que contiene el derecho civil, refunde todos los defectos en Triboniano, y asi fuera de los muchos pasages de sus obras en que le reprende, compuso un libro ú opúsculo que llamó el *antitriboniano*..... El intento principal de dicho libro fue probar que es corto ó ninguno el fruto que sacan los juristas del estudio del derecho civil, cuya mayor parte se halla abrogada y sin uso, llena de confusion, contrariedades, antinomias y vicios; y finalmente no solo inútil, sino perniciosa su leccion por lo espuesta y facil á recibir dudas y cuestiones sobre sus testos.... Uno de los principales capítulos de que consta la acusacion de Triboniano, es el desprecio que hizo de los jurisconsultos antiguos como Sesto Papirio, Apio Claudio, Quinto Mucio, Sesto Elio Druso, Rutilio Rufo, Quinto Tuberon, Escipion Nacita y otros que fueron los maestros de la jurisprudencia y aun de los posteriores jurisconsultos Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo y los demas."

230 »El doctísimo y juiciosísimo cardenal de Luca tenia muy bien penetrados los errorres y defectos del derecho comun. A cada paso esclama contra la servil diferencia que los legistas le dan. Y debe notarse que escribió en Roma, donde por estatut particular se observan como leyes las resoluciones del derecho antiguo. Pero lo mas singular de este hombre incomparable, fue, que á vista de una ley espresa, y á vista tambien de todos los abogados y juristas de Roma escribió aquel tratado tan lleno de preciosidad y crítica, que intituló: *Conflictus legum, et rationis.* No ignoro, que algunos, para acreditarse de idiotas, (*pobre impugnador*) reprenden en este hombre lo que es mas digno de alabanza, esto es, que no llena sus páginas de citas y nú-

(*a*) Nn. 10, 11, 12 y 13.

meros impertinentes, como estilan los demas legistas. De este abuso pueril ya hablaremos en otro discurso. Ahora bástanos saber el aprecio que los hombres de juicio hacen de las obras de Luca."

231 Luis Vives (*lib. 7, f. 803*) dice siguiendo la autoridad de Suidas, que Triboniano, aunque era hombre erudito y de grande juicio, era de perversas costumbres; que acostumbraba vender las leyes y derogarlas á el arbitrio del que mas dinero le ofrecia..... Antonio Augustino (*de legib. pag. 42*) con Procopio en la historia secreta despues de notar que muchas de las leyes posteriores á las de las doce tablas no tuvieron otro principio que la ambicion, envida, y otras causas depravadas..... dice de Triboniano, que vendia las leyes, fingia y suponia las antiguas y nuevas."..... »Lo que yo creo firmemente es lo que San Bernardo escribió al Papa Eugenio hablando del derecho civil. *Hæc autem non tam leges sunt, quam lites, et cabilationes. Las leyes de Justiniano no son leyes sino pleitos* y cabilaciones. Esto siente San Bernardo, y esto mismo creo yo.»

232 El juicioso y erudito Don Diego Saavedra en una de sus empresas reprendió la misma obstinacion de los legistas, de cuyo obsequio indecoroso (dice) resulta que las de España sean tan poco atendidas aun de nosotros mismos: viniendo por este medio á quitar á las leyes españolas todo aquel respeto y atencion que injustamente transferimos á las romanas. El Marques de San Felipe, hombre á la verdad sentencioso, sábio y erudito, en su *Monarquía hebrea* llamó á este ciego asenso que damos al derecho civil *pueril é indigna condescendencia de hombres dotados de razon.* Navarrete en los comentarios de la consulta que el Consejo hizo año de 1619 á Felipe III para la restauracion de España propuso como uno de los medios preciosos la correccion del derecho romano.»

233 Habiendo citado el Señor Mora y Jarava los mencionados autores y otros varios que se omiten, principia así el capítulo 2. »¿En qué fundan los sectarios del derecho civil la ciega deferencia que le tributan? Yo lo diré, que como algun tiempo fuí acérrimo defensor de sus máximas y leyes, tengo bien impreso el motivo: unos hombres que fueron los oráculos de la jurisprudencia en los siglos mas cultos y adelantados que gozaron las letras; unos hombres tan respetables por su doctrina é ingenio que merecieron no solo el gobierno de la cabeza del mundo, si tam-

bien una confianza tan íntima con los emperadores romanos, que no tanto fueron sus consejeros como sus amigos; unos hombres finalmente que en las reliquias de sus obras, que componen el vasto volumen de las Pandectas, han sido admirados y seguidos de las naciones mas sabias de la Europa: ¿cómo no han de arrastrar el asenso de cuantos entran por las puertas de la Jurisprudencia?.... Pues ¿qué si á esto se añade el maduro escrutinio que de órden de Justinano hicieron Triboniano, Theófilo, Doroteo y otros varones ilustres para la formacion de esta obra? ¿Qué no trabajarian? ¿Qué no examinarian? ¿Qué no discurririan para salir con tan alto empeño? ¿no tendrian muy presentes estos que llamamos errores? Y pasando mas adelante, un Emperador tan grande como Justiniano, tan católico y tan capaz (en la opinion de muchas historias) ¿cómo es creible que en todo su imperio estableciese unas leyes llenas de errores, supersticiones y falencias? ni ¿cómo hubiera sido posible, que por tantos siglos fuesen obedecidas, y fuese gobernado un imperio tan dilatado como alcanzó y restableció este Emperador.

234 A este argumento satisface el señor Mora y Jarava con decir entre otras cosas »Se trae la autoridad de los antiguos jurisconsultos como escudo de todo lo que contienen las Pandectas; en que noto un supuesto falso, y es que haya en el derecho civil proposicion que sepamos, sea conforme á la opinion del jurisconsulto á quien se adscribe. Triboniano con una libertad absoluta y reprensible quitó, añadió y alteró cuanto quiso en las obras de los jurisconsultos. Esto lo dice el mismo Triboniano...(*a*). Ve aqui donde Triboniano se previene de la acusacion que justamente le hacen muchos. Dice que todo lo que se halle en el derecho civil ha de observarse, no obstante que sea diverso, ú contrario de lo que sintieron los antiguos jurisconsultos. En cuyo caso (advierte Triboniano) que la mutacion ó contrariedad no se ha de atribuir á error de la escritura sino al mismo Triboniano, á quien el Emperador dió la libertad de alterar lo que le pareciese para conciliar las sentencias de los jurisconsultos. Y así aunque leamos ésta ú la otra decision en el epígrafe de Papiniano v. gr. no podemos afirmar que éste fuese su dictamen. A caso sintió Papiniano lo contrario Y si Triboniano para ajustar las opiniones opuestas de los antiguos, alteró ú invirtió sus sentencias;

(*a*) §. 2. Constit. Deo auctore, cuyas palabras se copian.

luego ya no puede con la autoridad de los jurisconsultos cohonestarse el culto que se tributa al derecho civil..., Luego toda la fe de estos libros viene á estirpar sobre la autoridad de Triboniano. Y ¿ quién fue Triboniano ? Hombre que, segun dicen las historias de su tiempo, vendia las leyes y negociaba con ellas. Hombre que en el sentir de los mismos juristas cometió mil torpezas y anacronismos en la composicion del derecho civil: hombre poseido de vicios execrables, y no como quiera indiferentes, sino opuestos derechamente á la rectitud del ánimo que requeria tan gran obra; y hombre en una palabra en quien los historiadores antiguos Procopio, Suidas y otros á quienes sigue Baronio, año 529, n. 26 convienen en que hacia comercio de las leyes.»

235 »Mas demos que Triboniano por sí solo tenga accion á nuestra ciega diferencia. Pregunto: las Pandectas que poseemos ¿ son las mismas íntegramente que ordenó Justiniano ? ¿ Se mantienen con la misma pureza sin mezcla de especies adulterinas y sin alteracion ó corrupcion de sus testos ? Los juristas asi lo creen ciegamente; pero oigamos la historia ú la fortuna que corrió el derecho romano antes que se introdujese en la Europa. Por los años 532 ó 34 salieron á luz las Pandectas justinianas, que de comision de este Emperador ordenó Triboniano acompañado de otros jurisconsultos. Conservároнse en el oriente hasta el año de 867, en que el Emperador Basilio Macedon, ambicioso de gloria,..... (*Dase noticia de otros varios códigos y libros, y se concluye*) cuyos libros todos concurrieron á oscurecer las Pandectas, siendo este el fin de los Emperadores que le sucedieron (*á Justiniano.*) Esta fortuna corrian en oriente las Pandectas de Justiniano; pero en el occidente aun tuvieron suceso mas infeliz; porque fuera de Ravena, que era exarcado del imperio griego, en todo el resto de Italia, España, Francia, Alemania, &c. ó no fueron recibidas, ó tuvieron tan poca subsistencia, que inmediatamente se oscurecieron... En el año de 1130, ó 1148, (que en esta circunstancia varian los historiadores) los soldados de Pisa, que militaban bajo de las banderas del Emperador Lotario contra Rogério, que se titulaba Rey de las Sicilias, en la espugnacion de la ciudad de Amalfi junto á Salerno, tropezaron en el rincon de una casa con las Pandectas de Justiniano. Pasáronse á Pisa, y siendo esta ciudad subyugada por los florentines, se llevaron á Florencia, donde se conservan. Trascendió la noticia to-

da la Europa: tradújolas del griego al latin Irnerio: llenóse Italia de egemplares: llegaron á España algunos que fueron materia parcial para la formacion de las Partidas, á cuya emulacion el aragonés ordenó sus fueros."

236 Pasa despues el señor Mora y Jarava á demostrar con poderosos fundamentos, que con mucha razon puede sospecharse si las Pandectas halladas casualmente en un lugar de Italia son íntegramente las mismas que se formaron en Constantinopla, y aun trae en su favor dos grandes autoridades. »Aquel famosísimo y eruditísimo jurisconsulto Andres Alciato, dice, que tuvo la gloria de ser maestro del grande Antonio Augustino, y fue del mismo dictámen. Resueltamente niega que el cuerpo del derecho civil que ahora tenemos, fuese auténticamente el mismo que se formó de órden de Justiniano... No merecen tanta fe los libros del derecho que se haya de abandonar la razon por seguirlos... Dichos libros de ningun modo son auténticos, sino escritos muchos siglos despues de Justiniano, tratando de necios á los que con tantas ceremonias y respetos hacen de ellos alarde." »Antonio Augustino sintió lo mismo, creyendo que nuestras Pandectas originales fueron escritas muchos años despues que murió Justiniano, acaso por algun jurisperito de la Grecia. Y esto lo funda &c. lo que convence que no deben ser venerados estos libros, como si fueran algun singular monumento de la jurisprudencia» (*a*).

237 Satisface el citado autor á algunas razones en favor de la autenticidad de las Pandectas, y continúa (*b*). »Basta para mi intento que esten las Pandectas mezcladas y salpicadas de especies y fragmentos adulterinos, segun sería el antojo del griego que las escribió; ¿cómo se ha de dar fe á un instrumento que contiene confusamente cláusulas verdaderas y supuestas?.... Yo no intento hacer demostracion de que las Pandectas que poseemos sean apócrifas en todas sus partes; pero nadie podrá negarme que su fe queda muy dudosa mediante los argumentos propuestos contra su legitimidad; lo que arrastra la fe de los legistas es la alta opinion de los antiguos jurisconsultos y la recomendacion de Justiniano: estas dos circunstancias si no son supuestas son á lo menos dudosas; pues ¿cómo ha de obligar el culto no siendo cierta la deidad?»

(*a*) Pág. 51, 52 y 53.
(*b*) Nums. 64, 65, 66 y 67.

238 »Dejemos las Pandectas originales, y pasemos á examinar las que corren en las Universidades, como copias suyas, y éste será otro argumento demostrativo de nuestra ceguedad. Hasta que Alciato emprendió la correccion de las Pandectas, fueron infinitos los errores que se bebieron en aquel inmenso mar. Ya se dijo que el cuerpo del derecho civil se encontró en Amalfi, escrito en lengua griega; hicieronse de él varias traducciones; pero ya por la impericia de los traductores, ya por la poca cultura que en aquel siglo gozaba la lengua latina, salieron los egemplares llenos de infinitos vicios. Este achaque es casi inevitable en todas las versiones del griego al latin, bien por la desigualdad de ambos idiomas, no siendo el latino tan fecundo como el griego; bien porque los traductores rara vez poseen toda aquella pericia necesaria para el intento. De hecho la jurisprudencia estaba muy oscurecida, ó muy desemejante á su original en tiempo de aquellos jurisconsultos tan famosos Bártulo, Baldo, Acurcio y otros.»

239 Se hace mencion de Alciato, Antonio Augustino, Cujicio y otros que castigaron y suplieron el derecho civil introduciendo en el cuerpo de él varios testos y auténticas. »Ahora pues de aqui se infiere precisamente que infinitas doctrinas y opiniones que asi entre los autores como en las universidades y tribunales se han defendido, han sido y son contrarias á la mente de los jurisconsultos, y del mismo Justiniano, puesto que las leyes y testos en que se fundan no conforman con el original.» (Omítese lo que sobre esto se trae de Antonio Augustino, y Luis Vives). »Y yo añado á todo lo dicho, que estos libros cuando se encontraron estaban descuadernados, comidos, raidos, destrozados, y con otros muchos defectos de aquellos que acarrean las guerras y sucesos estraños, que fueron muy frecuentes en la carrera de seis siglos que mediaron desde Justiniano hasta el hallazgo de las Pandectas. Y asi bien podré yo sacar la consecuencia que Luis Vives dedujo sobre el mismo asunto: luego las Pandectas que poseemos estan tan viciosas que muchas veces ni los hombres mas doctos é ingeniosos pueden penetrar el sentido de sus testos: *ergo libros illos mendacissimos habemus, adeo ut plerumque nec adoctissimis atque ingeniosissimis percipe possit sensus.*»

240 En el capítulo 3 censura estensamente *varios princi-*

pios subalternos y testos capitales del derecho civil: hace ver los *errores de los romanos sobre la naturaleza y condiciones de los pactos, los escrúpulos é iniquidad del derecho civil sobre los testamentos*: impugna el *derecho de acrecer*, &c. &c.

241 En el capítulo 4 prueba muy bien y con toda especificacion que en el *derecho civil sobra la mayor parte de sus leyes, y falta lo mas precioso de la jurisprudencia.* De él merecen sacarse las cláusulas siguientes. »Si para establecer un buen gobierno se deben reducir las leyes al número mas breve, como enseñan todos los maestros de este arte, ¿no será imprudencia aumentar estatutos para casos que jamas suceden ni pueden suceder en el sistema de nuestra monarquia? Y si es tan dañoso á una república mantener leyes inútiles é impertinentes, ¿qué será conservar leyes contrarias á la razon y á su gobierno? Luego siguiendo el egemplo de los romanos (que para los legistas es precepto inviolable) debemos desechar de nuestra república todo lo que es inútil y ridículo en el derecho comun. Y así permitiendo que el civil haya sido la fuente de nuestras leyes reales (cuyo error comun no es del caso combatir aquí) no prueba eso que deba enseñarse en las universidades, en el estado que hoy le tenemos, y con el método que se practica. Ni tampoco evita los inconvenientes y perjuicios que trae consigo tal permision."

242 »Solamente merece el nombre de jurisperito aquel que enterado de los verdaderos principios y máximas del derecho comun que se hallan confusamente esparcidos entre lo infinito de sus testos, sabe, discerniendo y despreciando lo inútil, entender cautamente los autores prácticos y valerse de ellos con discrecion en la ocurrencia de las causas. Pero semejante penetracion es rarísima prenda entre los legistas... De la variedad y confusion del derecho civil proviene tambien que España y toda la Europa se halle sumergida entre pleitos, como nota Justo Lipsio (*de legib. cap.* 10.) porque no hay dictámen ni pretension, por estravagante y dura que parezca, que no pueda apoyarse con testos y doctrinas del derecho romano, por cuya razon no hay en la jurisprudencia proposicion cierta ni conclusion segura, fuera de aquellas abstractas y generalísimas que influyen poco en la resolucion de las dudas y pleitos. Y para prueba sensible de que el derecho civil es el origen y fundamento de casi todos pleitos, véanse con atencion los que hoy penden. Noten los abogados y

jueces los pleitos que actualmente llevan entre manos, y hallarán que apenas hay alguno que se sostenga sobre la inteligencia de las leyes reales. Facil es la observacion; pero tan cierta como facil. En los informes que se hacen y en los papeles que se escriben, no se oyen ni leen sino testos civiles y autores que escribieron sus opiniones al abrigo de ellos. Rarísima vez se observa que ambos abogados en el punto preciso de la dificultad citen cada uno por su parte las leyes del reino, porque en aquellos casos decididos por la ley real no hay la variedad, contradiccion, ni confusion que notamos en las leyes romanas. Y asi es preciso confesar que el derecho civil es el origen y el fomento de casi todos los pleitos. A lo que atendiendo san Bernardo dijo (como hemos notado arriba) escribiendo al Pontífice Inocencio IV. *Las leyes de Justiniano no son leyes, sino pleitos.*»

243 En el capítulo 5 propone el docto autor un remedio de los males del derecho comun, á fin de que en las universidades se estudiase todo lo que adaptara á nuestras leyes y gobierno, sin privar á los juristas de la noticia de las antigüedades romanas y máximas fundamentales del derecho, evitando la confusion y mezcla de especies inútiles con las provechosas, para todo lo cual habia de formarse un estracto de aquellas leyes civiles que confrontasen con las nuestras, desechando todas las resoluciones no observadas en España por injustas ó inútiles; como tambien las materias ó tratados que jamas se oyen en los tribunales, v. gr. de esclavos, manumisiones y otros infinitos puntos desterrados de todo el comercio humano. Formado el estracto que á su parecer quedaria en la vigésima parte del volumen del Digesto y Codigo, habian de incluirse en él los puntos mas principales y frecuentes en el foro, decididos con arreglo á las leyes del reino y opiniones mas recibidas en España, como son, mejoras de tercio y quinto, mayorazgos, censos, &c. Al mismo tiempo habia de procurarse vaciar en el estracto todos los elementos y puntos mas generales del derecho público, sin omitir lo mas esencial del derecho marítimo, tan ignorado en España.

244 De este nuevo Código teorico-práctico habia de sacarse un estracto ó médula para servir de *instituta*, observando en su formacion las mismas reglas espresadas, y para la mayor facilidad de los que estudiasen jurisprudencia convenia, y aun era preciso formar un legicon ó diccionario breve que esplicase

con pureza las voces y frases mas dificiles del derecho. Finalmente, para que se enterasen los juristas en las antigüedades romanas habia de enseñarse la historia del derecho civil en una de las cátedras destinadas entonces para la esplicacion de éste, á cuyo fin podria echarse mano entre otros del Brunquelo, ó Francisco Poleto, que redujeron á un tomito en 4.° la historia del derecho civil con buen método y crítica. De suerte que en cuatro meses podria instruirse cualquiera de aquella historia con mucho mas fruto que si estudiára ocho ó diez años el derecho comun.

245 En el capítulo 6 y último se hacen varias observaciones para precaverse de los errores del derecho civil en su estudio y práctica, mientras no se pusiera en ejecucion la idea principal referida, y da fin el autor á su libro con estas palabras. »No faltará quien diga que nada se pierde en vivir y pasar por donde nuestros mayores: ¡ó ceguedad merecedora de un eterno suplicio! ¡Qué de errores, qué de abusos, qué de injusticias, qué de maldades no se abrigan al favor de este inicuo patrono! ¿Que un delito ha de ser disculpa de otro delito? ¿Que ha de ser consuelo para los hombres lo envejecido de un mal? ¿Que hayamos de caminar al precipicio dando por razon que muchos se han despeñado?..... ¿Qué importa que las leyes reales se recopilen y ordenen si el mal inevitable nos viene del derecho comun, pozo inagotable de pleitos, opiniones y confusion? Aquí, aquí está la raiz de este cáncer; pues aquí, aquí ha de aplicarse el cauterio. El amor de hijo me obliga á representar lo que alcanzo para servicio de Dios y de España. La empresa para lo grande no es dificil, el provecho es incomparable, el daño es conocido y terrible; luego la aplicacion es precisa." Comparese esta pintura ó crítica que de la legislacion romana hace el señor Mora y Jarava con la del impugnador, y decidan entonces los lectores.

246 Para defender el impugnador en todo y por todo á don José Febrero, de suerte que pueda conceptuarse su obra uno de los monumentos mas portentosos que ha producido en todas las épocas el ingenio humano, pone fin á su escrito haciendo la defensa del lenguage, estilo y método. La defensa de éste solo consiste en sus acostumbradas generalidades. *El método*, dice, *guarda regularmente el órden mismo de las ideas; establece los principios, saca las consecuencias, define, divide, y razona lo que*

dice; *en fin, es cual corresponde para ser entendido de todos, principalmente de los principiantes á quienes se dirige.* Mas apesar de esto ni aun da satisfaccion alguna á lo que contra el método de Febrero decimos en nuestro prólogo. Allí solo diremos que podrá formar juicio el lector de cuál será el órden de tratarse las materias en la *Libreria de Escribanos*; cuando en el capítulo 1 de la 1.ª parte se habla antes de los legados y legatarios que de las herencias y herederos, que son lo mas principal en un testamento: cuando se habla de las condiciones de las herencias y legados antes que de éstas: cuando tambien les preceden las mejoras: cuando se trata de los albaceas ó ejecutores de últimas voluntades antes que espresar todo lo respectivo á ellas: cuando anteceden la substitucion popular y egemplar á la vulgar que es la mas conocida y mucho mas frecuente: cuando habla de los herederos estraños antes que de la exheredacion que se refiere á los herederos forzosos: cuando trata de la cláusula codicilar seis párrafos antes que de los codicilos: cuando entre los párrafos del citado capítulo y últimas voluntades se introducen los dos *de los bienes gananciales, y de los bienes que deben ó no reservar los viudos ó viudas que se casan segunda vez*; puntos absolutamente agenos del capítulo, cuando &c. &c.

247 En orden al lenguaje y estilo del autor original, el impugnador solo defiende el primero y no el segundo, pues es claro que confundió el uno con el otro teniéndolos por una misma cosa, sin embargo de ser diversas, y de que por lo mismo puede un escritor de buen lenguaje tener mal estilo. Pero sea de esto lo que fuere, satisfaremos á las razones que alega en favor del lenguaje de Febrero, remitiéndonos antes á lo que sobre éste decimos en nuestro prólogo del tomo primero.

248 Es verdad que en el Diccionario de la Academia se hallan las voces *aducir*, *oblicuar* y otras usadas por Febrero; pero las trae como anticuadas, y como tales vituperamos su uso en nuestro prólogo. La palabra *condidor* se halla tambien como anticuada; mas no es ésta de la que usa Febrero, sino de la de *conditor*, que ni es vieja ni moza. Las espresiones *desatarse la substitucion egemplar y desatarse el testamento* se defienden con que son el lenguaje legal y literal de las leyes de Partida. La ley de éstas que habla del *desate* de la substitucion egemplar, no usa del verbo *desatar*, sino del *desfacer*. Por otra parte, si en nues-

tros dias podemos usar en todo del lenguaje de las Partidas, bien pudo el impugnador haber usado siempre del *ca*, del *ende*, del *otrosi*, del *facer*, de *fijos*, del *furtar*, del *maguer*, de *otri*, de *liña*, &c. &c.

249 Respecto á las voces técnicas de la jurisprudencia hemos dicho que no era de admirar no hubiese ocurrido á ninguno de nuestros jurisconsultos desterrar de la noble jurisprudencia y del respetable foro las espresiones macarrónicas, y que apesar de su autoridad y de la veneracion en que quisiera tenérseles; ¿por qué á la espresion *escepcion de la non numerata pecunia* no habia de substituirse la de *escepcion del dinero no entregado*, &c.? Pero sin embargo creimos que para substituir á la oscuridad la claridad, y para que todos las entendiesen era muy conveniente dar traducidas dichas espresiones latinas, con especialidad *en una obra práctica, donde*, como dice el impugnador, *todo debe ser práctico, acostumbrado y corriente*. De las tales espresiones algunas pocas se suprimieron enteramente, por no haber de ellas la menor necesidad; otras muy pocas se conservaron intactas, como *ipso jure* y *proindiviso*, á causa de haberse incluido como castellanas en el gran Diccionario de nuestra Academia española. ¿*Qué entenderá un escribano ni nadie, dice el impugnador, por la gerigonza de la accion de negocios hechos, juramento en pleito y restitucion por entero*? Mas si un escribano ni nadie entiende este castellano, mucho menos entenderá la *accion negotiorum gestorum, juramento in litem, ni restitucion in integrum*: á cuyas voces llama *armónicas* y muy *significativas* el juez conservador ¡Qué oido tan fino y delicado! Es cierto que el idioma técnico de las ciencias y artes nadie le entiende regularmente sino los profesores de ellas; mas no obstante el lenguaje de la jurisprudencia debe ser muy claro, porque todos deben saberla, ó estan obligados á saber las leyes, las cuales se establecen para todos, y han de estar escritas de manera que todos las entiendan, mayormente cuando esto es muy facil de conseguirse, y en vez de necesitarse algun estudio para ello, basta que se escriba en un lenguaje tan claro como el nuestro en el Febrero.

250 Por donacion *propter nuptias*, *nomenclatura* (*) autorizada por nuestras leyes, dice el impugnador, se *tradujo capitales*; y así

(*) Es mucha impropiedad aplicar la palabra *nomenclatura* á una sola voz ó espresion. Véase el Diccionario de la Academia.

se hizo por no haber otra mejor de que echar mano. Segun el uso recibido y adoptado por el mismo Febrero, y segun tambien el diccionario de nuestra lengua, *capital* significa el caudal ó bienes que lleva el marido al matrimonio, y como regularmente aquellos son una donacion que hacen los padres á los hijos, para que contraigan matrimonio con decencia, y sostengan sus cargas, los capitales suelen ser unas donaciones que hacen los primeros á los segundos. Si la voz *capitales* tiene otras significaciones, lo mismo sucede á casi todas las voces que tenemos y el contesto determina la significacion que debe darse. Vease en el Febrero Reformado la palabra *capital* como equivalente de donacion *propter nuptias*, y dígase entonces, *si da ideas falsas, si es muy inexacta, y si por ser muy genérica y tener otros usos*, dejan de entenderla muy bien todos.

251 Digimos en una nota del prólogo, que »debió Febrero escribiendo en un tiempo tan culto, y en que tanto procuran nuestros escritores modernos á imitacion de los estrangeros, adaptar su propio idioma á todas las ciencias y artes, esplicar en el mismo las muchas espresiones que puso en el latino siguiendo á los autores latinos; puesto que nuestra lengua no es menos enérgica ni rica de voces que las estrangeras. Y por otra parte fue una necedad muy estraña y aun vituperable en Febrero, que usase de infinitas espresiones latinas, no pudiendo ignorar que es rarísimo el escribano que entiende el idioma latino.» Esta nota tan juiciosa y cierta la impugna el juez conservador de preocupaciones y ranciedades, pero de un modo que puede concedérsele todo ó casi todo lo que dice. Sea enhorabuena que el célebre Linneo quisiese que las voces de la botanica se tomasen de los idiomas griego y latino: sea enhorabuena tambien que los químicos modernos usen con frecuencia de las palabras *oxígenos*, *hidrógenos*, *azootes*, *muriates*, *sulfates*, &c. No podemos oponernos á esto; pues haciendo semejante uso, se da tal estructura, ó terminacion á las voces agenas que parecen propias del idioma en que quieren usarse, que es lo que nosotros hemos hecho y queremos se haga. Tomemos las voces del idioma del gran pueblo que tanto cultivó y adelantó en la jurisprudencia; pero no las usemos como ellos las usaron, sino apropiadas á nuestra lengua. Por egemplo no queremos se diga en libros escritos en lengua castellana, ex-

cepcion de la *non numerata pecunia*, ni donacion *causa mortis*, ni *suceder*, ni *capita*, ó in *stirpem*, y por lo mismo traduciéndolas hemos dicho *la escepcion del dinero no entregado*, la donacion *por causa ó temor de muerte*, *suceder por personas ó por estirpes*. De esta manera se habla en castellano, y de modo que todos lo entiendan, tomando al mismo tiempo las voces de la lengua latina y haciéndola el honor que se merece.

259 Nada nos embaraza que en el lenguage diplomático (muchas veces nada *culto* ni *magestuoso*) se usen algunas voces latinas, ni que el cuerpo federativo germánico llame *conclusion* á las resoluciones definitivas de sus dietas, ni que los ingleses llamen *habeas corpus* á la célebre fianza que es el escudo de su libertad personal, &c. Estas voces y otras semejantes se introdujeron en tiempo que los idiomas se hallaban en su infancia, ó muy groseros é imperfectos, y con el uso de muchos siglos se han hecho bastantemente conocidas para que las entiendan todas las personas que tienen obligacion ó interes en entenderlas. Por otra parte, las voces propias del lenguage diplomatico, como que éste corresponde á todas las naciones, no es facil que aunque deban enmendarse, intente ninguno hacerlo, y si son latinas, parece deben conservarse, por cuanto el idioma latino se estudia y entiende en todos los paises de alguna cultura. Finalmente de que nunca se haya hecho una cosa, no se infiere que no debe hacerse; y si se debe hacer, bueno será que se haga, aunque nunca se haya hecho. Nada de lo dicho sucede en el caso presente. Se han traducido á nuestra lengua las voces latinas escritas en una obra castellana de jurisprudencia compuesta principalmente para los escribanos que no entienden latin, y que todos deben entender.

260 Los defectos de Febrero en punto á lenguage y estilo son intrinsecos y generales en toda la obra, y no solo de uno ú otro periodo como quiere hacer creer su juez conservador, de manera que puedan atribuirse á estar Febrero algunas veces de mal humor, sino que estuviese siempre con éste, mientras escribia su obra. Cualquiera que haya leido algo en la *Librería de Escribanos*, no podria menos de leer con estrañeza que su autor *siguió la moda en castellanizar algunas voces latinas, y que el adjetivar los substantivos, substantivar los adje-*

tivos, y naturalizar las voces griegas y latinas, es una de las mayores galas de los petimetres literarios. Nuestro apreciable autor no entendia seguramente de modas ni galas respecto á la cultura de la lengua. Si no son mas castellanas que las notadas á Febrero otras que espresa el impugnador, tambien deberán vituperarse mientras no las haya adoptado el comun de las gentes, de modo que pudieran incluirse en un buen diccionario castellano. Antes de esto las voces nuevas que se usen como castellanas, no lo son en efecto ni deben usarse, aunque se vean en escritos públicos ó diplomáticos, y se oigan á los que se precian de cultos y estan acaso muy lejos de serlo. La introducion de voces puede tolerarse á lo mas, cuando se hace por necesidad ó mucha conveniencia, y por personas que tengan autoridad en materia de lenguage. Asi es que no creyendo tenerla el Reformador del Febrero dijo en su prólogo: »A la verdad como desconocidos en la república de las letras carecemos de la autoridad necesaria para introducir voces en nuestro idioma, pero fuera de que solo hemos hecho el papel de traductor, atiéndase á si merecerá nuestro pensamiento la aprobacion de los escritores cultos y amantes de la pureza y hermosura del habla castellana.»

Apéndice en que se satisface á la impugnacion de algunas notas hechas en otras del Febrero adicionado.

En la nota del número 4. cap. de testam. digo que debe entenderse derogada la solemnidadd testamentaria de la *rogacion*; pero el nuevo anotador de Febrero la tiene por necesaria: error nada estraño en quien ignora lo que es. Quiere se entienda por ella, no la suplica á los testigos para presenciar un testamento, sino el *prevenirles, advertirles, cerciorarles, ó requerirles de que se exige su presencia* para el testamento. Las leyes romanas usan de las palabras *rogati, rogatos* y *rogatis*, y las de Partida *rogados* y *rogar*. Registre el anotador los diccionarios latinos y los de nuestra lengua, y nunca encontrará que el verbo *rogare* y *rogar* tenga las significaciones que por su mero capricho les da, sino la de *pedir por favor ó suplicar*: Este ruego ó súplica es la que en nuestro concepto no se necesita en la celebracion de los testa-

mentos, aunque la exigiesen las leyes de Partida; y si el anotador no entiende por la rogacion el ruego, viene á ser de mi propia opinion De la misma y por los mismos fundamentos que esponemos, son tambien entre otros autores Antonio Gomez (*ley 3. de Toro n. 29.*) y Don Juan Sala en sus notas al Vinnio (lib. 2. tit. 10. §. 3.) sin embargo del aprecio que ambos muestran hacer del derecho romano, con especialidad el primero que á veces sigue éste sin embarazarle las contrarias disposiciones del nuestro.

Dos son las razones en que apoya su parecer el anotador: la una es que las leyes recopiladas no prescriben de propósito todos los requisitos del testamento, por suponerlos prescriptos en las de Partida, y que solo tratan *de algunos respectivos á los testigos en que hicieron novedad, quedando por consiguiente en su fuerza y vigor todo lo demas no derogado.* Pero léanse con reflexion dichas leyes Recopiladas, y se advertirá, como lo advirtieron muy bien los autores citados, que prescribieron de intento todas las solemnidades que habian de intervenir en los testamentos, sin exigir otras algunas que se espresan en las leyes de Partida, y añadiendo la intervencion de un escribano, lo cual descubre una equivocacion del anotador, cuando dice que las leyes Recopiladas solo hablaron de algunos requisitos tocantes á los testigos. La otra razon es que la rogacion de los testigos se dirige á hacerles constar la seriedad del acto, y á que no duden de haber sido llamados, para servir de tales y presenciar la celebracion del testamento. Mas son tantas las solemnidas prescriptas en las leyes Recopiladas que ninguna falta hace la rogacion, para que los testigos adviertan la seriedad del acto, y no duden del motivo de su llamada, mayormente cuando ha de intervenir una persona publica como un escribano que antes no intervenia, y cuya presencia basta por sí sola para conocer que se trata de celebrar un acto serio é importante y no de cosa de juego ó de alguna bagatela.

Pero aun mas estraño que su error tocante á la rogacion ha sido el furor ó rabia que le causaron estas espresiones: *las leyes de la Recopilacion no se acomodan como las de Partida á las formalidades ó sutilezas del derecho Romano.* »Este es un absurdo, esclama, un desprecio infundado del codigo mas sabio y metódi-

co que se ha conocido en la Europa, un ultrage del legislador y de los sabios que le formaron, y una prueba de su falta de inteligencia aun de nuestra lengua y de la fuerza de las palabras.» Es una cosa bien sabida que los legisladores de las Partidas formaron la mayor parte de su obra con el derecho romano usando frecuentemente aun de sus mismas palabras; pero con dificultad se advertirá esto en las leyes Recopiladas, cuyos autores querian al parecer formar una legislacion nueva y original sin atenerse á la romana, que al mismo tiempo que mucha sabiduría y equidad contiene mucha ignorancia é injusticia, innumerables errores y defectos, entre estos un gran desórden ó falta de método en la distribucion de los libros, títulos y leyes. Es digna de leerse y aun meditarse la docta obra del Señor Mora y Jarava, ministro que fue del supremo Consejo de Castilla, intitulada: *Los errores del derecho civil, y abusos de los jurisperitos.* Si el anotador hubiese leido este libro, y otros muchos que ni habrá tomado en las manos, ni habran llegado á su noticia, no habria tenido la temeridad de sentar tan necias espresiones. Nótame el no entender mi propia lengua ni la fuerza de las palabras. Si me hiciese esta objecion quien hubiese estudiado y cultivado con esmero el lenguage castellano, podria tolerarse; pero es el caso que la hace quien en todo cuanto ha añadido al Febrero, manifiesta su mucha ignorancia en la lengua patria sin habernos dado por otra parte ningun escrito público que pueda convencernos de lo contrario. Para demostrar esta verdad pondremos algunos egemplos sacados de las dos notas primeras.

En el primer renglon de la nota primera dice el anotador: *en las notas del Febrero reformado tomo* 1. *pág.* 38 *dándose una inteligencia equivocada á la ley &c.* Debió decir: *en la nota* 2. *&c.* pues yo no hablo de la rogacion en muchas notas sino en una tan sola. Mas abajo dice: *no valian las mandas, y demas disposiciones*, en lugar de *no valian las mandas ni demas disposiciones.* A continuacion añade. *Y así ordenó que teniendo el testamento la solemnidad de testigos que la misma ley previene, subsistiesen los legados y demas disposiciones; aunque no se hiciese institucion de heredero*: habia de haber dicho *aunque no se hubiese hecho institucion de heredero*, sobre lo cual puede consultar la gramática castellana de la Academia, que á lo mas solo habrá visto casualmen-

te y por el forro. En seguida dice: *es verdad que usó de la palabra testamento, pero fue en un sentido ámplio, vulgar y comun que abraza toda la última disposicion*: debió decirse, *que abraza todas las disposiciones últimas, ó todas las últimas disposiciones*, porque el singular es aqui impropio ó causa disonancia. La segunda nota principia: *la rogacion de los testigos ordenada por las leyes de Partida... se dirige á hacer constar á los testigos la seriedad* del acto, y que no duden de que han *sido llamados*, &c. Habia de haberse dicho *y á que no duden*, pues esta espresion va regida por *se dirige* y debe ponerse la proposicion *á* para mayor claridad y evitar toda equivocacion. *Se exige*, dice tambien, *su presencia ó testimonio para el acto de hacer testamento*: mejor estaria *para el acto de un testamento, para hacer testamento ó para el testamento. Asi es, que son indispensables otras solemnidades ordenadas en las las leyes antiguas, aunque no sean mencionadas en las leyes de Recopilacion.* Para no cometerse en estas palabras dos errores gramaticales habia de haberse dicho, *aunque no esten mencionadas ó no se hayan mencionado en las leyes de la Recopilacion. El Señor Gregorio Lopez dice que aunque el escribano no de fe de la rogacion de los testigos se puede probar con dos, y que del hecho de consentir el testador que firmen, ó que se les nombre, parece, ó se presume, que fueron rogados.* Debió decirse: *y que por el hecho de consentir el testador, &c. parece ó se presume que fueron rogados. Y asi debe prevenírseles que se les llama precisamente para esto* Véanse aqui en pocos renglones muchas pruebas seguras de la ignorancia de nuestra lengua que padece el anotador, metido á maestro de ella por su propia autoridad. Estos egemplos bastarán para conocer cuantos centenares de errores gramaticales habrá cometido en todo lo que ha escrito en el Febrero, y en lo poco que se ha detenido á reformar su lenguage; pues seria una necedad é impertinencia gastar mas tiempo y papel en dar mas pruebas de ellos que las espresadas.

Concluye el anotador su nota segunda diciendo: *en efecto formalidad y sutileza dicen dos cosas ó dan dos ideas enteramente distintas, y en el modo con que el reformador se esplica parecen una misma.* Pero sepa el anotador, que una misma cosa se puede llamar con muchas palabras, segun se la mire ó considere. Varios requisitos que exigian los romanos en los tes-

tamentos, eran *formalidades*, porque sin aquellos no valian estos y eran al mismo tiempo sutilezas, porque sin ellos podian otorgarse muy bien los testamentos, ó porque eran nimias tales formalidades. Arnoldo Vinnio, hablando del testamento militar segun el derecho romano, (*lib.* 2. *tit.* 11. *rubr. n.* 2.) dice: *quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt: se ha dispensado á los militares todo lo que se apoya en sutileza mas bien que en la razon natural.* Enfurézcase ahora el anotador contra el célebre Arnoldo, como se ha enfurecido con el pobre é inocente reformador. Pero lo mas gracioso de todo en este punto es que el anotador en la nota 35 del cap. 7. dice: *la division de acciones en stricti juris y bonæ fidei, es romana. En nuestro derecho no la hay porque se desprecia en él toda sutileza.* ¿Cómo se atreve el anotador á llamar *sutileza* una division romana? ¿no es esto *un absurdo, un desprecio infundado del Código mas sabio y metódico que se ha conocido en la Europa, un ultrage del legislador y de los sabios que le formaron?*

En la nota del número 35 cap. de testam. digo que *el testamento sin institucion de heredero es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la ley*; mas por desgracia no piensa asi el anotador del Febrero que impugna dicha nota en la primera suya, habiendo dado principio á su trabajo literario por una cosa que aunque fuese un error, es de poca importancia, y viene á reducirse á una cuestion de nombre, cuando hay tantas realidades útiles que decir y añadir á la obra del Febrero. ¡Mal agüero por cierto es este principio del mérito de sus notas y adiciones! Si la institucion de heredero era en el derecho romano una cosa tan esencial en el testamento, que sin ella no tenia éste ninguna validacion; no necesitándose segun nuestra legislacion recopilada dicha institucion en el testamento, para que valga todo cuanto se disponga en él, es claro que no hay alguna razon para que deje de llamarse testamento la disposicion última en que intervengan todas las solemnidades de él, y solo falte la institucion de heredero. Y ¿en qué razones se funda el anotador para afirmar que no debe llamarse testamento la disposicion ultima sin nombramiento de heredero? Yo no las encuentro, por mas que leo su pesada y confusa nota. Solo hallo que afirma muchas ve-

ces lo que debiera probar, y que cita á su favor los intérpretes, quienes comunmente, segun dice, hacen la *distincion entre lo que se llama propiamente testamento, el codicilo y la última voluntad.* Aunque maestro el anotador de la lengua castellana debe de parecerle culto y elegante el lenguage bajo, tosco é impropio, que vemos en las obras de casi todos los intérpretes, cuando en una cuestion de voces se apoya en su autoridad. Tambien cita á su favor algunas leyes recopiladas de Toro; pero ademas de que éstas no tienen un lenguage que nuestros buenos escritores hayan creido deber proponer por modelo, nunca podrá hacer ver que prueben su opinion. Con todo para complacer al anotador, siquiera por ser lo primero que ha escrito en la Librería de Escribanos, prevengo desde luego á mis lectores, que aunque una disposicion última se otorgue en público y se autorice por un centenar de escribanos, no la llamen en ninguna manera *testamento*, si ha dejado de nombrarse heredero, sino tan solo *última voluntad.*

En la nota del núm. 41, cap. del testam. digo que una ley recopilada ha derogado el principio romano: *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*; pero el nuevo anotador del Febrero se mete sin embargo á defensor del mencionado principio, y no solo quiere sostener, que aun tiene lugar entre nosotros, sino que intenta apoyarle en la razon con vanas cabilaciones. Por su modo de pensar en este punto y en otros muchos de sus notas no puede dudarse, que el pobre tuvo la desgracia de estudiar el derecho romano antes que se introdujese en las universidades la instituta del Vinnio, con notas de derecho hispánico, donde se refieren las diferencias que se encuentran entre este y el derecho civil. Asi es, que á cada paso se advierte tiene su cabeza tan llena de preocupaciones tomadas de la legislacion romana, que aun sus mayores dislates quiere defender como máximas escelentes ó principios de eterna verdad. Si hubiese estudiado el derecho romano algun tiempo mas tarde, hubiera visto que los dos anotadores del Vinnio Don Joaquin Damvila y el Pavorde Don Juan Sala tienen, siguiendo á varios intérpretes, por derogado dicho principio, fundándose en la ley 1. tit. 4.° lib. 5? R. ó tit. 18. lib. 10. N. R. en que tambien nosotros nos apoyamos. Por otra parte si hubiera leido al

Señor Mora y Jarava en *los errores del derecho civil* habria encontrado un parrafo (*es el 3.° cap 3.°*), en que impugna de intento como ridícula la espresada regla, y concluye con estas palabras: »y el absurdo está en que no habiendo inconveniente en lo natural ni en lo civil, se pongan en las últimas voluntades tantos tropiezos y eslabones." Arnoldo Vinnio, á quien pudo haber visto el anotador, terminantemente dice que el principio solo se funda en sutilezas y ficciones del derecho civil, las cuales espresa y pueden verse en él (*lib. 2.° tit. 14, §. 5.° n. 4.*) y en una de nuestras notas (*la del núm. 89, cap. de testam.*)

Dice el anotador que instituyéndose á un heredero hasta cierto y determinado dia, ó desde un dia determinado y cierto, ó en cierta y señalada parte de herencia, guardando silencio el testador sobre quien habia de ser su heredero en el resto del tiempo, ó en lo demas de la herencia; y viéndose perplejo el legislador sobre esto último debió declararse por el instituido, *que fue el único objeto por quien hizo demostracion acerca de la sucesion universal*, mas bien que por los parientes, puesto que el *testador ni aun los habia nombrado en el testamento que era el propio lugar de hacer memoria de ellos.... y no era posible suponer una voluntad real y positiva que se habria espresado, si la hubiese.* No comprendió bien el anotador que la institucion por cierto tiempo o en cierta parte de herencia es una esclusion clarísima y manifiesta por lo respectivo al tiempo ó herencia restante, y que el silencio acerca de los parientes solo puede formar una presuncion ó congetura en contra de ellos, la cual puede creerse desvanecida por la espresada esclusion del heredero. Asi que, el legislador debia decidirse no por quien escluyó evidentemente el testador, sino por sus parientes á quienes forzosamente querria dejar por herederos respecto al tiempo y á la parte hereditaria de que no habló; pues bien podia saber que no haciendo mencion de ellos forzosamente habian de heredarle en dichos términos sus mas próximos parientes. Ademas no debe olvidarse, que la sucesion en favor de estos es muy conforme á razon, y tanto mas cuanto mejor la hayan arreglado las leyes, cuando por el contrario la sucesion testamentaria no habiendo herederos forzosos y sí parientes, que

son escluidos, ó no nombrados, tienen contra sí, como es manifiesto á todos, una vehemente sospecha de ser desarreglada y vituperable. A nadie se oculta cuán atendibles deben ser para los testadores aquellas personas unidas con él por el dulce y respetable vinculo de la sangre.

FIN.

LIBRERIA

DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,

QUE COMPUSO

DON JOSÉ FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CÓRTE,

Y HA REFORMADO DE NUEVO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO É INUMERABLES DOCTRINAS, ILUSTRÁNDOLA Y ENRIQUECIÉNDOLA SEGUNDA VEZ CON MUCHAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MAS MODERNAS,

EL LICENCIADO DON JOSÉ MARCOS GUTIERREZ:

Obra, no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios, y á toda clase de personas.

PARTE SEGUNDA.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, de los juicios ordinario, egecutivo, y de concurso de acreedores, de las materias de competencias, avocaciones, &c. y de las instancias de apelacion, suplicacion, segunda suplicacion é injusticia notoria, con sus correspondientes formularios: á todo lo cual ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, en que nunca se ha tratado de materia tan necesaria é importante.

TOMO CUARTO.

SESTA EDICION.

A costa de la heredera del Reformador *Doña Josefa Gutierrez.*

MADRID: AÑO DE 1825

IMPRENTA DE D. VERMIN VILLALPANDO, IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.

Se hallará esta obra con la Práctica Criminal de España del mismo Autor en la librería de Fuente, calle de la Almudena.

Ca tenemos que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes (*Ley* 31, *tit.* 14, *P.* 5.) I debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1. *tit.* 1, *lib.* 2 *Recop.* ó 1, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Recop.*).

PARTE SEGUNDA.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE LOS BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO Ó ABINTESTATO ENTRE SUS HEREDEROS LEGÍTIMOS Y ESTRAÑOS, HAYA Ó NO MEJORA.

CAPITULO VI.

De los legados y condiciones que el testador puede poner en ellos: cuándo podrá revocarlos, ó se entenderán revocados: de dónde se han de deducir: si tendrá lugar en ellos el derecho de acrecer: cuándo se compensarán ó no con lo que alguno debe á su muger ó á otros acreedores, y con la décima del tutor de sus hijos: si pertenecen al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada, y los que produce despues hasta la entrega, y si revocándose el legado deberá restituir los que percibió.

BIBLIOTECA DE SANTIAGO

§. I.

De la division de los legados, y de las cosas que pueden ó no legarse.

1 La materia del presente capítulo es no menos precisa para el partidor que las demas del tratado de particiones, y aunque toqué algo de ella en mi primera parte (*a*): la trataré ahora con mayor estension. La manda ó legado »es *una donacion ó dádiva que el testador hace en su última disposicion á alguno, ó por su alma, ó por amor de Dios, ó por hacer bien á quien se la deja* (*b*).» Las mandas se dividen en *forzosas y voluntarias*, y en *genéricas, y específicas*. Las forzosas son *las que los testadores de estos reinos tienen obligacion de dejar en sus testamentos para la redencion de cristianos cautivos, y conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y para casar huérfanas*, cuyo importe son 36 maravedís á lo menos por

(*a*) Cap. 5, §§. 8 y 9. (*b*) Leyes 6, tit. 6 y 1, tit. 9, P. 6.

una vez ; y si los otorgan en esta córte , ó en ocho leguas de su contorno , para los Reales hospitales de ella , que deben percibir de cada uno 48 maravedís , ó lo mas que quiera (*a*). Y las voluntarias son *las que deja por haber bien á los legatarios , á su alma, ó á la de otro.*

2 Las mandas genéricas son *las de cosas que consisten en número , peso y medida , como trigo , vino , aceyte , dinero , &c. ó las de otras que se dejen con nombre apelativo ó comun* : v. gr. un caballo, una mula , &c. sin espresar cual. Para el percibo de estas compete al legatario accion personal é hipotecaria , y no la reivindicacion por no transferírsele su dominio antes de su entrega, y puede pedirlas al heredero en el lugar en que habita, ó empieza á pagarlas, ó en el en que el testador las mandó satisfacer, ó está la mayor parte de sus bienes (*b*). Las mandas específicas son *las que se designan con algun nombre particular , ó con ciertas señales* , v. gr. una casa sita en tal parte con tales linderos, un caballo de tal pelo , edad y altura , &c. y de estas siendo propias del testador y hechas pura ó simplemente, se transfiere incontinenti que fallece , sin necesidad de tradicion , el dominio al legatario á quien compete la accion de reivindicacion, por lo que puede pedirlas al heredero, y éste debe entregárselas en uno de tres lugares, que son : el en que habita ó están , ó en el en que se halla la mayor parte de los bienes del testador , escepto que éste prefina en cuál debe hacerle su entrega (*c*).

3 No solo debe entregar al legatario el heredero la cosa específica propia del testador que le legó simplemente, sino tambien todo lo que le pertenece , y el incremento que tuvo desde que le fue legada hasta el dia que se la entregue, como lo dispone la ley 37, tit. 9, P. 6 que dice : »entregar deve el heredero á aquel á quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó , con todo lo al que le perteneciese aquella cosa mandada. E esto sería como si le mandase un solar , é despues que gelo oviesse mandado , ficiese el testador casa , ú otro edificio en él : ca estonce aquel á quien fue fecha tal manda , deve aver tambien la casa como el solar. E esso mismo decimos que sería si le ficiesse manda de un campo , é despues se acresciesse alguna cosa por avenidas de rios que le corriesen de cerca , ó se ayuntassen á él otras cosas , assi como

(*a*) Vease el n. 32, cap. 5 P. I. (*b*) Ley 48, tit. 9 P. 6, verb Mas las otras cosas (*c*) Leyes 34 y 48, tit. 9, P. 6.

árboles, ó fuese hi (*alli*) puesta viña despues.» Pero si el aumento se hizo en la cosa legada sabiendo el testador que era agena, nada de él ni de su estimacion debe llevar el legatario (*).

4 Al modo que el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, cede tambien en perjuicio suyo su diminucion ó menoscabo, por lo que si despues de haberle legado el testador una casa, fundo, ú otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar. Lo propio milita si la casa se arruinó, pues únicamente le corresponderá el area ó solar en que estaba edificadà, que es el residuo.

5 Puede legar el testador no solamente sus bienes, sino tambien los del heredero que instituye, sepa ó no que pertenecen á éste, y estará obligado á entregar la manda al legatario ó su estimacion, aunque no se transfiere en él ipsojure su dominio, como cuando lo legado es propio del testador. Esto procede cuando es único el heredero, ó aunque haya muchos, es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; pues si son muchos, y se grava á todos á restituir ó entregar la cosa que pertenece al uno, su dueño estará obligado parcialmente á entregarla ó su estimacion, á proporcion de la parte que le toque de herencia.

6 Tambien puede legar la cosa agena, y si al tiempo de hacerlo sabe que lo es, y acredita luego esto el legatario (**), vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla, ó si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es age-

(*) La ley inserta que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion, como lo hace en las clausulas siguientes. »Otrosí decimos, que debe aver aquel á quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mando, desde el dia que el heredero entre la heredad por palabra ó por fecho Mas si la cosa mandada fuesse agena, débela comprar el heredero, é darla á aquel á quien el testador la mando dar." Y por otra parte si el testador da algun aumento á la cosa legada, no ignorando que era agena, manifiesta bastantemente que quiere ceda aquel en beneficio del legatario.

(**) Debe acreditarlo, ya porque al actor incumbe el cargo de probar, ya porque el heredero tiene á su favor la presuncion de que el testador no quiso gravarle con la adquisicion de cosa agena; pero á veces puede haberla grande por el legatario, y de que aquel no ignoraba ser la cosa agena, como si otro tenia la posesion de ésta, y el difunto no tuvo en ella ningun derecho, ni aseguró tenerle.

na, no vale el legado, ni por consiguiente tiene obligacion el heredero de dar su valor ó estimacion al legatario estraño; pues si es pariente, ó su muger, vale, y el heredero debe entregarle su valor, por presumirse que aunque supiera que era agena, se la habria legado por el afecto que es regular le profese. Y lo mismo procede, si lega lo ageno á un grande amigo ó criado suyo (*a*).

7 Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por 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, ó por mas de su valor, supiese ó no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la cosa, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo le legó el esceso (*b*); escepto que el legatario sea su pariente, ó persona á quien de cualquiera suerte siempre la hubiera legado, pues entonces debe el heredero redimirla y entregársela libremente.

8 Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que éste le habia entregado y tenia en su poder para seguridad del débito; mas á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que le debia, porque no es visto haberselo remitido sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dejado libre del empeño la alhaja (*c*), á menos que sea otra la voluntad del testador, la cual por no presumirse, debe probar el legatario. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta cantidad, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fue legársela, para lo cual supuso que se lo debia, por lo que deberá dársela el heredero; y si fuere cierto el débito, tambien se la deberá dar y no mas, porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (*d*) (*),

(*a*) Ley 10, tit. 9, P. 6 verb. Otrosí decimos. (*b*) Así lo dispone espresamente la ley 11, tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 16, tit. 9 P. 6. (*d*) Leyes 19 y 20, tit. 9 P. 6, Greg. Lop. en la 20.

(*) Falsa o mentirosa razon diciendo el testador, dice la citada ley 20, quando ficiesse la manda, non le empece (*no le perjudica*) nin se embarga por ella. E esto seria como si dijese: mando á fulano, ome que fizo tal honra ó tal servicio, tantos maravedis, o tal cosa. Ca maguer (*porque aunque*) non fuesse verdad que le ovisse fecho aquella honra, nin aquel servicio, non se embargaria la manda por esta razon, ante es tenudo el heredero de la cumplir." Esta ley se ha tomado sin duda del §. 31 Inst. de legat. mas á pesar de las razones;

9 Del mismo modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido ni existen como hijos de ganados, frutos de tierra, árboles, &c. con tal que se espere su nacimiento ó existencia (*a*), porque pueden donarse, venderse, hipotecarse y enagenarse por cualquier contrato; y el legado de estas cosas se puede llamar condicional en cuanto á la disposicion, obligacion y accion, porque esta no compete antes que aquellas nazcan; pero no es condicional para el efecto de impedir la transmision de lo legado.

10 Si el testador legó alguna cosa que se hallaba en otro lugar, dudando si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará, y de que hallada se la entregará practicando á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que espender (*b*). Y lo mismo procede cuando el testador sabe que existe, aunque en parage remoto, pues el heredero ha de buscarla á sus espensas y entregaria al legatario.

11 Puede legar en igual forma las cosas incorpóreas, como los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de casas ó fundos agenos. Y si despues de legado un débito le exigiese del deudor, se entiende revocado el legado, y asi no está obligado el heredero á entregar su importe al legatario; aunque lo contrario se ha de decir, si el deudor le satisfaciere sin pedírsele, porque entonces es visto que el testador quiso recibirle y tenerle guardado para el legatario (*c*).

12 Legando simplemente el testador, por egemplo, un fundo en que solamente tiene algun derecho ó esperanza cierta ó probable de adquirirle, ó parte en él, se entiende que lega únicamente tal derecho, ó tal parte, y no lo que no es suyo, ya lo sepa ó no, ya le deje á persona conjunta ó á estraña, ya le pertenezca por razon de dominio ó por accion personal en virtud de contrato, y ya consiga

ó por mejor decir, sutilezas en que se apoya la espresada disposicion, me parece que generalmente hablando no se conforma, ó se opone á la voluntad del testador, quien sin ninguna ambigüedad da á entender que deja la manda por el motivo que espresa, y que no habiéndole no le dejaria. Por tanto, aunque no podemos contravenir á una ley tan terminante, deberán tenerse presentes estas palabras del jurisconsulto Papiniano. »Es mas cierto que la causa falsa no obsta á la manda, porque la razon de legar no está aneja al legado; (*aqui se atiende á una sutileza y no á la voluntad del testador*) pero las mas veces, ó casi siempre tendrá lugar la escepcion de dolo, si se prueba que de otra suerte no se habria dejado la manda *Ley* 72, §. 6 *de condit. et dem.*

(*a*) Ley 12, tit. 9, P. 6. (*b*) Ley 12 cit. (*c*) Ley 15, tit. 9 P. 6,

ó no por otro título, despues de dejado el legado, la cosa entera; pues en todos estos casos se debe solamente al legatario la parte ó derecho que al tiempo de dejar el legado competia en ella al testador; sí bien en este último se entiende, cuando hizo mencion del dominio ó derecho, diciendo *lego á Pedro tal cosa mia, ó el derecho que me toca en ella*, porque si dijo, *lego á Pedro tal cosa*, comprándola ó adquiriéndola despues toda, se debe dar entera al legatario.

13 De lo espuesto se deduce que si el testador solo tiene el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar aquel, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo se acaba con su vida (*). Asimismo se deduce que si el testador instituye muchos herederos, y grava al uno á que dé á otro alguna cosa hereditaria, se juzga gravado solamente á darle su parte, que es el derecho que le corresponde en ella, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera (**).

14 Teniendo el testador muchas cosas de una especie, como caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sugeto, y otra á otro sin distinguir, toca la eleccion al legatario nombrado primero, porque del hecho de nombrarle antes se infiere que le tenia mayor afecto el testador.

15 Legando éste cierta cantidad al hijo ó hija que le naciere, y naciendo dos ó mas, aunque parece que cada uno percibirá toda la

(*) En este caso si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habra el usufructo de pertenecer al legatario, y asi lo dice la ley 24 ff. de legat. 1, que de otra manera tiene por inútil el legado; pero ademas yo opino que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas, y atendiendo á la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas anteriormente espresadas en órden al legado de cosa agena, puesto que no teniendo el testador en la cosa legada sino un derecho que se acaba con su muerte y no pasa al legatario, viene á ser lo mismo que si fuese enteramente de otro. Y ¿por que, como se dice en otros casos semejantes, no ha de sostenerse el legado pudiendose sostener? ¿por que no ha de valer una disposicion del testador en los términos en que pueda valer?

(**) Yo diria que en la especie presente, si hemos de atender á la voluntad del testador, el heredero gravado debe entregar al legatario la cosa legada íntegra, y que se le ha de imputar toda en su porcion de herencia, ó únicamente la parte proporcional á la suya hereditaria, si aparece que solo se le nombró para cometerle el encargo de hacer la entrega, en cuyo caso todos los herederos satisfacen el legado á proporcion de lo que les pertenece. La ley citada se alega tan mal en el dia, como suelen alegar otras infinitas de Justiniano nuestros jurisperitos sin considerar las diferencias del derecho romano al nuestro, ni la diversidad de circunstancias ni de tiempos.

legado, se ha de distinguir si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, y si hizo el legado distributivamente, diciendo: *si algun hijo ó hija me nace, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno insolidum, porque es visto haberla legado enteramente á cualquiera de ellos.

16 Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes á favor del hijo único con que se halla á la sazon, le funda con efecto, y por estar su muger preñada, dice: "Que al hijo ó hija que le nazca, lega, v. gr. mil ducados por via de alimentos;" y le nacen dos gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la cantidad legada entre los dos póstumos, y antes bien cada uno la debe percibir toda.

17 Legándose á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su estimacion, sin que obste el concurso de dos causas lucrativas (*), porque no proviene este de una sola persona sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que les competian se refundieron en una sola, y cuando esto sucede, lo puede pedir todo. Mas para conseguir la cosa legada y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero éste, pues si pide y consigue aquella, de modo que se halla en quieta y pacífica posesion de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (*a*); porque recibiendo antes la cosa consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento; y percibiendo solamente su estimacion,

(*) El concurso de dos causas lucrativas respecto á una misma cosa y persona es cierta especie de liberacion, por lo que si de la cosa que se debe por una causa lucrativa, se apodera plena é irrevocablemente el acreedor por otra causa lucrativa, se ha hecho de tal suerte suya que ya no puede hacerse mas, y el deudor quedará libre de su obligacion. En este sentido se dice que no pueden concurrir dos causas lucrativas acerca de una misma cosa y sugeto. Es verdad que si el acreedor obtiene la causa por alguna causa onerosa, se hace tambien suya de modo que no puede hacerse mas; pero sin embargo el deudor de la misma cosa por causa lucrativa no queda libre, pues por haber el acreedor desembolsado el precio de ella, como que parece no la ha adquirido. Con esta esplicacion que debo al célebre y elegante Arnoldo Vinnio (§. 6 *Inst. de legat. n.* 2) podrá cualquier lector entender lo que aquí se dice del *concurso de dos causas lucrativas*, y aparecerá con mas claridad que este no puede servir de obice para que un legatario perciba la estimacion de una cosa y la cosa misma habiendosela legado dos testadores.

(*a*) Ley 44, t. 9, Partid. 6.

no consigue mas que el precio de ella que es muy diverso, y facilmente se pierde ó consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (*). Lo propio milita por la misma razon, cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este antes que aquella (a).

18 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y espresando la cualidad ó lo accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. diciendo: »Lego todos mis caballos con sus aderezos, todos mis anillos con sus piedras, todos mis fundos con sus aperos, &c. aunque parezca que únicamente corresponderán al legatario los que tengan lo accesorio ó la cualidad especificada por el testador, deberá llevar todos los de aquel género ó especie, téngan a todos, ó unos sí y otro no, porque se pone para declarar que ha de darse tambien al legatario con la cosa principal á que está aneja, y no para que se le entregue solamente la cosa en que se halla, escepto que el testador lo limite espresamente, diciendo: »Lego mis anillos que tienen piedras, mis caballos que tienen jaeces, aderezos, &c.« pues entonces se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó lo accesorio.

19 Si el testador lega á uno un fundo determinado ú otra cosa especifica, y á otro cierta cantidad de dinero, y solamente se encuen-

(*) La citada ley 44 de Partida admite la espuesta distincion que hace Justiniano en el §. 6. *Instit. de legat.* Mas ¿se apoya en algun fundamento sólido? ¿es conforme á razon? Yo no titubeo en condenarla como vana y contraria á la voluntad de los testadores. Entiéndase enhorabuena que quien tiene la cosa, tiene asi mismo su estimacion, y por el contrario, que quien tiene la estimacion de la cosa no tiene la cosa misma. Sin embargo, como los dos testadores quisieron favorecer al legatario, ha de disfrutar, perciba primero la cosa ó su estimacion, del beneficio de ambos en los términos posibles, y la liberalidad del uno no debe obstar á la liberalidad del otro. Es evidente que quien lega una heredad que vale 10 pesos, quiere que el legatario, por el efecto que le profesa, perciba esta cantidad, aun cuando consiga aquella, por habérsela legado otro al mismo tiempo; y si en algun rarísimo caso no fuese tal su voluntad, deberia acreditarlo el heredero, por estar la presuncion á favor del legatario, como en otros casos previenen las leyes: fuera de que si podria suceder que cualquiera de los dos testadores tuviese la espresada voluntad, tambien podria suceder que si hubiese sabido que el legatario habia de percibir la estimacion de la cosa, no le hubiese legado ésta.

(a) Dicha ley 44.

tra en su herencia el fundo ó cosa legada, ni será preferido el legatario de esta, porque en él se considere derecho mas poderoso por razon del dominio de ella que se le transfirió con la muerte del testador; ni el nombrado primero por creerse mas querido del testador, sino la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen; pues la voluntad del testador que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

20 Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa determinada, v. gr. viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela, ni su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede, si le lega cosa que consiste en número, peso ó medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y asi solo llevará una cantidad, á menos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas cantidades (*a*), al modo que el que encontrato promete una cantidad dos ó mas veces, no está obligado á pagarla mas que una vez.

21 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregárselas ambas, no probando éste la contraria voluntad del testador (*b*), ni habiendo habido alguna cierta causa para legar la cantidad segunda vez; pero si las cantidades son diversas y desiguales, las llevará ambas el legatario, porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ya por el contrario. Y lo propio milita, si le legó dos, la una puramente y la otra con condicion, pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado con añadir nueva y distinta cualidad, escepto que de su mente se infiera lo contrario: por manera que siempre que el testador varia el modo de dejar la manda á un mismo sugeto, sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicarla.

22 Si el testador dice: „Lego mis vestidos, ó mi plata, mis caballos, ganados, &c." se entiende legar los que tiene, cuando hace el legado, y no los que adquiera posteriormente, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa. Y lo mismo se entiende, si funda mayorazgo de todos sus bienes sin mas espresion, pues no se comprenden en él los que adquiera en lo sucesivo.

23 Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno, teniendo

(*a*) Ley 45, t. 9, P. 6. (*b*) Ley 45 cit.

este tambien hijos varones, ó á sus hijos teniendo igualmente hijas; en el primer caso solamente percibirán la cantidad las hijas, porque debajo del nombre de hijas, no se comprenden los varones; y en el segundo participarán tambien de ella, porque en el género masculino suele comprenderse al femenino, y no éste en aquel, y lo mas digno no se contiene en lo menos digno sino por el contrario.

24 Si habiendo legado el testador lo que tiene en cierta parte ó lugar, puso despues en él, ú otro con su consentimiento ó por su mandado algunas cosas, toca todo al legatario, aunque si por el contrario, éste ú otro sin noticia de aquel las hubiese puesto, nada debe llevar de ellas. Pero si el testador manda sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario. La razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega y no mas; y en el anterior se refiere á lo qre esta en aquel parage que señala, por lo que sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno.

25 Habiendo legado el testador á su muger ó á otro, v. gr. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, si despues de legado le consumió y en su lugar puso otro, pertenece éste al legatario, y se le debe dar hasta la cantidad concurrente y no mas; porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarle en lugar del que tenia y gastó, y de consiguiente dejar subsistente la manda.

26 Si lega á alguno tanto cuanto perciba ó perciban el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad, porque la proposicion indefinida equivale á la universal, y si le lega tanto cuanto corresponde á uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido, pues en duda se entienden gravados en lo menos que sea posible.

27 Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. gr. ciento, estan obligados ó prorata á darselos, y no cada uno de por sí insolidum. Lo mismo procede, si instituyendo muchos herederos, dice: »Mando que mi heredero dé á Pedro ciento;" porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse cuales el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal. Pero sucederá al contrario, si el testador dice: »Cual-

quiera de mis herederos dé á Pedro ciento; »pues entonces todos y cada uno de por sí insólidum tienen obligacion de dárselos, porque por este modo distributivo de hablar es visto haber querido gravar enteramente á todos y á cada uno á la solucion de los cientos que legó; de suerte que tantos cuantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario.

28 Si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el area ó suelo que puede, como parte de lo legado. Si en adelante reedifica sobre el area otra casa, no se le debe el area, ni lo fabricado nuevamente en ella, porque es casa nueva y distinta de la primera (*): »ni tampoco se le debe el area, porque deja de serlo, y tambien deja de ser parte de la primera casa legada, y se constituye parte de la nueva que no se le legó." Si esta segunda casa se arruina ó quema enteramente, tampoco se debe el area, porque es parte de ella. Pero si poco á poco se fue cayendo, y el testador la fue levantando ó reedificando, se le debe no solo el area, sino tambien el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque renovada. Y en fin si le lega solamente el area, y posteriormente construye en ella algun edificio; se debe tambien al legatario lo fabricado como aumento de lo legado (a).

29 Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: »Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña, &c.» apartadamente si dice en una cláusula: »Mando á Pedro tal casa; y luego en otra de la misma disposicion: »Que mando á Juan la propia casa;" deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dejo simplemente é insolidum; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa y palabras, ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun

(*) Yo opino contra Gomez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37 que se cita, y de la que se inserto parte en el n. 3 dice espresamente, que si habiendo el testador legado un solar, construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario; y ya porque es evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar, quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. Nada obsta á lo espuesto, ni hacer variar la voluntad del testador la frivola razon de que lo construido *es casa nueva y distinta de la primera.*

(a) Ley 37, t. 9, P. 6.

impedimento, por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua (*a*).

30 Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la perteneciente al colegatario, ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no, escepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entonces el legatario que sucede al otro, lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ambos y podrá pedirle.

31 No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que le hizo el testador en una cláusula y oracion, aun cuando sea por egemplo de una cabaña ó cosa semejante en que se comprenden otras muchas, pues se estiman por un solo cuerpo y legado (*b*).

32 Muriendo el legatario despues que el testador sin haber aceptado ni repudiado el legado, si deja varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, sea la manda de una cosa absolutamente sola, ó de cosa que comprenda muchas, porque el legado, y su obligacion y accion se dividen proporcionalmente entre ellos, y asi podrá cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta ó repudia todo lo que le toca (*a*). Pero ninguno de los herederos del legatario podrá admitir ó rehusar parte de la que le corresponde.

33 No milita lo espuesto, cuando el testador hace el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones, pues entonces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode, porque en este caso viene á haber muchos legados separados, y por tales se estiman.

34 Lo mismo procede, si le lega muchas cosas determinadas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere y dejar las demas; pero si le lega dos, la una con gravámen y la otra sin él; v. gr. cien pesos y un siervo, con tal que le dé libertad, no ha lugar á la admision de la una sin la otra, y sino quiere libertar al siervo, no percibirá la cantidad legada, y sin embargo quedará libre (*c*).

35 Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse, y tomar despues

(*a*) Leyes 33, t. 9, P. 6 y su glos. 6. (*b*) Ley 36, t. 9, P. 6. (*c*) Ley 36 cit.
(*d*) Dicha ley 36.

la otra, porque no se le permite; y si deja la eleccion al arbitrio de un tercero, y éste no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (*a*). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá pedir y tomar la otra, como si no hubiese hecho la eleccion.

36 Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes y ha de elegir aquel á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que le corresponde del valor de la cosa. Y si se legó á uno dejándole la eleccion, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (*b*).

37 Comprando el legatario ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto la cosa agena que éste le legó, sea del verdadero dueño ó de un tercero, sea con ignorancia ó ciencia de que se le habia legado, y era agena, no pierde la manda, y asi puede pedir su estimacion; háyasele dejado pura ó condicionalmente. Mas si la compra á su heredero, no podrá exigir su valor, porque es visto renunciar el legado.

38 Siendo del testador la cosa legada, si la dejó condicionalmente ó á dia cierto; y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su valor, luego que llegue el dia ó se cumpla la condicion. Y habiéndose legado puramente, si el legatario durante la vida del testador ó despues de ella la compra, ó adquiere ignorantemente del heredero, tiene derecho á su estimacion; mas no si la compra con cierta ciencia de estarle legada, por creerse que renunció la manda.

39 Si el testador instituye heredero gravandole con algun legado, y le da substituto, es visto ser gravado tambien éste, y asi debe dar al legatario la misma manda que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetida, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la substitucion; escepto que aparezca tacita ó espresamente lo contrario de la voluntad del testador, como cuando grava al instituido con que dé una caso al legatario, y al substituto con que entregue otra diversa: ó cuando la causa por la que gravó al heredero, no tiene lugar en el substituto, &c.

(*a*) Ley 25, tit. 9, P. 6. (*b*) Ley 29 t. 9, P. 6.

DE LA FACULTAD DE DERECHO

40 El testador puede libertar á sus deudores de lo que le deben, y este legado de liberacion no solo aprovecha á ellos y á sus herederos sino tambien á sus fiadores, aunque por el contrario haciéndose á estos no aprovecha á ninguno de los demas.

41 Pero es de notar que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo, no le prueba, ni el testador puede ser reconvenido por él, pues solamente tiene fuerza de legado, escepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, y asi el sugero, á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por la deuda, sino la justifica por otros medios legales, porque se convierte en legado ó fideicomiso por la tácita voluntad del difunto que para dejarle supuso haber débito.

42 Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en disposicion última es visto remitirse el puro, vencido y de presente, no el condicional ó á dia cierto, escepto que se esprese otra cosa; y en la general solo se comprenden las deudas personales á favor del difunto, no las reales ó hipotecarias; de modo que si uno posee alguna cosa de éste, sobre la cual podia ser reconovenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende comprendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetirla del poseedor.

43 De cuatro maneras puede hacerse el legado de liberacion: la primera, espresamente: la segunda, diciendo el testador, dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe: la tercera diciendo: mando ó gravo á mi heredero á que no pida á Pedro lo que me debe; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para la seguridad de la deuda. Y si el testador lega á un tercero el instrumento de ella, es visto legarle la misma deuda y gravar á su heredero á que se le entregue, cediéndole las acciones correspondientes para su cobranza (a): lo cual sucede tambien en los contratos, pues si el tal instrumento se vende, dona, ó transfiere por otro título, se entiende vendida, donada, ó tranferida la cosa ó accion contenida en él.

44 Cuando se legan á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse ésta en los varones hasta los 18 años y en las hembras hasta los 14, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, escepto que el testador prefina hasta cuándo se les ha de contribuir con ellos, y no senalando éste el tiempo se les han de dar por

(a) Ley penúlt. tit. 9, P. 6.

toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia, los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces mas y otras menos, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino es que el testador la esprese; por lo que si éste deja alimentos á alguno ó lo necesario para vivir, se comprehende en ellos lo dicho (*a*): si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuanto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á ésta, y á las facultades y rentas de los bienes de aquel (*b*), sin que por no ser bastantes las rentas se deba enagenar lo propiedad de sus bienes.

§. II.

Qué condiciones puede imponer el testador en los legados: cuándo estará obligado el legatario á cumplirlas, y percibirá el legado; y si se entienden repetidas en el substituto.

45 De seis modos pueden hacer los legados el testador; á saber, *puramente, á dia cierto, con condicion, bajo de cierto modo, con alguna señal ó demostracion, y con causa* (*c*). Se entiende hecho *puramente* el legado, *cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirle ni entregarle*; y al que alega no haberse dejado puramente, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él.

46 Se dice legado *á dia, cuando el testador le deja, sea de cosa ó cantidad, señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar y se puede pedir*. En este legado, si el dia es cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad*, nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle 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 (*d*)(*); y

(*a*) Ley 2 tit. 19 P. 4. (*b*) Ley 24 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 2 tit. 4 P. 6. (*d*) Ley 34 tit. 9 P. 6.

(*) En dos crasos errores incurrió aqui Febrero. El primero es decir que en el egemplo que propone de legado á cierto dia, nace la accion de pedirle y la

asi puede pagarle éste antes que venga el dia ó tiempo prefinido, porque es preciso que llegue. Y si el dia es incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla 25 años, ó Juan tenga 20*; en atencion á que puede no llegar, se tiene por condicion, ha lugar en este legado lo que en el condicional, en que es preciso cumplirla para percibirle (a), y antes que el dia llegue, no se transfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Si al menor se deja algun legado ó fideicomiso para cuando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga 25 años, lo cual procede, aunque impetre la venia para su administracion.

47 Pero si el legatario muere antes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro, de lo cual se sigue que si el testador hace una manda en estos términos: *lego á María cien ducados, los cuales tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará cuando tome estado*; y muere la legataria antes de tomarle, se transmite á

obligacion de pagarle antes que aquel llegue. Si hubiese dicho que antes del dia nacia la accion á pedirle y la obligacion á pagarle para cuando llegase, habria dicho lo mas que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero avanza mas de lo que avanzó el derecho romano, segun el cual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese antes de él lo prometido ó legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir. El segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador y antes que aquel llegue, en el legatario y en sus herederos. Febrero habla en su egemplo de cierta cantidad de dinero, y esta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun cuando el legado fuese específico, no podria pasar su dominio al legatario antes de llegar el dia; pues seria un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa antes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun antes del tiempo en que aquel penso adquirirle. De otra manera un acto tendria mas virtud y eficacia de la que su autor quiso tuviese. La ley de partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. He aqui las palabras de ella que hacen al propósito. »E aun decimos, que luego que el testador es muerto, passa el señorio de la cosa que es assi mandada, á aquel á quien es fecha la manda. E maguer (*y aunque*) muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ó en ante que él entre la possession de aquella cosa que le fue mandada, por todo esso heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel á quien fue fecha. E esto seria si la manda fuesse de tal manera, que fuesse fecha puramente, ó á tiempo cierto, mas si fuesse fecha so condicion, non seria assi." Cuando dice la ley que el dominio de lo legado pasa al legatario, luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y cuando hace mencion de la hecha á dia cierto, es para decir que se transmite al heredero del legatario, aun cuando éste fallezca antes de percibir la manda, ó de aposesionarse el heredero de la herencia, sin embargo de que lo contrario sucede en el legado condicional.

(a) Ley 31 tit. 9 P. 6.

sus herederos: lo primero, porque se hizo pura ó simplemente, difiriendo despues su resolucion para el tiempo de tomar estado, en cuyo caso no contiene condicion sino dia y dilacion para pedirla ó hacerla; y lo segundo, porque siempre que la condicion no se refiere á lo sustancial de la manda sino á su ejecucion ó entrega, es transmisible: de suerte, que entonces la voluntad del testador no fue privar de ella á la legataria por no tomar estado, sino antes bien beneficiarla en cualquier caso, y que incontinente adquiriese derecho á la manda, y para que no la gastase, que su heredero la tuviese en depósito mientras le tomaba, pues de lo contrario lo espresaria.

48 Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, los cuales cabian en el quinto, y antes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, percibirá esta dicha cantidad, ya porque el legado fue puro, no modal ni condicional, y cuando el modo puesto por el testador es respectivo solamente á la comodidad del legatario, no se halla obligado éste á cumplirle, ni por tal defecto dejará de percibir el legado; y ya porque como la hija tenia derecho á los alimentos, es visto haberle hecho su padre el legado en parte de pago de estos; y así, debiéndosele en vida, puede retenerle ella ó su heredero por via de excepcion, de suerte, que aunque la hija no quiera casarse, se le debe el legado.

49 Con *condicion* se pueden hacer el legado é institucion: v. gr. *Lego á Pedro tal alhaja ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto, ó si sucediere tal cosa.* La palabra *si* indica condicion y la *para* modo. Las condiciones son de varias clases: unas se llaman *potestativas*, y son *aquellas cuyo cumplimiento depende de la mera voluntad y facultad de aquel á quien se imponen*, como *dar ó hacer alguna cosa, ir á cierto lugar propincuo y facil*, &c. (*a*) las cuales debe cumplir el heredero ó legatario despues de la muerte del testador para la percepcion de la herencia ó legado.

50 Otras se llaman *casuales ó contingentes*, y son *las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no*: v. gr. *Si tal navio viniere de las Indias, si Pedro ascendiere á tal dignidad, si tal cosa aconteciere*, &c. en cuyos casos y otros semejantes de cualquiera naturaleza y cualidad hasta que se cumple la condicion, no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero estraño á la herencia (*b*).

51 Otras se llaman *ciertas ó necesarias, las cuales tienen las aparien-*

(*a*) Ley 7 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 8 tit. 4 P. 6.

cia de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. *si Pedro muriere, &c.* y asi no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario ni heredero pueden pedir la manda y herencia, luego que muere el testador (*a*), porque fueron puras, como si no hubiera condicion.

52 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. gr. *Hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra &c.* y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion, para que el legatario perciba la manda y el heredero estraño la herencia (*b*).

53 Se pueden cumplir estas condiciones asi en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento.

54 Otras son de *presente*, otras de *pretérito* y otras de *futuro*: de presente, v. gr. *Si esto es asi, lego tal cosa á Juan*: de pretérito, v. gr. *Si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*: de futuro, v. gr. *Si la hiciere, ó si sucediere*. Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero sino son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y si solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (*c*).

55 Otras son *espresas* y otras *tácitas*. Se llaman espresas *las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado*: y tácitas *las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga*, lo cual sucede en muchos casos, de los cuales se han espuesto varios en los lugares oportunos de esta obra.

56 Otras consisten en *dar* y otras en *hacer*; y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como cuando le encarga que no dé, ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *Muciana* con fianzas de que no la dará ó no hará, para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (*d*). Si

(*a*) Dicha ley 8. (*b*) Ley 9 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 21 tit. 9 P. 6. (*d*) Leyes 7 y 14 tit. 4 y 22 tit. 9 P. 6.

el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó, hasta que cumpla su mandato; y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado (*a*).

57 Otras condiciones son *posibles* y otras *imposibles*; posibles son *las que de hecho por naturaleza ó derecho pueden cumplirse*: imposibles, *las que por ninguno de estos medios se pueden hacer ni cumplir, ó que son contra buenas costumbres*: *de hecho*, v. gr. *lego á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si tocare al cielo con el dedo, ó si diere á Juan un monte de oro*: por naturaleza: *si el hijo fuere mayor en el nacimiento que su padre*: *si el calor enfriare, ó el frio calentare*: por derecho: *si el hijo no alimentare á sus padres pobres pudiendo*: *si Juan se casare con muger que le está prohibido casarse*. Estas condiciones y otras semejantes como ridículas, desarregladas é imposibles se consideran no puestas, de suerte que por no cumplirse no se invalida la institucion ni legado (*b*); si bien en los contratos sucede lo contrario, pues de cualquiera forma y naturaleza que sean, los vicia y anula la condicion imposible afirmativa, aunque no la negativa necesaria: v. gr. *me obligo á darte tanta cantidad*, *sino tocares con el dedo en el cielo*; pues es constante que ninguno puede tocar ni llegar al cielo, y así quien se obliga, debe cumplir lo que promete (*c*).

58 Bajo de cierto modo se pueden hacer tambien los legados, por lo que se llaman *modales*, como cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad, porque dé ó haga algo, cuyo *porque* que parece casual, equivale á *para*, y así la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (*d*); escepto que el testador quiera espresa ó tácitamente que antes que se le entregue, le cumpla, pues entonces no basta la fianza. Esto procede, aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *lego ó Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto*; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena, se cumpla antes que su disposicion, será *condicion*, y si despues, será *modo*, el cual no suspende la dispo-

(*a*) Ley 6 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 3 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 17 tit. 11 P. 5. Pueden verse las dos notas del n. 177 c. 5 P. I. (*d*) Ley 21 tit. 9 P. 6.

sicion. Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida ipso jure la disposicion, y no se transmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula y debe cumplirse.

59 Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirle, aunque dé fianza, solamente se le transfiere el revocable, de suerte que si no le cumple, debe restituirla con frutos (*a*), y el legado hecho bajo de modo se transmite á los herederos del legatario, por lo que así como éste puede conseguirle cumpliéndole, así tambien aquellos; é igualmente se les transmite la facultad de dar la caucion de cumplirle. Cuando el testador se esplica con palabras que pueden aludir al *modo*, ó á la *condicion*, mas bien se ha de creer el primero que la segunda.

60 Se hacen tambien los legados con *demostracion*; esto es, con alguna señal ó algun aditamento que designe la cosa legada: en cuyo caso, si la demostracion es verdadera, vale el legado, y si es falsa, tambien vale regularmente: v. gr. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, es válido el legado: ó si dice: *lego á Pedro tal alhaja, porque me hizo tal servicio*; pues aunque no haya hecho lo que el testador supone, vale la manda (*). La razon consiste en que la demostracion ó solemnidad estrínseca puesta en ella no es necesaria, y así no debe viciarla, pues la que interviene en algun acto sin que se requiera para su validacion, no le vicia: lo cual milita, no solo cuando la manda es especifica, sino tambien de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie y existe, porque sino existe, es nula: v. gr. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no es válida la manda, por no constar de tal cuerpo ó especie legada (**).

(*a*) Ley 21 tit. 9. P. 6.

(*) Este segundo egemplo lo es de un legado causal, y pertenece al n. sig. donde se pone el mismo egemplo. Por tanto, padeció aqui Febrero una de sus muchas y crasas equivocaciones.

(**) La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda, puede padecer muchas escepciones, sino por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento, ó de alguna otra circunstancia; y así, en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador que habrá de observarse. Y en orden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del cual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las le-

61 Pueden asimismo ser *causales*, ó hacerse con causa los legados, como si el testador, dice: *lego á Pedro tanta cantidad ó tal alhaja, por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio (*a*): lo cual se entiende, sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su

yes 9 y 28 t. 9 P. 6 que tratan de dicho error. Ley 9. »La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa (*de manera*) que puedan saber cual es, ó por su nome, por otras señales, ca si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome assi como el otro, é dijesse assi: mando á fulano mio amigo tantos maravedis, o tal cosa, é non dijesse el sobrenome (*apellido*) de aquel á quien lo mandava. Ca pues que non se puede saber ciertamente cual de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda, por ende (*por tanto*) non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuese cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada; maguer errase el testador en el nome, ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze (*no perjudica*) tal yerro, nin se embarga por ende la manda." Ley 28. »De legatis tertio en latin, tanto quiere decir en romance, como una razon que es escrita en el derecho, que muestra por qué palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos, que por todas palabras que ayan entendimiento (*sentido*) que sean guisadas (*razonables*) é convenibles para espaladinar (*declarar*) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos, ó en el codicilo que alguno ficiere, ca si de otra guisa las dijese, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijesse que le mandava laton, creyendo quel oro habia tal nome, ca estonce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha, quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: assi como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Ca en cualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errase el nome de la cosa que mandasse, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando (*creyendo*) que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria ansi. Ca maguer el testador errase en el nome de algun ome, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su entencion era del testador, que aquella persona que nombro, oviesse tal manda. Otrosí decimos, que cuando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: mando, é quiero que fulano aya tal cosa, ó placeme, ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero, creo que tú darás tal cosa a fulano, ó déjolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador, quiero que el mio heredero haga tal cosa. Ca usando el testador cualquier destas palabras sobredichas cuando ficiesse la manda, ó otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la entencion o la voluntad del, valdrá la manda que assi fuese fecha."

(*a*) Ley 20 tit. 9. P. 6.

heredero pruebe que á saber que no era cierta, no haria el legado, pues entonces esta escepcion le vicia. Y se puede probar verdadera ó presuntivamente: verdaderamente, si el testador lo dijese ó protestase delante de testigos; y presuntivamente, cuando la causa es respectiva á la consanguinidad ó afinidad: v. gr. *Lego á Pedro tanta cantidad, porque es mi pariente*, pues no siéndolo, no vale el legado.

62 Ultimamente pueden hacerse los legados é instituciones de un modo alternativo, como si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó Juan lego tal cosa*: en cuyos casos todos han de admitirse igualmente (*a*) (*).

63 Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa que se dirigen á diversos fines, deben cumplirlas todas para poder percibir el legado ó herencia: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario é hiciere tal iglesia.* Y si las pone disyuntiva ó separadamente: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*; basta que cumpla cualquiera de ellas (*b*).

64 Lo propio milita, cuando aunque esten puestas copulativamente, miran á un solo fin: v. gr. *si Pedro muriese sin hijos, y fuere presbítero, sea mi heredero Juan, ó substituyo á Juan*; pues como la mente del testador es proveer de substituto por la carencia de los hijos que origina tambien el presbiterato, basta que sea presbítero, para que el substituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la substitucion.

65 Si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó que se verifique en uno, para que sea válida la institucion ó legado (*c*). Y si instituye ó deja muchos herederos ó legatarios, á unos con condicion y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos ó nombrados pura ó simplemente, y aquellos no tomarán nada

(*a*) Ley 4 Cod. de Verbor. & rerum significat.

(*) Segun se dice en la ley 4 del código citada, hubo antes de Justiniano tal diversidad de opiniones sobre la institucion ó legado alternativos que podia escribirse acerca de ellas un no pequeño libro, y dicho Emperador para cortarlas mando que tales institucion y manda se tuviesen por copulativas; de suerte, que lo mismo es decir Pedro ó Juan sea mi heredero, que Pedro y Juan sean mis herederos; pero bien pudo Febrero pasar en silencio una institucion y un legado que acaso no se habrán hecho nunca, ni se harán jamas, aunque por otra parte es cierto que puede haber equivocacion al tiempo de escribirlos.

(*b*) Ley 13 tit. 9 P. 6. (*c*) Dicha ley 13.

hasta que cumplan la condicion; escepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las diligencias conducentes no puedan conseguir su cumplimiento; pues por no tener culpa ninguna se tiene la condicion por cumplida (a).

66 Regularmente hablando debe el legatario cumplir la condicion posible que le impuso el testador, segun espresó éste, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni de un modo equivalente.

67 Siendo *causal* la condicion puesta al legatario no pasa al sustituto, ni se entiende repetida en su persona; pero si es *potestativa ó mista*, se cree haberse repetido en el sustituto ó conjunto, ó en aquel á quien pasa el legado, porque en aquella solo se atiende á que se cumpla la carga ó gravámen; escepto que sea coherente á la persona, y nadie mas pueda cumplirla, como *casarse*, *aprender cierta ciencia* y otras semejantes (*).

§. III.

De la revocacion de los legados: cuándo se entienden revocados, y de dónde se deben deducir, deje el testador herederos legítimos ó estraños.

68 Como la voluntad del testador es variable hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados espresa ó tácitamente. Será *espresamente*, cuando en la misma disposicion, ó en otra posterior dice que los revoca, ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en cuanto á ellos, ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele, mas no, si éste lo hace sin su órden (b); *y tácitamente*, cuando se presume é infiere de su mente, pues al modo que los puede dejar por señales, los puede revocar tambien por éstas, aunque hubiese hecho la entrega de ellos.

69 Se entienden revocados, cuando despues de hechos se originó enemistad capital entre el testador y el legatario, aunque si luego se reconciliaren, convalecen por la nueva y tácita voluntad del primero.

70 Lo mismo procede, cuando la cosa legada se pierde, ó muere despues sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia; y dudándose si se perdió por su culpa, ó se escondió con su noticia, debe

(a) Leyes 12 y 14, tit. 14 P. 6.

(*) Para saber cuando se entiende repetida la condicion en el sustituto, la principal regla que puede darse, es que se examinen bien las palabras de la disposicion, la condicion misma, las circunstancias de las personas, &c.

(b) Ley 39, tit. 9 P. 6.

dar seguridad de que hallada que sea, la entregará. Se entiende haber tenido culpa, cuando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó tardó de intento en entregarla, ó tuvo en esto negligencia, pues entonces perece por su culpa.

71 Igualmente se entiende revocado, cuando por contrato lucrativo como donacion enagenó del todo el testador la cosa legada; y aun si fue por contrato oneroso como venta, si lo hizo por su mera y libre voluntad; mas lo contrario se ha de decir, si la enagena por necesidad que en duda se presume, á menos que el heredero pruebe no haberla tenido (*b*): lo cual se amplia, aunque despues de enagenada la redima, ó compre al que se la compró.

72 En los propios términos se entiende revocado el legado, cuando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera, porque dejan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas (*c*).

73 En el legado de lana hecho simplemente se comprende la trasquilada y separada del cuerpo del animal, esté sucia ó lavada, carmenada ó sin carmenar, ó peinar, hilada ó sin hilar; como tambien la piel que la tiene, por no haberse trasquilado, no la que está pegada al cuerpo del animal, ni la hecha tela ó teñida. Pero en el lino es al contrario, pues esté hilado y hecho tela ó no, se incluye de todos modos en el legado, porque el precio de la lana se aumenta por teñirse y hacerse tela mucho mas que el del lino por las mismas causas (*), por lo que en este no hay distincion como en aquella.

74 Legando el testador una carreta ó carro que tiene su mula ó bestia para tirar de él, le debe haber el legatario con esta, aunque el testador ninguna mencion haga de ella, cuando se la lega; pero si la bestia se muere, se revoca el legado, escepto que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entonces subsiste y queda firme por la

(*a*) Ley 41, tit. 9 P. 6. (*b*) Leyes 17 y 40, tit. 9 P, 6. (*c*) Ley 42, t. 9 P. 6.

(*) Esta razon prueba que hay mayor fundamento para que en el legado de la lana no se entienda comprendida la teñida y hecha tela, que para que en el del lino no se contenga el teñido y tejido: no prueba empero que en este legado deba entenderse comprendida la tela. La diferencia que hay entre una y otra manda, y que hace al propósito, es que bajo la palabra *lana* nunca se comprende la tela fabricada en ella, y bajo la palabra lino muchas veces se contiene el lienzo hecho de él. Sin embargo, para decidir con acierto qué es lo que comprenden ambos legados, debe inspeccionarse la voluntad del testador, y atender á la significacion que las voces *lana* y *lino* tengan en cada país.

subrogacion de ésta en el de aquella (*a*) (*).

75 No se revoca el legado cuando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada, y antes bien su heredero tiene obligacion de desempeñarla y entregarla libremente al legatario; pues aunque la prenda é hipoteca es especie de enagenacion, no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero como en la verdadera venta y enagenacion, por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanzas de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por dicho precio.

76 Tampoco se revoca, cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion: ni cuando sin embargo de haberla enagenado no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio: ni tampoco pueden repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, valiéndose del pretesto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad, y de ignorar esta escepcion que les favorecia, á menos que sean soldados, mugeres, menores, ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas escusas (*b*).

77 Si los legatarios particulares fallecen antes de adquirir derecho á sus legados, ó no los adquieren por algun impedimento legal,

(*a*) Dicha ley 42 verb. Otrosi decimos.

(*) Los compositores de las Partidas se dejaron arrastrar en la citada ley 42 de las sutilezas del derecho romano, y no reflexionaron sobre la voluntad del testador. Si este quiso favorecer al legatario con un carro y la bestia destinada para él, tambien querrá favorecerle con el carro solo, si aquella muere, si quiso favorecerle con lo mas, tambien querrá favorecerle con lo menos: sino puede cumplirse en un todo su voluntad, cúmplase al menos en la parte que sea posible. Nada importa que no se pueda hacer uso del carro sin una bestia que tire de él, ni que por esta causa haya mudanza sustancial ó notable en el legado; pues lo que hace al caso es que el carro por sí solo tiene su valor, que si el legatario la enagena, percibirá su estimacion, y que si le conserva por necesitarle para sus propios usos, no tendrá que desembolsar el precio de otro. Si se lega una casa y despues se quema ó arruina, se debe el solar al legatario, segun ya se ha dicho, y por mas que hayan sutilizado los intérpretes, ciegos admiradores de la jurisprudencia romana, solo se encontrarán entre ambos casos vanas razones de diferencia. Véase al docto magistrado Mora y Jarava en *Los errores del derecho civil* (*cap.* 3, §. 9) donde impugna solidamente como injusta y contraria á la mente del testador la resolucion del jurisconsulto Paulo en la ley 49 de legat. 2 que dice, *no se deben, muerto el buey legado, ni su cuero ni su carne.*

(*b*) Ley 31, tit. 14, P. 5 y su glos. 1.

se acrecen á la herencia, lo que no sucederá, cuando hay legatario, ó mejorado en el quinto, pues como los legados se sacan de éste entre descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, y ha de entenderse que el testador no los hizo. Lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ambos el testador.

78 Si éste deja legado vitalicio, v. gr. á un hijo religioso que renunció sus legítimas á su favor, ó á otro, aunque en este caso algunos partidores sacan de la herencia el importe de 10, 15, ó 20 annatas con consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; lo mejor es bajar de la herencia el capital correspondiente al legado anual regulado á un tres por ciento, é imponerle, dandole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de ésta partirle los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado: lo cual se entiende, no habiendo otro convenio de los interesados, toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion, pues si le hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su pacto siendo justo se debe observar.

79 Si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos constante el matrimonio, se entiende legar cada uno al otro el derecho que tiene en ella, que es la mitad, y así se sacará del cuerpo del caudal y se le aplicará por entero: la mitad como legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos le cabe la mitad, y si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber.

80 Si teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, deja á estraños tantas mandas, o legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de mirar á cuanto ascienden éstos, y cuanto mas importan los legados juntos: v. gr. si es mitad, tercia, cuarta, quinta, ó sesta parte; y de cada uno ha de deducirse proporcionalmente el esceso, habiendo separado antes el importe del funeral y misas, por no entrar en el prorateo, de modo que todos juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó 60, debe tocar mas que al que 40, y al que 30, mas que al que 20 y por consiguiente ha de bajárseles menos. Y no

deben ser preferidos los nombrados primero, sean ó no de distinta clase ó esfera, porque se presume que el testador profesó á todos igual afecto.

81 Si deja á uno el quinto, y hace ademas tantos legados á otros que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios y el del quinto, despues de bajadas las deudas contra el caudal, y los gastos funerarios y misas, haciendo una cuenta de compañia, mirando cuanta es la cantidad legada de mas á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita, cuando tiene hijos, y asi á éstos como á estraños hace tantas mandas que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que no toque nada del tercio á los estraños, porque es legítima de los hijos entre los cuales se debe repartir proporcionalmente segun la disposicion del testador, por lo cual solo en el quinto tendrá cabimiento respecto á todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar, cuando lega á un estraño el quinto, y hace á algunos de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos, en cuyo caso éstos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, lo que falte, ha de deducirse del quinto, y al legatario estraño ha de darse el sobrante de éste ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad para mejorarlos en él y tambien de legar el quinto entero al estraño, es visto haber querido que se pagasen del tercio á los hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el estraño percibiese todo el quinto ó su residuo, si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes; pues de lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al cual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del testador que quiso le llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto y no del tercio. Los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, escepto que el testador lo prohiba (*a*).

(*a*) En órden á si se ha de hacer igual deduccion de los legados especificos, véase la I. P. cap. 5, nu. 117 donde sigo la negativa por razon del dominio que inmediatamente que fallece el testador, adquieren en ellos los legatarios.

§. IV.

Si tendrá lugar el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares.

82 Tiene lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciéndose el legado de una cosa entera á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. »mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte;" y estos se llaman conjuntos en la cosa y en las palabras, y su conjuncion real y verbal: ya sea en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una, »mando á Pedro tal viña, y en otra, mando á Juan la misma viña;" y estos se llaman conjuntos en la cosa, y disyuntos ó separados en las palabras, porque se mencionan en diversas cláusulas: en cuya atencion si uno de ellos muere antes que el testador, ó viviendo éste renuncia la parte que le corresponde en el legado, ó acaece otro motivo que impida su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro, ó mas conjuntos (*a*): porque dicha conjuncion induce cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario que sobrevive, conceptuándose que si fuera solo, le dejaria todo el legado, y asi es visto haberle sustituido vulgarmente en la parte que tocaba al otro, y no quiso ó no pudo percibir.

83 No ha lugar al derecho de acrecer, cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada en partes ciertas y diversas: v. gr. »lego á Juan la mitad de tal viña, y a Pedro la otra mitad;" pues en este caso como cesa la razon espuesta, ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le deja, y asi renunciándola se incorpora en la herencia (*).

84 Asimismo no ha lugar, cuando falta el legado por defecto del legatario, ó comete delito, por el cual debe aplicarse al fisco, pues tampoco se acrece al conjunto: ni despues que el legatario percibió su parte escepto en el usufructo, ni en los alimentos, ni en otros varios casos que recopila Gregorio Lopez.

(*a*) Ley 33, tit. 9 P. 6.

(*) Teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los egemplos del núm. anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente segun la voluntad del testador, y dejando aparte toda sutileza, pues en aquellos se entiende legada á cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en este.

§. V.

Si los legados que haga el testador á su muger, acreedores y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe á los segundos, y con la décima que corresponde al tercero.

85 La dote no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger, y asi no solo ha de llevarla toda sino tambien aquellos, á menos que hubiese dicho espresamente que se los dejaba por compensacion de ella, ó que conste claramente que éste fue su ánimo; y aun no tendrá lugar la tal compensacion, legándole una cantidad igual á la de la dote, ó el usufructo del todo ó parte de sus bienes, por lo que todo se le aplicará. Y los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretesto de las espensas hechas en ella, escepto que hubiese sido necesario hacerlas.

86 Asimismo cuando el testador lega á su muger alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, tampoco se compesará en todo ni en parte con ella, escepto que asi lo esprese ó conste ser esta su voluntad. Igualmente no se compensa el legado hecho á la muger con los bienes parafernales que los herederos del marido deben entregarle ó satisfacerle.

87 Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco ha lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que le hizo, pues el débito de ellas fue voluntario en el principio á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas en las deudas voluntarias que son las que se deben por pacto de distincion de género, especie, ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, escepto que conste de la voluntad del testador; y mucho menos ha lugar, si las arras están entregadas á la muger, porque con el debito ya pagado no se hace compensacion. Y si el testador tiene ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa, y viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto del quinto ó tercio, deduciéndose del uno de éstos y no del cuerpo de su caudal (*a*).

(*a*) Véase el lib. 1, cap. 6, nn. 21 y 22.

88 Tocante á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado: no se ha de compensar con la mitad que le toca de ellos, sino que se ha de deducir del caudal propio del marido, segun lo dispone espresamente la ley 16 de Toro que es la 7 t. 9 lib. 5 R. 68 t. 4, lib. 10 N.R.

89 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, caso que no estén consumidos los que al tiempo de hacerle el legado le tenia entregados, porque dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa, á menos que conste lo contrario de la voluntad del testador; pero en órden á los demas vestidos y joyas no entregados, si son dotales, porque la muger los trajo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados, lo cual milita en otra cualquiera cosa dotal, escepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, en cuyo caso se le han de dar ademas de su estimacion.

90 En el legado general de vestidos no solo se comprenden los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela tejida, ó que se estaba tejiendo para emplear en ellos, escepto que lo limite el testador; y aunque se aumunten despues, porque aquel no murió entonces, no se estenderá la manda á otros que á los legados, sin embargo de que estén algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los hechos de nuevo hasta en el valor que aquellos tenian y no mas.

91 Donando el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia, y así no se hará la compensacion.

92 No vale el legado que hace el deudor á su acreedor de lo que le debe, cuando no se le sigue de aquel ninguna utilidad ni comodidad; pero de lo contrario sí valdrá. Y si le lega simplemente alguna cantidad, siendo el débito necesario, que es el que por disposicion de la ley contrae el testador, aunque no se obligue á él espresamente, se compensará porque es visto haberle hecho con este ánimo. Por egemplo, cuando el padre lega alguna cosa á su hija que ya se halla en edad de casarse, se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote que segun derecho está obligado á darla: ó si deja algo á un hijo, se presume dejárselo por via de legítima, y en compensacion de ésta, aunque tambien puede ser por via de mejora: todo lo cual procede, escepto que conste otra cosa de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue

hacer la compensacion, como cuando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el testador espresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que antes bien le entregue á otro, ó cuando el deudor necesario instituyó simplemente á su acreedor heredero en parte, y no en todos sus bienes, ó cuando el débito necesario fue declarado antes, y destinado á cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa.

93 Pero si el débito es voluntario, segun se llama el que proviene de contrato celebrado por el mismo deudor, no se compensará, de suerte que el acreedor llevará el legado, y podrá percibir su crédito. Y lo propio milita si le lega la cosa, mueble ó inmueble, que le tiene obligada á la seguridad de la deuda, pues percibirá aquella, y tambien el importe de ésta, porque la especie no se compensa con la cantidad. Mas esto se limita si concurre alguna conjetura vehemente, de la cual se puede colegir que el deudor hizo el legado con ánimo de hacer la compensacion, como cuando dona ó lega tanta cantidad cuanta debe; v. gr. debe ciento y dona al acreedor otros tantos: ó cuando la cantidad donada escede á la que debe, porque en lo mas está incluso lo menos.

94 Tampoco ha lugar á la compensacion de una cosa con otra, cuando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega; pero sí cuando son diferentes especies, y en las deudas á favor del viudo ó viuda por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. g. la cuarta marital, el lecho cuotidiano ó luto; pues éstas son necesarias, y así se admitirá la compensacion sin distincion de especie, género ni cantidad, no constando lo contrario de la voluntad del testador.

95 Como el legado que el testador deja al tutor testamentario se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo, y en el cuidado de su persona, y por esta razon sino administra, no tendrá derecho á él, á menos que espresamente ó por conjeturas conste lo contrario de su voluntad; es consiguiente que percibiéndole no le toca la décima que la ley del fuero le concede, y antes bien se debe compensar con ella. Si se le deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma, escepto que el testador mande que se contente con él prohibiéndole que pida mas por razon de décima; pues en este caso si sabiéndolo le acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella, porque

por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen anejo á él. Y si se le hace con condicion de que le entregue en cierto dia á otro, se compensará el interusurio que en su intermedio percibió de él. Y lo mismo procede en el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion.

96 Pero no se compensará cuando le hace á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se le deja por el trabajo de la administracion sino por afecto filial, escepto que lo esprese: ni cuando es legado de especie, si no lo dice: ni cuándo se deja para que le elija al tiempo que la décima: ni cuándo se le hizo por otra causa, v. g. por conservar la familia, pues entonces se debe atender á la causa que le motiva: ni cuando el legatario fue nombrado despues tutor del menor por el juez: ni tampoco cuando concurre alguna de las conjeturas espresadas en el n. 92.

§. VI.

Cómo se han de dividir los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada, y los que produzca desde su muerte hasta la entrega hecha al legatario; y si revocándose el legado debe restituir los que percibió.

97 Es indudable que pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dejada en fideicomiso siendo del testador, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio, sin que para ello se atienda á si pasó ó no la mayor parte del año, ni á cuándo espiró, ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si están maduros ó próximos á su recoleccion; pues sin embargo de todo ha de percibirlos el legatario, habiéndolos dejado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en materia alguna, por lo que si el heredero de éste los coge ó percibe, se los debe restituir pagándole los gastos de su percepcion. Y si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que hizo el legado.

98 Legando el testador solamente el usufructo de un fundo, si al tiempo de su muerte hay frutos pendientes en éste, corresponden al heredero propietario, porque aquellos son parte de la finca en que existen, y de consiguiente tocan al que tiene el dominio de ella, que

es el que presta título para su adquisicion y percibo; de suerte que se entiende legar el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, mayormente cuando si hubiese querido el testador que el legatario los percibiese, lo hubiera espresado.

99 Segun he sentado en el cap 5, n. 2 del lib. 1, desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó arrendamientos de ella, para cuya esaccion debe cederle el vendedor la accion que le compete contra el arrendador; y lo mismo parece se deberá practicar entre los herederos del testador que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó; pero véase lo dicho en el cap. cit. n. 22 y sig. que es lo que se debe seguir no disponiendo otra cosa el testador.

100 No se deben al legatario los frutos de cosa genérica ó agena, sino desde que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito, porque no adquiere dominio en lo legado, como cuando la cosa es específica y propia del testador.

101 Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ó de otra parte ó cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario; como tambien en todos los casos en que no se traspase al legatario el dominio antes de la eleccion y mora del heredero, del dia prefinido para su tradicion, ó del cumplimiento de la condicion impuesta, pues en ellos no se le deberán los frutos hasta el dia en que se le transfiera.

102 Si no hay heredero instituido, ó aunque le haya, si no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos, ó al ejecutor testamentario para que la acepten; ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias relativas á la aceptacion, desde la cual asi como se transfiere al heredero el dominio verdadero de lo legado, asi tambien se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello (*). Pero si el legado consiste en universidad ó coleccion de bienes ó cosas, v. gr. en un re-

(*) Legándose puramente cosa determinada ó especifica pasa su dominio al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, sin que sea necesaria para este efecto la adicion ó aceptacion del heredero, puesto que segun la ley 1, tit. 4, lib. 5 R. ó 1, tit. 18, lib. 10 N. R. valen las mandas, aunque en el testamento no haya nombrado heredero, ó el que lo esté no acepte la herencia. Por tanto, los frutos de la cosa especifica pertenecerán al legatario desde dicho tiempo.

baño, corresponden sus frutos al legatario desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado.

103 Si el testador ó donante entrega al legatario ó donatario lo que legó ó donó por causa de muerte, con espresion del instrumento revocable, en cuya virtud se hacia la tradicion, y despues revoca la manda ó donacion, parece mas cierto, aunque algunos dicen lo contrario, que no pertenecerán al legatario ni donatario los frutos percibidos antes de la muerte ó revocacion del testador ó donante (*): lo primero, porque el legado y dicha donacion se entienden hechos con la condicion tácita de que valdrán en caso que no se revoquen, y siguen la naturaleza del instrumento en que se hacen: lo segundo, porque el título revocable no da ningun derecho para adquirir los frutos; y lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con espresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud, ni efecto del legado.

CAPITULO VII.

De la sucesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales que murieron intestados.

§. I.

Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos é ilegítimos, y á sus parientes, muriendo intestados.

1 Tres son las líneas de sucesion: una de descendientes que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden, proviniendo unos de otros como cadena en infinito; quiero decir, hasta que se estingue la línea de aquel en quien tuvo principio: otra de ascendientes, y son padres, abuelos y visabuelos y demas que retrocediendo suben hasta Adan, primer primogenitor y padre del linage humano; y otra de transversales ó colaterales que son hermanos, primos, sobrinos, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras dos líneas.

(*) Si el testador entrega simplemente al legatario la cosa legada sin espresar que lo hace por razon de la manda, se convierte ésta en donacion pura é irrevocable.

2 Muriendo alguno intestado, y dejando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente aquellos como sus mas inmediatos parientes, y dividirán entre sí con igualdad la herencia, esten bajo ó fuera de la pátria potestad, y sin distincion de varones ni hembras (*a*). Entre estos hijos se comprenden los póstumos (*b*), y asimismo los hijos naturales que se legitimaron por el siguiente matrimonio, pues es tanta la virtud y eficacia de éste que los iguales en un todo con los legítimos (*c*): lo cual procede, aunque sus padres se casen despues siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear, ó antes de casarse con sus madres hubiese habido otro matrimonio con alguna ya muerta, ó sean hijos de clérigo de menores beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dejando el beneficio: ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los hubo, con tal que al tiempo de su nacimiento estén libres uno y otro para poderse casar sin dispensa, aun cuando al de su concepcion no lo estuviesen. Sobre la cuestion intrincada de si el hijo legitimado por el siguiente matrimonio y anterior en nacimiento á otro hijo legítimo habido de la primera muger, ha de preferirse á éste en la sucesion del mayorazgo, véase á Rojas (*d*) que la trata estensamente y resuelve que el legitimado debe ser preferido, escepto que espresa y literalmente le escluya el fundador, ó conste á lo menos que no quiso preferirle.

3 No dejando hijos el difunto y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, han de sucederle solamente los que estén en grado mas cercano y no los demas: v. gr. si deja nietos y biznietos, le heredarán en un todo los nietos como sus mas propincuos ó inmediatos parientes, y los biznietos en nada. Mas esto procede, cuando nacieron, ó al menos fueron concebidos en vida de su abuelo ó del ascendiente, de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues de lo contrario no le sucederán, ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque habiendo precedido la muerte del abuelo á su nacimiento ó concepcion, ningun parentesco tuvieron con él, y así pasará la herencia á los parientes transversales nacidos ó concebidos tambien en su vida, ó no habiéndolos, al fisco (*).

(*a*) Leyes 3, tít. 13 P. 6, 1 tit. 6, lib. 3 del Fuero Real y 6 de Toro. (*b*) Véanse acerca de ellos el n. 41, c. 1, lib. 1 y el n. 12 c. 1 de este lib. (*c*) Cap. Tanta, y cap. Lactor Qui filii sint legitimi, y ley 1, tit. 13, P. 4 verb. Otrosi non legítimos. (*d*) De incomp. p 1 c. 4.

(*) Tengo por indudable que aunque el nieto no haya nacido ni sido con-

4 Procede lo espuesto, no solo cuando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concurren solos á la sucesion, sino tambien cuando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas, quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y cuando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estirpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, cuatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo, cuanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son muchos ó pocos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y cuanto percibiria ésta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo si no deja mas (*a*).

5 Lo propio debe observarse cuando el difunto deja uno ó mas hijos nacidos ó postumos, y varios nietos hijos de otro ú otros hijos ya muertos; pues los nietos, aunque estan en grado mas remoto, sucederán á su abuelo con el hijo ú hijos de éste que son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia, cuanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos ya muertos, del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de éste, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los

cibido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de éste, pues las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes no hacen la espresada distincion. Por tanto, si por egemplo muere alguna persona habiendo exheredado con justa causa á algun hijo suyo, y despues concibe la nuera del testador, le heredará el nieto que nazca, una vez que por la exheredacion está imposibilitado el hijo de sucederle. Segun las leyes romanas no podia tal nieto heredar á su abuelo; pero nosotros no estamos obligados á seguirlas, mayormente cuando se alejan de la sencillez de la naturaleza, ó del derecho natural. Podria decirse que cuando nació ó fue concebido dicho nieto los parientes mas próximos del abuelo al tiempo de su fallecimiento ya tenian adquirido derecho á todos sus bienes, de que no seria justo privarles; mas yo replicaria, ó que semejante derecho era incierto hasta tanto que se supiese con seguridad que no habia de haber otro pariente de igual ó mayor prerrogativa; ó que aun cuando fuese real y verdadero les privaban de él en todo ó parte las leyes que dan á los nietos las herencias de los abuelos sin hacer, segun he dicho, la referida distincion.

(*a*) Ley 3 al fin, tit. 13, P. 6.

nietos hijos de cada hijo muerto por estirpes, como que todos entran á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia que éste percibiria en caso de vivir (*a*); pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion y cognacion, se admite la representacion en infinito, y el nieto entra en el lugar de su padre, concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre hermano de éste, concurriria si viviera.

6 El hijo natural sucede á su padre abintestato en la sesta parte de la herencia, aunque éste tenga muger legítima, segun lo ordena la ley 9 tit. 13 P. 6. »Las leyes antiguas otorgan que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doce partes las dos, non dejando él muger legítima, cá si la dejasse, embargaria al fijo de guisa (*de manera*) que no podria demandarlas. E porque non podimos fallar (*hallar*) ninguna razon derecha porque se movieron los que ficieron las leyes á toller (*quitar*) á tal fijo esta su parte por esta razon de la muger legítima que dejasse su padre: por ende (*por tanto*) tenemos por bien é mandamos que la haya, é que non se le embargue por esta razon. Mas sin embargo los ascendientes legítimos del padre escluyen en un todo á los hijos naturales.

7 Asimismo el nieto natural á falta de su padre ha de suceder á su abuelo que fallece abintestato en dicha sesta parte entrando á ocupar el lugar de aquel y representándole, porque á no haber muerto le sucederia en ella; pues para lo propicio en el nombre genérico de hijos se comprenden los nietos.

8 De la madre son herederos forzosos los hijos naturales á falta de legítimos, porque es conocida, y no se duda de que es su madre. Así lo dispone la ley 9 de Toro, que es la 7, tit. 8, lib. 5 R. ó 5, t. 20, lib. 10 N. R. y dice: »Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios, por su órden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato (*b*).

9 En órden á si los hijos naturales suceden abintestato á los parientes naturales de su padre ó madre, he aquí lo que dispone la ley fin. tit. 13 P. 6. »Fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni

(*a*) Dicha ley 3. (*b*) En cuanto á los demas ilegítimos y espurios véase el cap. 1 de este lib. §. 3.

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD

madre, entonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre deven aver todo lo suyo: é si otros hermanos oviere de su padre tan solamente non herederán ende *(de esto)* ninguna cosa: é esto es, porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre, son ciertos é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, oviesse hermanos naturales que le perteneciessen de su padre tan solamente, é non oviesse de los otros que fuessen nacidos de su madre como él, entonce estos atales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes: fueras ende si el que assi muriesse, oviesse hermano natural, é legítimo de parte de su padre, ca estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos, que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre: mas de los otros parientes que les pertenecen en parte de su madre, que muriessen sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes."

10 Asi pues, muerto abintestato el hijo natural sin sucesion, si deja dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, se preferirá éste á aquel. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano, pero el natural por línea paterna no heredará á los legítimos ni á los demas parientes por esta línea intestados. Dejando un hijo natural de parte de madre tan solamente y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta al natural y al legítimo de parte de padre que no lo es. Y á falta de hijo legítimo y natural de parte de padre ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural.

11 Si muriere abintestato el hijo natural dejando solamente parientes por línea materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado, y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará, como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente parientes á causa de la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin, lo que no sucede por parte de su padre.

12 Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dejando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro con preferencia á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean

legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxima de suerte que deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se echa de ver de los últimos periodos de la ley inserta.

23 Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural, si dejase dos hermanos, uno natural y otro de legítimo matrimonio de la propia madre, no se preferirá ninguno al otro, sino que concurrirán ambos y le heredarán con igualdad, porque estan en igual grado; pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender, cuando se trata de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo se prefiere al natural, no cuando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí; por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena no sea preferido el hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre, y así tampoco deberá serlo en la de los de su hermano (*).

14 Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos, dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero con preferencia al uterino, como diré despues de los hermanos enteros legítimos.

15 Los espurios, de cualquier clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque á causa de la grande incertidumbre de la filiacion y parentesco por línea paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos. Asimismo no sucederán los espurios de damnado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre, ni ésta á ellos, tampoco debe suceder á sus parientes por su línea, ni éstos á ellos.

16 Entre los hijos naturales y espurios, y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y así se debe guardar igualdad entre ellos, de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, en todos pueden suceder estos á los hijos; y por el contrario en los en que está prohibida la

(*) Parece que por lo mismo que contra lo que sucedia por derecho civil, el hijo legítimo es preferido al natural por la ley 9 de Toro en la sucesion de la madre, deberá tambien preferirse en la del hermano el hermano legítimo al natural de parte de madre. Nuestras leyes hacen mayor aprecio de la legitimidad que el que hacian las romanas.

sucesion para aquellos, lo está tambien para estos (*a*). Esta recíproca sucesion parece procede aun respecto del padre que sabia el impedimento del matrimonio, si la madre le ignoraba, pues al modo que el hijo sucesor legítimo del padre por la ignorancia y buena fe de su madre, del mismo modo le debe suceder su padre, porque no puede ser legítimo en parte y en parte no; bien que algunos AA. dicen lo contrario por la mala fe del padre que lejos de darle título para heredar le priva de él.

§. II.

Cómo deben heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron intestados.

17 La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quienes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su órden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena espresamente la ley 6 de Toro que es la 1 tit. 8, lib. 5 Recop. ó 1 tit. 20 lib. 10 N. R. Y esto procede, esten los hijos en su poder ó emancipados sean varones los ascendientes ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto: v. gr. que todos sean padres, abuelos ó bisabuelos, &c. pues el que esté mas remoto, no sucederá con los inmediatos, por lo que si deja padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres: si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y asi en los demas, observando siempre la prerogativa del grado ó proximidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes (*b*). Por tanto, si el descendiente no deja mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ambas líneas poseia el descendiente muerto (*c*).

18 Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro; y si concurren solamente uno por una línea y dos por la otra, no la dividi-

(*a*) Ley 8 al fin tit. 23, P. 6. (*b*) Leyes 4, tit. 13, P. 6, y 6 de Toro
(*c*) Ley 4 cit.

rán por terceras partes, sino que el uno heredará por persona tomando la mitad, y los dos por estirpes percibiendo la otra mitad y dividiéndola igualmente entre sí, como lo dice la ley 4, tit. 13, Partid. 6. »E si por aventura de parte de su padre ó de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, entonce aquel solo avrá la meytad de todos los bienes, é los dos que fuessen de la otra parte, la otra meytad." Lo mismo procede en los ascendientes ulteriores.

19 Aunque el difunto deje hermanos ó sobrinos hijos de éstos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 4, t. 8, lib. 5 R. ó 2, t. 20 lib. 10 N. R.

20 La sucesion abintestato de los ascendientes á sus descendientes legítimos tiene lugar en todos los bienes libres que dejen, aunque sean castrenses, cuasi castrenses ó adquiridos por razon de la iglesia, que es por dignidad, renta ó beneficio eclesiástico, pues la ley 6 de Toro usa de las palabras: »De cualquier calidad que sean," y la 4, tit. 3, Partid. 6 dice: »Que entonce el padre, é la madre deven heredar egualmente todos los bienes de su fijo," lo cual es corriente, y se ha egecutoriado aqui repetidas veces asi abintestato como por testamento.

21 Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, ambos en igual grado, no se ha de hacer separacion de bienes; quiero decir, el ascendiente por línea paterna no ha de percibir los que por ésta poseia el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el ascendiente materno los de su línea, sino que ambos partirán indistintamente todos los que gozaba por entrambas, y por otra cualquiera razon sin diferencia alguna, escepto que en los pueblos en que hay costumbre contraria, ó se observa la ley 10, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real; pues entonces cada ascendiente llevará los que disfrutaba por su línea el descendiente intestado, probándose la costumbre, ó estar en uso dicha ley, como lo dispone la referida 6 de Toro al fin. »Salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz."

22 Si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe gozarle toda su vida, porque al modo que por muerte de cualquiera propietario estraño no se acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se estingue el que su padre ó abuelo ha adquirido en sus

bienes (*); bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las cuales el hijo casado y juntamente velado sale de la pátria potestad, como si estuviese emancipado, y adquiere los frutos de sus bienes, sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos puede acontecer lo espuesto (**).

§. III.

Cómo deben suceder los parientes transversales á los que fallecieren intestados: qué han de distribuir aquellos, y los ascendientes y descendientes por el alma del difunto, y si se graduarán en caso de duda por la regla del abintestato los instituidos en testamento.

23 La tercera y última línea que tiene derecho á suceder abintestato, es la de transversales ó colaterales; y para que el partidor se instruya en esta materia no entendida de todos por la variedad de disposiciones legales que versan acerca de ella, conviene hacer varias suposiciones. Primera. Los parientes transversales deben suceder á su transversal que murió intestado, segun la prerogativa y proximidad de grado con él; de modo que quien al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dejó; y si hay muchos en un mismo grado, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, y así la hembra próxima escluye al varon remoto.

24 Segunda suposicion. Los grados de parentesco respecto de la

(*) Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. Las palabras generales y absolutas con que *por su órden y línea derecha* habla la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distincion entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufructo, son para mí argumentos mas poderosos que cuantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufructuario. Y á la verdad ¿cómo es posible que hablando la ley esprofeso de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿cómo es posible asimismo que habiéndola ninguna otra ley de nuestros codigos hable de ella?

(**) Podria suceder muchas veces su entrega de las citadas leyes; esto es, muriendo los hijos con bienes que usufructuase su padre, en vida de este y de su madre.

sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio se han de computar segun el derecho civil y no el canónico (*a*), y asi para conocer cuál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiere suceder, y ascendiendo hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata (*b*).

25 Tercera suposicion. Sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para suceder (*c*), no estan en primer grado de consanguinidad entre si sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde aquel, para saber en cual se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado.

26 Cuarta suposicion. Aunque entre los ascendientes y descendientes legítimos ha lugar á la sucesion abintestato en bienes libres en infinito, entre los colaterales únicamente le tiene por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado (*d*), y por últimas disposiciones hasta el cuarto, y asi solo los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado, tienen derecho á heredar sus bienes (*e*).

27 Quinta y última suposicion. Sin embargo de que en esta línea son admitidos igualmente los parientes que estan en un mismo grado, si en alguno de ellos concurre doble ó mayor conjuncion que en los demas, será preferido, aunque todos se hallen en el propio grado: v. gr. cuando el difunto deja hermanos enteros y medios, los enteros percibirán toda su herencia y los medios nada (*f*). Lo mismo procede si el difunto deja sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio, pues los del entero, representando á su padre, le heredaran con preferencia á sus primos hijos de su medio tio, é igualmente á éste, no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre que si viviera, le escluiria.

28 Pero esta mayor conjuncion se atiende únicamente en los hijos de los hermanos enteros del difunto que son primos carnales, los cuales representando las personas de su padre ó madre, y ocupando

(*a*) Covar. de Sponsal. part. 2, §. 6, n. 8. (*b*) Véanse el árbol genealogico puesto en el cap. 9, P. I y su esplicacion nn. 27 y sigs. (*c*) Ley 5, t. 13, P. 6. (*d*) Ley 6, t. 13, P. 6 cerca del fin. (*e*) Véase la I. P. cap. 6, n. 9 y su nota 1. (*f*) Ley 5, t. 13 P. 6. (*g*) Dicha ley 5, verb. *E sobre todo decimos*, hasta el fin.

su lugar, se prefieren á su tio, sea uterino ó consanguíneo, sin embargo de estar un grado mas distante; por lo que si alguno muere abintestato sin dejar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hijos de estos, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, y otro tio hermano consanguíneo ó uterino de éste, no será preferido el entero, y antes bien ambos serán admitidos igualmente á la sucesion (*a*). Lo propio milita por la misma razon, si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero: ó si el difunto deja muchos primos, hijos de varios hermanos de su padre que estan en cuarto grado, aunque algunos desciendan de hermano entero, y los otros de medio hermano. Ademas para que se atienda la conjuncion en los primos hermanos, es forzoso que concurra algun tio igualmente conjunto (*b*); y donde haya costumbre contraria, se ha de observar.

29 Hechas estas suposiciones convendrá esponer varios casos para la mayor inteligencia de la sucesion transversal. En los lugares de estos reinos en que no se observa fuero particular ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raíz á la raíz, si el difunto tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán aquellos con igualdad, sean todos varones ó hembras, ó de ambos sexos sin diferencia de agnacion ni cognacion (*c*), como se ha sentado.

30 Si deja un hermano entero ó mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por personas los hermanos, y los sobrinos por estirpes representando á sus padres muertos; quiero decir, que se hará la cuenta de cuántos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia, como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocaria á sus padres, y estos llevarian, si vivieran (*d*).

31 Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros ya muertos, heredarán por personas repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, segun lo dispone la ley 5, t. 13, P. 6 que dice: »Mas

(*a*) Ley 5 cit. al fin. (*b*) Ley 5 cit. al princip. y ley 241 del Estilo. (*c*) L. 5, tit. 13, P. 6. (*d*) Leyes 5 cit. y 8 de Toro que es la 5, t. 8, lib. 5 R. ó 2, t. 20, lib. 10 N. R.

si este que muriesse sin testamento non habiendo ascendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente."

32 Hay diversidad de pareceres sobre si la disposicion de esta ley y la de la 13, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real han de entenderse, cuando los sobrinos hijos de cada hermano son iguales en número, y no cuando son desiguales; v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas, &c. pues dichas leyes no distinguen, como ni tampoco la octava de Toro que dice. »Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem, y no in capita." Pero el dictamen que debe seguirse, es el de que sean muchos ó pocos, iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tio por personas: ya porque las leyes citadas no distinguen, ya porque la octava de Toro no habla de otro caso, sino de cuando concurren los sobrinos con los tios; y ya porque si todos los sobrinos que estan en igual grado, heredan por representacion á su tio muerto, cuando vive algun hermano suyo que tambien concurre á heredar, es por motivar éste ó servir de medio para la representacion, y para que aquellos no sean escluidos: lo cual no sucede, cuando se hallan solos, pues entonces no hay necesidad de la representacion, mediante á que concurren á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado; y esto es lo que se observa como justo.

33 Si concurriendo hermano del difunto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia y tuviere hijos, no se acrecerá ésta á dichos sobrinos, sino que la percibirán los hijos del repudiante, y se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos hijos de sus dos hermanos; pues los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado, suceden por su propio derecho como parientes mas inmediatos y no por el de sus padres, conceptuándose al repudiante en este caso como sino existiera, y á sus hijos como á los del otro hermano muerto.

34 Si muere alguno dejando un tio hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, aunque parece que todos concurrirán igualmente por personas, porque estan en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden por re-

presentacion sino cuando concurren con otro hermano vivo del difunto; serán no obstante preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aun cuando no sean enteros, ya porque la línea de los descendientes, aun respecto de los colaterales se reputa siempre mas cercana, y por lo mismo debe ser preferida á la superior de ellos; y ya porque el hijo del hermano representa indistintamente á su padre difunto y para heredar es lo propio que si éste viviera, porque ocupa su lugar, concurra con otro hermano vivo del difunto ó con los hijos de otro hermano muerto de éste, siendo así que en los ascendientes no hay una representacion.

35 Si deja un tio hermano tambien de su padre ó madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre, que son sobrinos carnales del tio vivo, no heredarán estos sino tan solo el tio, porque está en grado mas cercano, que es el tercero, y los sobrinos estan en el cuarto.

36 Concurriendo á heredar á algunos sobrinos hijos de un hermano y un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será escluido éste y heredarán aquellos por la representacion de su padre, y por hallarse en grado mas inmediato, aunque no sean enteros.

37 Dejando el difunto solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente, aunque tambien deje tio hermano de su padre ó madre por cuya línea poseia los bienes; pues los medios hermanos como parientes mas inmediatos se prefieren al tio que está mas distante, y así sucederán en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, sin diferencia de títulos ni líneas.

38 Si deja sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, le escluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y percibirán toda la herencia; porque si su padre viviera, le escluiria por la mayor conjuncion de parentesco con el difunto; y puesto que los sobrinos representan la persona de su padre; deben escluir tambien á su medio tio, por la propia razon (*a*).

39 Y si deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por otra, heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que poseia por ella el difunto, y los de la materna ó uterina los que gozaba por ésta, y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio, u otro título, los partirán igualmente (*b*). En cuanto á las deu-

(*a*) Dicha l. 5 al fin. (*b*) Así lo dispone clara y espresamente la l. 6, t. 13, P. 6.

das pagará cada uno las que contrajo el difunto por razon de sus respectivos bienes, y si no consta por cuáles las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden.

40 Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, concurran entre sí solos, ó con algun medio tio suyo; con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por personas, y concurriendo con su medio tio por estirpes, porque versa la propia razon que cuando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos de los hermanos no tiene lugar esta distincion ni separacion de bienes; ni en los tios hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, cuando concurren á heredar á sus sobrinos: de suerte que todos se dividirán con igualdad entre los que estén en un propio grado, cualquiera que sea el título de su adquisicion, porque no se halla mandado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes, considerándose solo la proximidad de grado: en cuya atencion los medios hermanos del difunto escluirán al tio hermano del padre ó madre de éste como mas propincuos, haya heredado de su padre ó madre hermanos de su tio, ó de otra parte los bienes que dejó.

41 En órden á la parte de bienes que los herederos abintestato deben distribuir por el alma del difunto, es indispensable distinguir de herederos y de casos: esto es, si aquellos son de la línea recta ó de la transversal, y si el difunto murió absolutamente intestado, ó bajo de poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, tienen obligacion de hacerle las exequias y sufragios que se acostumbren en el país con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello ha de mezclarse juez alguno (*a*); y si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento, porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con hacer lo propio sin otra obligacion, porque ninguna ley se la impone.

42 Si son transversales, y murió sin testamento, no tendrán mayor obligacion que la de los ascendientes y descendientes, pues todos

(*a*) Pragmática inserta en la I. P. capítulo 6 n. 10 que es la ley fin. tit. 4 lib. 5 R. ó 14 t. 20 lib. 10 N. R.

sus bienes les pertenecen abintestato (*a*), la citada pragmática habla indistintamente, y ninguna ley les precisa á mas Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas espuestas no hizo su testamento, en este único caso estarán obligados á la distribucion de todo el quinto dentro del año, segun lo ordena la ley 10 tit. 4 lib. 5 R. ó 13 tit. 20 lib. 10 N. R. cuyo contenido es éste: »Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los cuales, en caso que no sean fijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales los puedan demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo." La razon es que en el presente caso presume la ley que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario quiso que fuese preferida su alma á sus parientes en el quinto, y asi su disposicion no debe estenderse á otros casos.

43 Con la sucesion abintestato parece se deberá conformar la sucesion por testamento, en cuya atencion si el testador instituye genérica y simplemente herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, se admitirán solamente los enteros á la herencia ó legado; ya porque es visto haber querido disponer el testador con arreglo á derecho, segun el cual son preferidos los hermanos enteros; y ya porque se presume tener mayor afecto á los hermanos enteros que á los medios (*). Pero se esceptúa el caso en que el difunto no tenga mas que un hermano entero, pues por el hecho de instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien instituidos los medios hermanos; y lo propio milita, cuando se trata de conservar la agnacion en la familia.

(*a*) Ley 6 tit. 13 P. 6.

(*) Por otra parte parece que en el presente caso deben suceder á un tiempo todos los hermanos, pues es de presumir que asi lo quiso el testador por el hecho de llamarlos á un tiempo mismo y con palabras generales sin indicar ninguna preferencia. Si hubiera querido que solo á falta de hermanos enteros sucediesen los consanguíneos ó uterinos, es muy regular que lo hubiese espresado nombrando estos por sustituros de aquellos.

44 Si instituyó simplemente á un hermano vivo y colectivamente á los hijos de otro hermano muerto, ó á un estraño y á los de otro estraño, sin especificar sus nombres, estando nacidos los hijos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por estirpes, de suerte que el hermano ó estraño percibirá la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos colectivamente se estiman por uno: escepto que aparezca ser otra la voluntad del testador, como si mandó que sucediesen igualmente, en cuyo caso todos sucederán por personas. Y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado, por lo que si manda algo á Pedro y á sus hijos ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado y los hijos la otra mitad.

45 Pero si los hijos eran póstumos, como si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana, ó de otra muger que nombra, y nacen dos ó mas, deben heredar todos por personas, á causa de presumirse que si el testador hubiese podido nombrar á cada uno, lo hubiera hecho; bien que esto ha de entenderse, cuando los llama en primer lugar; pues si los llama en segundo ó por substitucion diciendo: v. gr. *Instituyo á Pedro y le mando que restituya la herencia á Juan y Francisco, y muerto alguno de estos, á sus hijos nacidos ó póstumos*; entonces si uno de estos herederos fideicomisarios fallece antes que el fiduciario, percibirán únicamente sus hijos nacidos ó póstumos la parte que su padre heredaria, si viviera.

46 Y si instituye herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto mencionándolos por sus propios nombres, sucederán por personas é igualmente con su tio; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que cuando muchos son nombrados no colectiva sino copulativamente en alguna disposicion, se admiten con igualdad.

47 Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos ó haciéndoles algun legado, no serán admitidos los sobrinos: ya porque no hizo mencion de ellos, ya porque en la disposicion del testador se debe atender á la proximidad de grado, y ya porque en el nombre apelativo de hermanos solamente se comprenden los que se hallan en segundo grado, y no los ulteriores. Lo propio debe observarse cuando instituye á dos ó mas hermanos suyos que tiene vivos, y al tiempo de fallecer ha muerto alguno de ellos dejando hijos, pues estos nada llevarán por las razones espuestas en la I. P. cap. 6 n. 5.

CAPITULO VIII.

Quiénes se llaman herederos estraños: de cuántas maneras los puede instituir el testador; y si siendo muchos los instituidos le heredarán todos igualmente y á un propio tiempo ó por el orden sucesivo.

§. ÚNICO.

1 Llámanse herederos estraños no solo los que no tienen con el testador ningun parentesco de consanguinidad, sino tambien los que le tienen y estan en la línea transversal, como hermanos, primos, tios, sobrinos y demas colaterales, porque aquel no está obligado civilmente á instituirlos herederos, ni por escluirlos de su sucesion con razon ó sin ella, pueden impugnar su testamento (*a*), sino es que tenga hermanos é instituya herederos á sugetos de mala vida, ó infames de hecho ó de derecho, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios (*b*), usureros manifiestos, clérigos pública y continuamente amancebados y otros, cuya asignacion se deja al prudente arbitrio del juez; porque entonces no vale la institucion, probándose el defecto del instituido (*c*): escepto que los hermanos hayan maquinado contra la vida del testador ó acusádole de crímen, por el cual incurriese en pena de muerte ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó cuanto estuvo de su parte para que los perdiese; pues por cualquiera de estas tres causas justificadas no solo no pueden quejarse de la disposicion, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato, nada podrán heredar de él (*d*).

2 Careciendo de herederos forzosos el testador puede instituir por tales á uno ó á muchos estraños, sean ó no parientes suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar; é imponer á todos ó á algunos de ellos las condiciones posibles y honestas que le parezcan, las cuales deben cumplir para entrar en la herencia, ó no haciéndolo han de dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó

(*a*) Leyes 2 verb. E todos los otros, y 12 verb. E decimos tit 7 Part. 6. (*b*) Vease en la I. P la nota del n. 55 cap 5. (*c*) Dich. ley 2 verb. Fueras ende t. 7 y ley 2 verb. Fueras ende tit. 8 P. 6. (*d*) Dich. ley 12 verb. Pero tres razones, y ley 2 cit. verb. Pero si este hermano.

de practicar para ello las competentes diligencias (*a*). Pero los religiosos profesos del orden de S. Juan, aunque durante su vida les deja la religion el uso moderado de sus bienes y su retencion á nombre de ella, no pueden sin la debida licencia disponer en vida de los bienes patrimoniales y sí con ella de los estables, la que se les concede segun los estatutos 1 y 2 de las prohibiciones; y en virtud de otra licencia especial podrán testar tan solo de la quinta parte de todos los bienes que se hallen por su muerte, y queden líquidos; mas despues de su muerte todos tocan á la religion, la cual se considera no como su heredera sino como sucesora, porque el religioso los poseyó en su nombre y con su permiso. En estos términos se ha de entender lo espuesto en la I. P. cap. 5 n. 22.

3 El testador puede dividir la herencia en cuantas partes quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras; á saber, señalando á todos las que han de percibir de sus bienes, ó á unos sí y á otros no, ó á ninguno (*b*); y de cada uno trataré esponiendo varios casos para la mayor instruccion del partidor.

4 Cuando el testador señala á todos sus herederos las partes ó porciones que han de percibir de su herencia, se debe repartir enteramente entre ellos con arreglo á su voluntad; y si dividió parte de ella y dejó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de la que les señaló en la que distribuyó.

5 Instituyendo el testador á 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 dicho instituido sin embargo de serlo solamente en cosa señalada, porque se entiende universal, como asimismo cumplir los legados y pagar sus deudas (*c*); pues de no heredar los todos se verificaria que el testado moria en parte testado y en parte intestado, lo cual es un absurdo y repugna (*). Pero si en testamento posterior nombra 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 este último no contenga revocacion del precedente, porque si la contiene, ó el testador manda otra cosa, nada llevara el del primero (*d*).

(*a*) Leyes 7 y 14 tit. 4 P. 6. (*b*) Leyes 16 y 18 tit. 13 P. 6. (*c*) Ley 14 tit. 13 P. 6.

(*) Esto es conforme al derecho romano, no al nuestro, sobre lo cual pueden verse las notas de los nn. 142 y sig. cap. 5 P. I.

(*d*) Leyes 14 cit. y 21 t. 1. P. 6.

6 Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dejando al uno la mitad, al otro la tercera y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por la regla de proporcion o de *tres*, para que ninguno sea perjudicado: v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad parece son seis, la tercera parte cuatro y la cuarta tres; pero como seis, cuatro y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿cuántos darán seis, cuántos cuatro, y cuántos tres? Entonces se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil en el caso propuesto, y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes en distintas porciones ó cuotas. Sobre cómo se ha de hacer la division, cuando el testador deja alimentos á una muger preñada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, y su madre cuatro; y que si pare hija, lleve ésta cuatro, y la madre ocho;* y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar (*a*) que citando y siguiendo á Moya en su Aritmética (*b*), y la regla de compañía sin tiempo, esplica como se ha de girar la cuenta sin causar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y cuotas diversas que la ley no ha resuelto y deben resolverse por aritmética.

7 Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio de todos sus bienes y al otro en el quinto tambien de todos, sin decir cuál ha de deducirse primero; aunque parece que se deberá sacar antes éste con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor, y tenga mas de qué disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica, cuando testa entre descendientes, como tienen creido algunos, por no haber visto dicha ley; no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse antes el tercio á pretesto de atender al orden de las palabras, escepto que lo mande espresamente el testador: en primer lugar, porque testando entre estraños no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, ni legados, como cuando testa entre descendientes, á menos que así lo mande, sino del cuerpo de su caudal (*c*), pues como la del Estilo habla solamente de hijos, segun se echa de ver de sus palabras (*d*), y aquí no hay que atender á legíti-

(*a*) Comput. 11. (*b*) Lib. 3 cap 3. (*c*) Véase el cap. 1 de este lib. nn. 19 y 20. (*d*) Estan insertas en el cap. 2 de este lib. n. 38.

ma alguna, por poder el testador disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan, cuando deja descendientes legítimos, y de consiguiente no debe ampliarse á este caso la misma disposicion legal; y en segundo lugar, porque con bajarse cualquiera de ellos primero y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no le lleva entonces entero de todos los bienes del testador, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del todo del caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues se cometeria mayor absurdo é injusticia, por deducirse este de caudal imaginario que ya no habia y perjudicarse á los que no son mejorados. Asi pues, para proceder con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la cuota que le corresponde en todos los bienes del testador, y luego entren ambos á partir igualmente con los que no lo fueron, el residuo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo creo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *todos*, y diga solamente, *que mejora al uno en el tercio, y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal.

8 La segunda manera de instituir herederos el testador, y de dividir su herencia entre ellos es cuando nombra varios, señalando á unos las partes que han de percibir, y á otros no, en cuyo caso percibirán aquellos las que les señaló, y estos el resto de la herencia importe mas ó menos que lo que toque á los otros (*a*).

9 Y la tercera manera de instituir el testador herederos, y de dividir su herencia entre ellos es, cuando los instituye sin señalarles las porciones que han de percibir de ella. En este caso todos la deben partir igualmente: porque asi se conceptuan instituidos, y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (*b*).

10 El tercero y último punto de este párrafo que es bastante oscuro y delicado, porque muchas veces es forzoso recurrir á conjeturas, y los AA. suelen discordar por esta razon, se reduce á si los herederos instituidos sucederán al testador igualmente y á un propio tiempo ó por el orden sucesivo, y si por personas ó por estirpes. En

(*a*) Ley 17 verb. E si acaesciesse tit. 3 P. 6. (*b*) Ley 17 cit.

órden al primer particular debo decir, que aunque nombre á muchos de grados distintos; v. gr. *Si instituye á Pedro su amigo, y al hijo y nieto de éste*, deberán sucederle igualmente y á un mismo tiempo, pues por el hecho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á uno que á otros.

11 Lo espuesto se amplia á los casos siguientes. El primero es, cuando los instituidos son parientes del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarian; pues sin embargo de tener lugar en ellos el orden de caridad, aficion y sucesion abintestato, si llama copulativamente á todos sin hacer distincion de las partes que cada uno ha de heredar y cuando, le sucederán á un tiempo y con igualda sin diferencia. El segundo caso es, cuando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de éste llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo. El tercero es, cuando instituyó á su hermano, y con nombre apelativo y cierta limitacion á sus hijos: v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estaba preñada, ó aunque no lo estuviese, se podia esperar que pariese mas; ó cuando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder, porque heredarán con su padre igualmente, y no por el orden sucesivo.

12 El cuarto caso es, cuando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de éste, pues aunque el tio es mas próximo en grado que el primo y abintestato le escluye de la herencia, entonces serán admitidos igualmente á ella, y no segun la prerogativa del grado. Y el quinto caso es, cuando instituyó á uno individualmente ó por su nombre y á muchos colectivamente: v. gr. diciendo: *instituyo á Francisco y á cualesquiera hijos suyos por mis herederos*; pues es lo mismo que si nombrára y llamara singularmente á la herencia á cada uno de éstos, por lo que se dividirá igualmente entre todos.

13 Y por el contrario lo espuesto en el n. 10 se limita en ciertos casos. El primero es, cuando el testador instituyó, v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que tuviese otros; pues le heredarán por el orden sucesivo, porque se conceptúan llamados asi á la herencia; y se presume que no solo quiso llamar á los que estaban nacidos entonces, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos. El segundo es, cuando llamó

á su hermano y á sus hijos, no teniendo ningunos nacidos al tiempo del testamento, porque se contemplan llamados tambien por el orden sucesivo, á causa de que como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni de consiguiente que quisiese igualarlos á éste, para que le heredasen á un propio tiempo El tercero es, cuando 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, cuyo nombre comprehende lo mismo que el de hijos, y asi en estos tres casos heredarán todos por el órden sucesivo. Y el cuarto caso es, cuando varias personas, entre las cuales tienen lugar el orden de caridad, son llamadas alternativamente á la sucesion: ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre y sus descendientes por una diccion ó palabra colectiva de muchos grados, como *Instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes*: ó cuando se hace la institucion con un nombre colectivo que comprehende diversas personas y grados: v. gr. si el testador instituye á la familia, y á los agnados, hijos y descendientes: en cuyos casos serán admitidas por el orden sucesivo segun la prerogativa del grado.

14 Sobre si los herederos han de suceder por personas ó por estirpes (*a*), debo decir que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas colectivamente incluyendo muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos por personas ó con igualdad; pues el primero percibirá la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, como si dice: *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*: porque todos los conjuntos se reputan una persona y no ocupan mas que un lugar, y otro el disyunto por sí solo.

15 Mas esto se limita, cuando el testador añade á la institucion alguna palabra, por la cual se vé que quiso heredasen todos igualmente; v. gr. si dice *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*: en cuyo caso heredarán todos con igualdad; bien que si son instituidos en diversas oraciones, como si dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro, é instituyo tambien á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales, ó igualmente por estirpes*; percibirá Pe-

(*a*) Acerca de este punto dije algo en el capitulo 7 de este libro nn. 42, &c. y 47.

dro la mitad de la herencia y los otros la otra mitad, porque la diccion por *partes iguales* apela sobre los hijos de Juan y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (*) (**).

CAPITULO IX.

Por qué causas se pueden recindir las particiones, y cuándo habrá lugar á la eviccion de los bienes de la herencia ó legado.

§. I.

Por qué causas se pueden recindir ó anular las particiones de bienes de difunto.

1 Hecha la particion judicialmente, sea por los peritos que hubiesen elegido los interesados, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al juez de la testamentaria del difunto, debe darles traslado de ella, para que estando arreglada la aprueben, y si no lo está, deduzcan los errores y agravios que contengan, aunque juntos no importen la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin siendo mayores, cuando la hacen los partidores que nombra

(*) En algunos de los últimos egemplos propuestos en este §. ha de inspeccionarse atentamente la voluntad del testador, pues me parece que en ellos no se conforma mucho el autor con esta.

(**) En otro §. de este cap. trataba el tutor del derecho de acrecer entre los herederos; esto es, del derecho en cuya virtud el que acepta su parte de herencia, adquiere la que el coheredero no quiso ó no pudo adquirir por algun motivo; pero no hay ninguna necesidad de hablar de semejante materia, ya porque como dice el mismo Febrero, el derecho de acrecer se usa hoy poco en estos reinos de Castilla á causa de ocurrir rara vez motivo para ello por el modo de ordenar las instituciones de herederos; y ya porque no apoyándose al presente dicho derecho en el axioma, *nadie puede morir en parte testado y en parte abintestato*, ni en otros principios de la jurisprudencia romana que ha derogado la nuestra, sino en la voluntad del testador, basta decir que solo tendrá lugar siendo conforme á aquella, y que para conocer esto deben reflexionarse las palabras del difunto, y atenderse las circunstancias de las personas, &c. Pueden verse en la I. Part. cap. 5 las notas de los nn. 41, 89, 128, 142 y 143.

el testador para ello, y siendo menores á sus tutores ó curadores; si bien aunque estos la consientan en sus nombres podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los cuatro años siguientes á los 25 de su edad, de suerte que lo mismo es que la aprueben que no, si los contiene; pues ni la permision concedida á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto sería inicuo, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles y perjuicios que se les causarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicarlos á los otros para que espongan lo que le convenga, y consistiendo aquellos en hecho se han de ventilar en via ordinaria, y si en derecho, debe el juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por hallarse resuelto en éste lo que se ha de determinar. De la sentencia que profiera puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias de la ley en la forma regular, y hasta que se ejecutoria y deshace el agravio no se espide ni debe espedir á los interesados el testimonio de su adjudicacion.

2 Por varias causas se pueden impugnar y rescindir las particiones. La primera es, por haberse hecho ante juez del todo incompetente, y esta nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes. Ademas no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él.

3 La segunda causa porque se pueden impugnar las particiones y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados, como que ésta es de derecho natural.

4 La tercera es, por razon de lesion en la sesta parte de lo que tocó al perjudicado, y no basta que lo sea en la de una cosa sola, sino que precisamente ha de serlo en la de todo su legítimo haber, porque la lesion en una cosa sola podrá compensarse con la mayor estimacion de otra, si se tasó en efecto por menos de lo que valia, lo cual procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin fraude, ya se omita por dolo ó ignorancia colacionar alguna cosa, ya los partidores causen agravio en el modo de liquidar y deducir, ya se origine de otro motivo, pues la ley no distingue, escepto que sobre el error y agravio haya recaido transaccion ó sentencia exequible dada

en juicio contradictorio con pleno conocimiento de causa; y tambien procede, ya la particion se haga por el juez, ya por árbitro, ya con el que en realidad no es heredero. Y para que solo tenga lugar la lesion en mas de la mitad, es necesario que se haya hecho la particion por convenio de los interesados, pues cuando lo es por partidores, basta que sea en la sexta parte.

5 La cuarta causa es por lesion enormísima, pues habiendo ésta se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposicion se entiende esceptuado, por ser contra derecho; y entonces será oido el leso, aunque sea mayor y hubiese jurado no contravenir á las particiones, porque dicha lesion no se comprende en la renuncia general, y asi se deben volver á hacer, si los errores y lesion son substanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiéndose hacer, se deben reformar y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan, ó se supla el engaño; y aunque algunos no asienten al suplemento, es lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, como que entonces no es substancial, ni perjudica á los interesados en sus derechos, sino puramente material en cuanto á la cuota, no se deben deshacer las particiones sino las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, por medio de notas ó prevenciones, espresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que ipso jure es nulo, se tiene por no hecho y ningun efecto surte, y asi no se puede recindir ni enmendar. Y sobre cuál se llame lesion enormísima, hay variedad de opiniones, por lo que se debe dejar al arbitrio del juez (*a*). Lo espuesto tiene lugar, aunque los interesados aprueben el cálculo y la particion, porque con el mismo error con que se hicieron el cálculo y division, se entiende hecha su aprobacion.

6 La quinta causa es, cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia, en cuyo caso el que debió traerla á colacion, podrá ser compelido á ello de oficio y se dividirá, pues en este juicio nada debe dejar pro indiviso el juez; bien que por esto no se deben recindir las particiones

(*a*) Véase en la I. P. cap. 18 la nota del n. 36.

hechas, sino tan solo dividirse lo que no se dividió, porque lo útil no se vicia por lo inútil.

7 Y esto procede, aunque la particion se haya hecho por árbitro é impuesto pena en el compromiso al que la impugnase; pues no obstante puede el interesado sin temor de incurrir en ella pretender que se dividan las cosas omitidas, porque con este hecho no impugna la particion, y únicamente intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione ó concluya, lo cual es muy diverso: asi como cuando el juez deja de declarar ó determinar en la sentencia algunas de las pretensiones de los partidores, se le pide declare y determine lo que omitió. Y si las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion: fuera de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las espresiones mas amplias, siempre se entiende esceptuado el dolo malo.

8 Y la sexta causa porque se pueden impugnar y recindir las particiones, es por haberse hecho con el que por ningun título era heredero, aunque se imponga pena al que contravenga á ella, pues no obstante ésta quedará impune y no podrá ser compelido á pasar por ellas; mas si se hicieron con el heredero putativo y se confirmáron por sentencia, no pueden impugnarse por esta causa, porque entonces la division impide la repeticion de lo pagado como no debido.

9 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones apelando de la sentencia; pues no hay duda que tiene lugar la apelacion asi de las particiones que hizo el juez ordinario, como de las que hicieron los partidores que nombraron los interesados; bien que de las formalizadas por estos me parece no puede haber apelacion, por no ser jueces ni dar sentencia sino solo su parecer como peritos, escepto que esten nombrados en los términos y con las facultades que espuse en el lib. 1 cap. 2 n. 26.

10 Tambien se pueden deshacer en virtud de la restitucion por entero habiendo lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y siendo menor de 25 años el leso; y aunque está prohibida al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervengan el decreto del juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenacion, esto se entiende, cuando todos los interesados son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo; pero si el menor es provocado á la division por el sócio ó

partícipe mayor de 25 años, valdrá con solo la autoridad de su tutor ó curador, sin ser necesaria la intervencion de juez, como ni tampoco cuando el testador deja nombradas personas que la hagan (*a*).

11 Este remedio tiene lugar, aunque sea pequeña la lesion, escepto que por la restitucion de cosa ó cantidad mínima se cause perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega; y para llamarse pequeña ó grande se debe considerar en sí la cosa ó cantidad que pretende el menor se le restituya, y no comparativa á otra cosa ó cantidad mayor: v. gr. la lesion de 1@ respecto de 100@ es pequeña, y en sí misma no lo es. Ademas este remedio dura hasta los 29 años del menor perjudicado, é impide la ejecucion de la sentencia, ó de las particiones hechas y aprobadas por ésta, sino es que se intente maliciosamente para impedirla ó retardarla; y no se ha de innovar nada hasta que el pleito se termine; si bien mientras dura éste, no se revoca lo ejecutado.

12 No será restituido el menor, si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue leso, sin haber fraude ni colusion, ya por la incertidumbre de á quien tocaria, que hace se admitan muchas cosas que de otra suerte no se admitirian, y ya porque hizo lo que el mas cuerdo y sagaz haria (*b*). Lo propio milita, cuando todos los interesados fueran lesos en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad ninguno puede quejarse de lesion, sea mayor ó menor.

13 La particion que se hizo entre los hermanos, no se ha de deshacer, cuando se dió al uno mas que lo que se le debia dar, y solamente se ha de resarcir el daño ó lesion á arbitrio del juez.

14 Los coherederos que en virtud de una division nula y pendiente el pleito sobre la nulidad de ella recibieron sus partes en bienes que sin su culpa perecieron antes de concluirse aquel, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga aquella de nuevo; pues por la division y contrato nulo no se transfiere el dominio, y cualquiera cosa perece para su dueño, á cuya consecuencia los bienes perecerán para la herencia en comun, no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera hecho; aunque si enagenaron alguna cosa

(*a*) Véase en el lib. 1 c. 1 la nota del n. 16. (*b*) Ley 6 al fin. tit. 19 P. 6.

y recibieron su precio, han de colacionarle. Tampoco tendrán obligacion de colacionar los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fe en virtud de título que se tenia por válido, cual es el de la division, y semejantes poseedores no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos.

§. II.

Cuándo habrá lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quienes se adjudicaron, ó al legatario.

15 Sucede á veces que despues de hechas judicial ó estrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de lo que le tocó, le quita á alguno de ellos en juicio un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron: en cuyo caso aquel, si luego que éste le mueve pleito sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos, para que salgan á su defensa, defiende á mas de esto diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, apela siendo condenado en primera instancia y prosigue la apelacion, y dada ejecutoria contra él entrega en su virtud la cosa demandada, podrá reconvenir á los coherédos, quienes, háyanse obligado ó no á la eviccion, deberán reintegrarle de lo que satisfizo por ellos; porque la division se considera como una permuta y compra tácita de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que habia pro indiviso: cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de la cosa ó cosas que estan sin dividir, y el contrato de permuta es tal, que si la cosa recibida en trueque falta ó se quita por eviccion al cambiador, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió.

16 No obsta alegar que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad; pues el estar el coheredero obligado á su eviccion no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó libremente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion entera; y por lo tanto, si otro estraño se la quita, se debe hacer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, mayormente si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion ó estrajudicialmente entre los hijos, ya hubiese señala-

do el padre en su testamento ó entregado á cuenta de ella en su vida. Pero si los herederos pactan espresamente que aunque la cosa adjudicada al uno se le quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se le dará esta accion.

17 Ha lugar á la eviccion en la division que hagan los hermanos, por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, están obligados los demas á prorata á saneársela, de modo que queden iguales; si bien por el contrario, cuando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, aunque al uno quite un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no tiene lugar su eviccion (*a*).

18 Mas sin embargo, cuando se pierde la misma cosa por su naturaleza, como si á un hermano se adjudicó algun feudo, y habiendo dejado una hija que no podia obtenerle, se le quitó un tio suyo, no puede la hija usar de la eviccion contra él. Y lo propio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por razon de éste se quitan al que los tiene, lo cual procede, cuando se estimaron en menos de lo que valian por el peligro y gravamen, mediante á que éste disminuye el valor y es parte de precio; pues si no se tuvo consideracion al gravamen, y se apreció por todo lo que valia, como si no le tuviera, habrá lugar á la eviccion.

19 Ademas, cuando la misma cosa ó fundo que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar á la eviccion, porque como estan todos en el mismo peligro, es visto haberse guardado igualdad entre ellos en dicha division. Y lo mismo procede, aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo riesgo á todos.

20 Pero lo dicho se limita, cuando el hijo á quien se quitó su parte, fue gravado por esta razon en su legítima; en cuyo caso deben completársela los coherederos; y cuando conste que quiso el testador se observase igualdad entre todos, como si dijo que cada uno llevase todo lo que le correspondia. Tambien se limita en la cosa que poseia el mismo testador.

21 Sobre si competirá al legatario la accion de eviccion contra los herederos del testador por el legado que se le quitó en juicio, se han de distinguir tres casos. El primero es, cuando el legado fue es-

(*a*) Ley 9 tit. 15 P. 6.

pecífico de cierta cosa que el testador poseía como suya, en cuyo caso no le compete, porque en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenía y su posesion. Pero si sabiendo que era agena la legó, podrá el legatario pedirla, no por razon de eviccion, sino como legado de estimacion en que se convierte, mayormente si aquel es persona conjunta, como un hijo. El segundo caso es, cuando el legado es genérico, en el cual le compete la accion de eviccion. Y el tercero es, cuando el testador lega á persona conjunta la cosa agena creyendo es suya, en cuyo caso vale el legado, y asi el heredero está obligado á eviccion, si en juicio se quita al legatario, porque se presume que aunque hubiese sabido que era agena se la hubiera mandado dar, ú otro tanto de sus bienes. (*a*).

23 Pero no ha lugar á la eviccion en la cosa que el padre teniéndola por suya dejó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo. Y lo mismo procede cuando lega alguna cosa en que solamente le compete el derecho de prenda, porque es visto legar ésta y no la misma cosa: ó cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza y no la cosa misma: ó cuando lega á persona conjunta la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa nula; v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar á la eviccion, aunque lo contrario sucede cuando simple y absolutamente creia ser suya; ó si lega alguna cosa, juzgando tambien serlo por alguna causa que espiraba con su muerte, y él lo ignoraba, pero no si lo sabia.

(*a*) Véase en el cap. 6 de este lib. el n. 6 y su nota.

CAPÍTULO X. Y ÚLTIMO.

Se estienden dos particiones para instruccion del partidor, y dos escrituras de ellas.

§. ÚNICO.

EGEMPLAR PRIMERO.

Particion de los bienes que dejó un marido entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion.

1 El licenciado don F. abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por doña Clara de Vargas, viuda de don Felipe Ximenez, por don José Ximenez y doña Ana Ximenez, mayores de 25 años, y ésta viuda de don Santiago Lopez, y por Antonio de Sierra, curador de pleito de don Juan Ximenez, pupilo, todos tres hijos de ambos, é instituidos únicos y universales herederos del citado don Felipe, en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F. escribano de su número, bajo del que fallecio; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el espresado don Felipe, entre su viuda y herederos con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño, y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes.

I.

Sobre la dote de doña Clara de Vargas.

2 Estando para casarse los espresados don Felipe y doña Clara, formalizó aquel á favor de ésta en tal dia, mes y año, ante tal escribano carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil reales segun sus tasaciones, inclusos diez mil que llevó en dinero efectivo, por lo cual se obligó á devolverla los cuarenta mil en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que esistiesen, y los diez mil en dinero, siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos ducados que confesó cabian en la decima parte de los bienes libres con que se hallaba; y caso que no cupiesen se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y mediante haber cabido entonces y caber tambien ahora en ella, se le bonificarán íntegramente, con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviese á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes paraternales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará

como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

II.

Sobre el capital y herencia de don Felipe Ximenez.

3 El mencionado don Felipe, despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año hizo ante tal escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento y veinte mil reales, de los cuales los ochenta mil fueron en bienes raices libres de todo gravámen, y los cuarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la espresada doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de don Pedro Ximenez, su tio, treinta mil reales líquidos, bajada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el señor don F. corregidor de esta villa, ante tal escribano de su número; de modo que el dicho don Felipe Ximenez llevó al matrimonio que contrajo con la referida doña Clara la cantidad de ciento cincuenta mil reales efectivos, los ciento y veinte mil 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 responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y existen se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre, y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal como de luto, lecho, gananciales y demas que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

III.

Sobre la dote dada á doña Ana Ximenez por sus padres cuando se casó.

4 La citada doña Ana Ximenez contrajo matrimonio en tal dia de tal año con el referido don Santiago Lopez, y llevó á él en dote por cuenta de ambas legítimas treinta mil reales que le dieron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre los dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos cuando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena; y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de cuota, especie, ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan; y para no perjudicar á la doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, dedu-

cida de lo líquido del caudal paterno la mejora de tercio y quinto, se unirán los espresados quince mil reales al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres herederos, aplicándolos en vacio ó entrada por salida á la doña Ana como recibidos, y lo que le falte para completar la suya en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á cuarenta mil reales, no se le cargarán ahora ni cuando su madre muera, los diez mil restantes á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplacion de aquellos le hicieron, como en ella se refiere; de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

IV.

Sobre el testamento de don Felipe Ximenez.

5 Don Felipe falleció en esta villa en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes y año ante tal escribano, en el cual mandó se sepultase de secreto su cadáver sin ninguna pompa ni aparato fúnebre, ni en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente; y por la misma, las de sus padres y demas de su obligacion doscientas misas rezadas con limosna de á cuatro reales cada una, dejando 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 cuarta parte á la parroquia. Legó á su muger quinientos ducados en dinero, y otros quinientos á su hija doña Ana, consignando los de ésta en tales bienes raices, y mandando que si su valor escediese á ellos se le aplicase el esceso en parte de legítima, y no completando su valor se le supliese en dinero. A Juan de tal, su criado, legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisolas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo, y asimismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba; y á María su criada legó asimismo cien ducados en dinero y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su muger llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á dicha doña Ana, su hija, en cuenta de ambas legítimas. Mando se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, espresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoro en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo don José, y en el tercio al don Juan, consignando á éste para pago de su mejora tal y tal finca raiz, y previniendo que si no la completasen, se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad de insólidum y prorogacion del término legal á don Pedro, Sancho y Diego de tal, y por tutora y curadora del don Juan su hijo, pupilo, á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos don José, don Juan y doña Ana Ximenez. Y finalmente, revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es cuanto substancialmente resulta del dicho testamento que á este efecto he tenido presente. Con arreglo á él y á derecho se separará préviamente el quinto de lo que le cor-

responda de los bienes inventariados, y no de los colacionables: de él se bajarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á doña Clara el suyo con la obligacion en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarle al don José, á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él se adjudicará á éste: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarle al don Juan; y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio se unirá á los quince mil reales que en parte de legítima paterna y como recibidos debe colacionar la doña Ana; todo lo cual se hará un cuerpo y dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á ésta en vacío ó entrada por salida los mencionados quince mil reales; y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legítima diminuta, y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposicion se ha advertido.

V.

Sobre el inventario formalizado, liquidacion y division del caudal inventariado y colacionado.

6 Habiendo fallecido el espresado don Felipe, acudieron la doña Clara de Vargas, su viuda, y sus dos hijos mayores, en tal dia ante el señor don F. corregidor de esta villa, y por la escribanía numeraria de F. con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador de pleito al menor, á la que defirió dicho juez eligiendo por tal al referido Sierra, á quien precedida la solemnidad discernió el cargo, y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasacion de cuantos se hallaron pertenecerle que ascendieron á cuatrocientos veintinueve mil reales en esta forma: en tierras de pan llevar treinta mil reales, en viñas veinte mil, en olivares sesenta mil, en casas cuarenta mil, en trastos de madera ocho mil, en pinturas y dorado seis mil, en ropa blanca usada y en piezas catorce mil, en vestidos de lana y seda diez mil, en colchones, mantas y fundas mil ochocientos, en cobre, peltre y azofar cuatro 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 aceite diez y ocho mil, en aperos de labor cuatro mil, en bueyes y vacas cuatro mil, en mulas, yeguas y un caballo con sus aperos diez y nueve mil, en paja dos mil, en ganado lanar treinta y cuatro mil, en barbechos sin sembrar seis mil, en deudas cobrables veinte mil, y en dinero efectivo sesenta mil y cuatrocientos; las cuales veintisiete partidas suman (salvo error) los mencionados cuatrocientos veinte y nueve mil reales, importe total del caudal inventariado por muerte de don Felipe Ximenez. De estos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados y á la última disposicion de don Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellos: en primer lugar y como privilegiada la de la dote de doña Clara importante cincuenta mil reales: en segundo, la de los diez mil que don Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas cuando falleció, segun se acredita por estenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formara hijuela de deudas; y en tercero, la de los ciento y cincuenta mil que llevo como capital á

su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos y diez mil reales; y bajadas del total resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil, de los cuales se deducen mil y trescientos que suman los bienes de que se compone el lecho cuotidiano que ambos usaban, y se ha de aplicar á la doña Clara mediante permanecer viuda, y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de don Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales; y bajados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos y cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil cuatrocientos y setenta; bajado éste resultan de caudal doscientos un mil ochocientos y ochenta reales, de los cuales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedís; por manera que hecha esta deduccion quedan para legítimas ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis y veintitres maravedís, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que doña Ana Ximenez tiene recibidos y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la cuarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento y cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veintitres maravedís, de cuya cantidad tocan á cada hijo cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto importante los dichos cincuenta mil cuatrocientos y setenta reales, se deben bajar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales, y ventiseis maravedís que importan el funeral y misas de don Felipe, los legados que hizo, y los derechos de visitar su testamento, y queda reducido á treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales, y ocho maravedís, los cuales se aplicarán á su hijo don José como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion, el haber de doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento y setenta y dos mil ciento y cincuenta reales en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil y quinientos por sus arras, mil por el luto, mil y trescientos por el lecho, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su marido: el de don José á ochenta y dos mil seiscientos y sesenta reales, y quince maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y ocho maravedís por el residuo del quinto: el de don Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales, y diez y ocho maravedís por el residuo del quinto: el de don Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales y diez y ocho maravedís, los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedís por su mejora del tercio; y el de doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedís, los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los cinco mil y quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil reales de las deudas comunes y con el importe de las misas, entierro, legados de criados y derechos de visita del testamento, y agregados á estas partidas dos maravedís, de que por tener muy incomoda division y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados no se hizo mérito, componen

cuatrocientos cuarenta y cuatro mil reales, total caudal inventariado y colacionado; y bajados los quince mil traidos á colacion que la reducido á los cuatrocientos veintinueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado pro indiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo espuesto procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

7 *Cuerpo de hacienda* Se ponen por caudal treinta mil reales, en que se han valuado las tierras de pan llevar inventariadas por muerte de don Felipe Ximenez. . . . . 30ϑ.

Mas, veinte mil reales á que ascienden las viñas que dejó. . . 20ϑ.

Mas, sesenta mil reales en que se han apreciado los olivares que le pertenecian. . . . . 60ϑ.

Mas, cuarenta mil reales, precio y total liquido de dos casas que poseia en tal y tal calle. . . . . 40ϑ.

Mas, ocho mil reales, importe de los trastos de madera y menage de su casa. . . . . 8ϑ.

Mas, seis mil reales en que se han tasado las pituras y dorado. 6ϑ.

Mas, catorce mil reales que importan la ropa blanca usada y en piezas. . . . . 14ϑ.

Mas, diez mil reales á que han ascendido los vestidos de lana y seda. . . . . 10ϑ.

Mas, mil ochocientos reales en colchones, mantas y fundas para almohadas. . . . . 18800.

Mas, cuatro mil reales en cobre, peltre y azofar. . . . . 4ϑ.

Mas, veinte mil reales en plata labrada sin hechuras. . . . 20ϑ.

Mas, diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio. . . 18ϑ.

Mas, doce mil reales en tantas fanegas de trigo. . . . . 12ϑ.

Mas, seis mil reales en tanta cebada. . . . . 6ϑ.

Mas, mil y quinientas reales en tantas arrobas de garbanzos. . 15500.

Mas, quinientos reales en tantas fanegas de centeno y tantas de avena. . . . . 8500.

Mas, ochocientos reales en tantas fanegas de algarroba. . 8800.

Mas, nueve mil reales en tantas arrobas de vino. . . . . 9ϑ.

Mas, diez y ocho mil reales en tantas de aceite . . . . . 18ϑ.

Mas, cuatro mil reales en aperos para la labor. . . . . 4ϑ.

Mas, otros cuatro mil reales en tantos bueyes y vacas. . . . 4ϑ.

Mas, diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas, y un caballo con sus guarniciones. . . . . 19ϑ.

Mas, treinta y cuatro mil reales en tantas cabezas de ganado lanar. . . . . 34ϑ.

Mas, dos mil reales en tantas arrobas de paja. . . . . 2ϑ.

Mas, seis mil reales en que se han estimado los barbechos sin sembrar . . . . . 6ϑ.

Mas, veinte mil reales en deudas á su favor cobrables. . . . . 20ϑ.

Mas, sesenta mil y cuatrocientos reales en dinero. . . . . 60400.

Total importe del caudal inventariado. . . . [illegible]

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de don Felipe Ximenez (salvo error) á cuatrocientos veinte y nueve mil reales, segun aparece de la suma general de las veintisiete partidas anteriores, y de ello se hacen las deducciones siguientes:

8 *Bajas comunes ó generales.* Se bajan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil reales que consta haber llevado en dote á su matrimonio doña Clara de Vargas, segun se ha sentado en la primera suposicion. . . . . 50ø.

Mas, diez mil reales, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan. . . . . 10ø.

Mas, ciento y cincuenta mil reales á que ascienden los bienes que don Felipe Ximenez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio don Pedro Ximenez. . . . . 150ø.

Total de bajas comunes. . . . . 210ø.

Resultan de gananciales. . . . . 219ø.

Importan las bajas comunes hechas del caudal inventariado doscientos y diez mil reales, y cotejados estos con los cuatrocientos veintinueve mil inventariados, resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil reales, de los cuales se hace la siguiente deduccion.

9 *Bajas de los gananciales.* Se deducen de los gananciales mil y trescientos reales que valen los colchones y demas cosas de que se compone el lecho que usaban diariamente don Felipe y su viuda, y corresponde á ésta por permanecer sin casarse. . . . . 1ø300.

Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. 217ø700.

Cuya mitad son. . . . . 108ø850.

De los doscientos diez y nueve mil reales á que ascienden los gananciales adquiridos por don Felipe y su muger durante su matrimonio, bajando mil y trescientos que importan los bienes de que se compone el lecho cuotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos; cuya mitad perteneciente á cada uno son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta, por lo que se procede á liquidar el haber de don Felipe, y hacer de él las deducciones correspondientes.

10 *Haber de don Felipe Ximenez.* A don Felipe Ximenez y por su representacion á sus hijos, tocan por el capital llevado al matrimonio y herencia de su tio habida durante él. . . . . 150ø.

Mas, por su mitad líquida de gananciales ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales. . . . . 108ø850.

Total haber suyo. . . . . 258ø850.

2580850.

11 *Bajas de este haber.* Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio cinco mil y quinientos reales. . 60500.

Por el luto ordinario que sus herederos deben darle segun costumbre, se le regulan mil reales. . . . . 10.

Importan estas deducciones. . . . . 60500.

Queda reducido su haber á . . . . . 2520350.

12 *Distribucion del caudal líquido de don Felipe Ximenez entre sus hijos.* El caudal liquido de don Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta reales . . . . . 2520350.

Importa el quinto de estos. . . . . 500470.

Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora. 2020880.

El tercio de estos son. . . . . 670293...11.

Quedan para legítimas. . . . . 1350586...23.

Aumento por via de colacion á las legítimas. Se aumentan al caudal que quedan para legítimas paternas, por lo que doña Ana Ximenez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil reales. . . . . 150.

Total de legítimas.. . . . . 1500586..23.

Tocan á cada uno de los tres hijos de don Felipe Ximenez por su legítima paterna. . . . . 500862...7.

Asciende el total haber de don Felipe Ximenez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales, y bajados 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 cuales el quinto son cincuenta mil cuatrocientos y setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales, y once maravedis; de suerte que hay para distribuir ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis reales y veintitres maravedis, y agregando á estos los quince mil que debe colacionar doña Ana Ximenez, compone el total de legítimas ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta reales y veintitres maravedis; y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis

13 *Liquidacion y distribucion del quinto.* El quinto de los bienes de don Felipe Ximenez asciende á cincuenta mil cuatrocientos setenta reales. . . . . 500470.

500470.

13 *Bajas de él.* Se bajan mil ochocientos reales, importe del funeral, segun consta de recibos. . . . . 10800.
Mas, doscientos once reales y veintiseis maravedís, limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro reales, y ocho maravedís de cera y oblata. . . . . 0211..26.
Mas, seiscientos reales por las cierto y cincuenta restantes á cuatro reales. . . . . 0600.
Mas, veinte reales legados á las mandas forzosas. . . . . 0020.
Mas, otros veinte á los reales hospitales. . . . . 0020.
Mas, cinco mil y quinientos que legó á su muger. . . . . 50500.
Mas, otros tantos que legó á sus hijas. . . . . 50500.
Mas, dos mil y doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado. . . . . 20200.
Mas, mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinaro y cama. . . . . 10800.
Mas, veinte reales, importe de los derechos de visitar el testamento. . . . . 0020.

Importan estas deducciones . . . . . 170671..26.
Total del quinto. . . . . 500470.

Liquido sobrante del quinto. . . . . 329798....8.

El quinto de los bienes propios de don Felipe Ximenez suma cincuenta mil cuatrocientos y setenta reales, y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno y veintiseis maravedís, á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales y ocho maravedís, los que se han de aplicar á su hijo don José como mejorado en su remanente, á mas de su legítima.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

14 *Haber de doña Clara de Vargas.* Doña Clara de Vargas debe haber por su dote. . . . . 500.
Mas, por su mitad de gananciales. . . . . 1080850.
Mas, por sus arras. . . . . 50500.
Mas, por el luto ordinario. . . . . 10.
Mas, por el lecho cuotidiano. . . . . 10300.
Mas, por el legado que su marido le hizo. . . . . 50500.

Total haber de doña Clara. . . . . 1720150.

Haber de don José Ximenez. Don José Ximenez debe haber por su legítima. . . . . 490862.
Mas, por el residuo del quinto. . . . . 329798.

Total haber de don José. . . . . 820660..15.

Haber de don Juan Ximenez. Don Juan Ximenez debe haber por su legítima. . . . . 499862....7.
Mas, por su mejora del tercio. . . . . 670293..11.

Total haber de don Juan. . . . . 1170155..18.

Haber de doña Ana Ximenez. Doña Ana Ximenez debe haber por su legítima. . . . . 499862.
Mas, por el legado de quinientos ducados que le hizo su padre. 50500.

Total haber de doña Ana. . . . . 550362....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 cincuenta reales; el de don José ochenta y dos mil seiscientos y sesenta, con quince maravedís; el de don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco, con diez y ocho maravedís; y el de doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos, y siete maravedís; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

15 *Comprobacion de esta cuenta.* Por el importe de las deudas contra el caudal. . . . . 100.
Por el haber de doña Clara de Vargas. . . . . 172150.
Por el haber de don José Ximenez. . . . . 828669..15.
Por el haber de don Juan Ximenez. . . . . 1170155..18.
Por el de doña Ana Ximenez . . . . . 550362...7.
Por el funeral. . . . . 10800.
Por la limosna de las doscientas misas. . . . . 9811..26.
Por el legado hecho á las mandas forzosas. . . . . 9020.
Por el de los reales hospitales. . . . . 9020.
Por el legado de su criado. . . . . 20200.
Por el de su criada. . . . . 10800.
De dos maravedís, que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incomoda su division entre los tres herederos, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito. . . . . 8. 2.

Total caudal incluso el colacionado..... 4460.

Bájanse como colacionados. . . . . 1500.

Quedan de caudal. . . . . 4250.

Importa el inventario los mismos. . . . 4250000.

Igual. . . . . 8. 2.

16 *Haber de doña Clara de Vargas.* Doña Clara de Vargas, viuda de don Felipe Ximenez, debe haber por su dote cincuenta mil reales. . . . . 500.

Mas, por su mitad de gananciales ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta reales. . . . . 1080850.

Mas, por las arras que su marido le ofreció al casarse, cinco mil y quinientos reales. . . . . 50500.

Mas, por el luto ordinario mil reales. . . . . 10.

Mas, por el lecho cuotidiano mil y trescientos reales . . . . 13300.

Mas, por el legado que su marido le hizo, cinco mil y quinientos reales. . . . . 50500.

Total haber de doña Clara de Vargas. 1720150.

Asciende el haber de doña Clara de Vargas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, de los cuales se le hara pago con los bienes siguientes.

17 *Adjudicacion y pago.* Se aplican á doña Clara de Vargas cuatro tierras de pan llevar, sitas en termino de esta villa y pago llamado N. que estan unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el oriente con el arroyo nombrado M. por poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal, por el septentrion con tierras del vinculo de F., y por el mediodia con otras de G., cuyas tierras adquirieron doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil reales formalizo á su favor F. de tal, vecino de esta villa, á tantos de tal mes y año, ante F. escribano de su número, las cuales para esta particion se valuaron en la misma cantidad. . . . . 30.

Mas, se le adjudican &c. . . . . 0.

Total de bienes aplicados. . . . . 1720150.

Total haber suyo . . . . . 1720150.

Queda pagado enteramente. . . . . 0.

Importan los bienes aplicados á doña Clara de Vargas ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales, y lo que debe percibir por todos sus derechos, la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

18 *Hijuela para doña Ana Ximenez.* Doña Ana Ximenez, una de los tres hijos y herederos que dejó don Felipe Ximenez, debe haber por su legitima paterna cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis. . . . . 490862..7.

Mas, por el legado que su padre le hizo cinco mil y quinientos reales. . . . . 50500.

Total haber de doña Ana Ximenez. . 540362...7.

Importa el total haber de doña Ana Ximenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedís que se han de completar con los bienes siguientes.

19 *Adjudicacion y pago.* Se dan en pago á doña Ana Ximenez quince mil reales que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse, segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se aplican en vacío como recibidos. . . . . 150.
Mas, se le aplican, &c. . . . . 0.

Total de bienes aplicados á doña Ana. . 55036 2....7.

Total haber suyo.. . . . . 55036 2....7.

Queda satisfecha enteramente. . . . . 0.

Ascienden los bienes aplicados á doña Ana Ximenez á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedis, y lo que debe haber por sus derechos la propia cantidad, por lo que queda pagada enteramente de ellos.

20 En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía á proporcion en todas. De los bienes raices se mencionarán si se quisiese los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos, y sino en cada dos o mas que comprendan. Y si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y diciendo luego: *y en su nombre y como su marido á F.*; y si hay menor, fatuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su tutor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exordio de la particion Concluidas todas las adjudicaciones se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

Declaraciones.

I. Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal se deberán tener por incremento de él y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes, y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra el, y por no haberse tenido presentes no se han deducido; de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente á la solucion de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

II. Igualmente se declara, que si alguna ó algunas de las fincas raices inventariadas y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaria el importe principal de ellas, las espensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que esperimente deberán tenerse por menos caudal, y bonificarle los otros partícipes sin escusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo

adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho, y no de otra suerte, á los demas interesados, y hasta que se ejecutorie no tendrá derecho á dicha repeticion.

III. Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto, con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo liquido que ha correspondido á cada interesado.

IV. Tambien se declara, que de las escrituras y demas documentos y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se las adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion le sirvan de resguardo y 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 las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados de papel gastado y demas diligencias que ocurran hasta la evacuacion de todo, y los del curador de pleito del menor no se han deducido; y asi deberá tasarlos la persona que elija el señor juez de esta testamentaria, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte, y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyo esta particion que con arreglo á los documentos que se me manifestaron, y devolví a quien me los entregó, y bajo del juramento que hice, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año, &c.

21 Si quedase algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara, y si hubiese motivos para hacer mas declaraciones; se harán.

22 Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor, y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el egemplar siguiente.

24 El papel que corresponde á las particiones es del sello cuarto mayor, á las hijuelas el del sello tercero, y en el intermedio comun. Si fueren tan voluminosas que no quepan en cuaderno, se pondrá en el primero un pliego del mismo sello tercero, y otro en el último, y el papel de los intermedios de estos dos cuadernos y el de los demas sera sin sello, que es lo que se practica en esta córte.

EGEMPLAR SEGUNDO.

Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con reserva, mejora y colacion.

24 Don F. vecino de esta villa, partidor nombrado por doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de don Jorge Sarmiento, por don José y don Juan Sarmiento y Céspedes, mayores de 25 años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con doña Lucía de Cespedes, y por Antonio del Rio, curador de pleito de don Isidro y doña Ignacia Sarmiento y Velazquez, menores, tambien sus hijos tenidos en su segundo matrimonio con la espresada doña Juana Velazquez, todos cuatro instituidos por unicos y universales herederos del ci-

tado don Jorge en el testamento que formalizó en esta villa a tantos de tal mes y año ante tal escribano, bajo del que falleció; hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dejó el referido don Jorge con vista y reconocimiento esacto de su testamento, invencarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, carta de dote de ambas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño, y para la debida claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

Suposiciones acerca del primer matrimonio.

I.

Sobre la dote de doña Lucía de Céspedes, muger primera de don Jorge,

25 En tal dia de tal mes y año, el espresado don Jorge, hallándose próximo á contraer matrimonio con la referida doña Lucía de Céspedes, otorgó á su favor ante tal escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y ascendieron á treinta mil reales segun su tasacion, veinticuatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la espresada cantidad en esta forma: los veinticuatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disolviese por cualquiera de las causas prescriptas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar, doscientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazon; y para el caso de no caber se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y respecto haber cabido entonces y al tiempo que falleció, se le abonaran. Pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa sin deducir los gravámenes á que eran responsables, por ignorarlo el don Jorge y no haberlo espresado la doña Lucía, y que tenian contra sí un censo de doscientos ducados de principal al quitar á favor de tal capellanía, se bajarán estos del importe dotal para hacer del residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veintisiete mil y ochocientos reales, los que se tendrán por dote efectiva de la citada doña Lucía para su abono, y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

II.

Sobre el capital que don Jorge llevó á su primer matrimonio.

26 Habiendo contraido su matrimonio el mencionado don Jorge Sanmiguel formalizó en tal dia, mes y año, ante tal escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y doña Luisa, su muger, otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles, y ascendieron á cuarenta mil reales, los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se dedujese su importe despues de su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y antes que los gananciales lo cual se practicará así, mediante haber sido efectivos, y declarado con jura-

ramento don Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se le abonará otra cosa, por no constar que la hubiese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

III.

Sobre el testamento de doña Lucía de Céspedes, primera muger de don Jorge Sarmiento.

27 Hallándose gravemente enferma doña Lucía, otorgó su testamento en tal dia, mes y año, ante tal escribano, en el cual ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito, y sepultase en público en su parroquia con tal aparato fúnebre: que el dia de su entierro, siendo hora, y sino en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso: que lo mas breve que fuese posible se le dijesen cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que sacada la cuarta parroquial mandasen celebrar sus testamentarios las restantes en donde les pareciese. Legó á su marido quinientos ducados por una vez: mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija, de edad de cuatro años, en atencion á estar sin criar y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote cuando se casó, y en los demas raices que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad insolidum á dicho su marido, y á D. F. y F.: instituyó por sus únicos y universales herederos á los espresados don José, don Juan, y doña Micaela Sarmiento y Céspedes, sus tres hijos, habidos en su matrimonio con don Jorge Sarmiento, su marido; y finalmente, revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas difusamente del mencionado testamento, con arreglo al cual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

IV.

Sobre el inventario y distribucion de los bienes que dejó doña Lucía de Céspedes.

28 Habiendo fallecido doña Lucía bajo del espresado testamento, solicitó don Jorge, su marido, se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, para que nunca fuesen perjudicados sus hijos; y con efecto, por auto que proveyó el señor don F. teniente corregidor de esta villa, en tantos de tal mes y año, ante tal escribano de su número, defirió á su solicitud, á cuya consecuencia se formalizó ante tal escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron á ciento cincuenta y dos mil y doscientos reales en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto, &c. (*Se pondrán por clases y por mayor los bienes como en la última suposicion del primer egemplar.*) En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder de don Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se bajarán solamente de ellos los doscientos ducados que deben considerarse por menos dote, á causa de no haberse rebajado cuando se hizo el inventario, sino antes bien puesto por el total de sus tasas los bienes hipotecados á ellos, de

suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de doña Lucía á ciento y cincuenta mil reales, de los cuales se deducen sesenta y siete mil y ochocientos, los veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, y cuarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos, cuya mitad son cuarenta y un mil y ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de don Jorge á ochenta y seis mil y seiscientos reales, cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben bajarse dos mil y doscientos reales por las arras que ofreció á su muger, y el importe de dicho legado por deber reservarle á sus hijos, como adelante se dirá, son el líquido propio haber de don Jorge sin gravámen de restitucion ni reserva setenta y ocho mil y novecientos reales. No se le abona luto, por no acostumbrarse darle á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y sí únicamente á éstas siendo viudas; ni tampoco lecho cuotidiano mediante debe volverle á la masa comun para su division con los herederos con arreglo á la ley, por haberse vuelto á casar. El haber de doña Lucía importa setenta y un mil y cien reales; veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida; cuarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y dos mil y doscientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil y cien reales el quinto son catorce mil doscientos y veinte, y el tercio deducido con arreglo á la ley diez y ocho mil novecientos y sesenta; de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte, á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos y cuarenta, y á la doña Micaela por su legítima y mejora corresponden cuarenta y cinco mil ochocientos y veinte; pero bajando de ellos seis mil serecientos veinticinco y treinta maravedís; novecientos por el funeral de su madre; trescientos y cinco con treinta maravedís por la limosna de doscientas misas rezadas que mandó celebrar; ocho que legó á las mandas forzosas y hospitales; doce que consta haberse pagado por visitar su testamento; y cinco mil y quinientos restantes por el legado que hizo á su marido; queda deducido el haber líquido de doña Micaela á treinta y nueve mil noventa y cuatro reales con treinta maravedís; á que agregados veinticinco mil doscientos y ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, componen el total que tocó á los tres hijos de doña Lucía de Céspedes por su herencia materna la cantidad de sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cuatro reales con cuatro maravedís, de los cuales era responsable su padre, por haber entrado en su poder, debiendo al mismo tiempo reservarles no solo lo que tocó á la doña Micaela y recayó en él por su muérte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues en pena de haberse vuelto á casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos don José y don Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedís, y quedarian reducidos los ciento y ochenta mil reales que don Jorge llevó á su segundo matrimonio, á ciento diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedís líquidos; setenta y ocho mil y novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedís que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio don Alejandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

Suposiciones acerca del segundo matrimonio.

V.

Sobre la dote de doña Juana Velazquez, segunda muger de don Jorge Sarmiento, el capital que éste llevó á su segundo matrimonio, y las arras que le ofreció.

29 Estando viudo don Jorge trató de contraer segundas nupcias con doña Juana Velazquez, de estado doncella, y habiendo traido ésta á su poder por dote y caudal suyo veinte mil reales en bienes muebles y dinero, formalizó á su favor en tal dia, mes y año, y ante tal escribano, el competente recibo y resguardo, obligándose á su restitucion en cualquiera de los casos prevenidos por derecho. Ademas, en consideracion á sus loables prendas le ofreció en arras, ó como mas útil le fuese, la décima parte de los bienes líquidos y efectivos que tenia entonces; y posteriormente hallándose ya casado hizo su capital de los que así suyos como de sus tres hijos llevó á su matrimonio, y ascendieron á ciento y ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis, que durante su viudedad parece heredó de don Alejandro Sarmiento, su tio, de los cuales sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cuatro, con tres maravedis, pertenecian á sus tres hijos, y cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por manera que, segun se ha especificado en la anterior suposicion, solo eran propios del don Jorge ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis, cuya décima son once mil y doce reales con veinte maravedis; y de todos otorgó á su favor dicha doña Juana el competente instrumento, obligandose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal, y á que despues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se bajaria su importe antes que el de los gananciales. Con arreglo á estos contratos matrimoniales y á lo que dispone el derecho se practicará la respectiva liquidacion y deduccion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital líquido, efectivo y único de don Jorge los ciento diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, como llevados realmente á su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque le llevó á él cuando se casó, le estrajo despues como deuda que tenia contra sí y satisfizo; y por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe á doña Juana á los cuatro hijos de su marido, si se volviere á casar, se le abonarán únicamente once mil y doce reales con veinte maravedis, décima parte de los bienes que ese tenia cuando se casó con ella; y nada de los que adquirió despues, por haberse limitado á ellos su oferta, y no ampliando á los que posteriormente adquiriese, al dejado á su arbitrio la eleccion de los dos tiempos.

VI.

Sobre el fallecimiento de doña Micaela en su menor edad, y distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

30 Despues de haber contraido matrimonio 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 Céspedes su hija, habida en su primera muger doña Lucía de Céspedes, y todos los bienes que le correspondian por la herencia materna, recayeron en su padre que los estuvo usufructuando; pero mediante á que por haberse vuelto á casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio don José y don Juan como hermanos enteros de la doña Micaela, por haberlos instituido en esta forma su madre, y en su consecuencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y cuatro reales con cuatro maravedis que por su legítima y mejora le debian tocar; por manera que ni de los raices que existen y llevó en dote doña Lucía á su matrimonio, ni de los demas adquiridos en él que le debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda ni á sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun cuando se hallaran deberian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables mientras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo á su padre, por haberse bajado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legítima de la mejora, á la cual habrian de volver, si viviera, como se ha sentado en la cuarta suposicion.

VII.

Sobre lo que dió don Jorge á los dos hijos de su primer matrimonio durante el segundo.

31 Con motivo de haber tomado estado de matrimonio don José y don Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de don Jorge y de su primera muger doña Lucía, se pactó habia de dar cuarenta mil reales á cada uno para ayudar á sostener sus cargas en cuenta de ambas legítimas; y con efecto por escritura que otorgaron á su favor en tales dias de tales meses y años ante tal escribano, confesaron haber recibido de su padre ochenta mil reales por mitad, cuarenta mil cada uno en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y asimismo en muebles y dinero, dándole de ellos el correspondiente resguardo, obligándose á colacionarlos por su muerte en la forma y concepto en que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse por lo mismo si les cabria ó no todo por los derechos de esta; si escediesen á lo que les podia tocar por ella, se les imputaria como recibido en parte de la legítima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ambos debian

haber por la materna, eran veinticinco mil doscientos y ochenta reales, doce mil seiscientos y cuarenta cada uno; á que agregados treinta y nueve mil noventa y cuatro con cuatro maravedís, importe del haber de su hermana Doña Micaela, y cinco mil y quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debió reservarles este, componen todas las de sesenta y nueve mil ochocientos sesenta y cuatro con cuatro maravedís; de modo, que restados estos de los ochenta mil asciende lo que percibieron á cuenta de la paterna diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís, los cuales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se estrajeron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos esto mas habria de caudal, y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado, como se espresará en la última suposicion, pues no está obligada á dotar al hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

VIII.

Sobre el testamento de don Jorge Sarmiento.

32 Don Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año, bajo del testamento que habia hecho y queda mencionado en el exordio de esta particion, y por él ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito, y sepultase con tal 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 diácono, subdiácono, vigilia y responso; y se dijesen por su intencion cuanto antes fuese posible, doscientas misas rezadas por la limosna de cuatro reales, en tales iglesias y altares, á escepcion de cincuenta, cuarta parte correspondiente á la parroquia. Dejó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes á doña Juana Velazquez su segunda muger, consignándoselo en raices con la espresa calidad y prohibicion de que jamás habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos, ni enagenarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiese fallecido sin dejar sucesion legítima, se habian de repartir entre los que le sobreviviesen, y dejándola, habia esta de llevar la parte que tocaria á su descendiente á no haber muerto. Legó á su criada Maria Lopez cincuenta ducados en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á don Isidro y doña Ignacia Sarmiento y Velazquez sus dos hijos menores, y de doña Juana Velazquez su segunda muger. Declaró cuanto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento ni sucesion la doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró asimismo estaba debiendo varias cantidades á diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las que tenia á su favor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad insolidum á D. F. y D. F. á quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dejaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus cuatro hijos don José, don Juan, don Isidro y doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con doña Lucía de Céspedes y doña Juana Velazquez. Y finalmente revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es lo sustancial y concerniente á esta particion que resulta del citado testamento, con arreglo al cual, á los inventarios y demas documentos que se

han tenido presentes, y á las disposiciones legales se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimiento del caudal de ambos matrimonios entre la viuda actual y los espresados cuatro hijos.

IX.

Sobre el inventario hecho por muerte de don Jorge Sarmiento, y la liquidacion y distribucion de su caudal.

38 Todo el caudal que dejó don Jorge Sarmiento y se inventarió por su muerte ascendió á trescientos y setenta mil reales en esta forma: en tierras tanto, en viñas tanto, en casas tanto, en ropa blanca tanto, &c. (*Se espresarán las clases de bienes y su importe como en el primer egemplar*) cuyas tantas partidas suman los referidos trescientos y setenta mil reales, á que unidos diez mil ciento veinticinco con treinta maravedís que anticipo á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, mientras estuvo casado segunda vez, por lo que salieron del fondo del segundo, y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima, compone todo el caudal del referido matrimonio pertenecientes á entrambos cónyuges trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís; de los cuales en observancia de las leyes, con arreglo al testamento de don Jorge se harán las liquidaciones y division correspondientes entre los interesados. En primer lugar se bajan veinte mil reales, importe de la dote de doña Juana Velazquez: en segundo, treinta mil á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero, ciento diez mil ciento y veinticinco con treinta maravedís, total capital líquido y efectivo que como suyo llevó á él don Jorge. Estas tres partidas hacen la de ciento y sesenta mil ciento veinticinco reales, con treinta maravedís, y restados de los trescientos setenta mil ciento y veinticinco reales, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio doscientos y diez mil, de los cuales deducidos novecientos por el lecho cuotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre don Jorge y su viuda doscientos nueve mil y cien reales, cuya mitad son ciento cuatro mil quinientos y cincuenta. Unida esta mitad al capital que don Jorge llevó á su matrimonio, suma su total haber doscientos y catorce mil setecientos setenta y cinco reales con treinta maravedís, y bajando de ellos once mil seiscientos y cocc con veinte maravedís por las arras que ofreció á su muger, y seiscientos por lo que costó el luto de ésta, hay para distribuir entre sus cuatro hijos doscientos treinta mil sesenta y tres reales con diez maravedís, de los cuales para deducir la mejora sin violar la ley se separan los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedís que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedís y dos quintos de otro, y el tercio bajado el quinto cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve reales con treinta y tres maravedís y un quinto, de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedís que anticipó á los referidos sus dos hijos, y se separaron para sacar la mejora ciento y trece mil veinticinco reales con veintiocho maravedís y dos quintos, de los que, divididos entre los cuatro, tocan á cada uno por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. Por lo que ha-

ce á la liquidacion del quinto, se bajan de su importe dos mil trescientos noventa y tres reales con veintiseis maravedis; mil por los derechos del funeral de don Jorge; doscientos once y veintiseis maravedis por la limosna de las cincuentena misas de la cuarta parroquial á cuatro reales, y ocho maravedis por derechos de cera y oblata; seiscientos por la de las ciento y cincuenta restantes con igual limosna sin derechos; diez de las mandas forzosas; otros diez de los reales hospitales; doce de visitar su testamento; y los quinientos y cincuenta restantes del legado que hizo á su criada; de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres reales, con veinticuatro maravedis y dos quintos, los que se aplicaran en bienes raices á doña Juana para que los usufructúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividiran entre sus cuatro hijos ó quien los represente con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion el haber de doña Juana en propiedad y usufructo (sin contar lo que se le adjudicará como pagadera de deudas que se la ha de constituir) asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedis y dos quintos; ciento treinta y siete mil y sesenta y dos con veinte mas vedlos en propiedad por estas razones; veinte mil por su dote; ciento cuatro mil quinientos y cincuenta por la mitad de gananciales; novecientos por el lecho conyugal; seiscientos por el luto; y once mil y doce con veinte maravedis por las arras que su marido le ofreció; y treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinticuatro maravedis y dos quintos en usufructo por remanente del quinto. El haber de don José por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado, y se le debe descontar, es de veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos; el de don Juan de otra igual cantidad; el de don Isidro por su legítima y mejora de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y uno con quince maravedis y un quinto; el de doña Ignacia por los propios derechos de la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil reales de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedis de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis del caudal inventariado por muerte de don Jorge, y relacionado por los dos hijos de su primer matrimonio. Hechas estas suposiciones, y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda, por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que ha muerto su marido; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado, procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ambos matrimonios, y para ello á 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 Céspedes.

34 *Caudal del inventario de doña Lucía de Céspedes.* Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales con cuatro maravedis que don Jorge dio á los dos hijos de su primer matrimonio, y se hallaban en su poder por las razones espuestas en las suposiciones sesta y septima. . . . . 69874...4.

Mas, mil doscientos veinticinco reales y treinta marave-

693874....4..

dis, importe de los gastos del funeral y misas de doña Lucía de Cespedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido, por estarlo ya en la partida precedente . . . . 103225...30.

Mas, diez mil ciento veintisiete reales y treinta maravedis que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y novena . . . . . 103125...30.

Mas, en tierras inventariadas por muerte de don Jorge treinta mil reales . . . . . 300.

Caudal inventariado por muerte de don Jorge. Mas, sesenta mil reales en viñas. . . . . 600.

Mas, ciento cincuenta y cinco mil reales en casas. . . . . 1550.

Mas, diez mil reales en ropa blanca mojada y sin mojar. . . 100.

Mas, en trastos de madera siete mil reales. . . . . 70.

Mas, diez mil reales en pintura y dorados. . . . . 100.

Mas, trece mil reales en ropa de lana y seda. . . . . 130.

Mas, dos mil reales en colchones, mantas y fundas. . . . . 20.

Mas, mil reales en cobre, peltre y azofar. . . . . 10.

Mas, veintiseis mil reales en plata labrada sin hechuras. . . 260.

Mas, catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa. 140.

Mas, seis mil reales en deudas cobrables á favor del caudal. 60.

Y ultimamente, se ponen por cuerpo del caudal veintiseis mil reales en dinero efectivo. . . . . 260.

Cuerpo total del caudal . . . . . 441[illegible]225..30.

35 *Baja* Se bajan del total referido ciento y cincuenta mil reales que se han inventariado por muerte de doña Lucía de Cespedes, primera muger de don Jorge . . . . . 1500.

Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir sesenta y ocho mil y novecientos reales solteriles del primero que se unirán cuando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, dos cientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis. . . . . 2912225..30.

36 Asciende el caudal de esta particion á cuatrocientos cuarenta y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis, y siendo de ellos ciento 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 veinticinco con treinta maravedis, á los cuales se agregarán setenta y ocho mil y novecientos que debieron tocar á don Jorge en la liquidacion del que quedó cuando falleció dicha doña Lucía, y compondrán los trescientos y setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, como se demostrará en su lugar; por lo que procedo á evacuar la del que deje esta

37 *Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por*

muerte de doña Lucía de Céspedes. El caudal inventariado por fallecimiento de doña Lucía de Cespedes ascendió á ciento y cincuenta mil reales, como se ha espresado en la cuarta suposicion. 150∂.

38 *Bajas comunes de él.* Se bajan de este caudal veintisiete mil y ochocientos reales líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote doña Lucía por la razon espuesta en la primera suposicion. . . . . 27∂800.

Mas, cuarenta mil reales que don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion. . . . . 40∂.

Total de bajas comunes. . . . . 67∂800.

Resultan de gananciales. . . . . 82∂200.

Cuya mitad son. . . . . 41∂100.

39 Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de doña Lucía de Cespedes sesenta y siete mil y ochocientos reales, y rebatidos de los ciento y cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos reales, cuya mitad son cuarenta y un mil y ciento.

40 *Haber de doña Lucía de Céspedes.* Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote líquida veintisiete mil ochocientos reales. . . . . 27∂800.

Mas, por su mitad de gananciales cuarenta y un mil y ciento. 41∂100.

Mas, por las arras que le ofreció su marido dos mil y doscientos. 2∂200.

Total haber suyo setenta y un mil y cien reales. . 71∂100.

Importa el quinto de estos catorce mil doscientos y veinte reales. . . . . 14∂200.

Quedan de caudal bajado el quinto para sacar el tercio cincuenta y seis mil ochocientos y ochenta reales. . . . . 56∂880.

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos y sesenta reales. . . . . 18∂960.

Y deducidos tercio y quinto quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos veinte reales. . . . . 37∂920.

De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos y cuarenta. . 12∂640.

41 *Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de doña Lucía de Céspedes.* El quinto de los bienes de doña Lu-

cia de Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte reales. . 140220.

42 *Bajas de él.* Por los gastos de funeral novecientos reales como consta de recibos. . . . . 0900.

Por la limosna á tres reales cada una de las veinticinco misas de la cuarta parroquial, juntamente con los derechos de cera y oblata ochenta reales con treinta maravedís. . . . . 0080.. 30.

Por las setenta y cinco restantes á los mismos tres reales sin mas derechos, doscientos veinticinco, segun recibos. . . . . 0225.

Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales ocho reales, cuatro á unos y otros. . . . . 0008.

Por los derechos de visitar su testamento doce reales. . . . . 0012.

Por el legado que hizo á su marido cinco mil y quinientos reales. 5ø500.

Importan estas bajas . . . . . 60725.. 30.

Total del quinto. . . . . 140220.

Líquido sobrante de él . , ... 79494. ..4.

43 ***Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.*** Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital cuarenta mil reales. 40ø

Mas, por su mitad de gananciales cuarenta y un mil y cien reales. . . . . 41ø100.

Mas, por el legado que le hizo su muger cinco mil quinientos reales. . . . . 5ø500.

Total haber de don Jorge. . . . . 86ø600.

Se bajan por las arras que ofreció á su muger. 2ø200.

Queda reducido su haber á . . . . . 84ø400.

Se bajan de éste los cinco mil y quinientos reales del legado. . . . . 5ø500.

Es su líquido haber en propiedad. . . 78ø900.

Haber de don José Sarmiento. Don José Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y cuarenta reales.. . . . . 120640.

Haber de don Juan Sarmiento. Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y cuarenta

reales. . . . . 120640.

Haber de doña Micaela Sarmiento. Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y cuarenta reales. . . . . 120640.

Mas, por el tercio diez y ocho mil novecientos y sesenta. . 180960.

Mas, por el residuo del quinto siete mil cuatrocientos noventa y cuatro reales con cuatro maravedís. . . . . 70494....4.

Total haber suyo . . . . . 390094....4.

44 *Comprobacion de esta liquidacion.* Por el haber líquido de don Jorge Sarmiento en propiedad. . . . . 780900.

Por el legado que le hizo su muger. . . . . 50500.

Por la legítima materna de don José Sarmiento. . . . . 120640.

Por la de don Juan Sarmiento. . . . . 120640.

Por la legítima y mejora del tercio y remanente líquido del quinto perteneciente á doña Micaela Sarmiento. . . . . 390094....4.

Por los gastos del funeral, misas y visitas del testamento de doña Lucía de Céspedes, y mandas hechas á los santos lugares y hospitales. . . . . 10225..30.

Suman estas seis partidas. . . . . 1500000.

Y el caudal inventariado los mismos. . 1500000.

45 Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta que el haber correspondiente á doña Lucía de Céspedes, muger primera de don Jorge Sarmiento asciende á setenta y un mil y cien reales, veintisiete mil y ochocientos por su dote líquido, cuarenta y un mil y ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil doscientos por las arras que su marido le ofreció: que el quinto de ellos son catorce mil doscientos y veinte reales, y el tercio deducido aquel diez y ocho mil novecientos y sesenta, por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte reales, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos y cuarenta; que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinticinco reales con treinta maravedís por los gastos del funeral y misas de doña Lucía, y legados que hizo, quedan siete mil cuatrocientos noventa y cuatro con cuatro maravedís: que don Jorge debe haber ochenta y seis mil y seiscientos reales, cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su muger; y bajando de su total los dos mil y doscientos que ofreció á ésta en arras, y los cinco mil y quinientos del legado que debio reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil y novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin, que don José Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos y cuarenta reales, don Juan otra cantidad igual por la suya, y doña Micaela por la suya y por

su mejora del tercio y remanente del quinto treinta y nueve mil noventa y cuatro reales con cuatro maravedís Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio procedo á hacer la del segundo.

46 Hecho el cargo el partidor de que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte de el del primer matrimonio está incluso en el del segundo, y parte no; estrañará que habiendo salido durante éste del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en general que dejo formado de ambos, la primera, porque la llevó el marido á él; la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger estaba embebido su importe en el que se inventarió, y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ambos caudales, faltaría el competente, y seria imposible hacer la division. Estrañará asimismo tal vez que ponga por mayor las espresadas tres partidas, y no los bienes que las compongan; á lo cual satisfago con decir, que en el presente caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel, ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos los raices maternos que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos, y ya porque aun cuando no les tocaran por razon de dominio, una vez entregados no se les debian quitar, escepto que tuviesen que restituir; y asi bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será, cuando se hallen los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos ó por otra causa nada les dió su padre; pues entonces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa cuáles son, y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demas papeles que los acrediten; lo cual procede tambien en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

47 ***Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.*** Son caudal del segundo matrimonio de don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil y novecientos reales que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocaron segun ella al don Jorge, y los llevó al dicho matrimonio. . . . . 780900.

Mas, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se espresa á su final, en los que se incluye lo que don Jorge heredó de su tio don Alejandro y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante este anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de la legítima paterna. 2919225..30.

Total del caudal del segundo matrimonio. 3700125..30.

18 El caudal inventariado por muerte de don Jorge Sarmiento y correspon-

pondiente á su segundo matrimonio asciende á trescientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, como se ha sentado en la última suposicion, de cuyo total procedo ha hacer las correspondientes deducciones.

49 *Bajas comunes ó generales.* Se bajan de este caudal veinte mil reales que doña Juana Velazquez llevó en dote á su matrimonio. . . . . 20∂.

Mas, treinta mil reales que su marido estaba debiendo cuando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecho por su muerte. , ... , ... 30∂.

Mas, ciento y diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís líquidos y efectivos que don Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil y novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedís que mientras estuvo viudo parece haber heredado de su tio don Alejandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposiciones cuarta y quinta. . . . . 110∂125..30.

Total de bajas comunes . . . . . 160∂125..30.

Hay de gananciales. . . . . 210∂.

50 Las partidas deducidas del total del caudal inventariado y correspondiente al segundo matrimonio de don Jorge importan ciento y sesenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís, y bajados estos de los trescientos sesenta mil ciento veinticinco y treinta maravedís resultan de utilidades en él doscientos y diez mil, de los cuales se hace la deduccion siguiente.

51 *Bajas de los gananciales* Se deducen del total de los gananciales novecientos reales que segun tasacion importan los colchones, sábanas, mantas y demas cosas de que se compone el lecho cuotidiano de don Jorge y su viuda doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado. . . . . , . . . 0∂900.

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre don Jorge y doña Juana. 209∂100.

Cuya mitad son. . . . . 140∂550.

52 De los doscientos y diez mil reales que importan los bienes que don Jorge y doña Juana lucraron mientras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho cuotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos doscientos nueve mil y ciento, y tocan á cada uno ciento y cuatro mil quinientos y cincuenta, por lo que procedo á liquidar el haber de don Jorge, y á hacer de él las deducciones que conforme á derecho y á su voluntad deben hacerse.

58 En el libro primero, cap. 3, §. 1, nn. 21 &c. y 25, traté del modo de deducir la dote de la segunda muger cuando en su matrimonio hay gananciales y

los acepta, y su marido tiene hijos del primero que no estan pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrírsele, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, esplíqué con la claridad posible los cuatro modos que pueden ocurrir. En el cuarto por incluir en sí dos, aunque me parece dije lo suficiente, le remití á este lugar en que prometí formar la cuenta de los cuatro modos que allí espuse; y para poder desempeñar mi oferta tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la esplicacion correspondiente para su mejor inteligencia.

54 La primera parte es, cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos; el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él hecho todo un cuerpo la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro, conforme le llevó á él; y hechas estas tres deducciones será gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido el resíduo. Y el otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma cuota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente egemplo.

55 *Suposiciones para formar la cuenta.* El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30∂.

La dote de la segunda muger ocho mil reales. . . . . 8∂.

Las deudas del segundo matrimonio mil reales. . . . . 1∂.

El capital del marido diez mil reales, y con cuatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio catorce mil reales. . . . . 14∂.

Y lo que dió á dichos hijos fueron los cuatro mil reales de su haber materno, y no mas. . . . . 4∂.

Modo primero de formarla. Caudal inventariado. . . . . 30∂.
Lo dado por el padre á sus hijos. . . . . 4∂.

Total. . . . . 34∂.

Bajas. Dote de la segunda muger . . . . . 8∂.
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 1∂.
Capital que el marido llevó á él suyo y de sus hijos. . . . 14∂.

Total de bajas. . . . . 23∂.

Quedan de utilidades. . . . . 11ø.

Cuya mitad son . . . . . 5ø500.

Modo segundo. Caudal inventariado treinta mil reales. . . . 30ø.

Bajas de este caudal. Dote de la segunda muger. . . . . 8ø.
Deudas contraidas en el segundo matrimonio. . . . . 1ø.
Capital propio del marido. . . . . 10ø.

Total de bajas. . . . . 19ø.

Quedan de utilidades para ambos. . . . . 11ø.

Cuya mitad son. . . . . 5ø500.

56 La segunda parte del dicho cuarto caso es, cuando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En este caso se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero, agregando numéricamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre, y lo que les anticipó, y bajando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido; y el segundo, que es el que he observado en la presente particion ó egemplar, se reduce á agregar unicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y bajar de lo que sumen estas dos partidas, la dote segunda, las deudas espresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio; y no mas, porque hechos estos descuentos resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

57 *Suposiciones para formar la cuenta.* El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30ø.

La dote de la segunda muger ocho mil. . . . . 8ø.

Las deudas de su matrimonio mil. . . . . 1ø.

El capital que el marido llevó á él, diez mil reales que con lo de sus hijos componen catorce mil. . . . . 14ø.

Y lo que dió á estos son ocho mil. . . . . 8ø.

Modo primero de formarla. Caudal inventariado . . . . . 300.

Lo entregado por el padre á sus hijos. . . . . 80.

Total del caudal. . . . . 380.

Bajas. Dote de la segunda muger. . . . . 80.
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 10.
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos. . . . . 140.

Total de bajas. . . . . 230.

Quedan de gananciales. . . . . 150.

Cuya mitad son . . . . . 75500.

Modo segundo. Caudal inventariado . . . . . 300.
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legitima paterna. . . . . 40.

Total del caudal. . . . . 340.

Bajas Dote de la segunda muger. . . . . 80.
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 10.
Capital liquido y propio sin responsabilidad alguna . . . . 100.

Total de bajas. . . . . 190.

Quedan de gananciales. . . . . 150.

Cuya mitad son. . . . . 75500.

58 Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres, ó mas matrimonios para no perjudicar á las mugeres, ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en cuanto á la deduccion del lecho cuotidiano lo esplicado en el cap. 6 del lib. 1, nn. 49 y 50. Por lo concerniente á los tres casos esplicados en dicho cap. 3, n. 21 &c. y 24 le remito á ellos, por haberle ya dado bastantes luces, y asi paso á continuar el presente egemplar.

Haber de don Jorge. Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis. . . . . 110125..30.

	1100125. 30.
Mas, por su mitad de gananciales ciento y cuatro mil y quinientos y cincuenta reales.	1040550.
Total haber suyo..	2140075. 30.

60 *Bajas de este haber.* Por las arras que ofreció á su muger once mil y doce reales, con veinte maravedís. . . . . 110012. 20.
Por el luto que se le debe, seiscientos. . . . . 00600.

Total de bajas.	110612. 20..
Caudal líquido para distribuir.	2030063. 10..

61 *Bajas de este caudal líquido para sacar la mejora.* Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís . . . 100125.. 30.

Quedan para deducir la mejora	1920937 14.

62 *Distribucion del caudal de don Jorge entre sus hijos.* El caudal líquido de don Jorge para sacar la mejora son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales con catorce maravedís. . . . . 1920937. 14..

Importa el quinto de estos.	380587.16 $\frac{2}{3}$
Quedan para sacar el tercio.	1540349.31. $\frac{1}{3}$
El tercio de estos son.	510449.33. $\frac{1}{3}$
Quedan para legítimas	1020899.32. $\frac{2}{3}$

63 *Aumento por via de colacion al caudal de legítimas* Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas lo que se bajó para deducir la mejora, que son. . . . . 100125..30.

Total de legítimas..	1130025.28. $\frac{2}{3}$

Tocan á cada uno de los cuatro hijos que dejó don Jorge por su legítima paterna . . . . . 280256... 15. 2/3

Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado . . . . . 230193... 17. 2/3

64 *Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de don Jorge.* El quinto de los bienes que dejó don Jorge Sarmiento asciende á treinta y ocho mil quinientos treinta y siete reales con catorce maravedís y dos quintos de otro. . . . . 380537... 14. 2/5

65 *Bajas de él.* Se bajan mil reales, importe de su funeral. 1000.

Mas, doscientos once reales y veintiseis maravedís por la limosna de cincuenta misas de la cuarta tocante á la parroquia, á cuatro reales, con mas ocho maravedís por derechos de cera y oblata. . . . . 0211... 26.

Mas, seiscientos reales, limosna de las ciento y cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar, á los mismos cuatro reales . . . . . 0600.

Mas, diez reales que legó á las mandas forzosas. . . . . 0010.

Mas, otros diez reales á los reales hospitales. . . . . 0010.

Mas, doce reales por los derechos de visitar su testamento. 0012.

Mas, quinientos y cincuenta reales que legó á su criada. . 0550.

Importan estas deducciones . . . . 20393... 26.

Total del quinto. . . . . 380587... 16 2/3

Queda reducido á. . . . . 360193. . 24. 2/5

66 El total haber de don Jorge Sarmiento por su capital y mitad de gananciales asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales con treinta maravedís, de què bajados once mil seiscientos doce con veinte maravedís por las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos tres mil y sesenta y tres con diez maravedís, y separando de estos para el único efecto de sacar la mejora diez mil ciento veinticinco con treinta maravedís que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, restan asimismo ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedís y dos quintos de otro, y tercio cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve con treinta y tres maravedís y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales con treinta y dos maravedís y dos quintos, y agregados los diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís separados, ciento trece mil y veinticinco reales con veintiocho maravedís y dos quintos. De ellos tocan á cada uno de los cuatro hijos que dejó don Jorge veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quin-

tos por su legítima paterna; y á cada uno de los dos de su primer matrimonio descontándole cinco mil y sesenta y dos reales con treinta y dos maravedís, mitad de los diez mil ciento veinticinco y treinta maravedís que su padre anticipó á entrambos, y se les aplicarán en vacío; corresponden veintitres mil ciento noventa y tres con diez y siete maravedís y tres quintos. En cuanto al quinto, bajando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales con veintiseis maravedís, importe de los gastos del funeral, misas y legados que hizo don Jorge quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinticuatro maravedís y dos quintos, que se aplicarán en usufructo á doña Juana Velazquez, como se ha dicho en la última suposicion.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

67 *Haber de doña Juana Velazquez.* Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil reales.	20∂.
Mas, por su mitad de gananciales ciento cuatro mil quinientos y cincuenta.	104∂550.
Mas, por el lecho cuotidiano novecientos reales.	∂900.
Mas, por el luto ordinario seiscientos reales	∂600.
Mas, por las arras que le ofreció su marido once mil y doce reales con veinte maravedís.	11∂12.....20.
Mas, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veinticuatro maravedís y dos quintos. . .	36∂193... 24.$\frac{2}{5}$
Total haber de doña Juana.	173∂256... 10.$\frac{2}{5}$
Haber de don José Sarmiento. Don José Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos de otro. .	28∂256... 15.$\frac{3}{5}$
Haber de don Juan Sarmiento. Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos de otro. .	28∂256... 15.$\frac{3}{5}$
Haber de don Isidro Sarmiento. Don Isidro Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos	28∂256... 15.$\frac{3}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil setecientos veinticuatro reales con treinta y tres maravedís y tres quintos.	25∂724... 33.$\frac{3}{5}$
Total haber de don Isidro.	53∂981... 15.$\frac{1}{5}$
Haber de doña Ignacia Sarmiento, Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. . .	28∂256... 15.$\frac{3}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil	

	280256... 15.$\frac{3}{5}$
serecientos veinticuatro reales con treinta y tres maravedís y y tres quintos	250724... 33.$\frac{3}{5}$
Total haber de doña Ignacia	530981... 15.$\frac{1}{2}$

68 *Comprobacion de esta cuenta.*

Por el haber de doña Juana Velazquez.	1730256... 10.$\frac{2}{5}$
Por el de don José Sarmiento	280256... 15.$\frac{3}{5}$
Por el de don Juan Sarmiento.	280256... 15.$\frac{3}{5}$
Por el de don Isidro Sarmiento.	530981... 15.$\frac{1}{2}$
Por el de doña Ignacia Sarmiento	530981... 15.$\frac{1}{2}$
Por las deudas contra el caudal.	300.
Por lo que importan las deducciones del quinto.	20393... 26.
Total caudal del segundo matrimonio.	3703125... 30.
Importan el inventario los mismos. .	3703125... 30.
Igual.	0.

69 Este resumen y liquidacion manifiesta que el haber de doña Juana Velazquez por todos sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedís y dos quintos de otro: el de don José Sarmiento por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedís y tres quintos: el de don Juan á otra igual cantidad; el de don Isidro por su legítima y mitad de mejora á cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales con quince maravedís y un quinto; y el de doña Ignacia por iguales derechos á la misma cantidad; de suerte que agregando á estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedís que se bajaron del quinto, componen todas las partidas los trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís inventariados, por lo que procederé á hacer las adjudicaciones á los interesados.

70 Por el modo y orden que observé en el primer egemplar podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacio ó entrada por salida lo que hubiesen tomado á cuenta, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará bijuela que comprenda ambas legítimas, pues en este egemplar, por estarlo ya, no se las forme. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados y la bijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse por no haberse pagado antes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le puede dar regla fija, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

71 *Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí don Jorge Sarmiento cuando 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 cuando murió, las partidas que se espresarán por menor en la forma y por las razones siguientes.

72 *Haber.* Ha de haber diez mil reales que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgo á su favor tal dia, mes y año, y ante tal escribano . . . . 10ð.

Mas, seis mil reales que de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle hizo Francisco Sanchez Alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos puestos á su continuacion de lo que le habia satisfecho. . . . . 6ð.

Mas, cuatro mil que tambien debia a Lorenzo Lopez segun vale de tantos de tal mes y año. . . . . 4ð.

Mas, novecientos reales que liquidadas cuentas con varios carreteros que trajeron materiales para dicha obra, resulto deberles. ðð900.

Mas, trescientos reales que debia á Maria de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes. . . . . ðð300.

Mas, cinco mil reales, resto de una escritura de fianzas de diez mil que otorgó á favor de don Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos. . . . . 5ð.

Y últimamente, ha de haber tres mil y ochocientos reales que debia por alcance de la administracion de los bienes del tal concurso, como resulta de la cuenta y su aprobacion judicial. . . 3ðð800.

Total haber. . . . . 30ð.

73 Las partidas que debe haber doña Juana Velazquez, como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

74 *Pago.* Se dan en pago y adjudican á dicha doña Juana Velazquez veintitres mil reales que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo y otros gastos, sobraron de los veintiseis mil que habia en dinero efectivo, cuando falleció, y se pusieron por cuerpo del caudal. . . . . 23ð.

Mas, cuatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal. . . . . 4ð.

Mas, tres mil reales que está debiendo F. por tal razon, y debe entregar tal dia . . . . . 3ð.

Total de bienes aplicados. . . . . 30ð.

Total haber. . . . . 30ð.

Queda pagada enteramente . . . . . ð.

75 Las partidas aplicadas á doña Juana Velazquez ascienden á treinta mil reales, y los débitos que debe satisfacer con ellas importan la misma cantidad con que queda pagada enteramente; á cuya consecuencia se obliga á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos, con los resguardos que deberán darle de haberselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni parte de su importe; como tambien si para cobrar los tres mil reales del crédito que se le ha adjudicado, hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberan abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales enteramente.

76 Con arreglo a esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor ó menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella, no solo las que el testador tenia cuando fallecio, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna perdida. Ademas, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y espresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varia la substancia y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio órden y método que ésta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones, segun ocurran los casos, por lo que omito poner mas egemplares, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias para gobernarse y no errar.

77 En la particion no es necesaria la presencia del juez en tres casos. El primero es, cuando el testador la deja hecha, como puede hacerla (*a*). El segundo es, cuando aunque alguno de sus hijos ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea interesado en la herencia, o diputa otras personas de su confianza que la hagan, confiriendoles amplia y especial facultad para ello, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaria sin acudir á la justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion ó para nada; en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin concurrencia del juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, con arreglo al real arancel, y no como si hubiera concurrido á todo, segun algunos lo pretenden; y al escribano no mas que los de dicho auto, los de protocolizar el inventario y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica segun Colon (*b*) se observa en el reino de Valencia con aprobacion de su real audiencia, que ha despreciado los recursos introducidos en contrario como dictados por la codicia. Lo mismo sé que se practica en el distrito de la real chancilleria de Granada á consecuencia de real orden que se le comunicó, en cuya virtud se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las justicias, soliendo multarlas si no obedecen, como tambien á los escribanos sino quieren poner las facultades en

(*a*) Ley 6, t. 15, P. 6. (*b*) Instruccion juridica, tom. 2, lib. 3, cap. 3, n. 7.

los testamentos. Ademas, si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y estraños, y para señalar á sus hijos su legítima (*a*), sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial: si varias leyes recopiladas (*b*) le permiten dar poder á las personas que quiera para ordenar su testamento, nombrar tutores y evacuar todo lo que deje de practicar por sí propio, ¿por qué no ha de poder conferírsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion haga el inventario, tasacion y particion estrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entrometerse el juez de propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaría, y privar á los diputados por el testador del uso de su comision? No obsta decir que por la falta del juez puede ocasionarse perjuicio á los menores: en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los 20 años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la particion; y en segundo lugar, porque el juez no suele hacerla, sino los partidores que las partes ó quien las representan eligen, y en conformándose éstas la aprueba, esté bien ó mal hecha; y su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es y se entiende *cuanto ha lugar en derecho*, de suerte que si segun éste se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni parte impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad; y así vemos todos los dias pleitos de agravios hechos en particiones judiciales. En comprobacion de lo dicho no debo pasar en silencio que habiendo acudido al Consejo don José Angel Villarrel y la Cuadra, y otros vecinos de Talavera de la Reina refiriendo los perjuicios que sufrian los interesados en las herencias, por escusarse los escribanos á autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, partidores, y de sesus que practicasen estrajudicialmente los inventarios y particiones de bienes de difunto entre los herederos menores; y solicitando se les mandára que los autorizasen, y que los nombrados por los testadores lo evacuasen todo estrajudicialmente: con anuencia del señor fiscal, á quien se comunicó tan justa pretension, se libró real provision en 15 de julio de 1779 por la escribanía de don Francisco Lopez Navamuel, definiendo á ella, y mandando al alcalde mayor de Talavera compeliese á ello á los escribanos; que esto se ejecutase tambien con otros cualesquiera vecinos de la propia villa y su territorio que dispusiesen en lo sucesivo inventariar y partir estrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de acabados el inventario y particion se protocolizasen ante uno de los escribanos del número que eligiesen las partes para que no se estraviasen; y que á este fin se pusiese copia de la provision en todas las escribanías numerarias de la citada villa. Pero es de advertir al escribano, en primer lugar, que todo ha de estenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y que no estando estendido en él no debe admitirlo ni protocolizarlo: en segundo lugar, que en el estudio ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad, lo cual ha de ejecutarse tambien en el inventario estrajudicial: en tercer lugar, que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho propio, y si únicamente declaran haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia sin agravio de los interesados en la herencia, á los que han de obligar á eviccion de lo que

(*a*) Cap. 1 de este lib. n. 3. (*b*) Las del tit. 4, lib. 5 de que se habló estensamente en la 1. Part. cap. 5, nn. 307 y sig.

salga fallido, ó se quite en juicio á algun partícipe, como en la declaracion segunda del primer egemplar queda advertido; y en cuarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion, y testimonios que de, segun real arancel y el tiempo que se ocupe en ello, puesto que no trabaja en otra cosa alguna. Y el caso tercero en que no se necesita la presencia del juez es cuando todos los herederos que son mayores de 25 años hacen por sí propios el inventario y particion por escritura, ó del modo que les parezca y se convengan. A vista de todo me parece se debe introducir en todos los reinos de Castilla y en los de Indias, donde son mucho mas crecidos los espolios judiciales, y de consiguiente los perjuicios, dicha práctica como tan útil, justa y ventajosa á los herederos.

Particion estrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público.

78 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos Francisco, Diego y Juan Fernandez, vecinos de ella, hijos de legítimo matrimonio de Pedro Fernandez, difunto, y mayores de veinticinco años, dijeron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta villa el espresado su padre bajo del testamento que hubia otorgado en tal dia de tal mes y año, ante F. escribano del propio número, en el cual los instituyó por sus universales herederos como hijos únicos suyos y de Andrea Perez, su difunta muger: que por su muerte aceptaron su herencia con beneficio del inventario que hicieron solemnemente dentro del término, y con la pureza y escrupulosidad legal en presencia de F. escribano real, á consecuencia de auto proveido ante mí á su instancia en tantos de tal mes por el señor don F. corregidor de esta villa, de todos los bienes y créditos que se encontraron pertenecerle, los cuales se valuaron por los peritos que unánimes eligieron; y en fin, que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar particiones judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos la particion de ellos, y para que nunca se dudase de su verdad reducirla á instrumento público, como con efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregan firmada por todos para que se una á esta escritura é inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado. Su literal tenor es el siguiente.

Aquí se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber cuando se le da su copia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la mencionada particion estrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, y de su libre voluntad, otorgan: que aprueban, ratifican y dan por hecha perfectamente la espresada particion con sus suposiciones (*si las tuviere*) cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, escrecidores y todo lo demas que contiene, dandose por entregados mutuamente de su satisfaccion de los bienes aplicados á cada uno, y de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron (*si no los hubiere, se omitirá esta especie*) y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la escepcion que podian oponer en no haberse hecho, la ley nona del título primero, Partida Quinta, que habla de ella, y los

dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizando á su favor el recibo ó resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad; á cuya consecuencia se desapoderan y apartan por sí y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro cualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y recíprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se le han aplicado se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Asimismo se confieren el mas amplio é irrevocable poder que necesiten, con facultad de substituirle para que cada uno tome la posesion de los que se le adjudicaron, y los enagene y disponga de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título, cuales lo son la adjudicacion que se le formó y este intrumento, de que quieren se dé á cada uno copia autorizada con insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones y demas que corresponda, á fin de que le sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la cual, sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberse transferido á todos y á cada uno la posesion y dominio de cuanto se les adjudico. Ademas declaran, que en la valuacion de los bienes inventariados y en la liquidacion, deducciones, cuota y calidad de los aplicados á todos tres no ha habido lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciéndose donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando á mayor abundamiento la ley primera, título once, libro quinto de la Recopilacion, que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad de lo justo, y los cuatro años que prescribe para pedir la recision de dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes y créditos pertenecientes á la testamentaría del mencionado su padre, los dividirán entre sí por la misma proporcion que los inventariados sin diferencia, y con la misma prorratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por todo rigor de derecho y via ejecutiva, como igualmente á la solucion de las costas, daños y perjuicios que el que se apoderáre de los bienes que se descubran ocasionáre á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente, ó que causáre alguno de los otorgantes, por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion. Igualmente en cumplimiento de lo ordenado por la ley nona, título décimoquinto de la Partida sesta, se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno, y á que si alguno de los raices ó redituables salieren fallidos, por pertenecer á tercero, y estuvieren hipotecados y afectos á gravámen y responsabilidad que por ignorarse ó por otra causa legal, aunque aqui no se especifique, no se dedujo, le reintegrarán de lo que les quepa y deban resarcirle; y si se le moviere pleito sobre ellos ó cualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su

defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que este prefine, no de otra suerte; y le seguirán á sus espensas en todas instancias hasta egecutoriarle, y dejarle en su quieta y pacífica posesion, sin que tenga que lastar ni desembolsar de su caudal la mas leve cantidad: por manera que si requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos, no le siguieren, le ha de continuar el demandado sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleito, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en cualquiera instancia; y en este caso si obtuviese sentencia favorable, le bonificarán y pagarán todas las costas y daños que se esprese haber espendido y originádosele, sígale por sí, o válgase de otro á quien sasisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios, el valor en que se le adjudicaron las fincas desmembradas y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, bajo de la propia pena de ejecucion y costas, girándose la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaran pro indiviso, saldria todo de la masa comun, y tanto menos percibirá cada uno; sin que para eximirse de su abono les sufrague el quererle imputar á culpa ó negligencia suya la pérdida del pleito, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, escepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que le comprometa sin espreso consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion y saneamiento, de que tratan las leyes treinta y seis y treinta y siete del título quinto Partida quinta, en cuyos casos y no en otro sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte, y para su mas esacta y puntual observancia se imponen reciprocamente la pena de tantos reales, (*si asi fuese*) que ha de exigirse al infractor tantas cuantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado, queriendo que ya la pague, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes sin alteracion, interpretacion, ni tergiversacion, y que se suplan todos los defectos sustanciales de solemnidad y demas que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obligan finalmente sus personas, y bienes muebles, raices, derechos presentes y futuros, &c. *En seguida las cláusulas generales.*

79 Esta escritura se puede presentar al juez de la testamentaria para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de 25 años los herederos y poder obligarse como quieran; pero si todos ó alguno de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleito que debe concurrir al otorgamiento, y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle; pues si la tiene, ha de obligarle á hacerle que le nombre, ó no queriendo hacerlo, nombrársele de oficio por su contumacia. Ademas, ha de preceder informacion de si es ó no útil al menor, y despues de otorgada con las cláusulas y renuncias correspondientes á los contratos de menores y esplicadas en los capítulos 18 y 28 de la I. P. se le presentará para su aprobacion, lo cual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ò fátuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los autos originales que precedieren, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas, escepto que el testador deje hecha la particion sin perjuicio de las legítimas de sus herederos, ó que dipute personas de su confianza para ha-

cerla sin intervencion de juez en la forma espresada n. 78.

80 Si hubiere habido pleito sobre los derechos de alguno de los interesados, y antes de concluirse se transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él y del convenio, poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transacciones, de que se trata en la I. P. cap. 131 n. 21. Si no hay bienes raices ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que le salgan fallidos ó se les quiten en juicio, sino que antes bien han de ser de cuenta y riesgo del despojado su pérdida y menoscabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos; se espresará así omitiendo la cláusula que trata de él. Y si una finca raiz ó redituable se divide entre dos ó mas, como que en este caso cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se espresará en la escritura; pues á todos se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que y en este se pondrán las notas competentes que contengan sustancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, ó mas honrado, el cual se ha de obligar á manifestársele y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se les ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8, tit. 15 P. 6.

Escritura de particion.

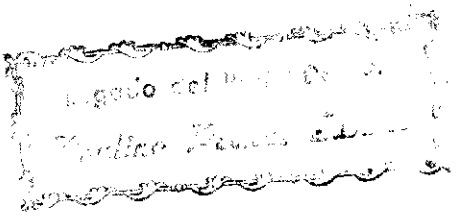
81 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos Pedro y Antonio Lopez, vecinos de tal villa y hermanos enteros de Francisco Lopez, difunto, que lo fue de ésta, y Lorenzo Fernandez de la propia vecindad, sobrino de éste y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernandez y de María Lopez su muger, tambien difunto, y esta hermana igualmente entera de los tres, y todos los otorgantes mayores de veinticinco años, dijeron: que el espresado Francisco Lopez, hallándose viudo falleció en tal dia de tal mes y año, sin haber hecho disposicion testamentaria ni dejado posteridad legítima, 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 fijaron en ella y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco, y citar á estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; á cuya consecuencia acudieron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos y legítimos herederos como hermanos y sobrinos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban, y aceptando su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos é informacion que produjeron, de que en el término prefinido en los edictos no compareció nadie mas pretendiendo derecho á su herencia, y de ser pasado el legal y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad del mencionado Francisco Lopez como tales hermanos y sobrino carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes bajo la obligacion de satisfacer su funeral, y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F.

depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido y de la responsabilidad á que estaba obligado, y en virtud de esta declaracion y entrega hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente esactitud de cuantos bienes y créditos en pro y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos, resolvieron dividir amigablemente por este instrumento: en cuya atencion para que tenga efecto su convenio, en la forma que mas haya lugar en derecho: otorgan que dividen entre si todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del espresado Francisco Lopez, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponden, en los términos y con las suposiciones siguientes. (*Aqui se pondran las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones por el órden y método que en los dos egemplares de particiones judiciales, y concluido todo proseguirá lo dispositivo de la escritura.*)

Y mediante haber examinado muy por estenso los otorgantes antes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye, está conforme á su convenio, y á los derechos que les competen, sin contener el menor agravio en la cuota ni calidad de bienes distribuidos; ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente, y con la legalidad que se requiere, y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados recíprocamente á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la escepcion, &c. (*Proseguirá como la anterior.*)

82 Aunque esta escritura es diferente en su introduccion de la que precede, no se distingue en lo sustancial para su firmeza, y asi proseguirá como aquella haciendo las declaraciones y obligaciones que correspondan, y pacten los interesados, y quitando, mudando, ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacua la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á favor suyo, dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

83 El papel que corresponde á estas escrituras, es el del sello cuarto mayor para el protocolo, y para las copias ó testimonios de las adjudicaciones el del sello tercero, porque la ley no distingue entre las hechas por partidores ó por escritura; y mediante hablar indistintamente y surtir el propio efecto, háganse de un modo ó de otro, deben llevar el mismo papel las copias, y en el intermedio comun.



PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, ejecutivo y de concurso de acreedores.

PRELIMINARES.

1 Habiendo de tratar de los juicios contenciosos será muy útil y oportuno que hablemos con anticipacion de las personas que intervienen en ellos, y en primer lugar

De los jueces, ministros, ó magistrados.

2 Las funciones de estos empleados públicos son augustas y santas, y exigen en los que han de desempeñarlas las mas eminentes cualidades. Si como ciudadanos deben proponerse ante todo el bien de la sociedad, por su cargo y estado contraen una nueva obligacion aun mas estrecha, de suerte que todos sus intereses y pasiones han de sacrificarse en obsequio del Rey y de la pátria. No hay necesidad de espresar aqui todos los requisitos y deberes de los jueces, ya porque algunos son bien sabidos de todos, ya porque muchos se mencionan oportunamente en el discurso de esta obra, y ya porque se hallan reunidos en la última instruccion de Corregidores; pero no obstante se referirán varios.

3 Los jueces, cuya edad no debe ser menor de 26 años, al mismo tiempo que graves y circunspectos, han de ser afables y accesibles á todos los dependientes y súbditos, de suerte que oigan bien á todos, no desprecien á nadie, sufran las molestias con mansedumbre, y ni aun se muestren airados contra los malos: dispensando especialmente su justicia á los pobres, viudas, pupilos y demas personas miserables, dignas por cierto de una proteccion particular por su situacion lastimosa. Tambien deben acomodarse al genio, carácter ó índole de los súbditos y á las costumbres del pais no siendo contrarias á las leyes, por cuyo medio se consigue mucho mejor la ejecucion de éstas, asi como por el contrario se fustran las sábias y prudentes providencias de los legisladores.

4 Ni los asistentes, gobernadores ni corregidores, ni sus oficiales, ni familiares han de ser abogados, procuradores, ni agentes de los pleitos ó causas que se ventilen dentro del término de su jurisdiccion; ni aun han de ayudar á persona de fuera de ésta, aunque se trate del negocio en otra ante otros jueces seculares ó eclesiásticos, si bien los referidos jueces podrán hacerlo sin interes alguno por su jurisdiccion ó por el bien público (*a*). Tampoco pueden ser árbitros ni arbitradores en las causas que pendan ante ellos, ni en aquellas de que podrian conocer (*b*).

5 Ningun juez, como es claro, puede serlo, en causa propia, ó en otra en que tenga algun interes, como si hubiese sido en ella abogado ó consejero (*c*). Asimismo no puede serlo en causa criminal contra su padre, hijo ó persona que viva en su compañía, y solo debe hacerlo presente al Soberano (*ó tribunal superior*) para que nombre quien conozca de ella y la determine. Lo propio ha de decirse de las causas civiles siendo el juez ordinario, pues si fuese nombrado por el Rey para sentenciar algun pleito, podrá hacerlo en los términos que se le hubiese encargado, aunque fuese contra su hijo ó padre (*d*). Ademas no puede nadie ser juez en causa de muger de su jurisdiccion á quien hubiere querido violentar, ó con quien hubiese querido casarse con repugnancia de ella, ni de persona que viviese en su compañía, y los agraviados deberán recurrir á otro juez que haya en el pueblo, ó no habiéndole, al tribunal superior (*e*). Finalmente, no puede ser juez en causa llevada por el recurso de mil y quinientas al Consejo el ministro de éste que conoció antes de aquella en alguna chancillería ó audiencia (*f*).

6 No pueden ser oficiales ó dependientes de justicia los parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno, ni cuñado de un juez, pues aunque la ley que lo prohibe (*g*) habla solo de los corregidores, milita la misma razon en todos los jueces.

7 Se halla prohibido á los jueces y sus oficiales durante su oficio comprar por sí ni por otro heredad alguno, y edificar casa sin especial licencia ó mandato del Soberano en el territorio de su jurisdiccion, como tambien tener en él algun comercio y ganados en sus valdíos.

(*a*) Ley 3, tit. 6, lib. 3 de la Recop. ó 11, tit. 11, lib. 7 N. R. (*b*) Ley 9, tit. 6, lib. 3 R. ó 4, tit. 35, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 10, tit. 4, P. 3. (*d*) Ley 8, tit. y Partid. cit. (*e*) Ley 6, tit. 7, Partid. 3. (*f*) Bolaños cita el auto 174, fol. 33 fechos en Madrid á 13 de febrero de 1514. (*g*) Es la 4 tit. 6, lib. 3 R. ó 14, tit. 11, lib. 7 N. R.

Así lo disponen las leyes del reino (*a*), con las cuales se conforma la última instruccion de corregidores (*b*) hablando de estos. Tambien se halla prohibido á todos los empleados en la administracion de justicia el arrendar sus oficios bajo la pena de perderlos por el mismo hecho y de ser punidos quienes los tomasen en arriendo, y usasen de ellos con las penas prescriptas contra los que usan de oficios que no les corresponden (*b*).

8 Los jueces y tribunales con especialidad los supremos pueden ó deben representar, consultar ó replicar incontinenti modestamente, siempre que haya algunas razones graves y poderosas para proponer la revocacion ó modificacion de las órdenes que espida el Soberano, suspendiendo por algun breve tiempo su cumplimiento, como si por egemplo fuesen contrarias al derecho divino ó natural, al bien público, ó á las leyes positivas no habiendo cláusula derogatoria de ellas; si bien no deberá hacerse lo dicho sino despues de una bien meditada deliberacion, de suerte que se eche de ver alguna complicacion de circunstancias que no previó el Príncipe, ó que pueda creerse, no quiere se lleve á efecto su soberana resolucion (*d*).

9 Todos los jueces, como se ha mandado repetidas veces, deben darse con prontitud y atencion todo el ausilio y favor de que necesiten recíprocamente, segun lo exige la buena armonía, que es muy debido se tenga entre personas que desempeñan sus cargos en nombre ó bajo la proteccion del Soberano. Semejante ausilio se ha de pedir con toda urbanidad sin usar de palabras imperativas ó de superioridad á no ser con los súbditos ó subalternos, y ha de prestarse en iguales términos. En el cap. 196 de la instruccion de primero de Enero de 1751 se dice: »en los actos..... en que los ministros tengan que valerse de las justicias para impartir su ausilio, requerirlas, ó amonestarlas; es mi voluntad, que lo ejecuten sin faltar á la atencion y urbanidad regular por medio de oficios políticos, á los cuales corresponderán las justicias en iguales términos, concurriendo con prontitud á los fines de mi servicio sin disgustos ni reparos que le atrasen.» Aunque estas palabras su refieren solamente á los ministros de marina,

(*a*) Las 5, tit. 5 P. 5 y 2, tit. 6, lib. 3 R. ó 3, tit. 11, lib. 7 N. R. (*b*) Cap. 11. (*c*) Ley 8, tit. 3, lib. 7 R. ó 4, t. 6, lib. 7 N. R. Real provision de 28 de Abril de 1768 ó nota 1 tit. y lib. cit. N. R. (*d*) Pueden verse las leyes 25, tit. 13, Part. 2, 1, 2 y demas del tit. 14, lib. 4 R. (ó t. 4, lib. 3 N. R. y el auto 7, tit. 4, lib. 2 R.) ó ley 14, t. 21, lib. 11 N. R. y la Curia Filipica Juicio Ejecutivo §. 2 *Rescripto.*

como tan prudentes y razonables parecen dichas á todos los jueces ó magistrados. En las competencias debe procederse del mismo modo, como está igualmente prevenido.

10 Siempre que algun eclesiástico por razon de su dignidad ejerza jurisdiccion temporal, sea en primera instancia, sea en grado de apelacion, ha de reputarse respecto á ella como juez lego, y la debe egercer por medio de jueces seculares, y escribanos reales con apelacion á los tribunales del Rey, y sin echar mano de las censuras (*a*).

11 En España tenemos muchísimas especies de jueces, y no correspondiendo aqui hablar de todos, lo cual por otra parte sería estendernos demasiado, hablaremos por el orden que mejor nos parezca de los mas necesarios y frecuentes, y en primer lugar

De los alcaldes ordinarios.

12 En las poblaciones de España tenemos por lo regular unos alcaldes llamados comunmente *alcaldes ordinarios* que eligen los cabildos, como sucede en muchos lugares de Castilla por antiquísima costumbre; pues á falta de ésta y de privilegio corresponde al Soberano la eleccion de los jueces, segun se halla dispuesto en varias leyes. En muchos pueblos tambien de Castilla parece haber dos alcaldes, uno con el nombre de *primero* y otro con el nombre de *segundo*, quien suple las ausencias del otro; bien que por lo regular ausente el alcalde ordinario hace sus veces su teniente ó el regidor mas antiguo. En algunos otros pueblos suelen nombrarse un alcalde *por el estado general*, y otro *por el estado noble*, consistiendo el privilegio de la nobleza solo en que se conserve en ella una vara, pues ambos alcaldes conocen á prevencion de las causas de nobles y plebeyos. Ademas en varias poblaciones hay dos alcaldes, uno para conocer de lo civil y otro para lo criminal. Finalmente, en las aldeas y lugares pequeños sus alcaldes solo tienen una jurisdiccion pedanea, y egercen la ordinaria los jueces de las villas ó cabezas de partido.

13 Fuera de estos alcaldes ordinarios de realengo los hay tambien de señorío, en cuyos pueblos los nombran los mismos señores, quienes pueden por sí administrar la justicia, ó bien los ayuntamientos, y estos alcaldes de señorío deben arreglarse en la administracion de justicia, á lo que todos los demas jueces y alcaldes ordinarios de

(*a*) Ley 8, tit. 3, lib. 1 R. ó 10, t. 1, lib. 2 N. R.

realengo: es á saber, á cuanto prescriben las leyes del reino, y sin perjuicio de las avocaciones, apelaciones, y otros cualesquiera recursos á los magistrados ó tribunales superiores de S. M. ni de sus arregladas providencias.

14 Los alcaldes ordinarios son añales en Castilla; pero en mi juicio convendria fuesen bienales como en otras partes, ó por mas tiempo, para que egerciesen su oficio despues de haberse instruido y tomado conocimiento de el, lo cual puede aplicarse á los demas empleos de república. Y con solo un año de hueco puede volverse á servir en todos los pueblos el cargo de alcalde ordinario (*a*).

15 Los alcaldes ordinarios propiamente tales conocen por lo regular de las causas civiles y criminales hasta la sentencia definitiva de oficio ó á instancia de parte con acuerdo de asesor (*b*), á diferencia de los llamados vulgarmente *pedáneos*, á causa de depender de los jueces de las cabezas de partido, y por nuestras leyes *alcaldes ordinarios de las aldeas* (*c*), quienes en lo civil únicamente conocen hasta la cantidad de 600 maravedis (*d*), y en lo criminal, aunque pueden prender, no soltar ni sustanciar las causas (*e*).

De los corregidores y alcaldes mayores.

16 Como hay mucha conformidad entre los unos y los otros respecto a sus facultades y deberes, y las leyes y últimas instrucciones hablan indistintamente de ellos, debe tratarse á un tiempo de los referidos magistrados.

17 Antiguamente se llamaron alcaldes y jueces las personas que nombraban los reyes ó los ayuntamientos para juzgar los pleitos en las villas ó ciudades. El nombre de *corregidor* se introdujo en tiempo del Rey don Alonso el XI, y en la peticion octava de las córtes de Leon era de 1387, y le usaron despues sus sucesores; pero solamente se nombraban corregidores para aquellos casos particulares, en que convenia despachar persona encargada de *corregir abusos*, de donde les vino el nombre, y de hacer justicia en lo civil y criminal, hasta que los señores Reyes católicos principiaron á enviar corregidores por gobernadores y jueces ordinarios de las villas y

(*a*) Real céd. de 15 de Noviembre de 1767 ó ley 3, tit. 18, lib. 7 N. R. (*b*) Real céd. de 13 de Mayo de 1766. (*c*) Ley 25, tit. 9, lib. 3 R. (*d*) Ley 25 cit. (*e*) Ley 20, tit. 4, lib. 3 R.

ciudades de estos reinos con plenísima jurisdiccion por término de un año que solia prorogarse por dos ó mas.

18 En lo antiguo solo hubo corregidores de capa y espada, quienes nombraban letrados para asesorarse con ellos, y despues lo ponian en noticia del Consejo para la aprobacion de sus nombramientos; mas los graves perjuicios que sufria el público por los pactos secretos entre los corregidores y los alcaldes mayores acerca de los intereses provenientes de la administracion de justicia, motivaron que en muchos pueblos se estableciesen corregimientos de letras, y que para los demas en que se conservaron los de capa y espada, nombrase S. M. á consulta de la Cámara alcaldes mayores letrados que fuesen, como lo son en el dia, sus tenientes y asesores. De aqui ha provenido la division en corregimientos de letras y en políticos ó de capa y espada que deben darse á sugetos de mérito y esperiencia sin la circunstancia de letrados. Tambien hay corregimientos para militares ó unidos á gobiernos militares como los de Almería, Motril, Puerto de Santa María, Campo de Gibraltar, &c. y los tales gobernadores como corregidores tienen que cumplir con los deberes que las leyes é instrucciones imponen á los demas (*).

19 Antes estaban unidos los corregimientos é intendencias de suerte que de lo dispuesto en los 42 capítulos primeros de la Instruccion de Intendentes de 13 de octubre de 1749 conocian aquellos sin ningun concepto de tales con una absoluta subordinacion á las audiencias (*a*); pero despues (*b*) se separaron los unos de las otras en todo

(*) Es muy antiguo en España el empleo de capitan á guerra que era el jefe de los tercios de milicias distribuidos por las provincias y lugares para su defensa y seguridad. En unos pueblos está unido á los intendentes, y en otros á los corregidores y ó alcaldes mayores, y se les espide por la via reservada de guerra el correspondiente título del Rey. Pero las facultades que antes tenian, se hallan derogadas por varias reales órdenes que trae Colon, (*Juzg. Milit. tom.* 1, *pág.* 18 *y sig.*) y solo podrian egercer en el caso de armarse los mismos vecinos de los pueblos por verse invadidos de enemigos ú otro accidente, no habiendo comandante militar nombrado á este fin por el Rey, ó capitan general de la provincia. No obstante á todos los corregidores, cuyas capitales tuvieron antiguamente dicha preeminencia, se espide actualmente el título de capitan á guerra por la via reservada de este ministerio, pagando por él la media-anata; y para escusar dudas suscitadas sobre esto, mando el Señor Don Felipe V que en la secretaría de la Cámara no se entregase ningun título de corregidor sin que antes se presentase el de capitan á guerra, ó se justificara haber obtenido el interesado en el egército el grado de teniente coronel.

(*a*) Real céd. de 15 de marzo de 1766 (*b*) Real céd. de 13 de noviembre de 1766 ó ley 26, t. 11, lib. 7 N. R.

el reino, dejando á los corregidores el conocimiento de los dos ramos de justicia y policía con dependencia de los tribunales superiores del territorio y del Consejo segun los casos, y á los intendentes los otros dos de Hacienda y Guerra con sujecion en lo contencioso á los tribunales supremos competentes, y en lo gubernativo á la Via reservada.

20 Los corregidores y alcaldes mayores, del mismo modo que todos los empleados públicos, deben prestar juramento de desempeñar bien su oficio, y asi ellos como sus tenientes han de dar dentro de los 30 dias que señala la ley, las fianzas ordinarias por sus destinos y todas las comisiones anejas ó ellos bajo la pena de suspension de oficio, sino las diesen, aunque los regidores lo disimulen ó consientan (*a*). En órden al recibimiento de estos jueces en sus oficios, de que habla la curia Filipica, en (*b*) cada pueblo se observará la costumbre que haya.

21 Ademas de la jurisdiccion ordinaria que ejercen los corregidores y alcaldes mayores para determinar las causas civiles y criminales en su territorio, tienen en todo él una especie de inspeccion gubernativa respecto á todo lo económico y político, como puede verse en las varias Instrucciones que se han espedido para ellos, y con especialidad en la última de 25 de Mayo de 1788, de la cual algunos de sus capítulos, pertenecen á lo contencioso y son comunes á las demas justicias. En ella se les encarga que zelen sobre la observancia de varias leyes y providencias: se le encarga por egemplo que cuiden de la paz de los pueblos, que eviten en cuanto sea posible los pleitos, procurando que los interesados se compongan amistosamente; que atiendan á que los escribanos no fomenten pleitos ni causas criminales; y se conduzcan en todo con la legalidad debida: que imbuidos en buenas ideas políticas mejoren los pueblos en sus calles, paseos, posadas y caminos, y promuevan la agricultura, las fábricas y el comercio, portándose mas como padres que como jueces, y evitando con remedios económicos la ociosidad y mendicidad; y en fin, que procuren el cumplimiento de otras varias leyes de que se hace mencion en los lugares oportunos de esta obra (*).

(*a*) Carta órden del Consejo de 12 de abril de 1755. (*b*) Juicio civil §. 3.

(*) Todo lo dicho en la citada instruccion debe entenderse proporcionalmente con todos los que en cualquier caso puedan estar encargados del gobierno de los pueblos *cap.* 75 *de la instruccion ó ley* 26 *cit.*

22 Los corregidores y alcaldes mayores deben informar á los siete señores del Consejo, entre quienes se halle distribuida la inspeccion de todo el reino, dividido en siete partidos, de todo lo que pueda contribuir á mejorar las cosas sobre los puntos insinuados, y otros de economía y policía, no pudiendo innovar entretanto, y debiendo tratar solo de un asunto en cada representacion, que ha de dirigirse al respectivo superintendente con sobre cubierta al señor fiscal del Consejo (*a*).

23 Todos los corregimientos de letras y políticos á escepcion de los anejos á gobiernos militares y todas las alcaldías mayores con inclusion de las del territorio de las órdenes que nombra S. M. á consulta del Consejo de ellas, y de las de señorío, se han dividido en tres clases: la primera de entrada, la segunda de asenso, y la tercera de término: en la primera se comprenden las varas que por salarios y consignaciones fijas, ó productos de poyo ó juzgado no lleguen á 1@ ducados: en la segunda las que no pasen de 2@, y en la tercera las que produzcan mayor renta. Los jueces han de pasar gradualmente por estas tres clases, atendiendose su mérito, y debiendo servir al menos seis años en una para poder pasar á otra, y no han de dejar las varas hasta la llegada del sucesor (*b*). El Consejo ha de tratar de que se complete donde sea posible, y cuando el estado de los propios y arbitrios lo permita la dotacion de las varas de la primera clase ó entrada para que ninguna baje de 1@ ducados por dichos salarios, consignaciones y productos (*c*).

24 Todo corregidor y alcade mayor ha de entregar á su sucesor una relacion jurada y firmada, con espresion individual de las obras públicas de calzadas, puentes, caminos, empedrados, plantios, ú otras que hubiesen hecho, comenzado, ó concluido en su tiempo, del estado en que se hallaren las demas que fueren necesarias ó convenientes, y de los medios de promoverlas: del estado de la agricultura, grangería, industria, artes, comercio y aplicacion del vecindario: de las causas del atraso, decadencia ó perjuicio que padezcan, y de los recursos ó remedios que pueda haber. En caso de retirarse el juez antes de la llegada del sucesor entregará la relacion cerrada y sellada á quien quede regentando la jurisdiccion para que haga dicha entrega

(*a*) Carta circular del Consejo de 26 de Febrero de 1767 conforme con los autos acordados 14 y 48, tit. 4, lib 2. (*b*) Real cédula de 21 de Abril de 1783, Real órden de 9 de Diciembre del mismo año, y Real resolucion de 27 de Enero de 1784. (*c*) Real. ced. cit. y Real céd. de 7 de Noviembre de 1799 cap. 13.

y de uno ó otro tomará el correspondiente recibo que ha de presentar en la Cámara con copia de la relacion, todo el que haya sido promovido á otra vara antes de dársele el título ó despacho para pasar á servirla. Igual copia ha de pasarse al Consejo, á fin de que haga el uso conveniente de sus noticias (*a*).

25 »Para que estos magistrados, dice S. M. (*b*), se mantengan con el decoro, honor y estimacion correspondiente, asi el gobernador ó presidente del Consejo, como todos los tribunales procuren proceder en las quejas que se dieren contra ellos con tanta vigilancia, como circunspeccion para asegurarse bien de ellas, y de sí dimanan de resentimientos y venganzas, como suele ser frecuente, por haberse administrado justicia sin condescendencias, especialmente contra los poderosos de los pueblos y sus protegidos: de manera que sin informes muy fundados é imparciales, y sin haberlos oidos y consultármelo, y esperando mi real resolucion, no se proceda por los citados tribunales y gobernadores ó presidentes del Consejo á suspender, hacer comparecer ó arrestar á los que estuvieren en actual egercicio de estos empleos, puesto que por otros medios se puede reparar cualquier perjuicio, escepto si fuere de notoria y publica urgencia, pero sin dejar de estar muy á la vista de la conducta que observaren."

26 Para evitar varios abusos en los nombramientos de alcaldes mayores de señorío se ha mandado recientemente que no se les dispense sin consultarlo con el Soberano, como ni tampoco á los de realengo, la residencia continua en sus pueblos que por ley deben tener los corregidores y alcaldes mayores: que los ayuntamientos de los pueblos de señorío no admitan dichos nombramientos, ni pongan en posesion de sus empleos á sugetos que ademas de dar la fianza legal no sean abogados de los reales Consejos, chancillerías ó audiencias, para que esten mejor gobernados los súbditos, y se les ahorren los derechos de asesorías: que con arreglo á una ley recopilada (*c*) tampoco permitan egercer jurisdiccion á los administradores ó dependientes de los señores que reciban de estos racion, salario ó ayuda de costa, pública ni secretamente: que los señores doten competentemente las varas de alcaldes mayores, asignándoles al menos la cuota fija de 500 ducados anuales, fuera de lo que rinda el juzgado, por ahora y hasta que vea el Consejo, si conviene igualarlos en dotacion

(*a*) Real céd. cit. y real céd. de 7 de noviembre de 1799 cap. 13. (*b*) Real céd. cit. de 7 de noviembre cap. 12. (*c*) La 10, tit. 9, lib. 7.

á los de realengo: que siendo una carga bastante pesada en los pueblos el establecimiento de alcaldes mayores únicamente los haya en el territorio de la jurisdiccion ordinaria que tenga de 300 vecinos arriba, con esclusion de las villas esentas, comprendidas dentro de aquel, aunque no los haya en sola la poblacion que se tiene por cabeza de partido, siempre que por sus circunstancias y estado exijan que les administre justicia un juez letrado como mas imparcial y perito: que cuando algun señor quisiese nombrar alcalde mayor en pueblos de su jurisdiccion, acuda al Consejo para justificar todo lo necesario á este fin, y las circunstancias que el mismo tribunal estimare precisas; y en fin, que los señores procuren evitar huecos á sus alcaldes mayores, atendiéndoles siempre para otras varas de sus estados, y no dando entrada entretanto á nuevos pretendientes (*a*).

27 Sobre los requisitos ó calidades que han de tener los pretendientes de corregimientos y alcaldías mayores, ademas de lo que se dispone en la real cédula de 21 de Abril de 1783 (*b*), se han espedido otras varias órdenes; pero lo que principalmente ha de tenerse presente sobre este punto, y otros tocantes á varas, es la real cédula citada de 7 de Noviembre de 1799 (*c*), que deroga sábiamente varias disposiciones anteriores.

28 A fin de que unos magistrados tan distinguidos y convenientes para el servicio del estado y bien de los pueblos, no mendiguen en caso de quedar impedidos, ni perezcan llenos de miseria, y de que por su muerte no queden en un estado deplorable sus viudas é hijos, tiene aprobado S. M. un Monte-pio para las unas y los otros, y para ellos mismos, cuando se jubilen ó inhabiliten en la carrera (*d*).

29 No nos parece conveniente estendernos mas sobre esta materia, por cuanto las reales órdenes mas necesarias y recientes sobre ella son bien sabidas, con especialidad de los interesados en saberlas; pero sin embargo escribiendo en la corte causaria estrañeza no dar alguna noticia de su corregidor y sus tenientes.

30 El corregidor de Madrid ha sido al mismo tiempo Intendente de su provincia hasta fines del año próximo pasado en que se confirió el corregimiento al señor don José Marquina y Galindo, del

(*a*) Real céd. de 20 de Julio de 1802 y su declaratoria de 24 de Mayo de 1803, o ley 32, t. 11, lib. 7 N. R. y su nota 17. (*b*) Es la ley 29, tit. 11, lib. 7 N. R. (*c*) Es la ley 30 siguiente. (*d*) Real decreto de 7 de Noviembre de 1790, ó ley 33, tit. y lib. cit. N. R.

Consejo de Castilla, y la intendencia al señor Don Pedro de Mora y Lomas. Dicho corregidor preside el ayuntamiento, donde se trata de los negocios del abasto del público, es juez privativo de policía, *y superintendente de sisas* y propios, para cuyos dos ramos hay una junta de cinco regidores y cuatro diputados que asimismo preside, *proveyendo por sí solo los empleos respectivos* á sisas. Ofreciéndose litigios sobre los espresados ramos, los determina por sí el corregidor asesorado de sus dos tenientes con apelacion al Consejo, aun cuando resulte alguna causa criminal en que haya reos por estar inhibida la Sala de alcaldes de entrometerse en los asuntos del corregimiento de Madrid.

31 Al mismo tiempo egerce el corregidor la jurisdiccion civil y criminal en Madrid, y pueblos no esentos por medio de sus dos tenientes, á quienes se conceden los honores de la toga á poco de habérseles nombrado; si bien aunque no los tengan, se les da el tratamiento de *señoría*. Dan audiencia pública á la salida del Consejo en las casas consistoriales, y tambien en las suyas, si hay urgencia, ó quieren hacerlo para evitar atrasos; y de sus sentencias en causas civiles se apelan al Consejo de Castilla en Sala de provincia.

32 Su jurisdiccion criminal es acumulativa con la de los señores alcaldes de corte; pero no pueden llevar á ejecucion ninguna pena corporal sin consultar á la Sala, á quien deben asimismo dar cuenta dentro de 24 horas de las causas sobre aprehension de armas de fuego, consultando despues las sentencias. Ademas las apelaciones en las causas criminales deben interponerse para la misma Sala, como hemos dicho en el tomo 1 de la Práctica Criminal (*a*).

De los alcaldes de cuartel en la corte, chancillerías y audiencias, como jueces ordinarios para conocer de causas civiles.

33 Ademas de la jurisdiccion criminal que tienen los señores alcaldes de casa y corte, y de que ya hemos hablado (*b*), egercen tambien la civil en primera instancia, como jueces ordinarios, y en la corte y su rastro los diez mas antiguos, que lo son de cuartel y provincia, del mismo modo que los tenientes de corregidor, formando su audiencia ordinaria á la salida de la Sala, cada uno en uno

(*a*) Apéndice 2 pag, 362, n. 9. Puede verse á Sanchez Santiago. Idea Elemental t. 1, págs. 2 y sig. (*b*) Práct. Crim. tom. 1 Apend. 2, pág. 357.

de los oficios de escribanos de provincia, donde despachan los pleitos con asistencia de los abogados en el dia de su señalamiento, y de los litigantes, si quieren asistir, aunque en sus casas podrán oir los juicios verbales, cuya cantidad ha de ser hasta 500 reales, y despachar negocios de poca monta. Esta jurisdiccion que es acomulativa de la del corregidor y sus tenientes, se estiende á la corte y todo su rastro; y de las sentencias de los alcades se interpone apelacion para el Consejo de Castilla en la Sala de provincia, escediendo el valor de la cosa litigiosa de 1② ducados, y no llegando, para la Sala segunda criminal de los mismos alcaldes (*a*); si bien posteriormente se mandó (*b*) que sin embargo de esta asignacion de los pleitos de menor cuantía que fuesen en apelacion á dicha Sala segunda, ya de los juzgados de provincia de los alcaldes, ya de los tenientes de villa, hubiese de conocer de un pleito la Sala primera, quedando dos para la Sala segunda, guardándose turno entre ellas.

34 En la citada real cédula de 6 de Octubre se estableció la division de Madrid en ocho cuarteles á propuesta del señor Conde de Aranda, presidente del Consejo hecha al Soberano, y habiendo S. M. aprobado dicho establecimiento, manifestó verbalmente á dicho señor Conde seria de su real agrado que se estendiese á las capitales en donde hubiera chancillerías y audiencias, como se hizo en efecto el año siguiente en virtud de otra real cédula (*c*). Por lo tanto, cada alcalde ha de egercer en su cuartel la jurisdiccion civil en la forma que se habia hecho hasta entonces en las chancillerías y audiencias, donde los alcaldes tenian juzgado de provincia, y para ellos se estableció este de nuevo, fijando cinco leguas por rastro en Zaragoza y Barcelona, en cuyas ciudades no le tenian los alcaldes del crimen, á fin de que en lo sucesivo egerciesen tambien la jurisdiccion civil, arreglándose enteramente al modo y forma con que la egercian los demas alcaldes del crimen, para lo cual se señaló á cada uno un escribano numerario, hasta que el Consejo bien instruido arreglase este punto, creando, si le parecia conveniente, con consulta de S. M. escribanos de provincia. Asimismo los alcaldes han de tener su despacho civil en las piezas señaladas en sus chancillerías y audiencias,

(*a*) Real céd. de 6 de Octubre de 1768, art. 1. §§. 4 y 6 y art. 4, §. 2 ó ley 4, tit. 27, lib. 4 N. R. (*b*) En real céd. de 19 de abril de 1785, ó ley 5 tit. y lib. citad. N. R. (*c*) De 13 de agosto de 1769 ó ley única tit. 13, lib. 5 N. R.

y resolver en sus propias casas los juicios verbales hasta en cantidad de 500 reales (*).

35 Ademas en la real cédula de 6 de octubre (*a*) se mandó establecer en cada cuartel ocho alcaldes de barrio con este nombre que fuesen vecinos honrados y electos por cuarteles, como los comisionados electores de los diputados, y personero del comun, habiendo de subdividir entre sí el distrito de su cuartel, y matricular todos los vecinos y forasteros: que á fin de que fuesen conocidos, y nadie pudiera dudar de su jurisdiccion y facultades, pudieran usar de la insignia de un baston de vara y media de alto con puño de marfil: que sus empleos se reputasen como actos positivos y honoríficos de la república, por lo cual habian de jurarse en el ayuntamiento de Madrid, asentarse en los libros capitulares, y servir en lo sucesivo á sus familias para pruebas y otros casos de honor: que velasen sobre la quietud pública, la policía, el alumbrado, y la limpieza de las calles y fuentes: que tuviesen jurisdiccion pedánea, y para hacer sumarias en casos urgentes, dando cuenta incontinenti con los autos originales al alcalde de cuartel para que los continuase; y que se encargaran de la recoleccion de pobres para dirigirlos al hospicio, y de los niños abandonados á fin de que se pusiesen á aprender oficio, ó á servir con otras facultades que se espresarán en la instruccion que formase el Consejo, que habia de entregárseles para su gobierno, y en que se les encargase tambien una particular vigilancia contra los ociosos y malentretenidos. Con efecto, se formó esta instruccion que era el auto acordado de 21 de octubre de 1768, y es ahora la ley 10, t. 21, lib. 3 N. R., y se mandó observar sin la menor alteracion en las ciudades capitales del reino (*b*).

(*) En las reales cédulas citadas de 6 de octubre de 1768, y de 13 de agosto de 1769 se habla principalmente y con mas estension de la jurisdiccion criminal, de que hemos prescindido ahora, ya por no corresponder á este lugar, y ya por haber hablado de ella y con respecto á los alcaldes de corte en la Pract. Crim. tom. 1, apend. 2, p. 357. La jurisdiccion criminal de los alcaldes de cuartel de las chancillerías y audiencias tiene mucha uniformidad con la de los de la corte, como se advertirá cotejando dichas dos reales cédulas.

(*a*) Art. 7. (*b*) Real céd. cit. de 13 de agosto de 1769 cap. 15.

De los asesores.

36 Despues de haber hablado de tantas clases de jueces no causará estrañeza que hagamos mencion de los asesores, aunque no sean jueces con propiedad, una vez que contribuyen á la administracion de justicia con su instruccion, prudencia y consejos. En lo antiguo eran asesores de los Reyes aquellas personas sábias é ilustres, ó aquellos jurisconsultos de quienes se aconsejaban para resolver los asuntos mas importantes para sus personas y el estado, y decidir los negocios que se les presentaban por apelacion ó queja de los adelantados y merinos. Llamábanse consejeros, segun se llama en las Partidas y en el título de estos á los que daban su consejo ó dictamen á los jueces para sentenciar los pleitos ó negocios pendientes ante ellos, ó á los mismos Reyes para tomar sus resoluciones.

37 Por derecho y costumbre de España los jueces no letrados solo podrán conocer y juzgar por sí solos las causas verbales y de poca monta, pues en siendo tales que no puedan substanciarse ni decidirse con acierto sin una competente instruccion de la jurisprudencia nacional, deben asesorarse con personas cuyos títulos acrediten tenerla. De estos asesores unos se llaman *voluntarios, y son los que á su voluntad ó arbitrio nombre en los juicios contenciosos el juez lego* ordinario, quien regularmente se vale de alguno de los abogados residentes en el pueblo; y otros hay *necesarios*, como lo *son los que nombren el Soberano, y tambien los alcaldes mayores con quienes deben asesorarse los corregidores é intendentes en todos los pleitos y negocios de justicia.*

38 Los deberes de los asesores son los mismos que los de los jueces ó magistrados á quienes dirigen con sus consejos y dictámenes; y en órden á la responsabilidad sobre las providencias asesoradas despues de muchas dudas que daban lugar á que se decidiese con variedad en los tribunales acerca de este punto, para quitar toda arbitrariedad se ha establecido recientemente una regla fija y general. Segun ésta, los gobernadores, intendentes, corregidores y demas jueces legos á quienes el Soberano nombra asesor, del cual han de valerse precisamente, á no ser que crean tener razones para no conformarse con su parecer en algun caso, en que podrán suspender el acuerdo ó sentencia, y consultar á la superioridad, espresando los fundamentos, y remitiendo el espediente, no han de ser responsables a las resultas de las providencias ó sentencias que diesen con acuerdo del mismo

asesor, quien únicamente deberá serlo; y lo mismo ha de decirse de los alcaldes y jueces ordinarios que nombran sus asesores por sí, mientras no se justifique que hubo colusion ó fraude en tal nombramiento (*a*).

De los abogados.

39 Podria decirse sin temeridad que la abogacía es una profesion tan antigua como el mundo ó las sociedades. Como en todas estas ha reinado la ignorancia en los mas de los hombres, y la injusticia ha procurado egercer su tirania en todas partes, ha sido necesario recurrir al zelo, talento y luces de las personas mas sábias, ilustradas y animosas entre sus conciudadanos, llegando á ser por este medio los primeros patronos, defensores y *abogados*. Pero donde hubo verdaderamente abogados merecedores de este nombre fue en Grecia y Roma, en las cuales llegó la abogacía al mas alto grado de esplendor, siendo ella el mejor medio de que se valian el talento, la sabiduria y la virtud para darse á conocer, y la puerta para entrar á ocupar los puestos mas sublimes del estado, asi políticos como militares. En nuestra España, despues que reducida á provincia romana en el imperio de Augusto, adoptó el idioma, leyes y usos de la metrópoli, florecieron la abogacía y los abogados, de que son una irrefragable prueba los célebres declamadores Latron, Galion, Séneca, Quintiliano y otros muchos que se hicieron gran lugar en los tribunales romanos. Durante la dominacion de los godos y árabes no hay que hablar de abogados ni abogacía, pues Marte, enemigo declarado de las musas y las ciencias, era el único dios á quien en aquellos tiempos lastimosos se daba culto; pero con la publicacion del Fuero real y de las Partidas empezó á restaurarse la abogacía en Castilla (*), desde cuyo tiempo ha prosperado (**) y sido cada vez mas honrada hasta nuestros dias, en que una profesion literaria tan ilustre y honorífica se ha grangeado el favor de nuestros Soberanos, y ha hecho gran-

(*a*) Real cédula de 22 de Setiembre de 1793.

(*) Antes los abogados podian serlo cualesquiera personas que eligiesen los litigantes, y venian á ser como unos procuradores. Véase la ley 2, tit. 1, lib. 3 del Fuero viejo de Castilla.

(**) Sin embargo, debe esceptuarse el reinado de Carlos II, en que por haber decaido las artes y las ciencias, el saber de los letrados se reducia todo á un puro fárrago y á un amontonamiento de citas y autoridades. Puede verse la oracion inaugural sobre la historia de la abogacía del señor don José Navarro y Vidal, ministro del Consejo de Castilla.

des beneficios al estado con ofrecerle liberalmente para los ministerios, las embajadas, las secretarías, y con especialidad para la magistratura y la toga muchos hombres íntegros y doctos, y aun sábios y clásicos escritores que han ilustrado con su pluma nuestra jurisprudencia y la nacion.

40 Para hacerse un abogado digno de un título tan distinguido ha de estar adornado de talentos y cualidades no comunes. Necesita prepararse desde sus primeros años para un estudio que exige otros muchos conocimientos preliminares, y con especialidad el del corazon humano que es el mas esencial. Es menester que conozcan los hombres, sus virtudes, vicios y debilidades: que esté dotado del mayor juicio y discernimiento para aplicar las reglas y principios á los casos particulares, que le inflame un ardiente zelo para socorrer al inocente y desgraciado, y contribuir en todo lo posible al bien de los que se ponen bajo su proteccion: que tenga una noble franqueza para no usar de otro lenguage que del de la verdad, guardando al mismo tiempo la debida moderacion y urbanidad, y absteniéndose de toda injuria y dicterio; y en fin, que depositario de la confianza de sus litigantes y de sus secretos, á veces los mas importantes no abuse indignamente de ella ni de su ministerio en provecho suyo y de los contrarios (*a*). En una palabra, el abogado debe ser á un tiempo hombre de bien y hombre ilustrado. El talento sin la providad es el mas funesto presente que puede recibirse de la naturaleza, y la providad sin el talento no puede bastar, porque con la mejor intencion se hacen frecuentemente males irreparables.

41 Entre las varias personas que no pueden egercer la abogacía, y que no es necesario nombrar por su incapacidad notoria, lo son los clérigos de órden sácro ó de menores órdenes con beneficio eclesiástico en los tribunales reales, á no ser que obtengan dispensa de la Cámara; si bien podrán abogar ante ellos por sí, su iglesia, parientes y personas miserables (*b*). Tampoco pueden abogar los canónigos regulares ni los monges, sino es por bien de su iglesía ó monasterio, y por mandato del Abad (*c*).

42 Como nuestra legislacion, del mismo modo que las demas legislaciones de Europa, forma una ciencia tan complicada, estensa y difícil, tenemos por forzoso que se dediquen de intento muchas

(*a*) Ley 17, tit. 16, lib. 2 R. ó 12, tit. 22, lib 5 N. R. (*b*) Cap. 1 y 3 de Postulando. (*c*) Cap. 2 del cit. tit.

personas al estudio de ella, y que haya letrados, cuya ocupacion principal sea la de defender ó patrocinar causas y pleitos. Asi es que aunque para recibirse un profesor de abogado basta la edad de 17 años que señala una ley de Partida (*a*) (*), pues no tenemos otra que la exija mayor, necesita haber empleado 10 años en el estudio del derecho, esto es, hacer constar que despues del grado de bachiller ha estudiado 4 años las leyes del reino en las universidades donde hay Catedras de esta enseñanza (**), ó al menos dos, si emplea los otros dos años en el derecho canónico; y que despues ha tenido dos años de pasantía en el estudio de algun abogado de chancilleria ó audiencia, asistiendo frecuentemente á las vistas de los pleitos en los tribunales, lo cual certificarán sus regentes, á quienes deben dar los abogados noticia de los pasantes que reciban, para que les conste, y puedan zelar y certificar su asistencia, á fin de evitar fraudes. Si el grado de bachiller se recibe con solos tres años, por medio del exámen á claustro pleno, la pasantía ha de ser de otros tres, para que siempre sean 10 los de estudios. Los licenciados que por privilegio de sus universidades pueden egercer la abogacía, o han de completar en ellas 10 años de estudio, dedicándose los legistas á dos del derecho canónico sobre los 8 de leyes que necesitan para recibir el grado, y los canonistas á otros 2 del derecho real sobre los necesarios para el mismo grado, ó han de sujetarse á dicha pasantía (*b*).

43 Ademas los abogados para poder egercer su oficio han de jurar hacerlo con rectitud y fidelidad al tiempo de su recibimiento en el tribunal superior en que se les examina; y este mismo juramento podrá obligárseles á repetir bajo la pena de inhabilidad á instancia del contrario ó de oficio en cualquier causa. Asi lo dispone una ley recopilada (*c*), segun la cual deberia reiterarse el juramento al principio de cada año; pero esto no se observa, aunque el señor Elizondo ase-

(*a*) La 2. tit. 6 P. 3.

(*) Mayor edad habria señalado la ley si entonces se hubiesen necesitado tantos años de estudio, y tanta instruccion como se requiere actualmente para el egercicio de la abogacía. En la chancilleria de Granada se exigen 25 años de edad, aunque a veces se dispensa algo de esto. En la corte para el recibimiento de Abogado no se atiende a la edad del que lo pretende sino á que tenga los demas requisitos.

(**) En real orden de 5 de Octubre de 802 se manda, que haya en todas las universidades de tales catedras, y se mencionan los libros por donde ha de estudiarse el derecho español.

(*b*) Circular de 14 de Setiembre de 1802, o la y 2, tit. 22, lib 5 N. R.

(*c*) La 2, tit. 16, lib. 2 o 3, tit. 22, lib. 5 N. R.

gura (a) que en la chancillería de Granada juran los abogados *á principios de cada año la legalidad de su oficio en el real Acuerdo.*

44 Antes de encargarse un letrado del patrocinio de un litigante debe inquirir si le ha defendido ya otro, porque en caso de ser así es cosa muy razonable pasarle un oficio de urbanidad, para que lo tenga entendido. Asimismo, segun una ley de la recopilacion (b) debe recibir del litigante y firmada de su mano, ó de persona de su confianza, sino supiese escribir, una relacion ó instruccion del hecho que motiva la contienda, y de todo lo que conduce á su derecho, para que si se le pide cuenta, pueda manifestar que hizo lo que estuvo de su parte, ó se conozca que perdió el pleito por su culpa; pero esta sensata disposicion se halla enteramente olvidada y sin uso. Tambien desde el principio del pleito debe estar el abogado bien instruido de él ya para saber si es justo ó injusto, pues siendo esto último debe desecharle, aunque sea en el progreso de la causa, y conozca que la defenderán otros letrados, y ya para saber igualmente cómo ha de hacer el interrogatorio, y que puntos conviene probar.

45 En los tribunales de la córte, chancillerías y audiencias nadie puede ser abogado directa ni indirectamente en causa en que sea juez su padre, hijo, yerno, ó suegro; y por lo que hace á los demas juzgados en que solo haya un juez, no podrá abogar en ninguna manera su padre, hijo, yerno, hermano, ni cuñado bajo cierta pena pecuniaria (c). Tampoco en ningun pueblo puede ser abogado ni procurador en una causa el padre, hijo, yerno, hermano, ó cuñado del escribano ante quien pendiere (d).

46 Conforme á las últimas reales constituciones y á la práctica nadie que no sea letrado puede defenderse por sí solo ni aun en causas de alguna entidad, y lo único que se permite al interesado, es que pueda esponer verbalmente lo que le parezca el dia de la vista despues de informar los abogados.

47 Tocante á los escritos de los letrados, deben estos proponer en ellos, dice el señor Elizondo en su acostumbrado estilo, »la dificultad y estado de sus causas breves y metodicamente, sin citas de leyes ó autores, con clausulas precisas y sencillas, evitando especies impertinentes, sin dividir el punto capital en casi infinitos artículos

(a) Práct. Crim. for. tom. 4, n. 280, n. 25. (b) La 14, tit. 16, lib. 2 o 10, tit. 22, lib. 5 N. R. (c) Ley 33, tit. 16, lib. 2 R. ó 7 y 27, tit. 22. lib. 5 N. R. (d) Ley 7, tit. 25, lib. 4 R. ó 6, tit. 3, lib. 11 N. R.

que puedan con el tiempo producir cada uno un pleito, no usando jamas de espresion injuriosa, ó de alegacion ú oposicion impertinente, viendo por sí mismos originalmente los procesos, sin asegurar jamas el exito favorable de los negocios ni sacar aquellos fuera del pueblo.» »No hay fatiga, prosigue poco mas adelante, de mas prolija atencion en un letrado que la disposicion y coordinacion de un papel en derecho, debiendo por lo mismo ceñirse este á proponer en una introduccion de estilo grave, pero ingenua y sin afectacion, el hecho que ha de servir á la alegacion de exordio, en cuyo final han de proponerse por su orden los temas que hubiesen de persuadirse con método, retocando únicamente en cada uno las especies de hecho que exija la oportunidad, sin transcribirle, por dejarlo ya puntualizado el relator en el memorial ajustado, y repartido á los ministros que han de votar el pleito, proponiéndose los abogados en todas sus gestiones verdad y claridad, evitando el flujo pedante de muchas autoridades que solo sirven de confusion y de aglomerar páginas, y dando únicamente peso á la ley, cuando la haya, ó á falta de esta á la costumbre.»

48 Respecto á los informes verbales, los letrados han de sentarse en estrados, dice tambien el mismo autor con modestia y por su antigüedad, dando el lado derecho el mas moderno al mas antiguo, como se practica en el Consejo, no hablando hasta que el relator concluya el hecho, en cuyo caso lo deberá hacer cada uno por su parte, sin oirse á dos sobre un mismo punto, usando siempre de urbanidad, en que se apoya la prohibicion de atravesarse, aun á pretesto de faltarse á la verdad del hecho que puede advertirse despues y siempre con respeto, sin orgullo, ó desentono (a).»

49 Asi por escrito como en estrados, dice finalmente el señor Elizondo, han de nombrar los letrados con el distintivo de *señor*, cuando sea necesario, al ministro ó fiscal de S. M. que haya sido, ó fuese en la actualidad de cualquiera tribunal superior, ó de los Consejos del Rey, y tratando del propio modo á los escritores togados, escepto en el Consejo, donde solos sus ministros, ú otros de igual clase tienen este distintivo, y no los demas de la península, lo que deben esactamente observar los Abogados; pues si bien no se titulan subalternos de los tribunales, son *dependientes* mediatos de los mismos.

(a) Leyes del tit. 6 P. 3 y del tit. 16, lib 2 R.

50 Ningun abogado puede pactar con el litigante que ha de darle cierta parte de lo que se demanda ó litiga, porque se *trabajaria*, dice la ley de Partida (*a*), *de facer toda cosa, porque la pudiesse ganar, quier á tuerto, quier á derecho*. Tampoco puede pactar que le dé cierta cantidad ú otra cosa por razon de la victoria en el pleito, bajo la pena de suspension de oficio por seis meses, ni asegurar al litigante el vencimiento por cuantía alguna, sopena de pagarla duplicada; ni convenirse bajo cierta multa en seguir y finalizar el pleito por cierta cantidad (*b*).

51 Pero sí podrá el abogado hacer sobre su honorario un convenio justo y arreglado con su litigante, y en caso de no haberse hecho ó de reclamar los interesados, se pasarán los autos al tasador ó al colegio de abogados, ó en los casos graves lo regularán los mismos jueces. Sobre esta tasacion de derechos de los abogados, punto frecuentemente ventilado en las causas, no puede darse regla fija, y todo debe dejarse al prudente arbitrio del juez, quien ha de tener en consideracion la calidad de la causa, la diligencia prestada en ella, y la costumbre del tribunal en donde se hubiese seguido, sin gobernarse para esta regulacion por el número de páginas, líneas, artículos ú otras cosas semejantes que harian depender el valor del honorario de la locuacidad ó charlatanería de un profesor; si bien de todos modos los letrados de honor deberán contentarse con la regulacion de un magistrado para no incurrir en la nota de codiciosos.

52 Aunque es muy justo que se recompense á los letrados con un competente honorario, deben por otra parte patrocinar gratuitamente á los pobres y desvalidos, no habiendo abogados asalariados para ellos (*c*). En la córte, chancillerías y audiencias hay cierto número de abogados de pobres que, ó bien los eligen anualmente los colegios sin dotacion, ó dichos tribunales con ella; y los negocios de que no pueden encargarse se reparten entre los demas por la obligacion que todos contraen con juramento al recibirse de defender á las personas miserables. En una real órden (*d*) se halla prevenido por punto general que todos los letrados y curiales de España trabajen sin interés alguno en las causas de oficio contra paisanos ó militares cuando no tienen facultades los reos para satisfacer los honorarios.

(*a*) La 14, tit. 6, P. 3. (*b*) Ley 8, tit. 16, lib. 2 R. ó 22, tit. 22, lib. 5 N. R. (*c*) Ley 16, tit. 16, lib. 2. R. ó 13, tit. 22, lib. 5 N. R. (*d*) De 18 de marzo de 1799.

53 Es bien sabido que cuanto adquiere un hijo de familia en el egercicio de la abogacia, forma un peculio casi-castrense de que puede disponer á su arbitrio. Tambien es notorio que actualmente en todos los paises está recibida la esencion de cargas concejiles y sórdidas en favor de los abogados, á quienes la concedió el derecho romano por razon de su nobleza personal. Asi es que un real decreto (*a*) dice lo siguiente. »Respecto á que por derecho comun y leyes del reino gozan los abogados personalmente y por privilegio de su profesion las mismas esenciones que competen por su calidad y sangre á los nobles y caballeros, y son esentos de tortura, pechos y demas á que estan sujetos los del estado llano; por decreto de mi Consejo de la Cámara de 11 de este mes he venido en declarar, que dicho N. por razon de su profesion y de la nobleza personal que por ella adquiere debe tener asiento en la clase de regidores nobles, y preferir á sus modernos..... sin que sea visto declararle nobleza alguna de sangre."

54 Por lo mismo la profesion de la abogacia es tan ilustre y distinguida deben tomarse las providencias convenientes para que no decaiga de su esplendor ni de la estimacion que se merece. El crecido numero que teniamos de abogados, y la precision en que por este motivo se verian algunos; ó de no egercer su ministerio con la rectitud debida, ó de no poder subsistir con la decencia correspondiente á su honorífico destino, exigian á la verdad que se circunscribiese su número al que necesitase el bien publico, y bastase de consiguiente para restablecer en su debido honor la abogacia. Por lo tanto se mandó prudentemente en una real órden (*b*) que el número de individuos del colegio de Madrid se fuese reduciendo hasta que quedase en el de 200, con los cuales habria suficiente para el servicio publico: encargándose al mismo tiempo igual reforma en el número de letrados á las chancillerias y audiencias, sobre lo cual se les dirigieron despues las correspondientes órdenes.

De los procuradores.

55 No hablamos aqui de los *procuradores en general, cuyo nombre se aplica á todo el que con poder de otro hace cualquiera cosa*, ni de los *procuradores para negocios*, cuyo ministerio es privado, y de los cua-

(*a*) De 17 de noviembre de 1765. (*b*) De 30 de Setiembre de 1794, o ley 30, tit. 22, lib. 5 N. R. Vease tambien su nota 10.

les correspondia hablar, segun se hizo, al tratarse de los mandatarios, pues no son otra cosa: hablamos de los *procuradores de pleitos ó para pleitos que son unos oficiales públicos ó autorizados públicamente para comparecer en juicio á nombre de otros, instruir sus causas ó procesos y defender sus intereses.* A los principios en Roma solo se permitia en tres casos obrar por procurador, á saber, por el pueblo por la libertad y por la tutela; pero como era incómodo no poder litigar ni defenderse por medio de otra persona, mayormente estando ausentes del lugar del juicio los interesados, ó no teniendo ninguna instruccion ó práctica en los asuntos judiciales, se fue introduciendo poco á poco el hacerlo por procuradores, así como era permitido al menor pleitear por medio de su tutor ó curador. Estos procuradores no eran oficiales públicos, sino unos hombres mercenarios sacados de entre los esclavos que solo hacian de solicitadores para con los jueces é instruian á los interesados de lo que pasaba, por lo que no es estraño hablasen los Emperadores romanos de sus funciones como de un ministerio vil; pero habiéndose multiplicado las formalidades judiciarias hubo personas versadas en el derecho y la práctica que se dedicaron únicamente á instruir los negocios, y para distinguirlos de los *procuradores, mandatarios, agentes, solicitadores* se les llamó *cognitores juris*, ó solo *cognitores* por abreviacion como si dijésemos *instruidos ó esperimentados en materias de derecho y de causas.* Los procuradores se llamaron entre los romanos, *domini litium, señores ó dueños de los pleitos*, cuya ficcion y sutileza que como otras muchas no tienen absolutamente lugar entre nosotros, aunque los intérpretes hagan uso de ella, inventaron los jurisconsultos á fin de poder aplicar á los procuradores las antiguas fórmulas introducidas para los interesados principales.

56 Los procuradores deben tener por lo menos 25 años de edad (*a*), pues seria muy estraño que pudiese entender en negocios agenos quien á causa de su edad es favorecido por la ley con el beneficio de la restitucion.

57 En los Consejos, chancillerías y audiencias nadie puede ser procurador sin la aprobacion de los mismos tribunales, en los cuales suele haber colegio de procuradores, donde es limitado su número y se exigen varios requisitos para la admision de sus individuos. En el Consejo hay 48 procuradores numerarios. Por la Cámara se despachan los títulos á favor de los sugetos que nombran los propietarios,

(*a*) Ley 19 al fin. t. 5, P. 3.

juran en la Sala primera de gobierno, actuan en todos los tribunales de la corte, fuera de la visita eclesiástica, Vicaria de Madrid, y juzgados ordinarios del corregidor y sus tenientes, y solo á ellos han de entregarse los despachos ó provisiones que se espidan á su instancia. Pero no se les examina como á los procuradores de la chancillería de Granada. Asimismo los procuradores del Consejo tienen el privilegio de que se les cometan las defensorías y curadorías para pleitos que hayan de proveer los Consejos, tribunales, juntas, comisiones y juzgados de provincia.

58 No puede ser procurador el padre, hijo, hermano ni cuñado del escribano ante quien pendiese el pleito ó espediente (*a*); y siempre que los jueces supremos adviertan que los procuradores son inhábiles y hacen cosas indebidas, podran privarles para siempre de sus oficios (*b*).

59 No pueden los procuradores presentar pedimento sin poder dado por bastante, ni peticion firmada por abogado que no lo sea de la chancillería ó audiencia, aunque sí podrán presentar pequeños escritos como para acusar rebeldías, pedir prórogas, concluir en los pleitos y otras cosas semejantes (*c*): no pueden convenirse con los abogados directa ni indirectamente sobre recibir de éstos parte alguna del honorario que hubiese de corresponderles (*d*): no pueden pactar el seguir y finalizar los pleitos á su costa por cierta cantidad (*e*), y en fin no pueden hacer ninguna solicitud ya denegada por otra escribanía diversa de la primera, pues si quieren suplicar de la denegacion, han de hacerlo por ésta con espresion de lo que antes hubiese pasado (*f*).

60 Siempre que los procuradores pidan en el Consejo sobrecarta de alguna provision, deben presentar los documentos en la misma escribanía de Cámara por donde se hubiese despachado la primera (*g*). Ademas los procuradores han de dar recibo de los procesos que tomasen contando las hojas (*h*).

61 Las espresadas obligaciones se han prescripto por las leyes con respecto á los procuradores de los tribunales supremos; pero como son

(*a*) Ley 7, tit. 25, lib. 4 R, ó 6 t. 3 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 10, tit. 24, lib. 2 R. ó 12 tit. 31, lib. 5 N. R (*c*) Leyes 2 y 8, tit. 24, lib. 2 R, ó 2 y 9 tit. 31, lib. 5 N. R. (*d*) Ley 33, tit. 16, lib. 2 R. ó 7 y 37, t. 22, lib. 5 N. R. (*e*) Leyes 8, tit. 16 y 6, tit. 24, lib. 2 R. (*f*) Auto 6, tit. 24, lib. 2 R. (*g*) Auto 6, tit. 24, lib. 2 R. (*h*) Leyes 11, t. 20, lib. 2 y 1 t. 27, lib. 4 R.

tan justas ó razonables, pueden estenderse á los de todos los tribunales. »Antes de pasarse, dice el señor Elizondo (*a*), las renuncias hechas por los procuradores de sus oficios en el Consejo debe dar cuenta el renunciante por inventario de los procesos y papeles que hubiese recibirlos, ó siendo muertos, sus herederos, no admitiéndose á jurar el egercicio sin poner corriente el oficio, lo que no debe dispensarse por mas obligaciones y fianzas que ofrezcan, como se ha practicado en Granada á nuestra instancia fiscal sin el menor disimulo en este punto, no obstante lo espuestos que estan en nuestro tribunal los procesos y pleitos á perderse, por no dar los abogados recibo de ellos á los procuradores, aunque los pidan, contra la practica inconcusa de Madrid y la ley especifica de Indias (*b*) que asi lo previene, consiguiente á nuestras ordenanzas de esta chancilleria: de modo que nos hemos visto precisado á exigir se guarde inviolablemente la práctica del Consejo en tan importante materia: lo que acabamos de lograr se mande por nuestra chancilleria.»

62 »Observamos tambien en el Consejo, prosigue el mismo autor, disuelven los procuradores al fin de todos los años los pleitos que tienen tomados, testando los recibos y firmando nuevamente otros, segun se práctica tambien en Granada dando los oficiales mayores de las escribanías de cámara y en Madrid certificacion de á aquellos subalternos, en que consta haber cumplido, la cual entregan al escribano de gobierno para hacerlo presente al Consejo.»

63 Es superfluo decir que los procuradores deben guardar secreto y fidelidad á sus principales: que han de ser muy activos y vigilantes para lograr el mas pronto y favorable despacho de los negocios ó pleitos: que no han de dejar de hacer lo que se ordene en el poder, ni escederse de las facultades que en éste se le concedan; y en una palabra que como los encargos que se les hacen, son unos verdaderos mandatos, deberán observarse regularmente en cuanto á los procuradores los principios ó reglas que las leyes y la sana razon prescriben acerca de aquellos (*c*).

(*a*) Pract. univ. for. tomo 4, pág. 278, n. 50. (*b*) La 15 tit, 24, lib. 2 de la Recop. de Indias. (*c*) Acerca de poderes vease el cap. *del mandato* P. I.

De los agentes de negocios.

64 Por *agentes de negocios*, espresion muy general, solo entendemos *aquellas personas que en la corte y ciudades donde residen las chancillerías y audiencias, se hallan dedicadas á practicar las diligencias conducentes en los pleitos y asuntos agenos como las pretensiones de empleos, ú otros en virtud de órden, aviso, ó poder de los interesados.* Llámanse en nuestras leyes recopiladas *solicitadores*, por lo que *solicitan*, ó por sus *solicitudes*, y á diferencia de los Procuradores no pueden presentar ninguna peticion en juicio, ni hacer ninguna otra gestion judicial, sino tan solo nombrar, teniendo poder del interesado, Procurador que le defienda en el pleito. En la chancillería de Granada son los solicitadores ó agentes de los litigios los mismos Procuradores, aunque en ciertos casos los permite el Acuerdo: y en Madrid es y se llama *agente todo el que tiene algunos poderes*, no obstante lo dispuesto en dos autos acordados (*), por lo que ha llegado á ser su numero muy escesivo.

65 Pero sin embargo hay varias personas á quienes prohiben las leyes ser solicitadores, y asi no pueden serlo los consejeros, oidores, alcaldes, ni alguaciles de casa y corte, los ministros del tribunal de la contaduría mayor, ni sus oficiales ó subalternos, los secretarios del Rey, escribanos de Cámara, ni relatores de los Consejos, sus dependientes, ni criados, ni otras personas semejantes (*a*): no pueden serlo en negocios de dicho tribunal de la contaduría mayor los que hayan sido oficiales ó criados de los ministros ú otros oficiales de ella, mientras no se haya pasado un año entero despues de su despedida (*b*): no pueden serlo ni aun de negocios de sus parientes los ofi-

(*) Los 8 y 9 tit. 24 lib. 2 R. ó leyes 12 tit. 26 lib 4. N. R. que dicen lo siguiente: todos los solicitadores y agentes de negocios que hay en esta corte. . . se registren en la escribanía de gobierno en el Consejo, declarando de donde son naturales, por qué salieron de sus tierras, cuánto ha que estan en la corte, en qué negocios, con que salarios, y en qué tribunales negocian y asisten: lo cual cumplan pena de privacion de oficio y de 4 años de destierro preciso de esta corte y 5 leguas á la redonda. Sin especial título de S. M. no puede haber agentes ni solicitadores de pleitos, pretensiones y negocios; pues deben ser personas conocidas por los evidentes perjuicios y daños que resultan al público en comun y á los individuos en particular.

(*a*) Ley 30 tit. 4 lib 2 R. ó 22 tit 22 y 7 tit. 31 lib. 5 N. R. (*b*) Ley 1 cap. 29 tit. 2 lib. 9 R. ó nota 7 tit. 21 lib. 4 N. R.

ciales de libros de la real hacienda (*a*): no pueden serlo los asistentes, gobernadores, corregidores, sus oficiales ni familiares de los pleitos ó causas que se ventilen dentro del término de su jurisdiccion, ni ayudar á persona de fuera de ésta, trátese el negocio dentro ó fuera de ella ante otros jueces seculares ó eclesiásticos, aunque sí podrán serlo en favor de su jurisdiccion ó del bien público no llevando por ello ningun interés (*b*): no pueden serlo de los pleitos que se sigan en las audiencias los escribanos de ellas ni sus criados (*c*): no pueden serlo los eclesiásticos seculares ni regulares de pleitos, admininistraciones de casas, ni cobranza de juros que no sean de sus propias iglesias, monasterios, conventos ó beneficios (*d*), y en fin, no pueden serlo los oficiales de Secretarías (*e*).

66 En Madrid reside con su correspondiente oficina un agente creado en virtud de un real decreto (*f*), por cuya mano han de dirigir los vasallos á Roma sus pretensiones como dispensas para celebrar matrimonio los parientes en grado prohibido y otras semejantes que se despachan por datería.

67 Acerca de los agentes de negocios de Indias tenemos una real resolucion (*g*) en que se dispone lo siguiente. Su número ha de ser de 30 y sus empleos serán honoríficos. A los nombrados se ha de despachar real título de tales agentes y solicitadores de negocios de Indias en la córte sin obligacion de pagar media annata. En los 30 no pueden incluirse los procuradores de los reales Consejos que lo soliciten, como tengan las circunstancias necesarias para ello, y los demas procuradores sin dicho título únicamente lo serán para los negocios judiciales, de cuyas resultas no han de ser responsables. Fuera de los 30 agentes podrán serlo los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y del segundo de afinidad, justificando esta circunstancia al tiempo de exhibir los poderes, los cuales para los asuntos de justicia han de sustituirse en alguno de sus procuradores. Los empleados con sueldo en tribunales ú oficinas, conforme á lo prevenido en la legislacion así de Indias como Castilla no podrán tener ningunas agencias. Todo vecino, habitante, ó comunidad de América puede remitir para su mayor seguridad los caudales destinados para

(*a*) Ley 2, cap. 35, t. 2 cit. ó nota 6, tit. 12, lib. 4 N. R. (*b*) Ley 3, t. 6, lib. 3 R. o 9, tit. 24, lib. 5 y 18, tit. 15, lib. 7 N. R. (*c*) Ley 36, tit. 20, lib 2 R. (*d*) Instruc. últim. de Corregid. cap. 24. Real cédula de 25 de Nov. de 1764, autos 1 y 2, tit. 3, lib. 1 R. (*e*) Real provision de 5 de Setiembre de 1767, (*f*) De 30 de Noviembre de 1783. (*g*) De 15 de Julio de 1778.

sus negocios ó dependencias al arca de la depositaría general del Consejo de Indias, donde deben recibirse sin otro gravamen que el del 1 por 100 de su total á la entrada, y nada á la entrega de los sobrantes. La contaduría general del propio Consejo ha de llevar cuenta formal de todo en libros separados, y librar con órden de la Sala que conozca del espediente, ó del ministro de ella que se diputase, las partidas que se crean proporcionadas para los gastos que exija el curso de los negocios, bajo las reglas y precauciones con que se conduce la misma depositaría general (*).

CAPITULO PRIMERO.

Del juicio civil ordinario en primera instancia hasta la sentencia.

§. I.

De las divisiones del juicio, de los dias en que puede hacerse, y de las personas que pueden ó no comparecer en él.

1 Hay dos clases de jueces: unos son *ordinarios*, y otros *estraordinarios*: se llaman ordinarios *los que tienen jurisdiccion y facultad para conocer en causas civiles ó criminales por concesion de la ley, ó del Soberano, de universidad ó pueblo, ó por costumbre*: y estraordinarios *los delegados, ó de comision, los árbitros, los egecutores, y todos los que se eligen y comisionan para ciertos negocios por la persona ó tribunal que tiene derecho para nombrarlos.* El juicio *es una contienda forense entre dos ó mas personas sobre alguna cosa.* Se estableció para que ninguno osase hacerse justicia de propia autoridad por las fatales consecuencias que podian resultar de ello.

2 Para constituir el juicio, procédase por accion, acusacion, denuncia, inquisicion ó de oficio, se requiere forzosamente tres personas principales que son, actor ó acusador, verdadero ó ficto: reo ó demandado y juez. *Actor ó demandante es el que deduce la accion, ó el primero que provoca al juicio, pretendiendo conseguir alguna cosa*, y éste en las causas criminales se llama con propiedad *acusador. Reo en las causas criminales, es el que cometió delito, y en las civiles el demandado*

(*) No se habla en estos preliminares de los escribanos por haberse hablado de ellos con particularidad en el apéndice de la primera parte §. 2.

por el actor sobre alguna cosa, de manera que el oficio del actor es provocar, instar, objetar, y el del reo refutar ó repeler, negar y escepcionar. Y *el juez es una persona con jurisdiccion como mediadora entre actor y reo que declara y da á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension segun derecho y los méritos del proceso.* Tambien como vemos, intervienen en el juicio otras personas menos principales que son abogado, escribano, procurador, testigos y otros.

3 El juicio se divide en *ordinario*, *estraordinario* y *sumario*. Llámase ordinario *aquel en que se procede por accion ó acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades que prescriben las leyes*: estraordinario, *cuando el juez procede no por accion ó acusacion verdadera sino de oficio sin guardar el orden y formalidades del derecho*; y sumario, *aquel en cuyo seguimiento procede el juez brevemente, de plano, sin estrépito ni figura de juicio en los casos en que tiene lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho*; si bien aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades; no las necesarias para la decision legítima de la causa segun derecho natural, pues de lo contrario se ocultaria la verdad, y seria inicua la sentencia.

4 Pidiendo alguno al Soberano que mande oirle breve y sumariamente sobre su pretension, si este comete á cierto juez el conocimiento, y solo dice en su rescripto, *que lo oiga y haga justicia*; se entiende que no obstante su súplica debe oirle ordinariamente observando todos los trámites legales, mientras no esprese ó diga que se haga como lo pide; y así lo he visto practicar.

5 El juicio, sea eclesiástico ó secular, se divide tambien en *civil*, *criminal* y *misto*. El civil *es todo aquel en que no se trata de delito, y en que únicamente se ventila sobre algun interes pecuniario*; aunque haya dado motivo á ello algun crímen, en cuyo caso la accion se llama *accion criminal intentada civilmente*. El criminal es, *cuando se trata principalmente del delito y de su castigo por el interés y escarmiento público, ó cuando se ha de aplicar al fisco la pena pecuniaria en que el reo es condenado* (a); por manera que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil que mira solo al interés del injuriado, y otra criminal que se dirige al castigo del ofensor. Y el juicio misto es, *cuando se trata á un tiempo de interés pecuniario y de delito*, como sucede *en la denuncia, ó cuando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco y á la parte.*

6 Asimismo el juicio, omitiendo otras varias divisiones no nece-

(a) Ley 9, tit. 4 P. 3.

sarias que se hacen de él, se divide en *petitorio* y *posesorio*: petitorio *es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ó cuasi dominio de alguna cosa, ó del derecho que les compete en ella*; y posesorio *el que instauran, no sobre la propiedad ó dominio sino sobre obtener ó retener la posesion ó cuasi posesion de la finca ó alhaja, ó recuperar la que tienen perdida, y de que estan despojados.*

7 No deben los jueces ordinarios ni delegados conocer de causas civiles en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consientan los litigantes, sino que lo exija la necesidad publica ó privada, ó la piedad (*a*) (*). Lo mismo milita en los árbitros de derecho, por estarles prohibido actuar fuera de los dias y casos en que se permite á los jueces ordinarios; mas no en los arbitradores, pues estos en todos lo pueden hacer (*b*).

8 Los dias feriados son *sagrados, rústicos y repentinos*: se llaman sagrados, ó de fiesta los que estan introducidos principalmente para tributar á Dios el culto y veneracion que como á Criador y causa primera de todo lo criado se le debe: los rústicos que tambien se llaman necesarios, son los que por necesitar los hombres trabajar en el campo v. gr. en el agosto, vendimias, &c.; ó por ley ó costumbre se han establecido, como los mercados, las vacaciones, &c.; y los repentinos son aquellos que se establecen por un estraordinario é impensado acontecimiento como la venida ó coronacion del Príncipe, la victoria conseguida de sus enemigos, el parto de la Princesa ú otra causa semejante, cuyos dias solo puede señalar el Soberano, y no el juez de propia autoridad (*c*).

9 Pueden comparecer en juicio y elegir árbitros todos los que

(*a*) Leyes 33, 34 y 35, tit. 2, P. 3.

(*) Para facilitar y abreviar el despacho de los negocios, y evitar en lo posible á los litigantes los perjuicios que les ocasionan las dilaciones, se redujeron los dias feriados por un real decreto inserto en la circular de 31 de marzo de 1789 á las fiestas que la iglesia celebra como de precepto, aunque solo sea de oir misa, á las de nuestra señora del Cármen, de los Angeles y del Pilar, y á las vacaciones de Resurreccion desde el domingo de Ramos hasta el martes de pascua, de Navidad desde el 25 de diciembre hasta el primero de enero siguiente, y de carnestolendas hasta el miércoles de Ceniza inclusive: escluyéndose todos los demas dias en que con nombre de feriados ó fiestas de Consejo cesaba el despacho de los negocios, sin esceptuar aquellos en que celebran los Consejos y tribunales alguna fiesta, porque deberan practicarlo despues de las horas de tribunal, aunque sea anticipando su entrada y salida.

(*b*) Leyes 32, tit. 4, P. 3. (*c*) Leyes 33, &c. y 36, tit. 2, P. 3.

no tiene prohibicion legal para hacerlo (*a*). El escomulgado vitando ó no tolerado no puede presentarse en juicio como actor, aunque sí como reo para defenderse, porque la defensa es natural; ni tampoco ser personero, abogado, ni testigo, lo cual no milita en el tolerado ó de escomunion menor (*b*). Asimismo no pueden comparecer en juicio los religiosos profesos sin licencia de sus Prelados (*c*).

10 El hijo de familia que está bajo de la patria potestad, no puede demandar en juicio á su padre legítimo ni adoptivo, aunque tenga 25 años, escepto que niegue ser tal hijo, ó por maltratarle, ú obligarle á conducirse mal, ó por razon de bienes castrenses ó casi castrenses, ó uso de oficio público, ó para que le alimente pudiendo, ó para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, si se los disipa (*d*); bien que si está indigente, debe dejarle de sus frutos lo que hubiere menester (*e*).

11 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ó infamia de hecho ó de derecho, á menos que le cause grave daño en su persona y bienes para resarcirle de los de su padre y no para otro efecto; sí civilmente, con tal que ante todo pida para ello al juez la venia y licencia que el derecho (*f*) previene, y que aquel debe dar sin citar al padre; pues si no la pide, sea en la misma demanda, como se estila, ó en otros términos, no se le ha de admitir ésta. Tendrá presente esto el escribano para no esponerse á un sonrojo del juez, cuando le ocurra el caso.

12 Y si hallándose bajo la patria potestad, quiere demandar á alguno, debe pedir para ello licencia á su padre; como tambien para responder á la demanda que le hayan puesto, á menos que sea mayor de 25 años, y su padre esté ausente de la provincia, ó que se trate de bienes castrenses ó cuasi castrenses (*g*); y el juez puede con justa causa compeler al padre á dar dicha licencia para pleito sobre cosa en que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo.

13 Deben pedir tambien la venia en iguales terminos que el hijo, el yerno á su suegro, el súbdito al superior, el vasallo á su señor, el

(*a*) Leyes 4 y 14, tit. 2, P. 3. (*b*) Ley 6 al fin tit. 9, P. 1. (*c*) Leyes 10, tit. 2, P. 3 y 10, tit. 9, P. 7. (*d*) Leyes 2, tit. 2, 4 y 5, tit. 7, P. 3 y 11, tit. 17, P. 4. (*e*) Ley 2, t. 2, P. 3 y su glosa 14. (*f*) Ley 3, tit. 2, P. 3. Sobre todos los puntos criminales que se tocan en esta obra puede verse nuestra *Práctica Criminal de España* en los lugares correspondientes. (*g*) Leyes 7, tit. 2, P. 3, y su glos. 1, y penúlt. y últ. tit. 17, P. 4.

discípulo á su maestro, el feligres á su párroco, el ahijado á su padrino de bautismo, y el entenado ó hijastro á su padrastro ó madrastra, si los demandan, y aunque sobre este hay variedad de opiniones, no dañará el pedirla.

14 Los hermanos consanguíneos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro ó destierro, sino es que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ó que sea por traicion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ó contra el Rey ó su reino (*a*).

15 Los criados ó sirvientes no pueden tampoco acusar á sus amos pasados ó presentes, no siendo por alguna de las causas referidas, ó por infamarlos ó hacerles perder sus bienes de modo que queden pobres (*b*).

16 Sin embargo de que á los pupilos se provee de tutor aun contra su voluntad, como espuse en el capítulo de inventarios, y á veces de curador, si hay peligro en la demora; no estan obligados los adultos á recibir curadores (*c*); y si son demandados, ó demandan criminalmente, tienen que elegir curador de pleito que sea idóneo; porque no haciéndolo le nombrarán de oficio el juez por su contumacia, para que el juicio no sea nulo por falta de persona legitima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo en él (*d*), y debe hacerlo en nombre suyo su curador; de modo que si comparece sin éste, vale solamente lo que cede en su utilidad, á menos que su contrario se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale (*e*); por lo que si el menor que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo y le defienda, sino que ha de nombrarle primero, y discernido el cargo pondrá en su nombre la demanda. Si le admite el escribano en otros términos, será tenido por idiota y se deferirá solamente al discernimiento, si el juez sabe lo que manda.

17 No milita lo espuesto en las causas espirituales y beneficiales, pues en estas puede el adulto comparecer por sí sin intervencion de su curador (*f*), como se ha sentado en la I. P. cap. 10 n. 6, y constituir procurador en la forma espuesta en el capítulo de inventarios n. 64 y no en otra, lo cual no se permite al pupilo; bien que se le

(*a*) Ley 4, tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 6, tit. y P. cit. (*c*) Ley 13, tit. 6 P. 6; (*d*) Ley 13, tit. 16 P. 6. (*e*) Leyes 11, tit. 2 y 1 al fin. t. 3 P. 3. (*f*) Cap. fin. de Judic. in 6.

concederá el beneficio de la restitucion siendo perjudicado. Pero si el menor que no tiene curador, comparece en juicio y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion, aunque sea leso, porque como esto es un casi contrato, se confirma con el juramento del mismo modo que el contrato (*a*).

18 El juez debe nombrar curador de pleito á los pupilos, á los mudos y sordos por naturaleza, á los pródigos, locos y mentecatos declarados, y asi en estos casos como cuando el adulto nombra el curador, debe éste dar fianza, lega, llana y abonada de que cumplirá fiel y esactamente su encargo, con la cual se le ha de discernir y confirmar el juez (*b*). Y cuando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, aunque no á la declacion, y ha de firmarla por su asistencia, sea civil ó criminal el negocio, sea el menor actor ó reo, y asi se observa.

19 Estando imposibilitado legítimamente el curador de comparecer en juicio por su menor, puede nombrar procurador ó apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene (c); pero no estando impedido solamente se le permite hacerlo despues de contestada la demanda (*d*).

20 La muger casada no puede comparecer en juicio ni nombrar procurador sin licencia de su marido, á menos que esté ausente del pueblo donde se ha de litigar, y no se espere pronto su regreso, en cuyo caso puede el juez concedérsela con conocimiento de causa: ó que el marido sea loco, furioso, mudo ó mentecato, ó que tenga que usar contra él de sus acciones civiles ó criminales, como sobre restitucion de su dote, porque se la disipa y viene á inopia, ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, escesiva rigidez en el trato, alimentos y otras cosas, para las cuales no necesita licencia de su marido, ni del juez, como se espuso en la I. P. cap. 28, nn. 51, 52 y 53, Y si es preciso recibirle alguna declaracion como parte ó testigo, ha de presenciar su marido el juramento y por lo mismo firmarla, si sabe; mas no ha de declarar en su presencia, segun se practica.

21 Ni el marido ni su heredero pueden constante el matrimonio acusar á la muger por delito de hurto ni otro de que se le pueda seguir infamia, ó por la que merezca pena aflictiva, escepto por adul-

(*a*) Leyes 16, tit. 11, 59, tit. 18, P. 3 y 6, tit. 16 P. 6. (*b*) Leyes 12 y 13, tit. 16, P. 6. (*c*) Leyes fin. tit. 10, 66, tit. 18 y 2, tit. 23 P. 3. (*d*) Leyes 3, tit. 5 y 96, tit. 18 P. 3.

terio, ó por traicion contra el Rey ó su reino, ó contra su señor temporal; y lo propio milita en la muger respecto de su marido (*a*).

22 Aunque para comparecer un procurador en juicio por su litigante basta, regularmente hablando, un poder general para pleitos, no es asi en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio, si el poder no tiene las correspondientes especialidades ó particularidades; v. gr. para hacer el juramento de calumnia y otros, pedir restitucion, prorogar jurisdiccion, hacer cesiones, donaciones y liberaciones, apartarse de las apelaciones y súplicas, nombrar y presentar hacer novacion, allanamientos, consentimientos y apartamientos del pleito en cualquiera instancia, aceptar beneficio, tomar posesion de él, introducir el remedio de la tenuta, y los recursos de fuerza é injusticia notoria, suplicar segunda vez con la pena y fianza de las 12500 doblas, y para otros casos semejantes, en los cuales es indispensable que el poder tenga estas especialidades, y aun en algunos que sea especial para caso determinado, por no bastar la especialidad que contenga el general; en cuya atencion el escribano tendrá cuidado de reconocer los poderes, y no admitir á los apoderados gestiones que exijan especialidad, sino la contienen, porque se espone á ser multado, como he visto multar á uno en el Consejo, y tambien á un abogado y procurador, por haber firmado pedimento con un allanamiento sin poder especial, y no haber hecho que su parte le firmase, ó reusado presentarle, sino queria hacerlo. Y es de tener presente en primer lugar, que los 20 dias prefinidos (*b*) para suplicar segunda vez corren desde que se notifica la sentencia de revista al procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso, de donde se infiere que aunque no le tenga, puede introducirle; como tambien que el término para acudir á la real Persona quejandose de las sentencias de revista dadas en las audiencias de Canarias y Mallorca que antes era de 40 dias, es al prente de 90 (*c*): en segundo lugar que el apoderado para un pleito puede sustituirle, y el sustituto sustituir tambien, con tal que el poder conceda á uno y otro esta facultad, no de otra suerte; y aunque no falta quien diga que el sustituto puede sustituir del mismo modo habiendo contestado el pleito, yo no le admitiria, si el poder carecia de esta espe-

(*a*) Ley 5, tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 1, tit. 20, lib. 4 R. ó 1, tit. 22, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 16 del mismo tit y lib. que es el del año 774, ó ley 3, tit. y lib. cit. N. R.

cialidad, por no haber ley que lo diga; y en tercer lugar es de tener presente que muerto el primer procurador puede continuar el siguiente nombrado en el poder, ó el sustituido si quisiere, pues para evitar nuevos poderes y sustituciones, se nombran muchos, bien que hasta que le acepta, no puede ser compelido á la continuacion del pleito (*a*).

§. II.

De la demanda y cláusulas que debe tener: si se puede mudar, ampliar y enmendar: qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y por dónde deben empezar.

23 La demanda ó libelo es un escrito en que se espresa lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda, sea civil, criminal, ó mista, se ha de poner por escrito y firmar por letrado conocido (*b*), sin embargo de que una ley recopilada (*c*) permite al juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; pues esto no se halla en uso, y se sigue lo que otra recopilada (*d*) prefine para las audiencias reales.

24 El actor ó demandante puede poner por sí mismo ó por medio de procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por procurador, debe este legitimar su persona presentando copia íntegra del poder, y si despues comparece por sí en el juicio, se entiende revocado el poder, sino es que se esprese lo contrario en el pedimento que dé. Pero antes de formalizarla debe mirar y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2, Partid. 3, que voy á esplicar, y se contiene en los versos siguientes.

Quis, quid, coram quò, quo jure petatur, &c. á quò recte compositus quisque libellus habet.

25 Primer requisito. *Quién es la persona á quien quiere demandar*: por si es abuelo, padre, hijo, amo, criado, marido, muger, herma-

(*a*) Sobre los que pueden ser apoderados ó personeros, y sobre si muerto el poderdante podrá el procurador continuar el pleito, véase el cap. 32, P. I. (*b*) Leyes 40 y 41, tit. 2 P. 3 y 4 al fin tit. 16, lib. 2 R. ó 1, tit. 14, lib. 11 N. R. (*c*) La 10, tit. 17, lib. 4 ó 2, tit. 16, lib. 11 N. R. (*d*) La 1, tit. 2, lib. 4 ó 1, tit. 3, lib. 11 N. R,

no, religion, menor, loco, ú otra de las espresadas en los números precedentes, para saber en qué casos, ó como ha de poner la demanda (*a*), ó si es persona que deba responder á ella, porque no siéndolo formará artículo de no contestar, y se declara á su favor.

26 Segundo. *Qué cosa es la que pretende*; que si es semoviente, debe espresar con claridad su color, sexo, naturaleza, edad y especie: si pieza de oro ú otro metal, su peso, cualidad y hechura: si dinero, la cantidad y especie; si trigo, cebada, vino, aceite ú otra cosa semejante, su especie y medida: si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño: si arca, maleta, cofre ó saco cerrado con llave, basta esplicar de qué son, y lo que contienen por mayor, pues no está obligado á individualizarlo todo, así como cuando demanda genéricamente la herencia de alguno, ó la cuenta de bienes de huérfano, compañía, mayordomía, daños hechos, ú otras cosas semejantes, es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleito; y cuando demanda castillo, villa, aldea ú otro lugar señalado, no es necesario mas que nombrarlos diciendo le corresponden con todas sus pertenencias: si es finca, ha de especificar su sitio, linderos y demas señales, por las que sea conocida, y si pretende su propiedad ó posesion; si intenta que se le restituya á ésta, ha de espresar el año y mes en que fue despojado; si le han injuriado de palabra ú obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes y año; y si es cosa de peso ó medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á cuánto asciende, y protestar que en el progreso del pleito lo declarará. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion no debe ser admitida (*b*).

27 Tercer requisito. *A qué juez ha de acudir.* El actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el juez de su domicilio como competente, porque no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel á quien está subordinado, ó de quien es súbdito, y si le reconviene ante otro, puede oponer la escepcion de incompetencia ó declinatoria (*c*). Con este motivo convendrá dar al escribano alguna instruccion acerca del fuero.

28 Esta palabra *fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso y costumbre de algun pueblo ó provincia: otras

(*a*) Ley 2, tit. 2, P. 3 y en ella Greg Lop. (*b*) Leyes 15, 25, 26 y 31, tit. 2, P. 3 y 4, tit. 2, lib. 4 R. ó 4 t. 3, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 32 t. 2, P. 3.

por la facultad de juzgar, y segun mi propósito por el tribunal del juez á cuya jurisdiccion está sujeto el reo demandado (*a*) (*). Es de tres clases: *eclesiastico*, *secular y mixto*: el eclesiástico es el que toca al juez eclesiástico para conocer de las causas que por disposiones canónicas y Reales le competen, sea contra seculares ó clérigos: el secular es el que pertenece al lego: y el mixto es aquel, á quien corresponden los negocios sobre que ambos jueces tienen jurisdiccion preventiva: de suerte, que el que primero empieza á conocer, es el que prosigue.

29 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el juez de su domicilio, hay autor que exceptua de esta regla 52 casos, de los que no solo se esplicarán los tres mas frecuentes que son *por razon de contrato con sumision*, *de delito cometido, y de finca sita dentro de la jurisdiccion*, sino tambien algunos mas de que tratan las leyes del reino, en los cuales surte el fuero de otro juez, sin embargo de no ser súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observándose lo dispuesto por la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. ó 7 tit. 29 lib. 11 N. R. inserta en la I. P. cap. 28 n. 31. De estos casos el primero es por ser natural ú originario del pueblo en que se le demanda, hallándose en él: el segundo, por casamiento, y asi la muger está sujeta al juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdiccion de otro: el tercero, por razon de bienes heredados, pues el heredero puede ser reconvenido sobre ellos en el pueblo donde se hallan: el cuarto, por contrato con sumision especial, ó promesa de dar ó hacer paga ú otra cosa en cierto lugar, aun cuando se haya formalizado la obligacion en otro; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita, ó en que celebró el contrato, ó en que prometió él ó su causante hacer la paga ú otra cosa; lo cual procede, sea la accion real ó personal, sea el contrato válido ú nulo; y aun en el cuasi contrato, mas no en el distracto ó disolucion del contrato: el quinto, por haber diez años que vive y está domiciliado en su pueblo: el sesto, por poseer alli la mayor parte de sus bienes, aunque no haya diez años que reside en él: el séptimo, por contestar llanamente la demanda sin usar de la escepcion llamada declinatoria, pues entonces

(*a*) Ley 7, tit. 2, P. 1.

(*) Tambien se entiende por fuero ó fueros la compilacion de privilegios ó esenciones concedidas á alguna provincia, ciudad ó persona. Diccion de la lengua castellana.

debe seguir el pleito ante el mismo juez hasta su decision: el octavo, por razon de crímen, mediante á que el delincuente puede ser demandado civil y criminalmente ante el juez del pueblo donde le cometio: el nono, por ser vago, pues no teniendo domicilio fijo se le puede reconvenir donde se le halle; y aun cuando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera: el décimo, por encontrarse en poder de alguno la cosa agena que se pide, en cuyo caso si es persona de buena fama y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dejar en depósito, y no dándola se ha de depositar en otro; pero si tiene mala fama, debe ser y estar preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que le compete á ella, y de dónde la hubo: el undecimo, por via de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar á la que el reo le hace ante el propio juez de éste, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que esplicaré en el §. 6: el duodecimo, por razon de cuentas de tutela, mayordomía, ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público, pues se debe responder en el lugar en que se egerció éste, ó se encargaron aquellas, y ante el juez que hizo el encargo (*a*); y el decimotercio, por haber sido alguno citado legítimamente de órden de su juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romería, peregrinacion, ó comision del Rey ó de su consejo, porque el juez previno la jurisdiccion para conocer del negocio, y por eso debe contestar y seguir la demanda ante él (*b*).

30 Puede ser demandado tambien el reo en la corte, y en los pueblos de las chancillerías y audiencias siendo hallado en su distrito (*c*); y aunque no se halle, se le puede obligar á contestar en los casos de corte y por las personas que gozan de este privilegio. Son casos de corte las demandas sobre bienes vinculados, ó sobre vasallos, fortaleza, muerte ó heridas de caballero principal, ú otros semejantes y de grande importancia (*d*): las civiles y criminales que contra cualesquiera personas ó concejos deduzcan los señores del consejo, oidores, chanciller mayor, mayordomo mayor del Rey, sus contadores mayores (hoy se llaman ministros del tribunal de la contaduría ma-

(*a*) Leyes 32 tit. 2 P. 3, 15 tit. 1 P. 7, 7 tit. 3 lib. 4, y 1 y 3 t. 16 lib. 8 R. ó 3 tit. 4 lib. 11 y 1 y 2 tit. 36 lib. 12 N. R. (*b*) Ley 12 t. 7 P. 3. (*c*) Ley 4 tit. 3 P. 3. (*d*) Leyes 4 tit. 1 lib. 3 y 9 tit. 3 lib. 4 R. ó 5 tit. 2 lib. 5 y 10. tit. 4 lib. 11 N. R.

yor) tesoreros, notarios y oficiales de la real casa, corte y chancillerías, alcaldes de corte y de hijosdalgo, escribanos y demas oficiales que gozan en aquellas sueldo del Rey, solamente mientras egercen sus oficios; mas no sus tenientes (*a*). Por lo que hace á los criados del Rey, la ley 66, tit. 4, lib. 2 Recop. cap. 4 ó 8, tit. 26, lib. 7 N. R. dice al fin : »Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 9, tit. 3, lib. 4, por la cual nuestros criados pueden poner demandas en esta corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desamparen sus estados, ni continúen la asistencia en esta corte."

31 Asimismo son casos de corte los pleitos contra el corregidor, alcalde ordinario, regidor ú otro oficial del concejo del pueblo en que egercen sus oficios, sobre los casos en que segun derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (*b*); y contra grandes, duques, condes, marqueses, señores poderosos que nombran jueces, y tambien contra concejo, aunque el demandante sea otro, ó persona á quien competa el privilegio de caso de corte (*c*)

32 Gozan del privilegio de caso de corte los concejos de cabeza de partido, universidades (*d*), iglesias, monasterios, hospitales, cabildos, cofradías, y colegios de frailes y monjas de cualquiera órden (*e*), los pobres, los muy viejos ó enfermos, y personas miserables cuando litigan con alguna poderosa (*f*), el menor de 25 años, huérfano de padre, la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (*g*), la casada cuyo marido es inútil y pobre, ó está cautivo ó desterrado, y no la viuda que mató á su marido: lo cual se entiende, aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renuncia, aunque sean contumaces, y sean actoras ó demandadas (*).

(*a*) Dicha ley 9. (*b*) Leyes 21. tit. 5, lib. 2 y 8, tit. 3, lib.4 R. ó 13 tit. 1, lib. 5 y 9, tit. 4, lib. 11 N. R. (*c*) Curia Filip Juicio civil § 9, n. 10 (*d*) L. 37 del Estilo. (*e*) Cur. Filip. lug. cit. (*f*) Leyes 5, tit. 3 y 41, tit. 18, P. 3 y 5, tit. 3, lib. 4 R. ó 6 tit. 4, lib. 11 N. R. (*g*) Ley 8 al fin tit. 3, lib. 4 R. ó 9, t. 4, lib. 11 N. R.

(*) »La razon se espresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan espuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente cuando se compensa el mayor gasto que hagan en estos tribunales

33 Entre las personas miserables se comprenden los que forman concurso de acreedores, y les ceden sus bienes, aunque sean mayores, pues miserable se llama y lo es el que ha decaido de su antiguo esplendor y fortuna. Tambien se tienen por personas miserables al que por sentencia está obligado á entregar sus bienes á otro, como sucede al que hace concurso, y el que no puede administrar su propias cosas ni hacienda (*a*).

34 No gozan del privilegio referido las personas espresadas sino en las causas de mas de 10℔ maravedís (*b*) (*), ni en aquellas en que se interesa la real Hacienda, ni en las ejecutivas, feudales y criminales, ni cuando contestan la demanda ante el juez inferior, ni cuando la persona miserable llega á serlo despues de contestado el pleito ante el juez ordinario, ni cuando tienen que dar cuenta pública ó privada; pues deben darla en donde y ante el juez que les encargó la administracion: ni tampoco unas contra otras, por lo que si una demanda en la corte á otra, y esta declina la jurisdiccion pretendiendo se remita la causa al juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion: lo cual se limita en caso de que el actor sea mas mísero é infeliz que el reo, pues entonces aquel será atendido.

con la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios cualquiera daño ó perjuicio de las personas miserables, pues debe esceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedís segun la ley 11, tit, 3, lib. 4 R." Sr. Conde de la Cañada. Instit. Pract. de los juicios civiles part. 3, cap. 4, n. 18.

(*a*) Leyes 5, tit. 3 y 20, tit. 23, P. 3. (*b*) Ley 11, tit. 3, lib. 4 R. ó 5 tit. 3, lib. 11 N. R.

(*) Esta cantidad debiera ser en el dia bastante mayor, pues la ley cit. que la señala, es de los Emperadores Don Cárlos y Doña Juana, y se estableció en Madrid en el año de 1534; esto es, ha 268 años: desde cuyo tiempo acá por el incesante aumento de la moneda ha perdido mucho de su valor: de suerte que para poner demanda por caso de corte en la actualidad deberia señalarse una cantidad equivalente á lo que valian 10℔ maravedís en el reinado de dichos Emperadores. La misma ley 11 aumentó la cantidad para el espresado efecto desde 6℔ maravedís á los 10℔. »Porque somos informados, dice la ley, que á causa de llevar á las nuestras audiencias por caso de corte muchos pleitos de pequeña cantidad, son vejados, i fatigados nuestros súbditos, faciendo en seguimiento dellos muchas costas, y gastos: por ende, por lo obviar en alguna manera, mandamos que como antes de agora no podian ir á las dichas audiencias pleitos de seis mil maravedís, y dende abajo por nueva demanda, de aqui adelante no puedan ponerse demandas en diez mil maravedís, i dende abajo, sino de diez mil maravedís arriba.

35 Si el negocio es individuo y comun á dos, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará éste tambien de él, como cuando es mayor de 25 años y el otro huérfano menor, y ambos poseen pro indiviso alguna cosa, les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la corte al modo que el menor. Y no se debe dar carta de emplazamiento por caso de corte, sin que el que la pide, deje procurador conocido (*a*).

36 No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito ni sacar á los reos de su fuero sino por caso de corte (*b*). Tampoco pueden ser presos ni reconvenidos en ésta los procuradores de cortes, mientras egercen sus encargos, sino por derechos reales, delitos, ó contratos que cometan ó hagan en ella, ó que contra alguno se haya dado sentencia en causa criminal (*c*). Asimismo los procuradores que en nombre de sus concejos vienen á la corte, ó llamados del Rey ó del Consejo, no deben ser prendados en ésta por las deudas de aquellos, aunque sí por las suyas propias (*d*), y el privilegio de caso de corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste rehusa usar de él, porque de lo contrario redundaria en su detrimento habiéndosele concedido por su beneficio.

37 Los casos de corte (cuyo nombre se les da, porque su conocimiento toca principalmente al Rey y por disposiciones legales (*e*) á su consejo, chancillerías y audiencias) son de dos clases *civiles* y *criminales*. Los civiles, que ya se han referido, ó son notorios, ó no. Los notorios son los de un concejo contra otro, y los de cabildos, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, universidades, colegios, grandes de España, títulos de Castilla, oficiales y criados del Rey; y para que se admita el recurso, basta alegarlos y pedir se tengan por notorios. Pero no siéndolo, como el pleito del menor, huérfano, viuda y personas miserables es preciso no solo que se aleguen, sino tambien que se justifiquen dentro de los nueve dias siguientes al último del emplazamiento (*f*), pues de lo contrario no se admitirán; y la justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, porque en compareciendo puede alegar y probar dentro de los mismos 9 dias no

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 3 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 21 t. 5 lib. 2 R. ó 13 tit. 1 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 10 tit. 7 lib. 6 R. ó 5 tit. 8 lib. 3 N. R. (*d*) Ley 11 sig. ó 8 tit. 31 lib. 11 N. R. (*e*) Leyes 4 y 5 tit. 3 P. 3, 11 tit. 5 lib. 2 R. ó [illegible] tit. 5 lib. 4 y 9 tit. 1 lib. 5 N. R. y 8 y 9 tit. 3 lib. 4 R. ó 9 y 10 tit. 4 lib. 11 N. R. (*f*) Ley 1 tit. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 7 lib. 11 N. R.

ser el caso de corte, pretendiendo se declare asi y devuelva el conocimiento al juez que entendia en el negocio.

38 Los casos de corte criminales son: la traicion contra el Rey ó su reino, el encubrimiento de malhechores ó deudores en castillo, fortaleza, ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la justicia, ó en lugar de señorio ó abadengo; el delito de prender á alguno ó tomar sus bienes por su propia autoridad, la perpetracion de muerte segura, la violencia ó robo de muger, la infraccion de tregua ó camino, el incendio de caso ú otro edificio, el duelo ó desafio, el ser ladron conocido, ó dado por encartado como prófugo por el delito que cometió, la falsificacion de sello ó moneda real, y la resistencia de concejo ó persona poderosa á la ejecucion que en virtud de real provision se hace por débitos reales (*a*). Por estos delitos pueden emplazar á cualquiera fuera de las cinco leguas de la córte y chancillerías los alcaldes y jueces de ellas (*b*); no siendo de pasar en silencio que éstos en aquellas en que lo fueron, no pueden tener por caso de corte pleitos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores ni reos en primera instancia.

39 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero que el difunto debia serlo (*d*), aunque aquel sea privilegiado por gracia particular del Soberano, pues su privilegio personal y privativo no le exime de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante. Pero si el privilegio de que goza el heredero, no se ha concedido solo á su misma persona sino tambien á algun estado ó cuerpo, como al de clérigos, militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar en su fuero y ante el juez del territorio ó provincia en que vivia su causante: porque despues que el clérigo, por egemplo, acepta la herencia, empieza ésta á contemplarse patrimonio suyo y á gozar del privilegio que compete á aquel, del mismo modo que pierde el privilegio la que le tiene, luego que llega á poder del que no le goza. Es verdad que la ley 57, tit. 6 P. I. dice: »Otrosí cuando el clérigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno ha demanda contra aquel lego por razon de aquel aver, ó de daño que oviesse fecho, tenudo es el clérigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó

(*a*) Leyes 8, tit. 3, 5 y 6, tit. 13, lib. 4 ó 9, tit. 4 y 5, y 6, t. 34, lib. 11, N. R. 8 y 10, tit. 17, lib. 5, ó 5 y 11, tit. 31, lib. 11 N. R. 2, tit. 16, lib. 8, o 5, tit. 18, lib. 12 N. R. y 4 y 9, tit. 8, lib. 9 R. ó 6, tit. 31, lib. 11 N. R. ó 4. (*b*) Ley 8, tit. 3, lib. 4 R. o 9, tit. 4, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 10. tit. 3 lib. 4 cit. o 11, tit. 4, lib. 11 N. R. (*d*) Ley 32, tit. 2. P. 2.

le faria aquel, de quien hereda el aver, si fuesse vivo." Mas esto se entiende, cuando el pleito se movió al difunto y se le citó, pues basta la citacion, aunque no hubiese contestado la demanda, en cuyo caso y no en otro la instancia principiada con él pasa á su heredero, asi como por el contrario si el lego hereda al clérigo con quien se habia empezado la instancia ante su juez, debe el lego proseguirla ante él.

40 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia, como que en este caso representa al difunto, sea ó no privilegiado su heredero, se la debe reconvenir en el propio lugar y ante el juez ante quien el difunto podia serlo, ya sea el de su domicilio, ya sea el del pueblo en donde se halla la herencia, ó la mayor parte de sus bienes: de modo que si se deduce en juicio accion real, debe demandársela ante el del pueblo en que está sita: y si accion personal, ante el en donde podia serlo el difunto, ó su heredero si la hubiese aceptado.

41 Cuarto requisito que debe tenerse presente para formar la demanda. El actor *no ha de escederse en pedir mas de lo que se le debe*, lo cual puede suceder de las cuatro maneras que espresa la ley 42 t. 2, P. 3. Puede pedirse mas que lo que se debe, por razon de tiempo, de cosa ó cantidad, de lugar y de causa. Si pide mas de lo justo por razon de tiempo, cuando se hace en el prohibido; pues como se ha dicho, no debe hacerse juicio en dias feriados sino en ciertos casos, v. gr. dar tutores á los pupilos, remover de la tutela á los sospechosos, conocer sobre alimentos si el que los pretende está indigente, dar á la viuda preñada la posesion de los bienes de su marido por representacion del póstumo, siendo pobre y careciendo de lo necesario para la conservacion de su vida y no de otra manera: la justificacion de menor edad, la apertura del testamento, la custodia de bienes del difunto para evitar su estravío y otros casos semejantes (*a*). Lo mismo procede, cuando se demanda antes que se cumpla el plazo ó condicion estipulados en el contrato, á menos que haya causa justa, como si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo, pues pueden pedirse esta y la dote; ó como si el sucesor del mayorazgo pide que se declare pertenecerle éste despues de la muerte del poseedor que intenta transferir en otro su posesion. Tambien procede lo dicho, cuando se pide en tiempo en que no es posible entregar lo que se pretende ni cumplirse el pacto, v. gr. el parto ó fruto que ha de nacer, hasta que nazcan (*b*).

(*a*) Ley 35, tit. 2, P. 3. (*b*) Ley 45, tit. 2, P. 3.

42 Pídese mas de lo justo por razon de cosa ó cantidad, si se pide cosa que el demandado no está obligado á dar, ó mas cantidad que la que realmente debe, aunque no obstante valdrá la sentencia en lo que se probare atendida la verdad; y si se pidieren tambien los frutos de la cosa sin deberse, no claudicará por esto la demanda, ni se considerará esceso, por ser cosa accesoria (*a*).

43 Se pide mas de lo que se debe por razon de lugar, cuando el demandado no tiene obligacion de hacer la paga ó entrega en aquel en que se le demanda, sino es que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entonces en cualquiera en que se halle, puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

44 Finalmente pídese mas de lo que se debe por razon de causa ó manera: por egemplo si el demandado tuviese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiese, y éste eligiese, ó si el demandado hubiese prometido genéricamente dar ó hacer algo, y el demandante pretendiese especificamente cosa determinada (*b*).

45 Si el actor se escede en su pretension de cualquiera de los cuatro modos espresados, no por error sino por dolo, y no modifica su demanda segun lo justo antes de la contestacion, ó no se aparta de lo que pidio de mas, ni es menor, el cual ha de gozar del beneficio de la restitucion, deberá ser condenado en costas y perderá la deuda principal (*c*).

46 Quinto requisito. El actor ha de mirar *por qué derecho y razon pretende la cosa que pide, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*; pues sino le compete ninguna accion á ella, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir; y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado litigante de mala fe, como que no tuvo causa justa para litigar, y se le condenará en costas (*d*), aun cuando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide: pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos y tachados no por razon de delito sino de sus personas, no deberá ser condenado en las costas.

47 Sesto y último requisito que debe tener presente el actor es, *cómo ha de ordenar la demanda*. Esta segun la ley debe contener el nombre del juez (*), el del actor, el del demandado (**) la cosa, can-

(*a*) Ley 43, tit. 2, P. 3. (*b*) Dicha ley 45. (*c*) Ley 44 tit. 2. P. 3. (*d*) Leyes 39, tit. 2, P. 3 y 14, tit. 8, lib. 2 R. o 4, tit. 19, lib. 11 N. R.

(*) En el dia no se pone en las demandas el nombre del juez.

(**) Espresando de donde son vecinos.

tidad ó hecho que la motiva, y la causa ó razon porque pide. Esto último debe espresarse con especialidad en la accion personal (*a*), y aunque en la accion real no es necesario que se mencione, y basta decir que le pertenece el dominio ó propiedad de la cosa, señalándola de modo que pueda ser conocida, es útil; pues si por la razon que propone, no se sentencia el pleito á su favor, puede pretenderla por otra que no se haya espresado en la demanda, de lo cual se imposibilitará omitiéndola, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas, porque le competia antes de la sentencia (*b*); aunque si hace constar que despues de pronunciada ésta nació ó tuvo noticia de otra causa justa para pretender la cosa, podrá pedirla, y será restituido por entero.

48 Ha de pedir tambien espresamente que se condene al reo á la satisfaccion de los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y de los intereses y menoscabos si los hubiere; como asimismo en las costas para que por su silencio no las pierda, caso que el reo deba ser condenado á su solucion; a cuyo fin estimará aquellos en la demanda, pues justificándolos en la prueba, puede el juez dar sentencia sobre todo y moderarlos, si le parecieren escesivos, pero no cometer este acto á contadores ó partidores, porque le está prohibido (*c*).

49 Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraigue el juicio; mas para que pueda mandarse así, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo, por informacion de testigos á lo menos sumaria, ó por escritura, pues de otra manera no se debe deferir á su solicitud, y constando por uno de ellos, está obligado el reo á dar fianza lega, llana y abonada, ó si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la conclusion del juicio (*d*); bien que si empeoró de situacion despues de contraida la deuda, sea esta líquida ó no líquida, háyase constituido puramente, á dia cierto, ó con condicion, puede ser encarcelado no dando fiador (*e*) en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo.

50 Ninguno puede ser compelido, regularmente hablando, á demandar á otro sino quiere; pero si le infama, puede apremiarle á ins-

(*a*) Ley 40, tit. 2, P. 3, cap. fin. Libelli oblat. (*b*) Leyes 25 y 27, tit. 2 P. 3 y 4, tit. 2, lib. 4 R. ó 4, tit. 3, lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 52, tit. 5, lib. 2 y 20, t. 9, lib 3 R. ó 6 y 7, tit. 16, lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 41, tit 2, P. 3 y 66 de Toro. (e) Ley 2, tit. de los Emplazamientos lib 2 del Fuero Real.

tancia de éste el juez de su domicilio á que ponga su demanda y la pruebe, prefiniéndole término para ello, ó precisándole á que se desdiga; y no queriendo comparecer le apercibirá é impondrá perpétuo silencio con pena, y se le exigirá en caso de reincidencia (*a*). Lo propio milita, cuando alguno quiere hacer viage con mercaderías, y otro por hacerle mala obra se jacta de que se le está debiendo alguna cantidad, y le demanda fraudulentamente, en cuyo caso el juez debe apremiarle y prefinirle un breve término para que pruebe su accion, aunque no imponerle perpétuo silencio como en el caso precedente; y no probándola en el que le prefina, no ha de ser oido hasta que el otro regrese de su viage (*b*).

51 La acumulacion de acciones es de dos maneras, *propia é impropia*: la propia ó simultánea es union de diversas acciones propuestas y deducidas en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la impropia ó sucesiva es la que se hace en diverso tiempo y demanda hasta la contestacion del pleito.

52 En una demanda puede proponer y acumular el actor contra uno ó mas sugetos muchas y diversas acciones civiles ó criminales por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia é interpelacion (*c*).

53 Cuando los derechos son tales que no se quitan por la eleccion, se pueden proponer subsidiaria y condicionalmente en una demanda dos remedios contrarios, como alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso: ó que es nulo el contrato, y que cuando no se estime por tal, al menos debe ser restituido el contrayente, por haber sido leso en él.

54 Tambien puede pretender á un tiempo el actor la propiedad y posesion (*d*), aunque lo mejor es pedir solo ésta, asi por ser mas facil de probar y mas difícil el quitársela, tenga ó no título para ella, como por que si la pierde, le queda el remedio de la propiedad; y al contrario siendo condenado en el juicio petitorio no puede intentar el posesorio, porque aquel abraza á los dos (*e*).

55 No se pueden acumular las acciones, cuando una depende de la otra, como si el que con título de heredero quiere cobrar deu-

(*a*) Ley 46. tit. 2, P. 3. (*b*) Ley fin. tit. 2, P. 3. (*c*) Ley 7, tit. 10, P. 3. que al principio dice: "Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor. mostrándolas, é razonándolas todas en uno, solo que non sea contraria la una á la otra: ca si tales fuessen, non lo podria facer. (*d*) Leyes 27, t. 2, P. 3 y 4, tit. 2, lib. 4 R, ó 4, t. 3, lib. 11 N. R. (*e*) Leyes 27 y 28, tit. 2, P. 3.

da hereditaria, pide despues se le declare por heredero; pues primero debe hacer constar serlo que intentar la cobranza, y así no se le admite; ni cuando las acciones son tales que la eleccion de la una escluye ó estingue la otra; ni cuando se oponen de tal suerte que la sentencia absolutoria dada en la una produce escepcion de cosa juzgada en la otra; ni cuando son contrarias en el egercicio y no en el origen, pues siéndolo solamente en éste no cesa la una por la eleccion de la otra.

56 Lo propio sucede cuando la una es *perjudicial*. Llámase perjudicial una causa cuando la sentencia dada en ella produce real y verdaderamente, ó puede producir escepcion de cosa juzgada en otra (*); ó cuando es mayor, y por razon de su mayoría no admite consigo otras: ó es de mayor perjuicio ó prelacion en cuanto al órden judicial, por no poderse seguir ambas sin invertir éste: ó no son compatibles: ó cuando la una es universal; v. gr. la peticion de herencia, y la otra particular; v. gr. de una cosa de ésta: ó una es de cosa principal, v. gr. sobre el dominio de la cosa, y la otra accesoria, v. gr. sobre sus frutos y servidumbres; ó una civil de una cosa y la otra criminal de otra, y en otros varios casos.

57 Pero si se ponen muchas acciones que miran á diversos fines y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben acumular, como cuando uno pretende ciento por razon de venta y otros ciento por la de mutuo, sino es que haya mayoría entre ella, v. gr. si la una es civil y la otra criminal, en cuyo caso como que ésta es mayor, por interesarse el bien público en el castigo de los delitos, se ha de proseguir y finalizar suspendiéndose hasta su decision la civil.

58 Lo mismo procede siendo diversas en número y especie como las de comodato, depósito y arrendamiento, ó solamente en número, v. gr. cuando uno es heredero y partícipe con otros en muchas herencias, y tienen varias compañías y depósitos, pues en el primer caso se acumularán en diversas demandas, y en el segundo en una, de suerte que habrá una conclusion, juicio y sentencia. Y no teniendo lugar la acumulacion, debe el reo oponer esta escepcion porque no oponiéndola, valdrá, á menos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso aun sin oponerla

(*) De suerte que perjudiquen aun á los que no han litigado entonces, sin embargo de que generalmente el juicio determinado con unos no perjudica á otros. Puede verse sobre esto la ley 20, tit. 22 P. 3.

no se deben acumular, porque con la eleccion de la una queda suprimida *ipso jure* la otra.

59 El actor puede demandar civilmente á muchos en un escrito por una misma cosa ó hecho, ó por varios. Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos no por uno solo; ni tampoco contra dos ó mas personas, sino que sea por su propia injuria ó de los suyos (*a*); mas por un delito puede acusar á un tiempo á muchos cómplices.

60 Cuando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones civil y criminal contra el reo, como por hurto, mala versacion y estravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principalmente y á un tiempo de ambas.

61 Esto se amplia en primer lugar, cuando la una es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce escepcion de cosa juzgada en la otra: en segundo lugar, cuando del mismo hecho resultan varias acciones; y en tercer lugar, cuando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues mientras dura, no puede intentar el criminal: de suerte, que hasta que se termine en el juicio la accion que propuso, sea civil ó criminal, y se ejecute la condenacion, no ha de intentarse la otra.

62 Pero se limita en caso que haya usado principalmente de la criminal, y en el propio escrito por un otrosí, ó por incidencia de la civil, pues, si intentó ésta principalmente, no puede intentar por consecuencia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservándose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera (*b*).

63 Se entiende principiada ó elegida la accion civil espresamente, cuando el actor la dedujo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo á la restitucion de los intereses, daños y cosa hurtada, ó su importe; y tácitamente, cuando en el primero y demas pedimentos en que solicita que el reo ó testigos declaren al tenor de varios particulares, ó que se practiquen otras diligencias para deducirla en su vista, especifica y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

64 Y se dice incoada la accion criminal, cuando en dichos pedimentos espresa que es para que se castigue al reo, pues como en los juicios se debe proceder con lisura y verdad, aunque estas dili-

(*a*) Ley 2, tit. 1, P. 7. (*b*) Ley 18, tit. 14 P. 7.

gencias no son mas que actos preparatorios, los pedimentos en que se pretenden manifiestan la intencion del actor y eleccion de la accion: de modo, que aun cuando despues se retracte de cualesquiera palabras que aludan á declarar, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la empezada: lo cual he visto declarado por la Sala de alcaldes de esta córte confirmando el auto de otro, en que habia mandado repeler la demanda criminal de unos autos suscitados sobre estravíos de caudales y reservarla en el oficio para su tiempo, y al actor que usase de la que correspondia segun el estado de la causa.

65 Pero si en los pedimentos preparatorios protesta usar, evacuadas que sean las diligencias pedidas, de las acciones civil y criminal que le competen, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede hacerlo; no resultando esto en bastante forma debe hacer uso de la civil, y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ó imponerle el juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, real y verdaderamente haberse cometido, ha de intentarse primero la accion civil, y luego proceder y pedir con arreglo á la sentencia que se dé acerca de ella.

66 Si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil, y decidir antes la criminal, por ser ésta perjudicial y mayor que aquella; y decidir la criminal perjudicial por la absolucion puede procederse en la civil, mas no, si es por condenacion, pues entonces perjudica la sentencia á la civil; pero si la criminal no es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce escepcion de cosa juzgada en la civil, definase por absolucion ó por condenacion, puede intentarse la civil, decidida que sea la criminal.

66 Lo propio milita en la civil, si es perjudicial á la criminal; pues aunque ésta es mayor, tiene mas vigor el perjuicio y presta impedimento mas fuerte que la mayoria; como si me acusas de adúltero, y digo que eres mi esclavo, en cuyo caso primero se ha de conocer y determinar acerca de la libertad, porque siendo mi siervo no puedes acusarme.

68 Es tan constante lo espuesto, que asi como el acusado criminalmente mientras se trata de su criminalidad y hasta que se decida, no puede reconvenir civilmente á su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio, porque se interesa el público en

que no queden impunes los delitos; asi tampoco el acusador puede reconvenir civilmente al acusado, aunque las causas sean enteramente diversas, lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas, y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad.

69 Mas los AA. limitan esto, en primer lugar, cuando importa el reconvenido que se sobresea, y no de otra forma: en segundo lugar, cuando la accion criminal es perjudicial, no cuando no lo es, y antes bien son compatibles, porque entonces en ambas se ha de proceder para abreviar los pleitos, aunque primero se ha de espedir la criminal: en tercer lugar, cuando ésta se pone manifiesta y no presuntivamente con solo el fin de que se suspenda la civil; y en cuarto lugar, cuando el acusador por su culpa ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que procede con malicia por calumniarle.

70 Sobre cuando se puede decir que fue demasiado negligente el acusador, estan díscordes los AA. por no haber ley que lo declare. Unos dicen que se debe tener por tal, si esperó á deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil, otros si no lo hizo hasta la conclusion de ésta, y otros afirman que despues de pronunciada la sentencia se puede proponer, y el efecto será diferir su ejecucion hasta que se determine sobre el crímen, como cuando toda la fuerza y prueba del actor consiste en testigos ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar; pues entonces si por su falsedad se revoca segun derecho la sentencia (*a*); con mayor razon se debe diferir su ejecucion hasta que se determine sobre la falsedad, por ser mejor evitar el daño que tener que buscar el remedio despues de sucedido. Mas esta diversidad de pareceres puede concordarse, diciendo que cuando la falsedad que se opone despues de la conclusion ó sentencia, consta evidentemente, ó aparece por indicios muy claros y presuntas indubitables conforme á derecho, ó se puede probar incontinenti, en cuyos casos no se verifica malicia; se ha de sobreseer en causa primera, sea civil ó criminal.

71 En quinto lugar se limita lo espuesto, cuando se propone la acusacion no solo contra los testigos o escribano que hizo el instrumento, sino tambien contra el que los produce, mas no cuando no se propone contra éste; bien que algunos sientan que de cualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil y re-

(*a*) Leyes 15, tit. 11, 116, tit. 18, 13 y 19, tit. 22, y 1 y 2, tit. 26 P. 3.

tardar la ejecucion segun el derecho romano: lo uno, porque tanto la escepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial á la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella obsta á la que se ha de dar en esta, y lo otro por razon de la mayoría y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder á la civil: cuyo dictamen es mas equitativo y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal de tal naturaleza que pudiese recaer en ella pena capital ú otra aflictiva, pues seria sumamente inicuo y duro que por no esperarse un poco tiempo en la averiguacion de la falsedad se causase tan gravísimo é irreparable daño al acusado. Y para usar de la accion criminal contra la parte y testigos ó instrumentos se debe previamente preguntar al contrario, si quiere aprovecharse de los testigos y escrituras que produjo; y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Esta pregunta sirve para que si vé antes la acusacion, no pueda arrepentirse, por no incurrir en pena de falsario, y no puede escusarse á dar respuesta categórica, ni el juez ha de hacerla de oficio sino á instancia de la parte, ó ésta ha de hacerla por sí. Pero si aun probada la falsedad de los testigos ó instrumentos producidos tuviese el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer en la causa principal.

72 En sesto lugar se limita, cuando se intenta la accion criminal por el reo demandado, mas no, si es por un tercero, v. gr. el fisco ó el juez de oficio; pues en este caso no se suspende la causa principal civil, ni por ésta la criminal, si tambien es principal, porque lo que unos hacen, no perjudica ni debe dañar ó otros. En séptimo lugar se limita en las causas civiles de posesion, aunque el crimen se oponga por via de escepcion, porque el posesorio es sumario, y la accion criminal exige mayor conocimiento de causa. Y en octavo lugar se limita lo dicho en el n. 68, cuando la causa principal civil se puso ante el superior y la criminal ante el inferior, ó ambas ante dos jueces iguales en jurisdiccion, porque el igual no puede inhibir á otro igual, y mucho menos el inferior al superior; bien que el juez de la causa criminal puede prohibir al litigante de la civil que la prosiga hasta que aquella se difina.

73 Pero si el actor propone su accion y el reo su acusacion, no principalmente sino por incidencia ó via de escepcion para eludir su accion, como si pide el actor la herencia ó cosa donada en virtud de testamento ó donacion, y el reo para enervar esta pretension escepciona la falsedad de estos documentos; en este caso no se suspende la

causa civil, y antes bien se debe proceder en ella, examinar en su progreso esta escepcion como perentoria, y determinarla en la sentencia segun lo justificado.

74 Si ambas acciones ó causas de actor y reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en ésta, y ventilarse y resolverse aquella, y hasta que esté decidida, no se ha de tratar de la primera; pues cuando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision, escepto en el caso que espresa la ley 4, tit. 10 P. 3, cuyas son estas palabras: »Mas si las demandas que face la una parte á la otra, fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo ó de aver; la que fuere mayor, debe primero ser oida, é librada ante quien comiencen la menor á oirla. Fueras ende si el que face la menor, acusase á la otra parte en razon de mal ó de tuerto (*agravio ó sinrazon*) que fuesse fecho á él, ó á los suyos: cá estonce deven ser tales acusamientos oidos, é librados en uno.»

75 Y si dos acusan á un reo ante uno ó mas jueces, el uno por delito grave y el otro por leve, se ha de tratar primero de este que de aquel; porque si tratase primero del delito mayor, sucederia que el acusador del menor se quedaria sin la correspondiente satisfaccion de su injuria, y el reo sin el castigo merecido por ella, siendo asi que un crimen no debe motivar la impunidad de otro.

76 En las demandas se acostumbra poner la cláusula siguiente. »Sobre lo cual le pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme á derecho con la protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla siempre y cuando convenga á mi parte, y con las demas que le sean útiles y conformes á justicia que pido, &c.» Esta clausula es muy útil para los efectos que menciona; pero sin embargo de ella una vez contestado el pleito no puede el actor sin consentimiento del reo, con quien casi contrae, apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa sustancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia ó interpelacion. Si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas escepciones y defensas, sino que antes bien se dirige á declarar la accion, ó á moderarla, ó ampliarla, ó disminuir la cantidad pretendida en ella; por las mismas causas y razones, pueden en virtud de dicha cláusula y no sin ella, asi el demandante como su heredero ó cesionario hacerlo en la respuesta ó réplica al pedimento de contestacion del reo; y el juez debe sentenciar

atendida la verdad sin hacer mérito de las sutilezas de derecho (*a*) (*). Tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria, lo cual es corriente, y he visto practicar y practicado en pleitos que he seguido en esta corte, porque esto no muda la accion.

77 Si dos demandan á uno por una misma cosa ó por mas, está obligado el demandado á responder al que primero le demandó, y despues al otro, y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, sino es que le dé caucion y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Y si ambos ocurrieren á un tiempo á poner su demanda, puede elegir el juez al que entienda tener mejor derecho, mandando al reo que conteste á éste y despues al otro; pero si la demanda fuere sobre deuda ó contrato celebrado con ambos en diversos tiempos debe responder á aquel con quien contrajo primero (*b*).

78 Habiendo duda sobre la inteligencia de las palabras de la demanda antes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, no de otra suerte (*c*); y lo que se practica es, que si la demanda está oscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, á lo cual se difiere, y hasta que lo hace, no la contesta aquel, ni corre el término de contestarla.

79 En todas las demandas se ponen regularmente las siete cláusulas siguientes. 1.ª *Ante V. como mas haya lugar, ó mejor proceda en derecho, digo.* 2.ª *Pongo demanda á Fulano sobre tal cosa.* 3.ª *Y aunque varias veces le he querido estrajudicialmente me pagase, ó hiciese tal cosa no lo he podido conseguir.* 4.ª *A V. suplico se sirva condenar á dicho Fulano á que me dé ó pague tal cosa.* 5.ª *Pues asi es justicia que pido.* 6.ª *A cuyo fin imploro el noble oficio de V.* (**) 7.ª *Y juro lo necesario.*

(*a*) Ley 10, tit. 17, lib. 4 R. ó 2, tit. 16, lib. 11 N. R.

(*) Debe entenderse que la ley 10 cit. habla de las sutilezas ó formalidades prescriptas por derecho romano, para que por la falta de éstas no se anulen ni alarguen los pleitos: no de las solemnidades que segun nuestras leyes deben intervenir en los juicios, pues si con el pretesto de sentenciar atendida la verdad pudiera el juez prescindir de ellas, de nada serviria establecerlas. Y si las tales solemnidades no son conducentes al fin de administrar justicia, ó de decidir las causas con acierto, deberian desterrarse de nuestra legislacion.

(*b*) Ley 6, tit. 10 P. 3. (*c*) Ley 3, tit. 33 P. 7.

(**) Esta cláusula es enteramente inútil en nuestros juicios, y seria cosa ridícula usar de ella, mayormente cuando si no me engaño, no se encuentra en ninguna de nuestras leyes la no muy culta espresion, *implorar el oficio noble*

80 Estas cláusulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque una ley recopilada (*a*) manda que valga el juicio, aun cuando falten las solemnidades legales, sino es que las partes declarándolas específicamente pidan que se observen. La primera es útil, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, ó se duda del competente, como algunas veces sucede, ó la demanda es inepta ó dudosa, vale en la forma que por derecho puede valer interpretándose y declarándose del modo que sea mas favorable al actor. La segunda es precisa, sea al principio ó fin de la demanda, porque en ésta se deben espresar los nombres del actor, reo y cosa que se pretende, y siendo inepta puede el juez no admitirla (*b*). Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes y AA. porque está prohibido esto á los abogados pena de 600 maravedis (*c*) (*);

ó mercenario del juez. El oficio noble del juez era entre los romanos el que correspondia al Pretor, quien ya fuese por mas graves ocupaciones, ya fuese por razon de su dignidad, ya fuese por uno y otro, no conocia ni determinaba las causas privadas, sino que despues de ciertas diligencias preparatorias que se evacuaban ante él, designaba al litigante la accion, la fórmula de ella, y el juez que habia de conocer y decidir su causa, en lo cual consistia el oficio mercenario del juez. Tambien egercia el Pretor su oficio noble, cuando por su propia autoridad concedia á los menores el beneficio de la restitucion, daba tutores ó curadores á los pupilos ó menores que no los tenian, hacia egecutar las sentencias de los jueces y en otros casos semejantes.

(*a*) La cit. ley 10 tit. 17 lib. 4. (*b*) Ley 40 tit. 2 P. 3. (*c*) Ley 4 tit. 16 lib. 2 R. ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R.

(*) La ley 4 que se cita, es de don Juan I en Bribiesca año de 1387, y de don Fernando y doña Isabel de Madrigal año de 1476, y por ser digno de tenerse presente su contenido la copiaré aqui. »Porque algunos abogados i procuradores por malicia, i por alongar los pleitos i llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos, ó tres, i cuatro, i aun seis veces lo que han dicho, i está ya puesto en el proceso, i aun disputan alegando leyes, i decretales, i Partidas, i fueros, porque los procesos se hagan luengos, i que no se pueden tan aina librar; i ellos hayan mayores salarios, i todo lo que hacen es escribir en los procesos, do tan solamente se puede poner simplemente el hecho de que nasce el derecho: por ende nos, queriendo obviar á sus malicias, i desiguales codicias, é injustas ganancias, ordenamos, y mandamos: que cualquier abogado o procurador, ó parte principal, que replicare, i repitogare lo que esta ya dado, i escrito en el processo, que peche en pena para la nuestra cámara seiscientos maravedis; de los cuales sean los ciento para el que lo acusare; i los otros ciento para el juez ante quien anduviere el pleyto; pero bien puede decir por escrito: digo lo que dicho he, y demas agora en esta segunda ó tercera instancia, digo, y alego lo nuevo tal y tal cosa: i aquesto mismo queremos que se guarde so la dicha pena en los requerimientos que en los jui-

bien que se puede contar el hecho desnudo en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion poniendo sobre ello la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas antes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido estrajudicialmente, mas por sola esta razon no se le condena en ellas. La cuarta es necesaria, como que es la conclusion y deduccion del derecho del actor, para que si éste no prueba todo lo que sienta en su demanda pronuncie el juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo y absolver al reo en lo demas (*a*), aunque no le relevará de hacer prueba, como asimismo para que la sentencia se arregle á la conclusion, caso que en ella pretenda una cosa, y en el ingreso de la demanda refiera otra (*). La quinta suple muchos defectos de la demanda, y asi no debe omitirse; pues por el hecho de *pedir justicia* (**), es visto que el que la pide

cios, i fuera de juicio algunos hacen á los jueces y á los alcaldes, ó merinos, ó alguaciles, que cumplan las nuestras cartas; en los cuales requerimientos, assi en las responsiones de las partes, como de los jueces, i alcaldes, i merinos, i alguaciles se hacen procesos muy desordenados, y luengos, replicando las cosas muchas veces; i otrosí defendemos que en el proceso no disputen los abogados, ni los procuradores, ni las partes principales; mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones, y concluso entonces cada una de las partes, ó abogados, ó procuradores, por palabra, por escrito ante de la sentencia, informe al juez de su derecho, alegando leyes, i decretos, i decretales, partidas, i fueros, como entendieren que le mas cumple; pero tenemos por bien que ambas las partes no puedan dar mas de sendos escritos de alegaciones de derecho: i si fuere pedido, sean puestos en fin de dicho pleyto; pero por esto no negamos á las partes, ni á sus procuradores, i abogados que todo tiempo que quisieren informen al juez por palabra, alegando todos aquellos derechos, que entendieren que les cumple; y porque esta ley es justa, mandamos que sea guardada; i de aqui adelante ninguna persona sea ossada de ir, ni pasar contra ello, so las penas en ella contenidas; y que los escritos que en los pleytos se presentaren vengan firmados de letrado conoscido, i que no sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; y que si mas fueren presentados, que no sean rescebidos; i si de hecho se rescibieren, sean ningunos; y si alguna probanza se hiciere sobre ello, que no haga fe, ni prueba." Al mismo propósito hacen la ley 34, y los autos 1, 47 y 12, título citado.

(*a*) Leyes 43, tit. 2, y 1, tit. 14, P. 3.

(*) "Pero el juez que conoce de la causa no ha de estar tan escrupulosamente legado á las palabras de la conclusion de la demanda que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendi la la verdad de lo que solicitan y prueban." Sr. Conde de la Cañada, instit. práct. part. 1, cap. 3, n. 14.

(**) Yo creo que la espresion *pido justicia* es siempre, ó casi siempre superflua, y que por lo tanto muy bien pueden omitirla los litigantes en sus

quiere arreglarse y conformarse en todo con lo que dispone el derecho (*). Y la séptima es necesaria en las causas civiles y arduas, y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones á las ejecuciones y en otros casos semejantes (a), porque si se omite, y el contrario opone este defecto, no valdrá el juicio (b), pues con el juramento se escluye la presuncion de que la demanda es maliciosa (**).

81 El juramento que se hace en las demandas y sus contestaciones se llama de *calumnia ó creencia*; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleitos, y de sus nombres y efectos los esplicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tácita ó espresa de Dios como verdad primera é infalible* (a) (***). Debe estar

critos. Fuera de que otras espresiones de estos la hacen inutil, el juez debe administrar justicia, pídanla ó no aquellos en dichos términos; y por otra parte es indubitado que con omitir las palabras referidas se escusarian infinitas falsedades, puesto que á cada paso *piden* los litigantes *justicia* sabiendo que es una injusticia lo que piden.

(*) Se omite por inútil lo que el autor dice acerca de la cláusula sexta.

(a) Leyes 23 tit. 11 P. 3 y 1 t. 6 lib. 4 R. (b) Ley 10 t. 17 lib. 4 R. y cap. 1 de Juram. calumn. in 6 §. 1.

(**) »Los juicios ejecutivos son incomparablemente mas rigidos en la observancia del órden que prescriben las leyes para substanciarlos; pero si en algun caso hallasen los jueces superiores en los recursos de apelacion que la deuda está suficiente calificada con instrumentos, confesiones, y reconocimientos que han producido justamente la ejecucion, y que por no haber guardado el órden en su progreso deberia declararse nula, y reponerse al estado primitivo en que empezaron estos defectos substanciales; será muy propio de la equidad y razon de los jueces superiores, atendida la verdad del proceso, condenar al reo á la paga de la cantidad comprendida en la ejecucion, concibiendo la sentencia en la forma y estilo de ordinaria. Carlev. de judiciis tit. 2 disp. 8 n. 3 al 9 cum pluribus ibi relatis.»

»Por los egemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las leyes reales á la verdad y buena fe, para que sean atendidas como primer objeto en los juicios, siguiendo las intenciones de las partes sin embarazarse en algunas formalidades, que aunque se establecieron para esplicar y conocer mejor las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados..»

»Consiguiente á estos principios se han de considerar de poco momento las cláusulas que generalmente se ponen en los escritos de que se pide justicia, con costas, juro lo necesario, &c. de cuyos efectos tratan largamente los autores practicos: Paz tomo 1 part. 1 temp. 4 n. 28: Curia Filip. part. 1 §. 11 n. 12..» Sr. conde de la Cañada lug. cit. nn. 23, 24 y 25.

(c) Ley 1 t. 11 P. 3 cap. Et si Christus, de Jurejur. Matth. c. 5.

(***) Otra definicion mas clara y estensa. Juramento es afirmacion ó negacion que se hace llamando á Dios por testigo de su bondad, ó esplícitamente nombrándole, o implícitamente en las criaturas.

acompañado de tres cosas que son, verdad, justicia y juicio (*a*) (*). Se divide en *asertorio*, *promisorio* y *confirmatorio*. Se llama y es *asertorio* aquel con el cual se afirma ó niega alguna cosa sin hacerse promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion y observancia de alguna promesa. Y *confirmatorio* es el que se interpone para corroborar ó dar vigor á algun contrato ó acto lícito que no se opone al derecho natural ni buenas costumbres, ni cede en perjuicio del público ni de tercero, ni de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de éstas, no se corrobora con el juramento (*b*). Omito hablar de otras especies de juramento, como del *real*, *personal*, *absoluto*, *condicional*, *simple*, *solemne*, *comminatorio*, *execratorio*: de los cuatro modos de hacerse, que son, con la mente, señales, palabras y hechos, y de otras varias cosas, por ser todas concernientes á la teología moral; y paso á tratar del juramento asertorio que se hace en juicio.

82 El juramento asertorio judicial es de tres clases, á saber, de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad*. El de *calumnia ó creencia es* el que deben hacer actor y reo solo una vez en una instancia al principio del pleito, ó despues en todas las causas civiles, criminales y mistas, eclesiásticas y profanas, sea en primera ó segunda instancia, procédase sumariamente y de plano sin estrépito ni figura de juicio, ó plenariamente observando el órden y las solemnidades legales: en las civiles afirmando el actor que mueve el pleito porque cree tiene justicia, y que asi le continuará de buena fe sin deferirle, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales que no le acusa ni intenta acriminar falsamente; y el reo que usa y usará de sus escepciones y defensas en los mismos términos.

83 Ha demandar el juez hacer este juramento á ambos litigantes despues de contestado el pleito, siempre que el uno le pida al otro espresamente (*c*); y si uno le pide dos veces al otro y no quiere hacerle, habiéndoselo mandado el juez, y éste sentencia sin embargo la causa, á mas de ser nulo el proceso debe ser condenado en costas el

(a) Jerem. cap. 4.

(*) Se requiere la verdad, esto es, que sea cierto lo que se afirma ó niega, y que lo que se promete se cumpla á su tiempo: se requiere la justicia, á saber, que el juramento recaiga sobre lo que es lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga, ni se ha de cumplir; y se requiere el juicio, que quiere decir, que se ha de jurar con prudencia y discrecion, cuando la necesidad lo exija, y por cosa no leve. Vallensis, lib. 2 t. 24 §. 3 nn. 4, 5 y 6.

(*b*) Cap. 28 de Jurejurand. cap. 2 de Pact. in 6, cap. 12 de Foro competent. Reg. 58 de Reg. jur. in 6. (*c*) Leyes fin. tit. 10, y 23 tit. 11, P. 3.

mismo juez. Lo propio milita en otras cosas substanciales del juicio cuando la parte declarándolas pide que la otra las guarde, y no quiere, aunque se le mande (*a*).

84 Pero sino le piden, no se anula por su defecto el proceso, y rara vez se pide ni hace con la especialidad referida, entendiéndose hecho con aquellas palabras, *juro lo necesario &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los letrados usan de éste en lugar de aquel; aunque á 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, y entonces no habria tantos perjuros, de que ningun caso se hace.

85 Deben hacer los litigantes este juramento sobre cinco particulares: sobre que creen tener justicia ó buena causa: sobre que cuantas veces sean preguntados dirán ingénua y sencillamente la verdad: sobre que no usarán de falsas pruebas ni escepciones fraudulentas: sobre que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante; y sobre que á nadie han dado ni prometido, darán ni prometerán cosa alguna por lograr el buen éxito de aquel negocio, sino á aquellas personas á quienes y lo que las leyes permiten dar (*b*).

86 Tambien pueden hacer este juramento los apoderados, procuradores y defensores de los litigantes por sí y en nombre de estos, con tal que tengan para hacerle su poder especial, y no de otra suerte, sean procuradores de persona particular, ó de concejo, villa, ciudad, obispo, prelado, convento ó maestre de alguna órden, si ellos principiaron el pleito, pues si no, deben prestarle sus principales. Lo mismo procede en los tutores de menores y administradores de iglesias, hospitales, universidades y en otras personas que con autoridad legítima administran bienes agenos cuando tuvieren que demandar ó contestar en juicio por ellos. Ademas, si el menor es de buen entendimiento, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleito, y principió éste con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento (*c*)

87 El juramento de *malicia* que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones y en otros pedimentos que se dan en el

(*a*) Leyes 10 al fin, tit. 17, lib. 4 R. ó 2, t. 16, lib. 11 N. R. (*b*) Leyes final. tit. 10, y 23, tit. 11, P. 3. (*c*) Ley 24, tit, 11, P. 3, cap. fin de Procurat. in 6 Greg. Lop. ley 23 cit. glos. 9.

discurso del pleito es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algun artículo ó escepcion, antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante maliciosamente propone la escepcion ó pide alguna dilacion (*a*).

88 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes cuando juran posiciones, ó antes de la contestacion en los casos prescritos por derecho, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben, y no sobre lo que creen (*); 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 corporales, en cuya atencion los testigos deben espresar el motivo porque saben lo que deponen, si es por haberlo visto ú oido, cuándo, á quién, cómo, y en dónde con toda invidualidad; pues no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fe, ni prueba en juicio sus deposiciones por consistir y afianzarse la virtud de éstas en la razon que dan de su dicho (*b*); y los peritos, segun lo que ven, entienden y observan en la materia litigiosa que reconocen, estan obligados á decir verdad, con espresion del motivo porque lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de creencia, como senté en el lib. 1, cap. 1, n. 11 de esta segunda parte (**).

89 Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio de pleito y decisorio en pleito* (***): el primero es aquel por el cual se decide la controversia y negocio principal, y es de tres maneras: *voluntario* ó convencional, *necesario* ó supletorio, y *judicial*. El voluntario es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda sin que la presencie el juez (****); y se le da

(*a*) Ley 23 tit. 11 P. 3. verb La quinta, Gregorio Lop. en ella glos. 7.

(*) Muchas veces podrá deponer un testigo lo que cree ó piensa acerca del particular sobre que es preguntado, dando el motivo de su juicio, y el juez verá atendidas todas las circunstancias que fe merece, ó que aprecio ha de hacer de tal declaracion. La ley 26 que se cita, trae estas palabras. »E aquel que recibiere el testigo que dice que sabe el fecho, dévele preguntar cómo lo sabe, faciendol decir por qué razon lo sabe, si lo sabe por vista, ó por oida, ó por creencia."

(*b*) Leyes 26, 28 y 29 tit. 16 P. 3.

(**) Habrá muchos casos en que los peritos depondrán no lo que creen ó juzgan, sino lo que saben con toda seguridad.

(***) Esta es una division tan desaliñada y confusa como otras muchas de los intérpretes, á que debieran substituirse otras.

(****) Este juramento no es judicial, puesto que se hace fuera de juicio, y

este nombre, porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere el hacerle ó no, ó pedir que la otra le haga. Pero si entre las dos se pacta que le ha de hacer, no puede escusarse, ni pretender que la otra le haga, y jurando, se debe estar á lo que jure, por lo cual el juramento produce accion para el actor, y para el reo y sus sucesores si le hiciere, *escepcion* contra la pretension del actor, como asimismo para sus fiadores (*a*).

90 El juramento *necesario* es el que el juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede escusarse á hacerse sin causa legítima, ni pretender que el que le pide le haga; y si se resiste se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Este juramento se llama tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante, en cuya atencion solo se manda hacer cuando el pleito está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion ó escepcion los litigantes. Por egemplo, cuando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta cantidad, pero que no se acuerdan cuánta fue, se defiere su importe en el juramento del actor (*b*), como debe practicarse en otros casos semejantes, y se puede mandar hacer, aunque sea despues de la conclusion, con tal que se haya pedido antes (*c*), mas no deferirle el procurador en el colitigante, á menos que tenga para ello poder especial ó general con libre y franca administracion en causa dudosa, pues de otra suerte ni aprovecha al que jura, ni daña al colitigante (*d*). El tutor carece de facultad para deferir en el contrario de su pupilo este juramento, escepto en el caso de que no pueda justificar con pruebas legítimas su derecho.

91 Y el jutamento *judicial*, segun se llama por el lugar en que se hace, es el que á presencia y con aprobacion del juez defiere el actor al reo, ó éste á aquel. Este juramento es tambien voluntario, porque está asimismo en la libre voluntad de aquel á quien se pide, el hacerle, ó pretender que el otro le haga; pero no debe escusarse á 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,

sin embargo, Febrero padece la equivocacion de hacerle miembro de la division del juramento asertorio judicial.

(*a*) Leyes 2 y 8, tit. 11, P. 3. (*b*) Cap. 32 de Jurejuran. (*c*) Ley 2 citada, cap. 2 de Probat. y cap. fin. de Jurejurand. (*d*) Leyes 4, tit. 5, P. 3, y 2, tit. 7, lib. 4 R. ó 2, tit. 9, lib. 11 N. R.

sino es que tenga causa justa para resistirlo, como si es preguntado de hecho que ignora, si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar, ni puede pretender que jure quien pide el juramento (*a*).

92 Para el juramento decisorio de pleito voluntario basta en el que le hace lo que para jurar en cualquier pacto ó transaccion, esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerle. Para el judicial se requiere á mas de esto que le apruebe el juez con conocimiento de causa (*b*). Mas para el *necesario ó supletorio* son necesarias cinco cosas. La primera es, que la parte no tenga prohibicion de jurar ni de pedir el juramento, que el negocio esté dudoso, y que la prueba no sea plena ó bastante, y la costumbre contraria está reprobada (*c*), porque si el actor justifica plenamente su accion y demanda, debe ser condenado el reo, y no ha de admitirse el juramento (*d*). La segunda es, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno mayor de toda escepcion que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal y verosímil, pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque éste sirve únicamente de semiplena probanza (*e*). La tercera es, que la parte en quien se defiere no sea vil, ni persona en quien pueda sospecharse perjurio, sino fidedigna, y que sea sabedora de la causa y cosa por los sentidos corporales, al modo que el testigo, al cual se equipará en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero (*f*); como tambien que para la declaracion esté presente, ó se cite á la parte contraria. La cuarta es, que la causa civil sea de corta entidad, porque en las árduas no se defiere, á no ser sobre algun incidente, ó que haya vehementes presunciones á favor del actor (*g*); como ni tampoco en las causas criminales, escepto al reo para purgar su inocencia, por lo cual en éstas se llama juramento *de purgacion* de los indicios que resultan contra él, y por los cuales no puede ser condenado en definitiva, en cuya atencion el juez le hace que jure, si cometió el delito. Y la quinta cosa es, que la probanza semiplena de una parte no se eluda

(*a*) Ley 2, tit. 11, P. 3, cap. fin. vers. Quamvis de Jurejur. y cap. 2 de Probat. (*b*) Ley 2, tit. 11, P. 3. (*c*) Cap. 2 de Probat. y ley 3, t. 11, P. 3. (*d*) Cap. 2 cit. y cap. 8 de Probat. (*e*) Cap. 3 de Causa possesion. (*f*) Arg. cap. Testes, causa 35, q. 9. (*g*) Cuál sea ó no causa ardua ó grave, lo ha de decidir el juez, teniendo presente entre otras cosas la calidad de la. personas

ni desvanezca por la de la otra. Faltando alguna de estas cosas el juramento no se puede deferir.

93 El juramento en pleito (que es propiamente de decir verdad) es en el cual por falta de prueba defiere el juez, pues la parte no puede hacerlo, la estimacion de la cosa que se litiga, ó el daño que causó á su dueño su contrario por dolo y no lata culpa (aunque contra el tutor basta ésta), engaño ú otro motivo justificado. Este juramento le ha de hacer el actor ó dueño de la cosa litigiosa, no el reo, y por el pupilo su tutor. El menor ha de hacerle por sí propio (*a*).

94 Para que se defiera este juramento se requieren seis circunstancias: dolo del contrario: dificultad de probanza á mas del dolo: que quien hace el juramento esté cierto de que es verdad lo que jura, y no tenga ninguna presuncion contra sí: que se cite al coligante para hacerle: que se haga despues de la contestacion y antes de la conclusion de la causa; y que el que le hace tenga edad y capacidad para ello, pues el menor, loco y pródigo no pueden pedirle ni hacerle, y por ellos lo deben hacer sus tutores; bien que si el contrario les pidiese el juramento, y le hiciesen á su favor, se debe estar á él, sea ó no verdadero, mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros (*b*).

95 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas, á saber, sobre *aficion*, sobre *interés singular*, ó sobre *verdadera estimacion ó interés comun*. Recae sobre aficion cuando el dueño jura, no sobre lo que la cosa valia intrínsecamente, sino sobre el valor correspondiente al aprecio que hacia de ella, y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habérsela substraido ó hecho perder; aunque esceda al justo valor que tenia; mas para que se estime este juramento es menester que concurran dos circunstancias: la primera, que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la cosa; y la segunda, que su dueño proceda de buena fe y haga una regulacion no absolutamente arbitraria, pues ha de hacerla ante el juez, y luego ha de mandarle éste que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima. Muchos ignoran esto, y por no haber visto la ley hacen lo contrario. El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiere, y no de otra suerte (*c*).

99 Recae dicho juramento sobre *interés singular* cuando por no

(*a*) Leyes 5, tit. 11, P. 3, y 4, §. 1 ff. de In litem jurand. (*b*) Leyes 3, 6 y 7, tit. 11, P. 3. (*c*) Leyes 5, tit. 11, P. 3 y 4, ff. de in litem jurand.

haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado lo que le debia, fue condenado éste á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ó se le vendieron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interés singular y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y recae sobre *verdadera estimacion*, cuando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa, y jura cuanto valia justamente, á cuya satisfaccion debe aquel ser condenado (*a*).

97 Resistiéndose el tutor acabada la tutela á dar cuenta de ésta al menor que ya es mayor, ó á quien tenga su poder, ó á entregarle el inventario de sus bienes, estos y sus títulos, puede el menor hacer contra él el juramento en pleito, así sobre aficion como sobre interes singular. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa, aunque no hubiese dolo, se le menoscabaron algunos de sus bienes, lo cual es especial en el tutor; mas contra sus herederos no ha lugar á dicho juramento; por lo que solo averiguando el juez el valor de los bienes y sus frutos, lo debe condenar á la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que luego jure el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ambos casos; bien que si por engaño ó culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor (*b*). Y lo mismo puede hacer, cuando éste contestó la demanda antes de morir.

98 Todo juicio ó pleito civil ordinario se debe empezar por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, escepto que el demandante, si omite esta diligencia, no pueda continuarle, en cuyo caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, como lo espresa la ley 1, tit. 10 P. 3 al principio. »Ciertas preguntas son las que puede facer el demandador sobre la cosa que quiere facer su demanda, ante que el pleito se comience. E son de tal natura que si el demandador non las ficiesse en aquel tiempo, é otrosí el demandado non respondiesse á ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleito ciertamente (*c*).« Así pues, el juez admite al actor las preguntas concernientes al pleito, y manda que el reo satisfaga á ellas antes de poner la demanda, como repetidas veces lo he visto, por ser conveniente para fundamentar ésta,

(*a*) Ley 5 cit. (*b*) Ley 6, tit. 11 P. 3. (*c*) La tercera siguiente dice: »Comenzamiento, é raiz de todo pleito sobre que debe ser dado juicio, es cuando entran en él por demanda, é por respuesta delante del juzgador.«

Paulino Pedraz

Preguntas concernientes al pleito son por egemplo la que se hace á quien se quiere demandar como heredero de alguno, de si lo es ó no, y en que parte de herencia: la que se hace al padre por el peculio de su hijo, de si éste le tiene ó no; y la que se hace á cualquiera que se intenta demandar, de si tiene ó no 25 años, para en caso de no tenerlos, pedir que ante todo se le provea de curador de pleito, con quien se substancie el juicio, sea civil ó criminal: á cuyas preguntas y otras semejantes segun la clase de demanda se debe responder clara y categóricamente (*a*).

99 Pero ni el reo ni el actor estan obligados é responder, cuando las preguntas son impertinentes á la causa, sobre punto de derecho, cuando goza de fuero y no es suyo el juez que conoce de ella, sobre los derechos del actor, cuando no es preguntado por via *de posicion* sino *de interrogacion* sobre el negocio principal (*), cuando en su hecho propio se le pregunta del ageno, sea civil ó criminal, sobre lo que consiste en su mero ánimo no declarado con hechos ni palabras, ó tratándose de reivindicacion, sobre si posee la cosa ó finca con buena ó mala fe; y en otros casos semejantes (*b*).

100 Tampoco debe principiarse por secuestro ó embargo de bienes ni por intervencion (**) que en el efecto viene á ser lo mismo, sino en cinco casos que son: el primero, por convenio de los litigantes: el segundo, cuando la cosa litigiosa es mueble, y quien la tiene, sospechoso, por lo que se presume haga fuga ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca, que los consuma; y al juez toca decidir sobre cual se reputa sospechoso, precedida informacion sumaria ú otra justificacion, por militar la misma razon que para arraigar el tercero, cuando el condenado difinitivamente á entregar la cosa apela de la sentencia, y su contrario recela de él lo que se ha dicho en el segundo caso: el cuarto, cuando el marido disipa la dote de su muger, en cuyo caso acreditándolo ésta, debe el juez deferir á su pretension haciendo se entregue su dote á ella ó á otra persona para que la administre y le contribuya con sus frutos: el quinto, cuando el

(*a*) Leyes 1 y 2, tit. 10, P. 4.

(*) Esto se entenderá viendo el n. 246.

(*b*) Ley 2, tit. 12, P. 3.

(**) Se llama en lo forense la asistencia de algun sugeto puesto por auto de juez ó superior en arrendamientos ú otros negocios, en orden á que sin él no se egecute cosa alguna: lo cual llaman poner intervencion en la renta. Diccion. de la leng. Castell.

hijo preterido ó exheredado injustamente pretende su legítima; pues si su hermano instituido heredero único reusa entregársela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles, de que el hermano está apoderado (*a*).

101 Asimismo no debe principiarse por informacion de testigos á instancia del actor antes de la contestacion, sino es que de omitir la recepcion de sus dichos, pueda perder su derecho por falta de justificacion, como cuando son muy viejos, lo cual queda al arbitrio del juez, ó estan enfermos y se teme su muerte, ó tienen que hacer larga ausencia del pueblo, ú haya otros motivos justos para ello; pues en estos casos pueden ser examinados previamente con citacion de la parte contraria, y si ésta no se halla en el pueblo, ó aunque esté en él, si reusa presenciar su juramento, no ha de dejar por eso de admitirlos (*b*), y hará fe su dicho siendo idóneos y fidedignos.

102 Mas por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y examinen antes de la contestacion, áun cuando no haya las causas referidas, especialmente despues de tomada la declaracion al contrario que está negativo; y lo propio milita á instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, como varias veces lo he visto practicar en esta corte. Tambien se admiten en causas criminales y de pesquisa, sobre capítulos contra los jueces ú tros comisionados del Rey sin citar á los reos, y en otros casos que traen las leyes (*c*); pero en este último es menester que el capitulante firme el memorial de capítulos y afiance de calumnia ante todas cosas (*d*).

103 Igualmente se admiten, cuando el padre adoptivo prometió algo á su hijo delante de testigos (*e*), y sobre las escepciones dilatorias como recusaciones de jueces togados ó eclesiásticos para probar las causas de su recusacion, pacto de no pedir, pleito acabado sobre lo mismo que se pretende, privilegio obtenido con vicios de obrepcion y subrepcion, y en otros muchos casos citando en ellos á la otra parte (*f*).

(*a*) Ley 1, tit. 9, P. 3. (*b*) Leyes fin. tit. 10 y 2, tit. 16 P. 3. (*c*) Leyes 3 y 6, tit. 16, P. 3 y 10 y sig. tit. 7, lib. 3 R. ó 5 y 6 tit. 13, lib. 7 N. R. (*d*) Ley 64, t. 4, lib. 2, R. ó 7 t. 33, lib. 12 N. R. Bobad. lib. 5, Polit. c. 2, nn. 92 y sig. (*e*) Ley 4, t. 16, P. 3. (*f*) Ley 7, t. 16, P. 3 y el t. 10, lib. 2 R.

§. III.

De la citacion ó emplazamiento con la demanda, y de cuántas maneras puede hacerse.

104 Presentada la demanda se ha de citar al reo y conferírsele traslado de ella. La citacion ó emplazamiento es *verbal*, *real*, *y por escrito*. La verbal *es un llamamiento jurídico que el juez hace al demandado, para que comparezca ante él á defenderse, ó á cumplir algun mandato suyo* (*a*). Es el principio, raiz y fundamento sustancial del órden del juicio, y se ha introducido por todos derechos como indispensable para la defensa del reo (*b*); por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Príncipe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, á no ser que el demandado ocurra por sí ó por su procurador antes de hacerse, pues entonces es supérflua; bien que puede alterarse ó variarse el modo de hacerla, y quitarse las demas de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia. Y para citar, tomar declaracion, ó practicar otra diligencia con persona condecorada por su dignidad, jurisdiccion ú otro motivo, debe preceder el darle recado de atencion, aunque en el auto ó despacho no se mande, porque la justicia no se opone á la urbanidad.

105 No solo debe citarse al principio del pleito al demandado, sino tambien á todas las personas de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio; y sino se hace asi, tal vez por ignorarse quiénes son, se puede pretender su citacion en cualquier estado del pleito; formando artículo sobre ella, especialmente cuando de omitirse se puede seguir perjuicio al que la pretende: en cuya atencion el juez debe deferir á esta solicitud antes de pasar adelante sin reservar la determinacion sobre el artículo para difinitiva; y sino lo hace, se puede apelar, como se ejecutorió á instancia mia por la Sala de justicia del Consejo revocando el auto de un señor ministro de él, por haber reservado para difinitiva la decision sobre que se citase á otra al juicio, segun habia pretendido mi parte á consecuencia de su prueba despues de haber alegado el actor de bien probado.

106 Pero no es necesario citar á las demas personas, á quienes accesoria ó secundariamente puede seguirse perjuicio, aunque será útil

(*a*) Leyes 1 al princip. t. 7, P 3 y 3, t. 3, lib. 4 R, ó 14, t. 4, lib. 11 N. R.
(*b*) Prœm. del tit. 7 P. 3.

para que les perjudique la sentencia. Asi pues, en los pleitos de mayorazgo basta que se cite á su poseedor, en los de arrendamiento y comodato debe citarse al señor y no al arrendador ni comodatario, sino es que otro se le haya prestado ó arrendado, que entonces como á tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho: en los de jurisdiccion entre dos señores no es necesario citar al pueblo, ni en el suscitado sobre causa dotal, á la muger, por ser suficiente que se sustancie con el marido como administrador legítimo que es dueño de sus bienes, y asi se practica.

107 El citado debe comparecer ante el juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio, en cuyo caso no siendo competente le ha de manifestar el que tenga (*a*); y no pudiendo ser hallado en su casa, le ha de hacer saber en ella la demanda á su muger, hijos, ó criados, si los tuviere, y en su defecto á los vecinos mas cercanos, para que se lo participen, cuando venga (*b*); pero no es preciso que dicha comparecencia sea personal, pues basta se haga por procurador, porque en las causas civiles, sean ordinarias, ejecutivas, ó sumarias, ninguno está obligado, ni puede ser compelido á comparecer personalmente ante el juez, sino solamente por procurador ó apoderado con suficiente poder, y los emplazamientos espedidos en contrario, no valen (*c*); por lo que se deben espedir para que comparezca por sí ó por su procurador con poder bastante, segun se observa. Y no siendo suyo el juez no es menester que comparezca con pedimento ante él, y será suficiente que en el acto de la notificacion exhiba el título privilegio de esencion de su jurisdiccion al escribano, quien ha de poner en ella lo que resulte de él y devolvérsele, á lo cual no debe escusarse, y asi se practica en esta córte.

108 En caso de no hallarse al que se ha de citar, lo que se observa, sin embargo de no ser rigorosamente preciso, porque las leyes no lo mandan, es hacer el escribano tres diligencias en diversos dias y en diferentes horas cómodas en que los hombres segun la costumbre del pueblo suelen estar en sus casas, poniéndolo por fe cada dia con la respuesta que se le haya dado; y en vista de todo acude el actor al juez con pedimento en que refiere lo acaecido, pretendiendo mande dejarle cédula ó memoria por escrito con la espresion competente, y declare en su consecuencia por hecha la citacion, como si fuese en

(*a*) Ley 2, tit. 7 P. 3. (*b*) Leyes 1, tit. 7 P. 3 y 1, tit. 16, lib 4 R. o 1, tit. 2, lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 3, tit. 7, P. 3 y 25, tit. 3, lib. 4 R.

persona, para que le pare el mismo perjuicio y no alegue ignorancia; á lo cual defiere el juez mandando que primero se practique otra diligencia en su busca, con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el pueblo, como lo previene la ley. Despues da fe de todo y lo pone por diligencia el escribano en los autos con espresion de la persona á quien entregó la cédula, y de las horas en que fue á buscarle, lo cual basta para prueba de la citacion. Y si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el pueblo, ha de ser llamado por edictos ó pregones (*a*), de cuyo medio es necesario valerse, cuando las personas á quienes debe citarse, son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin dificultad no pueden ser habidas ó conocidas para hacerles la citacion, y así se observa.

109 Haciendo la citacion el portero mayor del juez ha de justificarla con un testigo para que se le crea, y si es el menor, con dos, pero nada de esto es menester haciéndola el mismo juez ó escribano, pues deben ser y son creidos.

110 Si el que ha de ser citado es menor, se le debe proveer de curador de pleito, esté ó no en el pueblo, en los términos esplicados en los nn. 16 y 18, con el cual y no con el menor se han de entender no solo la primera citacion sino tambien todas las diligencias que ocurran en el juicio (*b*) hasta su decision.

111 Y si está domiciliado en territorio de otro juez, puede el de la causa (suponiendo tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones espuestas en el n. 29), ir por sí mismo á citarle, ó espedir requisitoria de emplazamiento, ó letras eshortatorias á dicho juez á instancia de la parte, ó de oficio, si no la hay, para que mande hacer la citacion (*c*); y esto último es lo que se observa entre jueces inferiores, y no lo primero sin embargo de la dispocicion terminante de la ley 7 citada; mas no por los superiores, pues éstos citan por medio de sus despachos y de cualquiera comisionados, como que tienen jurisdiccion en todo el reino ó provincias demarcadas á cada tribunal, tomando antes el cumplimiento del juez del pueblo. Y el juez debe señalar al reo en la requisitoria término competente para comparecer, y perentorio, como si fuese asignado por tres, sin que el actor tenga que acusar las rebeldías mas que al fin del prefinido (*d*), y esto es lo que se practica.

(*a*) Ley 1 cit. (*b*) Leyes 11 y 12, tit. 1, P. 3. (*c*) Ley 7, t. 3, lib. 4 R. ó 3, t. 4, lib. 12 N. R. (*d*) Leyes 1 y 2, t. 2, lib. 4 R. ó 12 y 13, t. 4 lib. 11 N. R.

112 Siendo delegado ó comisionado el juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el título ó comision que tiene, ó por lo menos dar fe de serlo el escribano de la comision, pues de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento, lo cual no es necesario siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion, como que el derecho se la concede.

113 Pero sea ordinario ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si le hay, la demanda, el papel ó escritura en que se funda, el auto, y los demas documentos correspondientes y justificativos, y tambien la sentencia segun sea el estado en que se espide; y en las causas criminales ha de contener la prueba del cuerpo del delito, y de que es reo aquel contra quien se dirige, y legítimo del juez para conocer de la causa á fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como debe hacerlo (a); pues faltando estos requisitos puede denegarle el cumplimiento sin incurrir en pena.

114 La requisitoria ó despacho de emplazamiento ú otro cualquiera ha de estar tres dias naturales despues de aquel en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, para lo cual no es necesario dar pedimento, á fin de que en ellos pueda el sugeto contra quien se dirige, pedir su retencion, si tiene fundamento legal para ello como por incompetencia de jurisdiccion ú otro, y pidiéndola se le debe entregar. Si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque á mas de habilitársele por ella, es visto conferírsele el demandante por el hecho de hacerle el encargo; y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el juez requerido declara haber ó no lugar á su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone y no se debe omitir esta cláusula: »que siendo presentadas por cualquiera persona en nombre de Fulano las mandan aceptar y cumplir sin pedirle poder ni otro documento, &c. porque si se omite y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo espuesto, y no se le tendrá por parte; pero sin embargo mi dictamen es que se le dé poder, para que llegado el caso de pedir su retencion no se le ponga el efecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente; pues las leyes nada tocan sobre

(a) Ley 3, t. 3, lib. 4 R. ó 14 y sigu. N. R.

este particular, la requisitoria no le autoriza para seguirle, y sí únicamente para hacer que se evacue lo que se mande en ella, y sin poder no se le debe tener por parte ni entregar los autos.

115 Las demandas contra concejo, comunidad, cabildo, ó universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber á todos ó á la mayor parte congregada, segun se acostumbra, no obstante como es difícil conseguirlo y entenderse con todos separadamente, si no quieren ó no pueden congregarse, basta que se notifique á su procurador ó apoderado residente en su pueblo ó en el del juicio. Y sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por la deuda y obligacion de sus cuerpos, ni al contrario éstos por lo que debe cada uno de aquellos (*a*).

116 No solo puede hacerse la citacion al síndico ó procurador de dichos cuerpos, sino tambien al de cualquiera persona que le tenga, si no se le halla cómodamente (*b*); y con él y no con su parte, á menos que le revoque el poder, se han de entender y substanciar despues de contestada la demanda todos los autos y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada y ejecutarla, si el poder se estiende á esto y no de otra suerte, á fin de evitar los gastos y dilaciones que de entenderse con la parte se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si aquella reside en otro pueblo, ó procede de mala fe, mas no en otra instancia, porque en ésta ó se han de hacer saber á la misma parte, ó ha de dar su poder á procurador del tribunal de aquella con quien se practiquen, y así se observa.

117 Si el demandado es vecino del pueblo en que se sigue el pleito, no debe ser compelido á nombrar procurador, y antes bien puede comparecer en él por sí y defenderse (*c*), aunque en el dia como tenemos procuradores determinados en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos á las partes en donde los hay, sino á ellos para la mayor seguridad, porque á su devolucion son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarlos á ésta: de suerte que es preciso darles poder, y sin él á nadie se admite en los Consejos reales.

118 La citacion, considérese acto judicial ó estrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el juez ha de tenerla so-

(*a*) Ley 13 t. 9, P. 3. (*b*) Leyes 13 cit. y 14 y sig. (*c*) Leyes 1 y 2, t. 3, lib. 4 R. o 1 y 2 tit. 3, lib. 11 N. R.

bre el sugeto como súbdito, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles, de manera que conociendo del negocio dos ó mas jueces, el que previno el juicio por una citacion legítima, ha de proseguir en él como competente; bien que el citado segun la práctica comun debe comparecer ante todos los que mandan citar, y usar de su derecho pretendiendo la acumulacion para que no le molesten diversos jueces sobre una misma cosa. En las causas criminales si fuere citado por muchos á un propio tiempo sobre una, no incurre en pena compareciendo ante uno solo, escepto que sean desiguales en jurisdiccion, 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.

119 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio; bien que si se interesa la utilidad pública ó privada, puede habilitarlos el juez (*), y si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa, lo cual se observa por evitar nulidades y controversias; pero de órden judicial espresa puede hacerse la verbal en la iglesia con tal que no se impidan los divinos oficios, ni cause escándalo. Y en un acto no es necesario hacer muchas citaciones, pues basta una sola, como lo ordenan nuestras leyes (*a*).

120 No es necesario hacerla cuando el reo comparece por sí ó por su procurador en el juicio antes de ser citado, ni consta notoriamente que no le compete ninguna escepcion ni defensa, ni tampoco en los casos en que el juez puede practicar de oficio lo que dispone el derecho, aunque la parte no esté presente, v. gr. evitar escándalos.

121 Si el juez de la causa delegáre su jurisdiccion para la pronunciacion de la sentencia, ó muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion: en el primer caso á los propios litigantes, y en el segundo á los herederos del muerto.

122 La citacion *real* es la captura del reo, haya sido ó no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga y

(*) Si basta la utilidad privada, y cualquiera utilidad privada, siempre ó casi siempre podrá el juez habilitar los dias feriados.

(*a*) Las 51, tit. 4, lib. 2, ó 2, tit. 15, lib. 11 N. R. 47, tit. 4, lib. 3, y 2, tit. 4, lib. 3 R. ó 13, tit. 4, lib. 11 N. R.

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 indemnizarle de los daños en caso de no acreditar su pretension. Esta citacion es la mas eficaz de todas, y se prefiere á la verbal de tal suerte, que si por egemplo en causa de misto fuero 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.

123 Con esta citacion se principia real y verdaderamente el uso de la accion que será civil, y como tal le deberá proponer el actor y seguir, cuando el motivo de la captura es solamente el de cobrar lo que el reo le debe ó consumió: criminal, cuando dimana de delito, y únicamente se dirige á que se le castigue por él; y mista, cuando el actor intenta ademas de resarcir su caudal que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion y estravio de caudales, y en otros delitos.

124 La citacion por escrito es la que se hace por escrito llamando y emplazando al reo que está ausente y cuyo paradero se ignora. No es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado se le debe oir; ni debe hacerse por mera voluntad del juez sino en caso de necesidad, ó cuando el reo no puede ser citado de otra suerte (*a*).

125 Tiene lugar esta citacion en cuatro casos: el primero, cuando el que ha de ser citado se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí ó por otros que se le cite: el segundo, cuando el lugar en que se le ha de citar, no es seguro por causa de enemigos ú otros impedimentos, pues entonces se han de fijar edictos en los lugares inmediatos: el tercero, cuando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella; y el cuarto, cuando es persona incierta, como en un concurso de acreedores á los bienes del difunto, en que se ignora quiénes y cuántos son, pues se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefine comparezcan, amonestándoles que de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio, y les parará el perjuicio á que haya lugar.

126 Compete solamente este modo de citar por edictos á los jueces ordinarios y á los delegados del Soberano ó su Consejo, no á

(*a*) Estravag. única de Dolo, & contumacia. Clementin. 1 de Judic.

otros comisionados, por lo que en caso de entender estos en alguna causa en que sea preciso citar por escrito, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comision, escepto que se le conceda especialmente ó se le permita por costumbre, pues entonces podrá citar por edictos.

127 Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio, en cuya atencion es indispensable hablar de la contumacia ó rebeldía, que no es otra cosa que inobediencia al mandato del juez legítimo que llama á alguno al juicio (*a*). Se comete regularmente en siete casos: el primero, cuando el actor no manifiesta su accion habiéndoselo mandado el juez dos ó mas veces: el segundo, cuando se la manifestó y contestó el reo, no la prosigue instándole éste: el tercero, cuando el reo no comparece ó impide que se le haga la citacion, ó se oculta maliciosamente: el cuarto, cuando no responde á la demanda y posiciones del actor, ó responde oscuramente, no obstante habérsele mandado que responda clara y categóricamente: el quinto, cuando uno ú otro no quiere jurar de calumnia mandándoselo el juez: el sesto, cuando no obedecen la sentencia é impiden su ejecucion; y el séptimo, cuando estando delante del juez no quieren responder á lo que se les pregunta; y ésta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, eludiendo su pregunta en su presencia.

128 La contumacia es de cuatro maneras: *notoria*, *verdadera*, *presunta y ficta*. Se llama *notoria* cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer: *verdadera*, cuando el citado legítimamente ó sabedor de la citacion dice que comparecerá ó calla, mas no comparece: *presunta*, cuando no consta que la citacion haya llegado á noticia del citado, se presume, mientras no lo pruebe, y *ficta* cuando comete dolo, para que no llegue, pues entonces finge ó supone la ley que llegó y fue citado.

129 Entre la contumacia verdadera y ficta hay la diferencia de que el contumaz ficto puede apelar ó pedir restitucion por entero y el verdadero no (*b*); y para proceder contra éste, aunque por nuestro Derecho Real (*c*) á la primera rebeldia que se le acuse se le tiene por

(*a*) Cap. 3 y 6 de Dolo & contumacia. Ley 8, tit. 7, P. 3. (*b*) Cap. 18 de Sentent. & re judicat. (*c*) Leyes 8, tit, 7, P. 3, 5 y 6, tit 3, lib. 4 R. ó 2 y 6, tit. 4, lib. 11 N. R.

tal, y puede condenar en las costas y daños causados á su contrario, no obstante en práctica suelen preceder, como lo he visto repetidas veces, tres citaciones estando en el pueblo, ó una perentoria si se halla fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil y canónico (*a*); y aun en este caso es menester que lo pida la parte y le acuse dos rebeldías; bien que no se escederá el juez, si conformándose con las leyes patrias á la primera rebeldía le declara contumaz.

130 Pero si el contrario tiene justo motivo ó impedimento para no comparecer, y le prueba, v. gr. incompetencia de juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio juez, estar llamado á tribunal superior, haber tempestad, guerras ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor rústico, estar cautivo y otros semejantes, no incurre en contumacia (*b*).

131 Contra el verdadero contumaz puede proceder el juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa y otras penas arbitrarias (*c*), con tal que la condenacion no sea á perdimiento de la causa ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave y estraordinario.

132 Si es actor y despues de contestada la demanda se ausenta, ó no quiere comparecer, puede compelerle á pedimento del reo y no de oficio á proseguirla (*d*), y si no la prosigue absolver á éste de la instancia, y condenar á aquel en las costas y daños que le causó y no oirle despues, á menos que preste caucion de comparecer y continuarla, ó pruebe haber estado impedido legítimamente, ó que el reo haya sido tambien contumaz, en cuyo caso se compensa la contumacia del uno con la del otro. Tambien puede imponerle multa, segun sea la contumacia (*e*); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta facultad sino solo la de repelerla siendo contra derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiéndole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es á imponerle perpetuo silencio y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el juez se estienda á mas.

133 Si el reo es contumaz, conceden las leyes (*f*) al actor dos

(*a*) Cap. fin. §. 6 Ut lite non contestat. (*b*) Ley 11, tit. 7, P. 3. (*c*) Cap. 1 de Judic. Ley 8, t. 7, P. 3. (*d*) Cap. 8 de Dolo & contumacia, y cap. 1 de Dolo & contumacia in 6. (*e*) Leyes 5 y 6, tit. 3, lib. 4 R. ó 2 y 6, t. 4, lib. 11 N. R. y 8, tit. 7, P. 3. (*f*) Las de los tit. 11, lib. 4 R. y 8, P. 3.

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 no líquida se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa: se recibe á prueba, y se le hace saber el auto de ésta: justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye y el juez procede á sentenciar la causa, notificándose las diligencias de sustanciacion en los estrados de la audiencia, á escepcion de las de demanda, prueba y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dejándose ver, á su muger, hijos ó criados, no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma espresada en el n. 108, y pasado el término de la apelacion declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la hace ejecutar, todo á instancia del mismo actor.

134 Si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en aquel negocio al juez que conoce de él, aunque segun las leyes 2, tit. 3, y 1, tit. 11, lib. 4 R. debe ser uno y perentorio el término sin necesidad de otro ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, como se ha sentado, mandándose hacer los autos y demas diligencias en los estrados de la audiencia; se suelen librar no obstante cuatro despachos ó requisitorias en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo; el primero de emplazamiento con término perentorio para que comparezca: el segundo, para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entonces, se le deben entregar los autos, si comparece y los pide, y admitir la que haga dentro de su término: el tercero, para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella; y el cuarto, para que una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada se ejecute en su persona y bienes. Este es el verdadero y mas justificado modo de sustanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga la disculpa de no habérsele oido, y pague las costas, si debiese ser condenado en ellas.

135 Yendo documentados estos despachos los debe cumplimentar el juez de su domicilio, y como ejecutor misto no escederse de lo que previenen, á escepcion de lo que se esplicará mas adelante (a), y si deniega el cumplimiento, ó se teme que le deniegue, debe el re-

(a) Cap. 2, nn. 238, &c. y 245.

quirente ó la parte acudir y representar al superior inmediato, á fin de que los ausilie y le imponga pena para que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar cuando el juez del negocio no quiere espedirlos al otro, ó es moroso en ello por dolo ó malicia, pues por este hecho, probado que sea, debe pagar á la parte los gastos y daños que le ocasionó, estándose sobre ellos á su juramento (*a*), lo cual es corriente en la práctica. Pero si en el mismo despacho se encuentran méritos suficientes para no cumplimentarle, sea por no ir documentado, ó por incluir algunas escepciones legales que justifiquen la denegacion, ó por no llevar el tratamiento político que corresponde al juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorándose si es lego con letrado, como lo he visto practicar.

136 Siendo ordinarios, asi el juez requirente como el requerido, no debe cometer el esceso de mandar á éste, ni de conminarle con multa ni otra pena, porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues el igual no tiene imperio sobre otro igual y mucho menos el inferior sobre el superior; lo cual se entiende aun cuando sea togado y por esta razon mas digno, porque el honor de la toga es personal, y no da mayor jurisdiccion que la ordinaria, en cuya atencion el requerido puede exortarle á que se abstenga de imponer dichas penas, y no se esceda en su jurisdiccion ni facultades, ó retener el despacho original y quejarse con él de sus procedimientos al superior para que le contenga.

137 Mas si el juez requirente es comisionado del Príncipe ó de tribunal superior, puede en vista de la inobediencia, y no antes, no solo conminarle, sino tambien exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad á quien representa y cuyas veces hace le concede tácitamente jurisdiccion y facultad para mandarle y obligarle á obedecer, respecto de que por política no obedeció. Y si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar éste suplicatoria y no exorto, segun se practica.

138 El otro medio que las leyes conceden al actor es la via de *asentamiento* para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, proceda por accion real ó personal, de lo cual tratan las tres del t. 11 lib. 4 R. y el tit. 8, P. 3; y sin embargo de que no se estila en esta córte ni en otras muchas partes, por cuya razon

(*a*) Ley 9, tit. 7. P. 3.

no trato de él puede usarse, y si el actor elíge vía de prueba, aunque sea contra menor contumaz, puede dejarla y usar de la de asentamiento (*a*).

139 No incurren en contumacia, aunque no comparezcan ante el juez de la causa, los siguientes: el que es mayor ó igual á él: el clérigo mientras celebra ó está en las horas canónicas: el religioso y otros que se hallan bajo de obediencia, pues la citacion se debe entender con sus prelados: los que por grave enfermedad, servicio de la república ú otro motivo semejante estan impedidos de comparecer, si bien estos lo deben hacer por procurador: los novios en el dia en que se casan: el que va acompañando algun cadáver de su casa ó de la de su señor, amigo ó pariente hasta que esté enterrado: los menores, locos, pródigos y mentecatos que tienen curador: los diputados ó comisionados por el Rey ó por su señor, ciudad ó villa, mientras estan en su comision: el pregonero interin pregona; ni tampoco el que está llamado por juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el superior. Todos los demas deben comparecer por sí ó por medio de procurador, aunque gocen de privilegio; mas en este caso será únicamente á hacerle ver que no es juez suyo ni puede conocer de sus negocios (*b*), ó practicarán lo dicho en el núm. 107.

140 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive con honestidad para ir ante el juez personalmente sino por procurador; pues si hay que tomarle alguna declaracion debe el juez ir á su casa, o enviar escribano que se la reciba; pero si en las criminales que le muevan (*c*). Y si el juez quiso violentarla torpemente ó casar por fuerza con ella, ni debe emplazarla á ella ni á ninguno de su casa, ni aunque los emplace estan obligados á ir ni á enviar personeros, por lo que en este caso debe el demandante usar de su derecho ante otro juez del pueblo, y no habiéndole, ante el mayor de aquel territorio (*d*)

141 Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dejó herederos conocidos por testamento ó abintestato, y estos no han admitido ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique a todos que la admitan dentro de un breve término que se le prefina, y acep-

(*a*) Ley fin. del cit. tit. 11. Esplican la via de asentamiento. Paz, Práct. tom. 1, part. 2, y tom. 2, part. 1, cap. 3 y 4, y la Curia Filip. § 14, nn. 11 y 12. (*b*) Ley 2, tit. 7, P. 3. (*c*) Ley 3, tit. y P. cit. (*d*) Ley 6, tit. 7, P. 3.

tándola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo practicará cuando callan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el juez ha de haberlas por acusadas, prefiniéndoles en cada una otro competente segun la distancia, para que acepten ó repudien, y apercibiéndoles en el último que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será á tenerla por aceptada ó repudiada; bien que si acudieren, aunque sea en el último, pretendiendo les conceda el legal (*a*) para deliberar, se le debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna se estimará haberla aceptado, por lo que el actor seguirá con ellos la demanda ordinaria ó ejecutiva que corresponda; y si uno solo la admite, se deberá entender con él.

142 Y si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los parientes inmediatos por su órden hasta el cuarto grado contado por derecho civil; y no queriéndola estos ha de solicitar aquel ante todas cosas para evitar nulidad que el juez nombre defensor á los bienes, con el cual se entiendan la demanda y diligencias sucesivas: que se inventarien y custodien para evitar su estravío, y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano y seguro que cuide de ellos. Mas si por falta de parientes conocidos, para cuya averiguacion se deben fijar edictos llamándolos, segun lo previenen las leyes, ó por repudiar todos la herencia, recayere en el fisco, se ha de entender la demanda con el fiscal real.

143 Del mismo modo se debe proceder cuando el marido, su heredero ú otro acreedor quiere demandar á la muger ó al suyo, pues deben pretender se le prefina término para que acepte ó repudie los gananciales, segun se observa.

144 Compitiendo accion contra cautivo se ha de nombrar defensor á sus bienes, y sustanciarse con él los autos (*b*), como tambien cuando compete contra el ausente en paises ultramarinos ú otros remotos, si no tiene apoderado en el pueblo del juicio, ni se espera pronto su regreso, porque esperándose se ha de aguardar á que venga; mas no cuando dejó procurador ó apoderado, en cuyo caso se ha de entender con éste y no nombrarse defensor, para lo cual el actor debe probar la ausencia y la ignorancia de estar próxima su venida.

(*a*) Se habla de él en la I. P. cap. 5, §. 8; y en ésta, lib. 1, cap. 1. (*b*) Leyes 4, tit. 29, P. 2, y 12, tit. 2, P. 3.

145 Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como pariente suyo inmediato, ha de justificar por fama pública del pueblo su fallecimiento, ó á lo menos que se ignora su paradero ha mas de diez años, 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 que produzcan, al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que venga (*a*), como para otros casos lo previenen dos leyes recopiladas (*b*), y no pudiendo probar ni uno ni otro, ni sabiéndose de su vida ó muerte, se deben entregar sus bienes bajo de fianzas á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma.

146 Si el ausente tiene acreedores, y estos piden que se nombre defensor ó curador á sus bienes, basta que conste estarlo en partes remotas y que no se espera pronto su venida, para que se nombre, y con él se han de sustanciar los autos, y valdrá lo que haga sin dolo, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí (*c*). Pero esperándole en breve se han de aguardar los acreedores, y no ha de nombrarse defensor.

§. IV.

De las clases de escepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que se le concede para ello.

147 Notificada la demanda al reo, y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe mirar si tiene alguno de los defectos esplicados difusamente en el §. 2, ó le compete contra el demandante alguna escepcion para oponerla en el tiempo y forma que el derecho dispone (*d*). Llámase escepcion *todo cuanto el reo oponga contra lo que se exige de él* (*). Las escepciones, por otro nombre artículos, se dividen en *mere dilatorias y temporales*, *en mere perentorias* y

(*a*) Ley 14, tit. 14 P. 3. (*b*) Las 4 y 24, tit. 21, lib. 4 R. ó 4 y 5, tit. 17, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 2, tit. 12 P. 3. (*d*) Prœm. del tit. 3 P. 3.

(*) Escepcion en rigor es la defensa que el reo opone á la accion que por derecho compete al actor, por manera que toda escepcion es defensa y no toda defensa es escepcion; pero nuestros AA. suelen llamar escepciones á todas las especies de defensas del reo, y nuestras leyes, como puede verse en las 8 y sig. tit. 3 P. 3, y 1, tit. 5 lib 5 R. ó 5, tit. 16, lib. 7 N. R. usan indistintamente de las voces escepcion y defensa.

perpetuas, en mistas ó anómalas, y en *perjudiciales.* Las mere dilatorias son las que defieren en el ingreso ó el curso del juicio principal; pero no ponen fin á él, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que procura divertirle y entretenerle, para que tal vez cansado desista enteramente y se transija con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia, ó por otros fines.

148 De estas escepciones unas son relativas al juez, otras al actor y otras á la causa ó proceso. Las primeras son la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion, (*) y la recusacion por sospechoso para inhibirle del conocimiento del negocio. La primera se ha de proponer antes que todas las demas, pues de omitirla el reo se sujeta á él, le proroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal, lo cual no sucede con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y á veces espresion y justificacion de las causas porque se hace, como se dirá despues: en cuya atencion la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun cuando exija mayor exámen é indagacion: requiere especial y espresa declaracion, la cual no es precisa en las otras escepciones; y de ella puede conocer el propio juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia, pues solamente se llama asi aquella de la cual se sigue algun daño ó provecho á alguno, y aqui ninguno se sigue al juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplia la de su oficio: debiendo esto entenderse, ya sea requirente, ya sea requerido, especialmente si se controvierte entre partes.

149 La prorogacion de jurisdiccion se puede hacer de cuatro maneras: la primera es de persona á persona, como cuando el juez la tiene limitada en un pueblo ó territorio, y algunos de otro se convienen en que su asunto se ventile ante él y determine, pues puede hacerlo sin embargo de no ser súbditos suyos.

150 La segunda es de *cantidad á cantidad*, ó *de cosa á cosa*, como cuando un juez tiene jurisdiccion para entender solamente en negocios que no escedan de cantidad determinada, y no obstante, los interesados quieren que el suyo que es de otra mayor, se trate ante él

(*) En el tit. 2, lib. 4 de la N. R. se trata de la decision de competencias, y por lo tanto nos remitimos á él en este lugar, omitiendo insertar aqui las muchas reales órdenes que se copiaron sobre aquellas en el tomo de nuestras adiciones.

en cuyo caso por el consentimiento de aquellos se prorroga su jurisdiccion de la cantidad menor á la mayor. Del mismo modo puede prorogarse de una cosa cierta á otra diversa, con tal que el juez sepa la prorogacion.

151 La tercera *es de tiempo á tiempo*: v. gr. un juez delegado tiene jurisdiccion para conocer de cierto negocio que debe determinar precisamente dentro de un año, y acabado éste quieren las partes prorogarle la jurisdiccion que espiró, pues pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision.

152 La cuarta *es de lugar á lugar*, como cuando el juez de un territorio conoce en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes, en cuyo caso vale la próroga de jurisdiccion, siempre que el juez del lugar preste espresamente su permiso: si bien algunos AA. afirman ser bastante el tácito, que es que sabiéndolo no se lo prohiba. Lo mismo procede, cuando acostumbra hacer audiencia en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jusisdiccion. La jurisdiccion de delegado se puede prorogar de los tres modos últimos, pero no de persona á persona.

153 Tambien puede hacerse espresa y tácitamente la próroga de jurisdiccion: espresamente es, cuando las partes consienten llanamente en tratar su negocio ante juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento; y tácitamente, cuando el reo permite ser reconvenido ante juez incompetente y no declina su fuero; acerca de lo cual dicen algunos que para que no pueda invalidarse esta prorogacion tácita, ni el reo arrepentirse, se requiere de su parte la contestacion del pleito: y otros afirman ser suficiente que antes de ella proponga alguna escepcion dilatoria, y que el juez la determine, cuya opinion es la mas corriente. Pero esto se limita, cuando al tiempo de proponer la escepcion protesta que no consiente en el juez, y despues no hace ningun acto que induzca la próroga de su jurisdiccion.

154 Mas para evitar dudas y disputas, y que el juez pase adelante, deben concurrir tres circunstancias. La primera es, que la protesta sea espresa y no tácita ó genérica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta cláusula: »Sin que sea visto atribuir ni prorogar á V. mas jurisdiccion que la que por derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda á que no debo responder, y bajo la protesta de contestarla en el término competente ante quien corresponda,

siendo digna de contestacion, no en otra forma, y de usar de todas las acciones y recursos que me pertenecen, cuándo y dónde me convenga; V. en justicia se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarándose por no juez de él, y mandando á dicho Fulano que use de su derecho donde, contra quien, y como lo tenga por conveniente: sobre la cual formo artículo de prévio y especial pronunciamiento protestando la nulidad de cuanto se haga pasando adelante; pues debe hacerse como lo pido, por lo que resulta de autos y aquí se espondra." La segunda circunstancia es, que no practique acto alguno que induzca la prorogacion, como cuando la escepcion ó artículo fue de no contestar, se recibió sobre él el pleito á prueba, y luego pide llanamente próroga del término: en cuyo caso se induce tácitamente por este acto la próroga de jurisdiccion. Y la tercera circunstancia es, que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueves dias de la ley, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision y descuido el derecho de usar de ella: lo cual he visto declarado en juicio. Con estas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el juez se declare por competente, puede tener por contestada la demanda en el auto de declaracion, y antes bien ha de concederle término para ello; ni se le debe reconocer por competente hasta que el auto se consienta ó ejecutorie, porque tiene fuerza de difinitivo y es apelable; y como que la demanda no está contestada, ni empezó el término de contestarla, puede oponer luego á un tiempo ó separadamente dentro del de la ley las demas escepciones dilatorias que tenga; y asi se practica.

155 Hay otros actos judiciales, por los cuales no se proroga tácitamente la jurisdiccion del juez, sin que haya contestado del pleito, y son: el primero, por pedir el reo traslado de la demanda ó término para el despacho de los autos, y responder lo que convenga á su derecho y defensa, pues esto es para deliberar lo que debe practicar: el segundo, por dar las fianzas de asistir á juicio y de pagar lo juzgado, porque en estas se entiende puesta la condicion, *de que no tenga causa para declinar ó recusar al juez*, y si la tuviere, ha de poder hacerlo (*a*) (*) el tercero, por hacer su confesion ante juez in-

(*a*) Carlev. tit. 1, disp. 1, n. 997.

(*) Y ¿ por qué en dichas fianzas se entiende puesta la espresada condicion? La razon de Carleval solo consiste en la autoridad de Bartulo y de otros AA.

competente, pues no es de creer que la hace espontáneamente ni por sujetarse á él sino solo por redimir la vejacion del apremio; mas para evitar toda duda conviene que lo esponga asi en la propia confesion, y el juez y el escribano deben admitírselo, como se practica en esta corte: el cuarto, por la contumacia, escepto que el juez incompetente se declare en vista de ella por competente; pues entonces, aunque el reo no sea súbdito suyo, como por su rebeldía se inhabilita de poder apelar y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla: el quinto, en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser espresa: el sesto en caso de una absoluta incompetencia, que es cuando el que se intitula juez, no tiene ninguna jurisdiccion, y entonces puede el reo oponer la declinatoria en cualquier parte del juicio, porque en nadie reside facultad para hacerse juez por solo el tácito ó espreso consentimiento de las partes, y quien ningun principio tiene de jurisdiccion, no puede tener prorogacion de ella: lo cual procede tambien, cuando la jurisdiccion es limitada á cierta especie de personas ó causas, pues no puede prorogarse á otras de diversa clase: el septimo, si hay error ó ignorancia continuada de hecho ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga y entienda hecha la prorogacion (*a*) (*) y el octavo, en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al juez competente, y no ha lugar la prorogacion del incompetente por el consentimiento de las partes.

156 Aunque el juez prorogado puede conocer y sentenciar, no poner en egecucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente.

157 Propuesta la declinatoria en los términos espresados se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el juez no puede pasar adelante, interin no se declare espresamente por competente, y se consienta ó egecutorie el auto, y si procede sin esta declaracion espresa, (pues no basta la tácita) es nulo el proceso. Si se pone la es-

á quienes cita. Sin embargo, á mi me parece que en nada menos que en las fianzas *de asistir á juicio y de pagar lo juzgado*, como manifiestan sus mismas palabras debe entenderse la condicion, *de que no haya causa para declinar ó recusar al juez.*

(*a*) Ley 15 tit. 22. P. 3.

(*) En vista de esto y de lo demas contenido en este núm. podrá decirse que son tantos los actos judiciales y motivos porque no se proroga tacitamente la jurisdiccion del juez, que casi seria mejor decir que no puede haber prorogacion tácita de jurisdiccion.

cepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede espedirse el negocio principal, debe el juez hacerla espresa ó tacitamente. Cuando se opone alguna otra dilatoria que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinenti y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que esta no quede ilusoria, ni el reo sea vejado con espensas inutiles. Lo mismo se debe practicar, cuando propone alguna perjudicial que de dejarse para difinitiva se sigue gravamen irreparable por ésta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas escepciones no es necesaria declaracion espresa, escepto que el reo la pida, y lo que se practica es recibir el pleito á prueba sobre lo principal sin mencionar la escepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

158 Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que asi se declare ante todas cosas, ni hace la protesta «de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte;" y el juez desprecia el artículo espresa ó tácitamente, ya no puede pretender término para contestarla, por haberse pasado, en cuya atencion puede el juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se ha por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las escepciones perentorias que se dirijan á enervar y estinguir la accion del demandante, aunque no las haya espresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion espresa, no debe el juez recibir el pleito á prueba despreciando el articulo, sino antes bien mandarle que conteste dentro del término de la ley, y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

159 Las escepciones concernientes á la persona del actor son las *de legitimacion*, no solo para pedir sino tambien para presentarse en juicio, como si el menor comparece sin su curador, el tutor en nombre del pupilo sin acreditar su encargo, el procurador sin poder ó con él, pero diminuto, oscuro y sin facultad especifica, cuando el negocio la exige: el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle, el escomulgado vitando, el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella ó tiene prohibicion legal de comparecer en juicio; pues sea en el civil ó criminal ordinario ó ejecutivo, estraordinario é impropio, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el actor su persona.

160 Pero se duda, si debe legitimarla al principio del pleito antes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba ó antes de la sentencia; y Carleval (*a*) conciliando los muchos AA. que cita, distingue dos casos. El primero es, cuando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, como por egemplo el heredero y donatario, los cuales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, sino producir los documentos de tales antes de la sentencia; porque estos mas sirven para justificar lo que piden que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: lo cual se estiende al cesionario, cuando litiga como tal en su propio nombre y como mandatario de éste valiéndose de las que como á dueño le competen. Mas esto se limita en primer lugar, cuando el actor hace mencion en la demanda, como debe hacerla, de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entonces ha de manifestarlo antes de la contestacion del pleito, pidiéndolo el reo, para que éste delibere en su vista, si ha de litigar ó no: sino es que jure que no puede exhibirlo, por no tenerlo en su poder: en segundo lugar, en las causas ejecutivas, en las cuales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la ejecucion; y en tercer lugar, si por la ley se requiere alguna cualidad para que sea admitido al juicio, porque en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley exige; bien que si el reo no la escepciona, se puede proseguir el juicio sin este requisito.

161 El segundo caso es, cuando el actor demanda en nombre ó como procurador de otro, y entonces aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en la causa antes de la contestacion, pues de no hacerlo le obstará la escepcion, *á tí no te importa, ó de no importarle*, y podrá el juez repelerle de oficio, porque es injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretesto de que lo hace por otro, á mas de que esto seria burlarse del juez. Por tanto, nuestro derecho real (*b*) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro; mientras no acredite con el poder tener facultades para ello; é impone pena á los escribanos y relatores del Consejo y audiencias: á los primeros, si pasan á éstos los autos antes que los poderes esten firmados por bastantes de los abogados de las partes;

(*a*) De Judic. tit. 2 disp. 4. (*b*) Leyes 5, tit. 17, lib. 2, ó 4, tit. 7, lib. 4 N. R. y 2 y 3, tit. 2, lib. 4 R. ó 2 y 3, tit. 3, lib. 11 N. R.

y á los segundos, si hacen relacion del pleito, sin que preceda esta circunstancia, en cuya observancia los jueces instruidos proveen este auto.» Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho, tráigase.» Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: »Presentando esta parte poder competente, entréguensele por el término ordinario los autos que pide.»

162 Se estiman y admiten tambien por escepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir incontinenti las fianzas ó seguridades que se piden, y deben dar en la causa, como son las de asistir á juicio y de pagar lo juzgado esplicadas en la Prim. Part. (*a*) la de no ofender, que es cuando alguno se queja de que otro le conminó, pues justificando no solo la amenaza sino tambien que quien le amenazó, suele poner en ejecucion las que hace, debe el juez compeler á éste á que afiance y asegure que no hará daño al querelloso, ni á su familia, ni en sus bienes por sí ni por medio de otro; la de aprobacion (*de rato*) que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder ó sin él bastante, ó como conjunto en los casos que prescribe el derecho, de que su parte tendrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleito: de la cual se habló tambien en la primera parte (*b*), la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con motivo del pleito se le originen en caso de que por no probar su intencion sea condenado y el reo absuelto: la de *indemnidad*, de que se trata asimismo en dicho cap. 19 y nn. cit. la fianza ó caucion que dá el reo preso en cárcel estrecha, cuando consigue, se le alivie y remueva á otra suave, ó que se le den villa y arrabales por cárcel, de subsistir en ella y no quebrantaria hasta que el juez se lo permita: la convencional en los contratos que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes: la de *mudanza de condicion*, como cuando el deudor que está obligado á pagar cierta cantidad á plazo terminado, va empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Soberano ó su Consejo manda dar al deudor que pretende espera ó moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acreedores, sin la cual no vale, ni le aprovecha; y segun el auto 79, tit. 4, lib. 2 R. no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos y ver su respuesta, y sin que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar en el tiempo de la concesion: la que los jurisconsultos llaman

(*a*) Cap. 29, nn. 40, 41 y 42. (*b*) Cap. 32.

Muciana, y se esplica en la Prim. Part. (*a*) la que cuando el testador legó ciertacosa ó cantidad á dia fijo ó con condicion, da á su heredero de que verificada ésta, ó cumplido aquel entregará al legatario su legado; la de *daño en hecho*, esto es, la que se da para asegurar y resarcir el daño que no ha habido, pero que puede haber: la de *usufructo* esplicada en esta Seg. Part (*b*): la que se da en las denuncias de obra nueva, de que asimismo se trata en la Prim. Part. (*c*): las de las leyes de Toledo, Madrid y demas que se hallan tratadas en el cit. cap. 19, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y real; todas las cuales son respectivas al litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, porque, como obligaciones accesorias y subsidiarias, no pueden subsistir sin las principales, ni surtir su efecto sino á falta de éstas, por ser fianzas puras y simples.

163 Las escepciones relativas á la causa ó proceso son la *litispendencia* sobre una misma cosa ante diversos jueces, ó ante uno y distintos escribanos, la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con siniestra relacion, *la de estar la demanda inepta ú oscura*, *la del pacto de no pedir en cierto tiempo*, *la de carecer el actor de accion para litigar*, *la de pedir antes que espire él plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (*d*), las cuales debe oponer el reo antes de la contestacion, á no ser que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante en que el reo no haya intervenido, ó que la misma escepcion anule el proceso; en cuyos dos casos en cualquiera parte del juicio que las advierta, puede oponerlas, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

164 De estas escepciones se esceptua la acumulacion que motiva la litispendencia, pues no solo se puede pretender en cualquiera parte de la causa aun fuera de los dos casos espresados, sino que pasado el término de oponerla se concede la restitucion por entero, para que la persona privilegiada no sea vejada en diversos tribunales sobre una misma cosa.

165 En la acumulacion de autos y procesos por causa de la litispendencia se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les origine detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de suerte que la dada en un juicio pueda servir de escepcion en el otro; y ac-

(*a*) Cap. 5, n. 1 y 82. (*b*) Lib. 1, cap. 7. (*c*) Apénd, §. 10. (*d*) Ley 9.

cesoriamente los jueces y escribanos por su utilidad pecuniaria y regalia de jurisdiccion.

106 Para que haya litispendencia, es menester que el juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo haya sido citado é instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que si no lo está, sea por no dejarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben sufragar su dolo y malicia, ni por su contumacia ha de constituirse de mejor condicion que el obediente (*a*). Y es de advertir que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, escepto que sea por razon de dote, ó arras, ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, ó en los juicios universales en que el juez permite, porque asi lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su familia (*b*): de suerte que fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, ó no pudiendo ser, subrogar otra en su lugar; y asi el rescripto ó privilegio que pendiente el pleito se obtiene sin mencionarle, no perjudica á la parte contraria, por ser subrepticio; bien que por la litispendencia, lejos de privarle al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad, subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le causaba injustamente un grave daño despojándole sin ser vencido, y estando por él la presuncion de ser verdadero dueño y poseedor.

167 En esta suposicion debo sentar como incontrovertible, que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por cualquiera de las tres causas siguientes. La primera es, porque la cosa juzgada produzca escepcion 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 á escepcion ante el otro (*c*).

168 La segunda es, por litispendencia, ó por razon de pleito pendiente sobre el dominio ó cuasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga ó posesion de ella), y asi no debe continuarle un juez habiéndole otro prevenido en su co-

(*a*) Clementin. 2 Ut lite pendente. (*b*) Ley 13, tit. 7, P. 3. (*c*) Cap. 1 de litis contestacion, y cap. 2 de Exception. in 6.

nocimiento. Lo mismo procede, cuando el deudor forma concurso voluntario ante cualquier juez suyo, pues puede pedir y hacer que se acumulen todas las causas que penden contra él ante otros, háyanse movido antes ó despues de formado, y formalizar esta pretension ante el del concurso en cualquier estado del pleito. Tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque haya pasado el término prescripto para oponer las escepciones dilatorias, porque como juicio universal aboca á sí todos los particulares, segun se dirá despues.

169 La tercera es, porque no se divida la continencia de la causa (*a*), lo cual puede suceder en seis casos: el primero, cuando concurren las tres identidades de *persona* (aunque sea por representacion), *juicio y cosa*: quiero decir, cuando es una la accion, son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden: el segundo, cuando la accion es diversa, mas la cosa y litigantes son los propios: el tercero, cuando la cosa es distinta, mas la accion y litigantes son los mismos: el cuarto, cuando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosa sean diferentes, como la accion de tutela, por la cual se procede contra muchos tutores, ó cuando los acreedores litigan contra su deudor, sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, y por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular: el quinto, cuando la accion y la cosa son unas mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos*, por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos (*b*), aunque en ellas haya edificios ó árboles, el de division de herencia (*c*), el de particion de cosa perteneciente á muchos (*d*), el de tenuta y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio ni vejacion de las partes, y así se han de tratar ante un juez, para que viendo á un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca; y el sesto, cuando los juicios son y se reputan como un género y especie.

170 Pero se esceptuan siete casos, en los cuales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El primero es, cuando la parte no lo pide, ni opone esta escepcion; pues el juez, como que no es interesado en ello, no

(*a*) Cap. 1 de Caus. possession. & propiet. y cap. 5 de Litis contest. in 6.
(*b*) Finium regundorum. (*c*) Familiæ erciscundæ. (*d*) Communi dividundo.

debe hacerla de oficio: el segundo, cuando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr uno del eclesiástico y otro del secular: el tercero, cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la escepcion y beneficio que le competia, escepto que satisfaga las costas y siga luego ante él su justicia, que entonces le recuperará con este acto: el cuarto, cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleito, ó hay otras causas justas para la division de su conocimiento, como si dos reos, uno clérigo y otro lego, son cómplices en un delito, ó el negocio toca á entrambos; pues debe tratarse ante el juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, lo cual he visto resuelto en el Consejo en pleito que he seguido: el quinto, en las ejecuciones, pues el ejecutante puede acudir ante distintos jueces para la mas pronta esaccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni escluye al otro (*): el sesto, cuando los procesos están en diversas instancias; v. gr. uno en primera y otro en segunda ó tercera; y el séptimo, por razon del contrato jurado, pues aunque entonces adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico, no debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como se ha sentado en el n. 29.

171 Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó injuriados, ha de hacerse al del juez que debe conocer de la causa, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno

(*) Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios ejecutivos, y que puede el ejecutante recurrir á diversos jueces para la mas pronta exaccion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los jueces sensatos esta doctrina que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon solida. Dícese que en los juicios ejecutivos se procede sumariamente, y que por lo tanto en ellos no se causa instancia; pero prescindiendo de que suelen alargarse mucho por ampliarse ó quebrantarse á cada paso los términos que juiciosamente prescriben las leyes, solo puede inferirse de aquella razon que hay mayor motivo para admitir la litispendencia en las causas civiles que en las ejecutivas, no que en estas haya de permitirse á los acreedores vejar á sus deudores y molestar á los jueces con muchos juicios. La razon general de que nuestras leyes desean y procuran disminuir y abreviar los pleitos, es mas poderosa que todos cuanto á favor de su opinion puedan decidir los comentadores. Así pues, yo desearia que se observase en las causas ejecutivas lo que se dice en el número anterior acerca de la continencia de la causa.

ó condecorado; y si los escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, fuese á pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la ejecucion de cosa juzgada ó evicion, cuando ante el escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. Y con el auto en que se manda al escribano que vaya á hacer relacion, y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion para que les conste, y usen de su derecho; debiendo estenderle el que llamó al otro, con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él y no por ante el requerido se principió.

172 Y si los autos penden ante dos jueces, uno mas condecorado por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si los ambos lo son, es Consejero el uno y el otro alcalde ú oidor de audiencia ó chancillería, ó el uno con el honor solo de la toga y el otro con destino en tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas condecorado que el escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de éste se acumulen á los del otro, ó por el contrario, segun deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo menos digno, y el escribano del juez mas condecorado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el juez de menor graduacion es comisionado del Rey ó tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, respecto de la cual es mas que el juez particular mas condecorado: todo lo cual he visto practicar siempre en esta corte, y es conforme á razon.

173 Declarándose haber lugar á la acumulacion debe el escribano á quien se quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero cuando no ha lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como les convenga, no esta obligado á su entrega ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (*a*), y que á

(*a*) Ley 1, tit. 27, lib. 4 R. vers. Item de cualquiera proceso que se remitiere ó 18, tit. 15, lib. 7, N. R.

este efecto el juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios citando con estos á la parte contraria, para que si quisiere se halle presente á verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto que se declare haber ó no lugar á la acumulacion, se ha de espresar haber hecho relacion cada escribano de los que pendian en su oficio, y si unos y otros penden ante uno solo, no es necesario compulsorio para sacar dichos testimonios, porque en virtud y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner: todo lo cual he visto practicar siempre sin disputa. Ademas, mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó ejecutorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio le suspende hasta que se decida.

174 Escepciones mere perentorias se llaman las que estinguen el derecho del actor, de suerte que siempre le obstan, como las de no haberse entregado el dinero, de *prescripcion, solucion, juramento de no pedir la deuda en juicio, pacto perpetuo de no pedir, simulacion de contrato, dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase: de miedo grave que le impelió á constituir la obligacion*, y otras semejantes, las cuales deben oponerse despues de la contestacion (*), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia difinitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenado al reo segun los méritos del proceso.

175 Las escepciones *mixtas* ó *anómalas* son las que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, como la de cosa juzgada, transaccion, pleito acabado, paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya (*a*) (**). Pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y á veces no solo antes de ésta como dilatorias, ó como mas haya lugar, y puedan contribuir á la justi-

(*) Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas, pues alegar por egemplo el demandado que ha satisfecho la deuda ó que se obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda.

(*a*) Cap. 1 de Litis contest. in 6.

(**) Entre las escepciones mere perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga que pone asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase *todas las que acreditan que el demandante procede sin accion, por no haberla tenido ó no tenerla ya*, lo cual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de mere perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las escepciones el miembro de mixtas ó anómalas que en mi concepto menos que para dar claridad sirve para causar confusion.

ficacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes, sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para elidir y enervar la accion del demandante que es el primario y único fin á que se dirigen.

176 Si oponiéndose antes ofrece el reo probarlas incontinente que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, á menos que requieran mas escrupuloso exámen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo cual se deja al arbitrio del juez, por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para difinitiva, segun ha de hacerse tambien, cuando se oponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere órden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del juez; y lo otro, porque para el pleito que consiste en mero derecho, no conceden término las leyes, por no ser necesario hacer justificacion y estar resuelto en él lo que el juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las espresiones dilatorias concernientes á los méritos de la causa (*a*) (*).

177 Tambien se deben espedir ó definir antes de pasar adelante las relativas al proceso que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se han de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos antes del probatorio y otras semejantes.

178 Aunque una ley de Partida (*b*) ordena que si el juez conoce que el ánimo del reo se dirige á diferir el pleito con las escepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, pasar adelante; otra recopilada (*c*) prescribe el en que debe ponerlas; y segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del juez, de cuya órden se le emplazó, tiene 9 dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales desde

(*a*) Cap. 1 cit. de Litis contest.

(*) Es escepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (n. 14 cit.) la de pedir el actor antes del plazo estipulado.

(*b*) La 9, t. 3, P. 3 verb. Otrosi decimos. (*c*) La 1, tit. 5, lib. 4 ó 1, t. 7, lib. 11 Nov. Recop.

el dia de la citacion ó emplazamiento esclusive para oponer y justificar las escepciones dilatorias, pasados los cuales no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, escepto que de no admitirse se le siga un grave perjuicio ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces con conocimiento de causa puede el juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion, se cuentan los 9 dias desde el siguiente al del ultimo y perentorio termino que el juez con consideracion á la distancia le asigno para comparecer (*a*).

179 Y para legar y oponer las perentorias, de cualquier calidad que sean, le prefine la ley otros 20 dias, los cuales empiezan desde que se concluyen los 9 referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el juez, escepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, como tambien que hasta entonces no llegaron á su noticia: en cuyo caso no probándolas en el término que el juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion sin esperar á la difinitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (*b*).

180 En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas escepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (*c*): 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 á causa de ignorarle; y así se practica.

181 Lo espuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitucion por entero, porque éstos la tienen para poner y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez, con tal que sea antes de la conclusion para difinitiva; pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (*d*). Y el juez debe suplir de oficio la escepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; y si consiste en he-

(*a*) Dicha ley 1 que dice: »Contados del fin del término de la carta de emplazamiento. (*b*) Ley 1 cit. (*c*) Ley 5 cerca del fin tit. 5, lib. 4 R. ó 1, tit. 13. lib. 11 N. R (*d*) Leyes 5 y 6, tit. 5, lib. 4 R. ó 1 y 2, tit. 13, lib 11 N. R.

cho, es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana sin ser necesario espresarla.

§. V.

De la contestacion de la demanda y de sus efectos: cómo y dentro de qué término debe hacerse.

182 La contestacion en los juicios es la respuesta asertiva ó negativa que da el reo á la demanda del actor (*a*). Es el fundamento, basa y piedra angular del juicio, y tan sustancial y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite es nulo el juicio. Puede hacerse espresa ó tácitamente: espresamente, cuando el reo comparece en él por sí ó por su procurador con poder bastante, y responde á la demanda confesándola ó negándola; y tácitamente, cuando por su contumacia ó rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley (*b*) (*).

(*a*) Leyes 1 tit. 10 P. 3 y 1 tit. 4 lib. 4 R ó 1 tit. 6 lib. 11. N. R. (*b*) La 1 citada.

(*) En este §. en que es demasiado breve el autor, nada habla acerca de cuando el reo contesta afirmativamente, sobre cuyo punto dice el Sr. conde de la Cañada: »Cuando la contestacion se hace llanamente y de buena fe confesando la obligacion en los términos que la propone el actor, impide el progreso del juicio, y no deja mas partes al juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide concediéndole término competente: asi lo dice la ley 7 tit. P. 3.» Pone las palabras de esta ley y otras, y prosigue asi, »Es de observar por el contesto de las enunciadas leyes que el deudor puede hacer la *conociencia* de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera, cuando el acreedor la pidiere ante juez competente como preliminar á su demanda; y antes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente difinitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el juez sin dar lugar á pleito ni demanda: la segunda, cuando responde á las posiciones del actor despues de contestada la demanda ó en el mismo acto de la contestacion; y entonces procede el juez á dar su sentencia difinitiva estando el pleito concluso. La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el juez, aunque no la haya en el efecto de su ejecucion; consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia difinitiva, y se suple con el precepto de pagar que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas, y asi produce ejecucion.» Despues añade. »De la sentencia ó mandamiento que diere el juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor en los términos y con la diferencia

183 Muchos efectos produce segun derecho la contestacion. El primero es, que una vez hecha no puede el demandante arrepentirse, dejar de proseguir la causa hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado, ni al contrario éste contra la de aquel porque ya hay juicio, está trabada la lite, y pasa á casi contrato que se celebra entre los litigantes, lo cual es permitido antes de hacerla y se practica. El segundo es, cerrar la puerta é impedir que se pongan la declinatoria de fuero y demas escepciones dilatorias, quedando sujeto el reo al juez y obligado al actor. El tercero es, interrumpir la prescripcion de accion, aunque se haga ante juez árbitro. El cuarto, constituir en mora y de mala fe al reo en cuanto á los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en la causa, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es, que siendo válida, se perpetua la accion personal por 40 años. El sesto, que el procurador que la hace, puede sustituir despues el poder que se le confirió, y con él y no con el dueño se deben entender todas las diligencias que ocurran en la causa, mientras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada y no mas, pues su ejecucion ha de ser con el dueño en persona. El séptimo, que despues de contestado el pleito se puede proceder á la recepcion de testigos, que antes no tiene lugar sino en los casos espresados en los nn. 101, 102 y 103, de que tratan las leyes 2, &c. y 8 tit. 16 P. 3. Y el octavo efecto es, que una vez contestado el pleito, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el procurador que le contestó continuarle hasta su decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder ni le den otro, con tal que no elijan nuevo apoderado (*a*).

indicada, no hay apelacion: Gregorio Lopez in leg. 7. tit 3 P. 3 glos. 1.» Finalmente dice. Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion y se ofreciese á probarlo, debe ser admitida, y se revocará la sentencia dada por consecuencia de su confesion, si probare su error en el juicio de apelacion: Gutier. *de Juram. confirm. part.* 3, *cap.* 3, *n.* 4 *et* 5: Gregorio Lopez, *in leg.* 16. *tit.* 23, *P.* 3, *glos. de la Sentencia*: Ceballos, *Com. cont. com q.* 669. La razon es clara, porque nada es mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificandose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que tenia, caducando éste con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo menos debe revocarse." (*Inst. Pract. part.* 1, *cap.* 4, *nn.* 14, 15, 16, 17 y 19.)

(*a*) Otros muchos efecto produce la contestacion que pueden verse en la ley 8, tit. 10, P. 3. Tambien pueden verse sobre revocacion de poder, &c. los nn. 17, 18 y 19, cap. 32, P. I.

184 Debe contestar el reo la demanda ante el juez y escribano de la causa, si pueden hallarse, y si no, ante otro escribano y testigos con palabras claras y terminantes dentro de los mismos 9 dias siguientes al de la citacion ó emplazamiento en que debe oponer las escepciones dilatorias, los cuales corren de momento á momento, aunque sean feriados, por lo que en estos y aun de noche se puede hacer, esté presente ó ausente el actor; y no contestándola en ellos, la ley la ha por contestada, y al reo por confeso en pena de su contumacia ó rebeldía (*a*) (*). Si el pleito es sobre alcabalas, ha de hacer la contestacion dentro de 3 dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda (*b*).

185 Aunque la malicia de los que procuran dilatar y vejar á sus contrarios, ha querido introducir que solo se cuente cualquiera término desde que toman los autos, y se les notifica algun traslado, no los toman hasta el último dia en que debian evacuarle, de modo que hacen que los tres dias que tienen regularmente para responder á él, sean 9 ó mas, causando notables daños á sus colitigantes, no se debe permitir tan injusto proceder, y asi se ha de contar cualquiera término desde el dia de su notificacion esclusive, de suerte que si en el en que espira, toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el contrario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ninguna manera ha de contribuir el juez ni escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que desean y ordenan justamente la brevedad en los pleitos, se dilaten y causen gastos y

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 4 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 6 lib. 11. N. R.

(*) »Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las escepciones dilatorias que podria poner el demandado si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias. — Induce tambien en esta presuncion un efecto de prueba de la demanda que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de escepcion contra la confesion presunta que considera la ley haber hecho no compareciendo dentro de los 9 dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley.— Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldia quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia difinitiva.» El señor conde de la Cañada (lug. cit. nn. 22, 23 y 24) que funda esta doctrina en la citada ley 1, y principalmente en la 1 t. 11, lib. 4 R. ó 1 tit. 5 lib. 11 N. R.

(*b*) Ley 5 tit. 7 lib. 9. R.

estorsiones á los que proceden de buena fe.

186 Para tener al reo por contumaz son precisas dos cosas segun la práctica inconcusa de los tribunales: una, que el actor le acuse la rebeldía; y otra, que el juez lo declare; por lo que si muere antes de la contestacion, no pasa la pena de contumacia á sus herederos, y sí despues, se debe hacer saber á estos el estado de los autos para que salgan á su defensa, elijan otro procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará; y por lo mismo aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los 20 dias siguientes al de la contestacion las escepciones perentorias. Pero si no quiere contestar, porque el procurador del actor no legitima su persona, no está obligado á ello, ni se le debe tener por confeso, ni el juez ha de proceder á la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion.

§. VI.

De la reconvencion y sus efectos: dentro de qué término y ante qué jueces debe hacerse; y en cuáles causas tiene ó no lugar.

187 Como muchas veces competen á los demandados, no solo escepciones para enervar y elidir las pretensiones de los demandantes, sino tambien acciones para reconvenirlos judicialmente, y por evitar gastos en nuevos pleitos, ó en acudir ante sus propios jueces, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio; convendrá tratar de la reconvencion, mayormente cuando nuestros AA. han hablado muy poco de ella.

188 La reconvencion *es una nueva demanda que el reo pone al actor despues de contestada la que éste le puso.* Puede hacerla el que tiene facultad para comparecer en juicio no habiendo espresa prohibicion; pero no se permite al actor que demande segunda vez, ó reconvenga en la misma causa al reo que le reconvino, lo cual es reconvencion de reconvencion, porque seria proceder en infinito (*a*): ni al reo escomulgado que reconvenga al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para escepcionar y defenderse, no para intentar accion, lo cual se hace en la reconvencion (*b*).

(*a*) Cap. 2 de Rescript. in 6. (*b*) Cap. 5 y 12 de Excep.

189 Tampoco se permite al reo que reconvenga al actor por lo que debe, cuando le demanda en nombre de otro, v. gr. si el tutor le pide lo que está debiendo á su pupilo, al clérigo como administrador de su Iglesia, &c. pues estos no son entonces verdaderos demandantes, sino los sugetos á quienes representan, y cuyas veces hacen (*a*).

190 Se diferencia la reconvencion de la compensacion: lo primero, en que el que opone ésta, confiesa el débito, no el que hace aquella, y asi conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvencion que de la compensacion: lo segundo, en que quien compensa no puede esceder de lo que se le pide, y para lo demas á que es acreedor, debe usar de la reconvencion: lo tercero, en que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvencion, mas no, siéndolo en ésta; y lo cuarto, en que aunque en la primera instancia se omita la compensacion, puede oponerse en la segunda, lo cual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no ha lugar á la próroga de jurisdiccion, como se espondrá despues.

191 La reconvencion causa cuatro efectos: el primero hacer que el proceso sobre la causa principal que sigo juntamente con ella, y que ambas sin embargo de ser diversas se determinen á un propio tiempo y en una sentencia, bien que por su orden, aunque la reconvencion sea de mas entidad: el segundo, dar y prorogar por derecho la jurisdiccion del juez que conoce del negocio principal (*b*), aun cuando no haya consentimiento de los litigantes: el tercero, que no está obligado el reo á responder á la demanda, si el actor no quiere contestar á su reconvencion, pues entrambas se han de tratar á un tiempo, y la condicion de los dos debe ser igual (*c*); y el cuarto efecto es adecuarse ambas causas de tal suerte que el modo de proceder que se observa en la una, se debe observar en la otra.

192 Esta prorogacion de jurisdiccion se puede verificar, asi de parte del demandante como del demandado: del demandante, cuando pide al demandado ante juez que no es suyo, y éste lejos de usar de la declinatoria reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente y le proroga la jurisdiccion; de parte del deman-

(*a*) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. (*b*) Leyes 32 tit. 2 verb. La tercera es: 20 tit. 4 y 4 tit. 10 P. 3. (*c*) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. y cap. últim. §. fin. de Juramento calumn.

do, cuando el demandante le demanda ante su propio juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvencion.

193 Se ven juntos á veces en los juicios de los dos primeros efectos de la reconvencion, y á veces solo el segundo: juntos cuando la demanda y reconvencion caminan á igual paso, se siguen á un propio tiempo, y determinan en una sentencia por el orden espresado; y el segundo, cuando la causa principal requiere brevedad por ser sumaria, y la reconvencion prolijo examen por ser plenaria, y no estar líquida ni poderse liquidar, ni probar con prontitud: pues en este caso el juez que conoce de la primera, proseguirá conociendo de la segunda, por manera que debe proferir sobre cada una su sentencia en su tiempo, y no aguardar á que se liquide y pruebe la reconvencion para decidir sobre la demanda, porque en esto haria agravio al actor.

194 No puede el actor dejar de responder ante el juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que ésta es admisible, puesto que por derecho se le proroga la jurisdiccion pudiéndose prorogar, y no le protege el privilegio que tenga; por lo que si se escusa á ello, se le debe denegar la audiencia sobre su demanda, como á contumaz, del mismo modo que si el reo no quiere contestar á ésta, se le tiene por confeso *ipso jure*; porque asi como quiso obtener justicia ante el juez que eligió contra el reo, asi tambien se halla obligado á responder á la reconvencion de éste ante el propio juez, por ser justo que ya que le escogió para que determinase á su favor, sufra que determine contra él (*a*) (*).

(*a*) Leyes 20 al fin t. 4 y 4 t. 10 P. 3.

(*) Si el reo solo puede ser demandado ante un juez, tiene poca fuerza la razon fundada en la aprobacion del juez para que el actor sea obligado á responder á la reconvencion, pues no ha de abandonar su justicia ó sus derechos, si tiene precision de litigar; y si se puede demandar al reo ante varios jueces, tampoco tiene mayor fuerza dicha razon, porque el actor ha de elegir forzosamente uno de aquellos. El Señor Conde de la Cañada tiene la espresada razon por *la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion*, y por la próxima y principal el beneficio público que se sigue de minorar y abreviar los pleitos por medio de la reconvencion. Al mismo tiempo dice que esto se ha introducido tambien en beneficio del actor para que no se le moleste ni distraiga con la nueva demanda del reo ante otro juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole á que por atender á la defensa de esta causa abandone la suya: por manera que aunque el reo puede esperar á que se determine la primera demanda, y proponer despues la suya ante el juez

195 En las causas civiles tiene esto lugar en tanto grado que aunque el actor que demandó al lego ante su juez, sea clérigo de orden sacro, y el reo le oponga la reconvencion por via de escepcion y defensa, ó por via de accion, deberá responder á ella ante el mismo juez segun la ley 57, tit. 6 P. 1. »Mas si el clérigo demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al clérigo, su demandador, allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede escusar por la franqueza que han los clérigos por razon de la Iglesia." Esta disposicion se funda en que el reo usa de la reconvencion para su defensa, y para que la accion del actor no le perjudique en mas de lo justo (*).

del fuero del actor, si quiere producirla estando aquella pendiente y en sus principios, ha de hacerlo precisamente en el tribunal del juez que empezó ó conocer de la primera demanda. Puede verse á dicho autor Inst. Pract. part. 1 cap. 6 nn. 5 y siguientes con especialidad en los nn. 24, 26 y 28. = En el n. 27 dice: »Si el reo que fue primeramente demandado en su fuero, tuviese al juez por sospechoso, se le auxilia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro juez libre de recelos para las dos partes, el cual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que antes estaba propuesta por actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del público y de las partes; debiendo observar el reo el término de veinte dias que se señalen en el citado *cap.* 2 §. 1 *de la novela* 96, para espilicar las sospechas y los recelos que tenga el juez antes de contestar la primera demanda, porque la contestacion induce aprobacion del mismo juez, y no podria tenerle despues por sospechoso, á no ser por alguna causa superveniente que debe alegar, jurar y probar »

(*) De esta última parte.... (refiérese esto á lo que se ha dicho antes del beneficio público que se sigue de disminuir los pleitos con admitir la reconvencion) puede nacer la ampliacion que se dió á las causas profanas de los clérigos para ser reconvenidos en los tribunales del juez lego sin embargo de la exencion que gozan.... pues como la debieron á la generosa mano de los príncipes seculares, de cuya opinion nadie podrá dudar con fundamento, segun se demostrará en lugar mas oportuno, no debe entenderse ni ampliarse en daño de la causa pública que estaba preservado por otras leyes particulares de los mismos príncipes, como sucede en las reconvenciones y mutuas peticiones. = He observado tambien en los muchos autores que tratan difusamente de las reconvenciones, que no tocan el punto de si los actores legos que ponen sus demandas á los clérigos en su fuero, podrán ser reconvenidos en el mismo sobre causas profanas; y sin duda procederá este silencio de no hallar motivo para dudar de que asi sea, guardando entera uniformidad entre clérigos y legos; pues asi como aquellos sin embargo de no poder renunciar la inmunidad de su fuero... se sujetan al real por efecto de la reconvencion, tambien los legos, aunque

196 Pero se esceptúan tres casos en que no podrá el lego demandado reconvenir al clérigo demandante ante el juez secular: el primero si la reconvencion es sobre cosa espiritual ó aneja á ella, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa de que el juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, aun cuando las partes lo consientan (*a*): el segundo, cuando es por delito que ha cometido contra el lego aunque éste le intente civilmente (*b*), pues milita la propia razon; y el tercero, cuando el lego injurió ó hizo daño al eclesiástico, ó le hurtó alguna cosa con ánimo de que éste le demandase ante su propio juez por la injuria ó delito, para poder reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, y si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion de juez que no era suyo (*c*).

197 Aunque segun derecho canónico se puede proponer la reconvencion en cualquiera estado de la causa para que surta el segundo efecto de la próroga de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (*d*); por el nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos 20 dias en que ha de proponer las escepciones perentorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno (*e*). De una y de otras se debe conferir traslado al actor, quien para responder á las escepciones tiene seis dias (*), y para la reconvencion,

les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico, ley 10 y 11 t. 1 lib. 4 de la Recop. ó 7 tit. 1 lib. 4 y 6 tit. 1 lib, 10 N. R. han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos." Sr. conde de la Cañada cap. 6 cit. nn. 29 y 30.

(*a*) Cap. 3 de Ordin. cognition. y cap. 5 qui filii sint legitimi. (*b*) Cap. unic. de Cleric. conjugat. in 6. (*c*) Cap. 15 y 16 de rescript. (*d*) Cap. 3 vers. Reus. quoque, de Rescript. lib. 6. (*e*) Ley 1 titul. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 7 lib. 11 N. R.

(*) »El término de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria: ley 2 tit. 5 lib. 4 de la Recop.; (ó 3 tit. 7 lib. 11 N. R.) y aunque toman dentro de este término los autos, rara vez los vuelven con su respuesta sino que la dilatan hasta que la parte á quien interesa la brevedad, solicita se apremie á la contraria, y asi se manda inmediatamente en ejecucion de la ley, porque es perentorio el término de les seis dias, y pasados, deben cumplir con ella volviendo los autos con la respuesta que diere; y sino la han podido estender y presentar, solicitan nuevo término para hacerlo, motivando alguna justa causa que se lo hayan impedido, ya sea por no haber hallado abogado que los defienda, ya por sus graves ocupaciones, que es la comun, ó por otras, en cuya consideracion concede el juez nuevo término para que cumpla con la presentacion del escrito:

si la hay, escepcionar, replicar y presentar escrituras que la enerven; nueve mas (*a*), contados unos y otros, segun se practica, desde el de la notificacion del traslado esclusive, pues corren de momento á

ley 28, tit. 16, lib. 2 de la Recop. (ó 2, tit. 6, lib. 11 N. R.) Aunque los jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus procuradores acceden siempre á estas pretensiones, por no dar lugar á que apelen de la denegacion del término pedido, y á que causen mayores dilaciones; pues no pudiendo precaverse todos los fraudes y malicias, es preciso tolerar el menor, que consiste en conceder un nuevo término competente y ajustado á la entidad y calidad de la causa, atendiendo igualmente á que en la denegacion del nuevo término que se pide, se interesa la defensa natural, y en cualquiera duda se debe atender á ella, aunque sea á costa de sufrir alguna pequeña dilacion en el progreso de la causa."

"El término de seis dias señalados por la ley para responder á los escritos de la parte contraria interpela por momentos al que debe hacerlo, y se dirige á remover la morosidad y malicia de dilatar el curso de la causa; y parece que no se logran estos fines, si el juez ha de conceder nuevos términos, las mas veces mayores que el primitivo de los seis dias, sin exámen ni conocimiento de la causa que motiva el procurador, viniendo á quedar en su arbitrio proponerla con necesidad ó con malicia."

"Por otra parte, si hubiera de justificarse la causa que se motiva para escusar la morosidad ó malicia en no haber respondido en el término de la ley, se añadirian gastos á las partes, y ocupándose el tiempo necesario en esta diligencia con suspension de la causa principal, resultaria que concediéndose el nuevo término, justificada la causa ó impedimento alegado, se acumulaban dos dilaciones; y aun cuando se negase la segunda, porque fuése aparente ó falsa la causa indicada, no podia escusarse la primera del tiempo necesario para la prueba, su conocimiento y decision; y no siendo ésta favorable á la parte que solicitara el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al tribunal superior."

"Estas prudentes consideraciones inclinan á esponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fe del procurador que nunca se presenta tan desnuda que no se acompañe en el concepto del juez de la causa de aquellas conjeturas de verosimilitud que ofrece la magnitud del proceso, la entidad y gravedad de lo que se litiga, y otras circunstancias para decidir á favor de un término competente en materia de poco momento."

"Sin embargo de esto, confiando el Consejo con mas justa razon en la integridad de los letrados, y persuadido de que no solicitarian dilaciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios de que estan encargados sin la debida seguridad en las causas que se motivan, ya sean por sus muchas ocupaciones en otras mas antiguas o de preferencia, ó por faltarles la competente instruccion de hechos que deben remitir los interesados, quienes lo ejecutan á veces á solicitud de los abogados, cuando conocen la necesidad de producirlos y justificarlos á su tiempo, ha mandado por regla general que no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleitos sin que los firme el abo-

(*a*) Ley 2, tit. y lib. cit. ó 3, tit. 7, lib. 11 N. R.

momento, aunque sean feriados, por manera que según nuestro derecho tiene el reo dos dias solos para contestar á la demanda y poner las escepciones dilatorias; contestada, puede proponer las perentorias

gado, en cuyo estudio se hallen, conciliando por este medio el adherir con la competente justificacion á la natural defensa de las partes, y el precaver el abuso de dilatarlos."

"La enunciada providencia del Consejo no se halló en las escribanías de gobierno, ni en las de justicia, ni en el archivo, pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su espedicion, y las causas que la motivaron, pero todos los que sirven estos oficios contestaron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar asi constantemente."

"A veces no quiere alguna de las partes tomar los autos para usar del traslado en el término de los seis dias señalados para responder al escrito contrario, y entonces pasado el término cae en rebeldía, y acusada por el litigante que se interesa en la brevedad, se estima y declara la causa por conclusa para los efectos que correspondan á su estado, como si efectivamente hubiera respondido y concluido: asi lo disponen y repiten las leyes reales con el importante fin ya indicado de que se abrevien los pleitos. La ley 51, tit. 4, lib. 2 de la Recop. (ó 2, tit. 15, lib. 11 N. R.) se esplica en los términos siguientes: "Ordena»mos y mandamos que en los nuestros Consejos y Audiencias para concluir los »pleitos en cualquier estado, no se espere la tercera rebeldia; sino que todo »lo que en los procesos se hacía y concluia fasta aqui con tres rebeldías, ansi »para sentencia difinitiva, como para autos interlocutorios, se concluya con so»la una rebeldía."

"El auto 2, tit. 24, lib. 2 dice, que »para concluir en el Consejo los negocios »en cualquier estado, no se espere la tercera rebeldia, sino que todo lo que en »los procesos se hacía, y concluia con tres rebeldías, se haga con una sola, »pasado el dia ó término que se diere para responder." Al mismo intento, y casi con entera uniformidad, dirigen sus disposiciones la ley 47, tit. 4 lib. 3: la 2, tit. 3 (ó 13, tit. 4, lib. 11 N. R.), y la 20, tit. 6, lib. 4 de la Recop."

"Este remedio de acusar las rebeldías ha sido admitido en todos tiempos y en cualquiera estado del proceso para estimular la actividad de los litigantes, y corregir su morosidad y malicia. Convienen tambien las leyes antiguas y modernas en que no pueda ni deba acusarse la rebeldía hasta pasado el término señalado para los actos que deben hacer los litigantes en el proceso, empezando desde los emplazamientos hasta la conclusion de la causa para la difinitiva" (Omítense nueve números y se prosigue)

"La ley 51, t. 4, lib. 2 (ó 2, tit 15, lib. 11 N. R.) y el auto acordado 2, tit. 24 del mismo lib. (ó ley 3, tit. 31, lib. 5 N. R.) dan ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es primitiva de los negocios que penden en los Consejos y en las Audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reino; porque su literal disposicion es reducida á los Consejos y Audiencias, y si hubieran querido estenderla por regla general á otros tribunales alterando el estilo y práctica que hasta entonces se observaba en ellos, parece lo hubieran esplicado asi, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1, tit. 18, lib. 4 de la Recop.; pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el

y la reconvencion dentro de los veinte siguientes, despues de los cuales no se le debe admitir ésta; y el actor tiene seis dias para satisfacer á las escepciones perentorias, y nueve para responder á la reconvencion.

198 De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presenten en satisfaccion á las escepciones perentorias y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á éste, para que en el término de otros seis dias responda á ella, deduzca sus réplicas, ó concluya; pues pasados no se deben admitir las escrituras, escepto que jure que las hubo de nuevo y vinieron á su noticia, en cuyo caso se le permite su pretension hasta la sentencia difinitiva y el actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion se ha de tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan: todo lo cual es conforme á nuestro derecho (*a*).

199 Pero lo que se practica cuando se sigue llanamente el juicio y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en éste al mismo tiempo á la reconvencion, si la hay; y el reo otros dos, el uno contestando á la demanda, en el que se ponen la reconvencion y escepciones perentorias sin dar otro para ellas, no obstante lo que indica la disposicion legal; y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que éste en vista de la contestacion y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar, y ninguna de las partes debe dar mas pedimentos sobre lo principal, pues la ley ha el pleito por concluso.

en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si asi no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: "Que esto se guarde de aqui adelante, ansi en la nuestra Casa y Córte, y »Chancillería, como en todas las ciudades, villas y lugares, y provincias de »nuestros reinos."

"Sin embargo de que la letra de la enunciada ley 51 y del auto acordado citado sea limitada á los Consejos y Audiencias, su razon y espíritu es general y beneficio de la causa pública, y debe comprender á todos los tribunales del reino; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, antes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tenga el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: ley 2, tit. 3, lib. 4, ley 10, tit. 6, lib. 4 de la Recop. ó 13, t. 4, y 3, t. 15, lib. 11 N. R." Sr. Conde de la Cañada, Inst. Práct. part. 1, cap. 7, nn. 26 &c. 34, 44 y 45.

(*a*) Leyes 4 al fin, tit. 16, lib. 2 (ó 1, tit. 14, lib. 11 N. R. y 2, tit. 5, y 9, tit. 6, lib. 4 R.) o 3, tit. 7, y 1, tit. 15, lib. 11 N. R.

Si se forma algun artículo, se dan los pedimentos acerca de él, por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que le formó, el cual concluye; y decidido, se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues mientras dura éste, debe estar suspenso el curso de aquel.

200 Si el actor en vez de responder al traslado que se le comunica de la reconvencion concluye llanamente, se estima haber respondido á ella, porque es contumaz, y así debe recibirse á prueba sobre todo, y si concluye especifica y señaladamente sobre su demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, quien mediante á que la ley (*a*) por esta omision y silencio no ha por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no poner su contrario escepcion que le exima de responder á su reconvencion, se hayan ésta por contestada, y los autos por concluso para prueba, ó para los efectos á que haya lugar en derecho; y el juez ha declarado así sin dar mas audiencia, porque aun cuando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le prorroga éste la jurisdiccion por haberle elegido para sí y sujetádose á él; todo lo cual he visto practicar y declarar en pleitos que he seguido y en otros, y porque las leyes y AA. dejaron en silencio en particular lo he tocado para evitar dudas.

201 La reconvencion se puede hacer regularmente ante cualquier juez no habiendo espresa prohibicion legal, y así tiene lugar ante el delegado cuando fue electo á peticion del actor para conocer de su negocio y no de motu propio del Soberano, pues en esto no se diferencia del ordinario (*a*) por la razon que he espuesto y da la ley cit. al fin: »Cá guisada (*justa*) cosa es (*dice*) que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este juez, que ante él lo faga el demandado:" lo cual se entiende no solo en la accion originada antes de obtener el rescripto para que el delegado conociese de ella, sino tambien en la que se origine despues, á menos que la facultad contenida en él se circunscriba limitadamente á ella, y se le prohiba entender en otra. Y el actor no puede apartarse de la demanda puesta ante el delegado despues de la reconvencion sin permiso del reo, aunque antes sí para evitar que éste le reconvenga, y si el reo no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar á ello.

(*a*) La fin. tit. 4, lib. 4 R. ó 4, tit. 6, lib. 11 N. R. (*b*) Ley 20, tit. 4, P. 3, y cap. 1 de Mutuis petition.

202 Tambien ha lugar á la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas, v. gr. los escolares, cuando el actor elige al juez, porque su jurisdiccion se proroga por la eleccion y milita la razon de la ley: lo cual no sucede, cuando alguno que tiene dos ó mas jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, pone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir á éste ante él, porque no le eligió.

203 Ante el juez prorogado tendrá ó no lugar la reconvencion segun esta distincion: ó proviene la prorogacion de la sumision de uno de los litigantes ó de la eleccion de ambos: si de la sumision del uno, v. gr. cuando el mayor ó igual se sometió espontáneamente á un juez, demandando ante él á su contrario, tiene lugar, porque por el hecho de someterse á su jurisdiccion es visto que no solo elige para sí sino tambien contra sí, en cuya atencion no se debe desdeñar de que asi como conoce en su favor, conozca en contra; y si es electo por unánime consentimiento de los dos, no tiene lugar, porque á mas de no militar la razon legal ya espuesta, se entiende haberle elegido solamente para conocer de la demanda, escepto que conste lo contrario.

204 No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador electo de consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento limitado á la mera facultad dada por las partes que no puede esceder de los términos del compromiso, y asi cesa la razon de la ley; pero bien puede serlo ante el arbitrio de derecho electo por disposicion de la ley ó estatuto para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo sea para toda la causa y no para un solo artículo, como para conocer de la sospecha porque se recusa al juez: porque á semejante arbitrio confiere la ley una jurisdiccion, que aunque ni bien es ordinaria ni delegada, como tercera especie participa de ambas.

205 Tampoco ha lugar á la reconvencion ante el juez de apelacion: en primer lugar, porque el apelante no recurre á él por su voluntad sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia difinitiva: en segundo lugar, porque la apelacion únicamente sirve para reparar el perjuicio causado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de ésta la reconvencion,

tampoco puede tenerle ante dicho juez, al menos para que surta el efecto de tal; y en tercer lugar, porque este juez no puede conocer de otra cosa que la de que conoció en primera instancia. 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 jurisdiccion los autos, los cuales se devuelven al inferior, pero si la revoca y tiene estos, tendrá lugar ante él.

206 Sobre si el juez diputado para conocer de cierta especie de causas puede entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, se distingue: si no tiene facultad para conocer de alguna por el privilegio del litigante, pero éste le eligió, habrá lugar á la reconvencion, porque se verifica la razon de la ley, y no habiéndole elegido no; y si no tiene facultad para conocer de una causa, porque su jurisdiccion es limitada á otras de determinada especie y cantidad, y no se amplia á otras de mayor cantidad y especie diversa, se ha de distinguir tambien: siendo la causa de reconvencion de la misma especie que la de la demanda, y diferenciándose solo en la cantidad, ha lugar á la reconvencion, porque por ser de la propia especie, se proroga accesoria ó incidentemente la jurisdiccion del juez; y siendo de diversa especie no; como si la demanda es de cosa profana ante el lego y la reconvencion de cosa espiritual ante él mismo, y en otros casos semejantes.

207 La reconvencion tiene lugar en cualquiera causa no repugnándolo su naturaleza y cualidad, o no habiendo prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso genero, como si la demanda es por la accion de compra y la reconvencion por la de mutuo, ó la una procede de accion real y la otra de personal, ó ambas son sumarias ó plenarias, ó una sumaria y otra plenaria (a); y deben sustanciarse á un propio tiempo y definirse en una sentencia, á menos que la una exija celeridad y la otra no pueda liquidarse con tanta.

208 Ha lugar asimismo la reconvencion en las causas ejecutivas, cuando ambas se pueden liquidar y decidir á un tiempo, de suerte que no impida la una el curso y pronta espedicion de la otra (*); mas

(a) Clement. 2 de Verb. signific.

(*) El Sr. Conde de la Cañada tiene por mas segura ó probable la opinion de que la reconvencion no es admisible en las causas ejecutivas; y asegura que en los 32 años que habia defendido y determinado negocios en los tribunales de la Córte, nunca habia visto ni aun oido decir que se hubiese introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via ejecutiva: infiriendo de aquí que aun cuando el no uso de este remedio no acreditase el no hallarse recibido generalmente, era poco útil, y que habia otros medios mas seguros y

no, cuando no pueden liquidarse, porque el instrumento ejecutivo en cuanto á poderse despachar ejecucion en su virtud es semejante á la sentencia, y como despues de ésta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna el segundo efecto, que es la prorogacion de jurisdiccion, porque versa la razon legal espuesta (*).

209 Igualmente ha lugar en las sumarias, aunque no cuando la una es sumaria y la otra es plenaria, sino en cuanto al segundo efecto, á menos que ésta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (*a*): ni en las de depósito, porque éstas son privilegiadas por la suma buena fe que debe haber en ellas, de suerte que no admiten ninguna escepcion ni compensacion, ademas de que lo líquido no se debe retardar por lo no líquido; y si se proponen servirán únicamente para la prorogacion de jurisdiccion (*b*).

210 En órden á si en las causas criminales tendrá ó no lugar la reconvencion, se han de distinguir cuatro casos. Primero. Si el acusado criminalmente acusa tambien de otro delito mayor al acusador, ante su juez, ó de otro que tenga conexion con él, ha lugar á la reconvencion, no si lo hace de otro igual ó menor, á menos que sea por su injuria, ó por la hecha á sus parientes, segun se ha sentado en el n. 74, ó que ambos litigantes procedan por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa (*c*). Pero si el acusado no reconviene al acusador por su inju-

espeditos para poder aprovecharse los interesados de la accion ó escepcion que habian de producir en forma de reconvencion. Dicho autor prueba su dictámen con muchos y sólidos fundamentos, de los cuales espondré únicamente dos. El primero consiste en que espresando la ley 2, tit. 21, lib. 4 R. (ó 3, tit. 28, lib. 11 N. R.) las escepciones ó defensas que deben admitirse contra tales obligaciones que traigan aparejada ejecucion, no menciona la reconvencion; y el segundo, en que como la materia de las ejecuciones son las deudas de cantidad líquida, si concurriese esto asi en la accion del actor como en la del reo, se despacharian dos ejecuciones *con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos*; *á cuyo remedio*, añade el citado autor, *se atiende mas seguramente, usando el reo de su accion en forma de compensacion y defensa, que es lo que se practica y observa en todos los juicios ejecutivos.* Inst. Pract. part. 1, cap. 6. nn. 35 &c. y 49.

(*) Tambien impugna esta doctrina ó próroga de jurisdiccion con mucha solidez el señor Conde de la Cañada (lug. cit. nn. 50 &c. y 55), y, en fuerza de sus razones y de otras reflexiones que podrian hacerse, soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencion para el efecto de prorogar la jurisdiccion del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse al mismo tiempo que la demanda principal.

(*a*) Cap. fin. de offi. judic. (*b*) Cap. 2 de Deposit. (*c*) Ley 4, tit. 1, P. 7.

ria ó por la de los suyos, ó el juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. gr. por ser clerigo, ó para conocer de causa criminal, no se admite la reconvencion, porque el acusador acusa precisado de la ofensa ó injuria que recibió, no voluntariamente como en lo civil, en que no media ni se interesa su honor, y asi no se proroga la jurisdiccion al juez en lo primero como en lo segundo, escepto que el acusador saque algun despacho ó provision para proceder contra el acusado; pues en este caso habrá lugar á la reconvencion, porque es visto haberle elegido para sí y contra sí; y milita la razon legal. Segundo. El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusador, porque como éste lo hace por necesidad, no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de juez y demas razones ya espuestas. Tercero. El demandado civilmente puede reconvenir criminalmente al actor, siendo el juez competente de éste, y no de otra manera; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor y perjudicial á la accion civil. Y cuarto caso. El acusado civilmente puede acusar tambien del mismo modo al actor ante su juez, porque entonces versa la razon de la ley; pero si no es juez suyo, no se le permite, porque el acusador ó actor le elige de necesidad por el delito cometido contra él, y no por su voluntad.

211 Para saber cuándo se admitirá ó no la reconvencion en las causas posesorias, tengo por conveniente esplicar, primero, cuántos juicios posesorios hay, que interdicto, accion ó remedio compete al despojado, cuándo puede intentarle, contra qué personas compete.

212 Los juicios posesorios son tres: de recuperar, de retener y de conseguir (*recuperandæ, ritinendæ y adipiscendæ*) el juicio de recuperar ó reintegrar, es sobre recobrar el despojado la cosa ó cosas que poseia y se le quitaron por fuerza ó clandestinamente sin oirle ni vencerle en juicio; el de retener, es sobre conservar y mantenerse en la posesion que tiene; y el de conseguir, es sobre obtener aquella de que carece.

213 Es constante que al que está en posesion de alguna cosa ó finca, le debe mantener en ella el juez, y no se la ha de quitar sin que primero sea oido y vencido en juicio, de suerte que no vale la real cédula que se espida en contrario (*a*), porque en caso de duda

(*a*) Ley 2, tit. 13, lib. 4 R. ó 2, tit. 34, lib. 11 N. R.

es mejor la condicion del que posee (*a*), y así no probando el contrario su intencion en bastante forma, se debe conceptuar al otro por poseedor, aunque ningun título tenga para ello (*b*).

214 Pero se entiende, cuando es poseedor de buena fé y no despojó al otro clandestinamente ni por fuerza de la cosa, porque si le despojó de esta suerte, justificado que sea, el despojado ó sus herederos y sucesores deben ser restituidos á la posesion ante todas cosas sin citar al despojador, aunque quiera probar ó pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho para que le deduzca en el juicio correspondiente que es el petitorio (*c*). Asimismo si el despojado percibia réditos ó renta anual del difunto, que otro poseia, se le debe restituir, para que continúe en su percepcion (*d*); pues así como el despojador hizo el despojo de propia autoridad sin dar lugar á que el despojado fuese oido, así tambien es justo que en pena de su delito y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue del mismo que juzgó (*e*).

215 Si el despojado usa de su derecho por via de accion, tiene para ello de término un año útil; pero si le intenta por via de escepcion, dura perpetuamente, porque lo que ha de demandarse en tiempo limitado, es perpetuo para escepcionarse.

216 Se le permite usar de dicha escepcion, no solo contra el despojador, ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la cosa, ó la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ó de otro fuero, para que no se la quitasen; y no queriendo demandársela puede pedirles su estimacion (*f*).

217 Dicho remedio ó accion solo tiene lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raices poseidos civil ó naturalmente, y en el de cosas incorpóreas como servidumbres y otros derechos, no en el de los muebles, á menos que esten en aquellos, pues entonces se puede intentar por todos juntamente. Y compete al despojado así contra el mayor de 25 años y capaz que le despojó violenta ó clandestinamente, aunque no posea la finca, y contra su poseedor y apoderado, como contra el que mandó despojar ó aprobó el despojo hecho en su nombre, no contra otros (*g*); por lo que si uno quita

(*a*) Leyes 128 ff. de Regul. jur. y 2 ff. Uti possidetis. cap. 65 del mismo tit. in 6. (*b*) Ley 28 tit. 2 P. 3. (*c*) Ley 5. P. 3. (*d*) Cap. fin. de Restit. spoliator. (*e*) Cap. 5 de Restit. spoliator. (*f*) Ley 30, tit. 2 P. 3. (*g*) Cap. 15 de Restit. spoliator.

por fuerza á otro alguna cosa suya, ó en que tenia algun derecho, pierde el que le competia en ella, y si ninguno le tocaba, debe restituírsela con todos los frutos percibidos y pendientes, y que pudo haber producido, ó con otro tanto como valian. Ademas, si la cosa se deterioró ó perdió despues, está obligado á pagar su valor en pena, porque debió haberla perdido ante juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose juez en su misma causa (*a*), pero conseguida la restitucion de uno de los espresados no se le permite molestar á otros (*b*).

218 Asimismo le corresponde contra el juez incompetente, pues por carecer de jurisdiccion se reputa persona privada; y aun contra el competente que le despojó de la posesion sin conocimiento de causa, porque por haberse escedido de los límites de su oficio se reputa incompetente. Lo propio milita, aunque proceda legalmente, si en la sentencia cometió algun esceso ó vicio substancial (*c*).

219 Mas no le compete contra los menores, fatuos, ni locos, ni á los hijos contra sus padres, aun que se les permite que les demanden la cosa para que se la devuelvan (*d*): ni al enfiteuta ó vasallo contra el señor del dominio directo, bien que puede reconvenirle para que le restituya á su posesion: ni contra el señor cuyos criados despojaron á alguno, á menos que supiese eran de mala conducta, pues entonces es culpado, por permitirlos en su casa: ni contra los herederos del despojador, porque como es accion penal, y de consiguiente personal, no se transmite á sus herederos, ni á los de éstos, y solo se les da la accion referida contra ellos; ni tampoco contra el sucesor particular que es el poseedor de buena fe é ignora el despojo, si el despojador le dió, donó ó enagenó la cosa en disposicion última, ó por contrato lucrativo ú oneroso.

220 No pueden intentar este remedio el depositario ni comodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarle el colono, enfiteuta, usufructuario ni otros semejantes, si ha poco tiempo que gozan de sus derechos, y se les concedieron por poco, pues son meros detentores, no poseedores, y asi compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdade-

(*a*) Leyes 10 tit. 10 P. 7, 1 tit. 13 lib. 4 (ó 1 tit. 34 lib 11 N. R. 10 t. 17 lib. 5), ó 11 tit. 31 lib. 11 N. R. (11 tit. 3 lib. 6) ó 8 tit. 1 lib. 6 N. R. y 7, 8 y 9 tit. 12 lib. 8 R. (ó 1 y 8 tit. 15 lib. 12 y 6 tit. 5 lib. 1 N. R.) (*b*) Ley 30 tit. 2 R. 3. (*c*) Cap. 1 de Sentent. & re judicat. (*d*) Ley 10 tit. 10 P. 7.

ro dueño y poseedor, en cuyo nombre poseen; bien que si recurren al juez le protegerá (*a*).

221 Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra éstos dicho remedio, y ademas de tener que restituir con frutos la cosa, pierden para siempre el señorío, derecho ó utilidad que se habian reservado en ella, y cede en beneficio de los despojados. Si el despojador es estraño, debe restituírsela con los frutos y darle otra tan buena de la que los percibian en la misma forma que habian de percibirlos de la otra (*b*). Y si el deudor que entregó en prenda al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza, pierde el señorío de ella, pues el acreedor es legítimo tenedor y poseedor (*c*).

222 Sentados estos principios paso á esplicar: »si el verdadero despojador ó el tercero poseedor estará obligado á responder á la reconvencion del despojado, y si dichos remedios posesorios se podrán intentar por via de reconvencion, y acumular y seguir á un propio tiempo, y en juicio petitorio y posesorio." En esta atencion debo decir que si el despojado intenta contra el mismo despojador el interdicto de recuperar, y éste le reconviene por otro igualmente privilegiado se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa, no de la misma, sin que esté obligado á restituir, y ambas causas como de igual privilegio se seguirán y decidirán a un tiempo (*d*). Pero si es tercero poseedor con buena fe, y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla éste obligado á responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la que pretende: porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores que por su delito deben ser castigados.

223 Intentando el despojado el mismo interdicto de recuperar contra el despojador, si éste quiere reconvenirle por el de conseguir, ó por el *petitorio* sobre la propia cosa, no debe admitirse su reconvencion antes que la restituya, ya porque éstos no son igualmente privilegiados, y ya porque implica que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene y la posesion de lo que posee (*e*): lo cual se am-

(*a*) Cap. 9 de Restit. spoliator. y cap. 17 de Præscrip. (*b*) Ley 15 t. 10 P. 7. (*c*) Ley 13 del mismo tit. (*d*) Leyes 5 tit. 10 P. 3 vers. Mas si el demandado non razonasse; y fin. tit. 10 P. 7. (*e*) Leyes 5 y 6 tit. 13 lib. 4 R. ó 5 y 6 tit. 34 lib. 11 N. R. y 40 tit. 23 P. 3.

plía, en primer lugar, aunque el despojador, ó un tercero se opongan, diciendo que la cosa 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 su derecho, para que en otro juicio intenten la reivindicacion; y en segundo lugar, aun cuando sean menores é imploren el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la cosa, pues no deben gozar de aquel, por obstarles la escepcion de dominio que aseguran tiene éste.

224 Tampoco por las razones ya dichas tiene obligacion el despojado de responder á la reconvencion del interdicto de retener (*a*) sobre la misma cosa que le hace el despojador; pues aunque ambas causas de recuperar y retener son sumarias, la de despojo es privilegiada, y no se admite otra que no lo sea igualmente, por lo que no tiene lugar el juicio *petitorio*, ni el posesorio, y si se trata contra un tercero que no despojó ni mandó despojar, habrá lugar á la reconvencion del petitorio y posesorio de otra cosa, y de la misma lo tendrá solamente la del interdicto de retener (*b*).

225 Si el tercero poseedor usa por via de accion del mismo interdicto, esponiendo que el despojado le molesta estrajudicialmente, y pretendiendo que el juez le ampare en la posesion de la cosa, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion; puede éste hacer la reconvencion del interdicto de recuperar sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias.

226 Intentando el actor el juicio petitorio por accion real ó personal, esto es, porque el reo esté obligado á darle ó hacerle alguna cosa, ó sobre reivindicar la que dice ser suya; si el reo le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion como accion, se seguirán ambas causas á un tiempo como mútuas ó recíprocas peticiones, pues por lo mismo no escluye la una á la otra; pero si le escepciona, pretendiendo no se oiga al actor, mientras no le devuelva la cosa de que le despojó, se suspenderá el juicio petitorio, procediendo á conocer de la escepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oido interin no restituya, y hecha la restitucion se continuará el juicio petitorio (*c*).

(*a*) Equivale en algun modo al artículo que hoy llamamos de interin ó de mantenendo (*b*) Cap 2 y cap. fin. de Ord. cognition. (*c*) Ley 5 tit. 10 P. 3 verb. Otrosi decimos; y verb. Mas si aquel que ficiere emplazar.

227 Si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la cosa sobre que contienden; aunque el reo y el tercero ofrezcan probar que es suya, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la accion del petitorio, sin que obste la escepcion del tercero opositor. Asi lo ordena la ley 18 tit. 10 P. 7, que dice: „E por ende decimos que cuando 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 oida primeramente, é ser librada segun derecho, é de si oyan, é libren las demandas de los otros, assí como fuere derecho."

228 Las causas de posesion y propiedad, ó el juicio petitorio y posesorio, regularmente hablando, se pueden acumular, recibirse á prueba para ambas partes, y no dudándose quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en cuanto á la ejecucion siguiendo y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda del poseedor, ó no consta probado mas que lo tocante al posesorio, se debe controvertir y determinar solamente sobre éste, para que se vea á quien incumbe probar en el petitorio (*a*). Es verdad que la acumulacion de acciones está prohibida; pero esto se entiende de las que son contrarias entre sí, ó se quitan por la eleccion, ó cuando la sentencia absolutoria dada en la primera produce escepcion de cosa juzgada en la segunda; y como nada de esto sucede en las causas de posesion y propiedad, las cuales son del todo separadas ó diversas, se pueden acumular, lo cual se permite para que se acaben mas presto los pleitos, y para evitar á los litigantes muchos dispendios (*b*).

229 Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que se ha dicho en los números anteriores, segun sean los litigantes. Ademas, aunque la reivindicacion puede acumularse con los interdictos de conseguir y recuperar por lo espuesto en el número inmediato, no con el de retener sobre una misma cosa, á causa de ser contrarios y repugnantes entre sí, puesto que quien intenta este, confiesa tácitamente que está poseyendo con pretender se le mantenga

(*a*) Cap. 2, 3, 4 y 6 de Causa possess. & propietat. (*b*) Cap. 2 cit. de causa posses. & propietat. Lo dicho se limita en las causas de mayorazgo, sobre lo cual puede verse la I P. cap. 9 nn. 64 y sig.

en la posesion contra su contrario que se la perturba; y el que usa de aquella, afirma que no posee.

230 Lo dicho se limita en los derechos incorpóreos como las servidumbres, en las cuales se pueden acumular el interdicto de retener y el remedio petitorio, por no haber contrariedad; y porque el poseedor puede usar de la accion *real* ó *confesoria*, que es la que compete al acto que afirma tener servidumbre en el fundo ó predio de otro; y asi en virtud de esta accion pide se declare debérsele la servidumbre que poseyó hasta entonces, y se imponga perpetuo silencio á su contrario que se la perturba, haciéndole dar caucion de no turbársela.

231 Ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo juez, sea ordinario ó delegado, el cual debe oir á entrambos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones, y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas espensas, y porque cuando quieren hacer probanzas, se les deben admitir; como asimismo para que no se divida su continencia, si se proponen á un propio tiempo (*a*). Mas esto procede cuando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso no puede ser (*b*); por lo que si el clérigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio juez secular sobre la propiedad, sino que debe acudir á su fuero, el cual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa, segun se dijo en el n 170. Y aunque el lego puede reconvenir al clérigo, como igualmente se espuso en el 195, milita diversa razon, porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y así ésta como la causa de la demanda se siguen á un tiempo, y en el presente caso hay dos juicios; de los cuales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego, como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del clérigo que es reo en él, y demandarle ante su propio juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de éste.

232 Aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleito se pueda mudar la demanda, no se prohibe que intentado el juicio petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda aquella, sino que se enmienda, añadiéndole algo que es el posesorio,

(*a*) Cap. 1 de caus posses. & propietat. cap. 9 de probat. (*b*) Cap. ultim. de judic.

y queda 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 permanezca aposesionado de la cosa hasta que el reo pruebe competirle su propiedad y dominio; pero dicha reversion se ha de hacer antes de la conclusion, pues conclusa la causa no se admite (*a*); ni tampoco se puede intentar el juicio posesorio una vez condenado el litigante en el petitorio (*b*).

§. VII.

De la prueba que se puede hacer en juicio, y de sus especies.

233 Conclusos los autos por las partes, ó habiéndolos el juez por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 9 t. 6 lib. 4 R. ó 1 tit. 15 lib. 11 N. R. (*) debe en el término de los seis

(*a*) Cap. 5 de Caus. posses. & propietat. (*b*) Pareja de Edition. instrum. t. 6 resol. 9 n. 42 Rojas de Incomp. part. 5 cap 5 nn. 19 y sig.

(*) "Del último escrito que presenta el demandado y completa los cuatro (dice el Sr. conde de la Cañada), se comunica traslado al actor, no para que replique ni presente otro escrito, pues no lo permiten las leyes, y deberia repelerle el juez de oficio, y solo si para que se instruya de las esposiciones que hace el demandado, y concluya; y sino lo hiciere asi, debe el juez declarar y tener el pleito por concluso en cumplimiento de las leyes citadas." Cita dicho autor á Paz y Bolaños que opinan no debe admitirse absolutamente ningun escrito fuera de los cuatro espresados, á causa de tenerse con ellos el pleito por concluso sin otro acto de conclusion, y añade. »Las leyes en que fundan su opinion el Paz y el autor de la Curia Filipica dan justisimo motivo para inclinarse á su sentir; pero examinadas con sólida reflexion sin perder de vista los fines que motivaron su establecimiento, persuaden y convencen la equidad y justicia con que se ha introducido y observa en todos los tribunales reales, especialmente en los consejos, chancillerias y audiencias, la practica de comunicar traslado del último de los dos escritos presentados por el reo, para que el actor se instruya y concluya; y solo en el caso de no hacerlo declara el juez por concluso el pleito para los efectos que haya lugar; esto es, para prueba si la causa la necesita, o para difinitiva cuando no es necesaria." Esplica en seguida el citado autor la ley 4 tit. 16 lib. 2 R. ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R. y despues dice: »Este término de la conclusion no está determinado en la citada ley quien le haya de poner; y es consiguiente dejar esta facultad á los litigantes, como la tenian antes de esta disposicion limitada á los dos puntos que se han referido. = La misma conclusion es parte del proceso, y toca tambien por esta razon á las que litigan, sin que el juez pueda interponer sus oficios en suplir los de las partes, cuando alguna de ellas no insta por el progreso y continuacion de la causa, porque está en su mano dejarla ó suspenderla en cualquiera estado, siempre que procedan de conformidad, y se presume es-

dias siguientes al de la conclusion recibirlos á prueba, si consisten, en ella, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciéndolo dentro de ellos, ha de pagar dobladas las costas que se causaren hasta que le provea, y 500 maravedís á la Real Cámara, en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en pronunciar otro cualquiera interlocutorio (*a*). Pero aunque no haya mas que tres escritos; á saber, demanda, contestacion y conclusion, debe el juez haberlos por conclusos y recibirlos á prueba; pues ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ya porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso responde y replica á lo que dice el reo, lo cual basta para tener los autos por conclusos.

234 Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ya en rebeldía de alguno, y no pudiendo éste ser habido, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se la participen, dejándoles á este fin memoria espresiva. Si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente esta en ambos casos antes que el que le saca use de ella (*b*), como se practica en el Consejo.

235 Sin embargo de lo que se ha sentado en el núm. 233, y de

tarlo cuando ninguna insta por su continuacion. Asi se ve en repetidos procesos que estan pendientes muchos años en un estado, el cual se hace saber de nuevo á las partes cuando alguno insta por su progreso, sin que hasta tanto interponga el juez sus oficios para que los interesados la continuen: porque seria en cierta manera avivar los pleitos contra la intencion de las partes que pueden tener varias causas para terminarlos en cualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes, continuándolos despues con mayor comodidad.» Finalmente dice el referido autor. »Lo único que disponen (varias leyes recopiladas de que ha hablado) es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleito por concluso; pero esto debe entenderse cuando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les comunica traslado para dicho fin: porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa, especialmente cuando alguno de ellos lo solicita. Esto es lo que observan los tribunales de la corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleito sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia.» Instit. Pract. part. 1 cap. 7 nn. 4, &c. y 25.

(*a*) Ley 1 tit. 6 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 10 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 8 tit. y lib. dich. 6 3 tit. 11 lib. 11 N. R.

estar prohibido que el escribano haga relacion de los autos, pues el juez inferior debe verlos por sí, y no ha de tener relator (*a*), se ha introducido en todos los tribunales de esta córte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con él á las partes; como asimismo que los escribanos ordinarios hagan relacion á presencia de los litigantes ó de sus defensores, y que segun los méritos del proceso y calidad del negocio providencie el juez recibiéndolos á prueba, ó determinándolos definitivamente: porque si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo conformándose en esto con la intencion de las leyes que desean consiga cuanto antes justicia el que la tiene, y prohiben que los pleitos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el juez debe determinar (*b*); por lo que si éste lo recibe á ella en dichos tres casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria á la prohibicion espresa de las leyes, y se debe revocar, como lo he visto hacer en el Consejo.

236 Prueba es una demostracion hecha por medios legítimos al juez de alguna cosa dudosa sobre que se litiga ante él (*c*). El juez no debe dejar de admitir la necesaria, por ser de derecho divino (*d*). Es de dos maneras, hablando con propiedad: á saber, *plena y semiplena*, se llama *plena* la que hace tanta fe, cuanta basta para definir el litigio condenando ó absolviendo; y *semiplena* la que aunque hace alguna fe, no tanta que en su virtud pueda moverse el juez á dar sentencia como la que induce la escritura privada, la comparacion ó cotejo de letras, la confesion estrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no lo hizo, el dicho de un testigo solo ó la fama. Y generalmente hablando, la prueba tiene diversos nombres, como *judicial*, *estrajudicial*, *clara*, *menos evidente*, *evidentísima ó plenísima*; *legítima*, que es la que se hace por testigos, instrumentos ú otros medios aprobados por derecho, y otra *mista* que es la que se compone de dos semiplenas que se dirigen á un mismo fin.

237 Aunque segun el estilo de algunos tribunales estrangeros no está obligado el reo á probar sus escepciones hasta que el actor justi-

(*a*) Ley fin. tit. 9, lib. 4 R. ó 3, tit. 16, lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 7, tit. 14, P. 3 y 4, tit. 6, lib. 4 R. ó 5, tit. 1, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 1, tit. 14 P. 3. (*d*) C. Novit. de Judic. Matth. cap. 18.

fica su intencion y demanda, para que aquel no sea gravado con espensas, á que no debe ser compelido, mientras éste no acredite lo que propone ; no se halla esto recibido en los de España, y asi no obstante que la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en escepcion negativa improbable ; por lo que si éste niega, debe ser absuelto, no probando aquel (*a*), pues en un derecho oscuro se le debe favorecer mas que al actor (*b*) ; si de su escepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, debe probar la escepcion y la causa ó motivo en que la apoya, pues es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la escepcion que alega para su defensa, hace veces de actor (*c*) ; y lo mismo debe practicar éste con la suya, porque funda en ella su accion y demanda (*d*).

238 Pero á fin de hacer mas perceptible esta doctrina debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente y otras no ; hablando en general, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras : de *derecho*, de *cualidad* y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por éste ; v. gr. que uno no puede ser juez, abogado, testigo, &c. y ésta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios concurrir en él el defecto que se le imputa, y asi debe probarla el negante (*e*).

239 La negativa de *cualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad, la cual si es de las que cada uno tiene naturalmente, v. gr. que es capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor cuando contrajo, &c. debe probarla el negante, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa que transfiere la obligacion de justificarla en el negante, pues la presuncion está por su contrario, y no lo haciendo se deferirá á la solicitud de éste, aunque nada pruebe ; y si es de las cualidades que competen accidentalmente, v. gr. que es noble, doctor, &c. toca la prueba al afirmante ; como asimismo se dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á

(*a*) Cap. 22 de Election. (*b*) Cap. 11 de Reg. jur. y ley 125 ff. del mismo tit. (*c*) Leyes 1 y 2, t, 14, P. 3 Rojas, Almansa de Incomp. disput. 2 q. 1, nn. 6 y 7. (*d*) Leyes 3, 4, 5 y 6, tit 14, P. 3, cap. 6. 11 y 12 de Probation. cap. 28 de Sponsalib. y cap. últ. de Solution. (*e*) Leyes 2 y 4 tit. 14, P. 3.

lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion (*a*).

240 Y la negativa de *hecho* que se dice ser improbable por naturaleza de tres maneras: una *pura, simple, absoluta é indefinida*: otra que embebe en sí *afirmativa*, y otra *coartada*. La primera es la que no determina tiempo, lugar ni otra circunstancia, como la de alguno de no haber contraido ó hecho la muerte que se le imputa, &c. y esta no se puede probar por el negante, porque el hecho no se presume, y asi le basta negar (*b*). La negativa que embebe en sí *afirmativa*, es por egemplo, cuando dice alguno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma que para renunciar ó contraer fue violentado, y asi el negante debe probar esto (*c*). Y la negativa *coartada* es la que se limita á cierto lugar, tiempo ú otra circunstancia; v. gr. si se le imputa á alguna persona una muerte hecha en tal parte, tal dia y á tal hora, debe probar la negativa de que no estuvo allí sino en otra parte, porque esta escepcion negativa se reduce á afirmativa por la razon, porque niega haber hecho la muerte (*d*). Con estas distinciones se discernirá, cuando basta negar, ó es preciso probar la negativa, y se entenderá en qué casos incumbe la prueba no solo al actor, sino tambien al reo, pues muchos creen que basta á este negar para ser absuelto.

241 La prueba judicial se ha de hacer de lo afirmado ó negado en la demanda, porque sobre esto se ha de dar la sentencia (*e*); y puede hacerse por ocho medios ó de ocho maneras, que son *confesion de parte* (bien que ésta mas es revelacion de ella que otra cosa), *juramento decisorio*, *testigos*, *instrumentos*, *privilegios*, *libros de cuentas*, *vista ocular*, ó evidencia, *presunciones*, ó conjeturas, *ley* ó fuero, y por *fama* pública (*f*), á que se puede añadir la que se hace por inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas puestas en las iglesias, y en otros edificios y lugares publicos de tiempo inmemorial, y por historias, mapas y tablas geográficas, y serán nueve clases de pruebas que espresan los siguientes versos.

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Juram, confessus, præsumptio, fama probavit.

(*a*) Cap. únic. de Scrutinio in ordine, y cap. últim. de Presumpt. (*b*) Leyes 1 y 2, t. 14 P. 3. (*c*) Cap. 2 de Renunt. (*d*) Ley 32, t. 11, P. 5 y argum. leg. 117, t. 18 P. 3. (*e*) Cap. 3 vers. Sed quoniam, de Ord. cognition. c. 29 de Testib. (*f*) Leyes 2, tit. 11, 8 y fin. tit. 14 P. 3 y 3, tit. 1, lib. 2 R. ó 7, tit. 2, lib. 3 N. R.

242 La confesion ó declaracion judicial es respuesta afirmativa que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el juez de oficio le pregunta una ó mas veces (*a*). Se divide en *verdadera* ó espresa, y en *tácita*: se llama verdadera la que se hace con palabras ó con señales que manifiesta paladina ó claramente lo que se espone; y tácita la que se infiere de algun hecho ó se supone por la ley: v. gr. cuando el preguntado es contumaz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleito y le abandona (*b*).

243 Tambien se divide en *simple y cualificada*: se llama simple; cuando el litigante confiesa lisa y llanamente lo que el colitigante le pregunta; y cualificada; cuando por alguna cualidad ó circunstancia que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba de ella. Asimismo se divide en *judicial* y *estrajudicial*: se llama judicial la que se hace en juicio ante juez competente, ó de su orden por escrito ante escribano aprobado conforme á derecho; y estrajudicial la que se hace fuera de juicio, ó sí en él, ante juez que no es competente para recibirla ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador (*c*). De todas ellas paso á tratar.

244 Para que haga fe la confesion judicial contra quien la hace, debe tener las diez circunstancias que trae la ley 4, tit. 13 Part. 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, lis que, favor, jus, nec natura repugnet.

La primera es, que quien la hace, sea mayor de 25 años, ó si es menor de ellos y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque éste presencie el juramento, si es leso, se le restituirá (*d*): la segunda, que la haga espontáneamente sin miedo de tortura, ni por fraude ni promesa que el juez le haga de que le libertará; pues no vale la hecha por engaño, ni tampoco en el tormento, sino es que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito (*e*): la tercera que la haga con cierta

(*a*) Ley 1, tit. 13 P. 3. (*b*) Leyes 1 y 2, tit. 7, lib. 4 R. ó 1 y 2, tit. 9, lib. 11 N. R. (*c*) Cap. 4 de Judic. (*d*) Leyes 1, tit. 13 y 3, tit. 25 P. 3. (*e*) Leyes 4 y 5, tit. 13 P. 3

ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego le prueba, puede revocarla antes de la sentencia: lo cual milita asimismo cuando no la hace de propósito sino con motivo de ira ó por causa falsa (*a*): la cuarta, que sea contra sí ó para obligarse á otro (*b*): la quinta, que la haga ante juez competente, ó de su orden ante alguacil y escribano, ó ante éste solamente, como se practica (*c*), ó en la demanda y demas escritos, aunque sea sin juramento, ó ante el árbitro que procede observando el órden legal, mas no ante el arbitrador, porque ante éste no hay juicio: la sesta, que sea á presencia de su contrario (*d*), aunque esto rara vez se usa, pues antes bien se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego se le comunique: la séptima, que sea de cosa cierta en cuanto á la sustancia y cantidad, porque no siéndolo no le perjudica, á causa de no poder recaer sentencia sobre ella, y si es errónea, puede revocarla probando el error (*e*); pero el juez debe compelerle á que satisfaga categóricamente á lo que se le pregunta (*f*): la octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, sirve de presuncion y no de prueba, siendo la confesion de delito, y en los contratos le perjudica, estando presente su contrario ó su apoderado, y exime á este del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, espresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle ó hacerle, pues sino la menciona, solo inducirá presuncion, escepto en los casos que espresaré en el n. 254 (*g*): la nona, que no sea á su favor, porque de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo cual está prohibido (*h*), y la décima, que no sea contra naturaleza ni contra ley (*i*).

245 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor, desvanece las presunciones contrarias: es de tal calidad que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna (*k*); y puede pedirla una parte á la otra en cualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado, como lo puede hacer el juez de oficio

(*a*) Ley 5 cit. cap. fin. de Confes. (*b*) Dicha ley 4. tit. 13, y leyes 5 y 6, t. 21, lib. 4 R. ó 4 y 5, tit. 28, lib. 11 N. R. (*d*) Dicha ley 4, tit. 13 P. 3. (*e*) Dicha ley 4. (*f*) Ley 6, tit. 13 P. 3. (*g*) Leyes 4 y fin. tit. 13 P. 3. (*h*) Dicha ley 4. (*i*) Leyes 4 y 6, tit. 13 cit. (*k*) Ley 2, t. 13 P. 3

para inquirir la verdad en caso de que haya duda (*a*). Ademas puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes, de una vez ó de muchas, sin que pueda el juez precisar al ponente ó interrogante á que de una vez las haga, y si hace lo contrario y no reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar y debe revocarse, ya porque la ley no prefine cuántas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra ni en cuántas veces, y asi pueden ambas pretender se hagan las que quieran; y ya porque la confesion es la mejor prueba de todas, y con ella se evitan gastos y dilaciones. Asi pues, para no acreditarse el juez de ignorante ni constituirse sospechoso ha de deferir lisa y llanamente á la solicitud de cuantas confesiones pida una parte á la otra, siendo pertenecientes al punto sobre que se litiga, segun se practica en esta córte.

246 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *posiciones*; á fin de que no se confundan tal vez estas con las preguntas ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertir que las posiciones se han de hacer clara y positivamente, y no con oscuridad ni por interrogacion, pues el que las pone, afirma como cierto lo que sienta en ellas, porque la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el cual pide en juicio un litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarle.* Esto no puede decirse de las interrogaciones ó artículos, los cuales son parte de la intencion del interrogante, contienen lo que intenta probar por testigos ó instrumentos, y quien los pone no confiesa lo que espresa en ellos, como en la posicion; bien que hoy los confunden muchos.

247 La costumbre introdujo las posiciones que despues aprobó el derecho, para que el ponente fuese relevado del gravámen de hacer prueba. Suceden en lugar de ésta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido, y entonces no se necesitan testigos. Pueden hacérselas despues de la contestacion ambos litigantes, aunque lo mas regular es el actor al reo, y una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, escepto que sea incontinenti, ó por error de hecho que contengan; si bien cuando están oscuras, se deben declarar á pedimento del contrario, porque nada se les añade con la declaracion del ponente.

(*a*) Ley 2, tit. 12 P. 3.

248 Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones; lo primero, en que quien articula, no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, por lo que á los testigos se pregunta de esta suerte: *si saben, han visto, ó tienen noticia, &c.* y quien hace posiciones, las confiesa, y afirma que ha sucedido ó no, que debe hacer ó no, que es cierta ó incierta la cosa que pone y sienta en ellas, y por eso hace la pregunta de esta suerte: *como es cierto, ó incierto, &c.* y lo segundo, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales; y lo tercero, en que las interrogaciones se hacen por la parte y por el juez, y las posiciones solo por la parte y no por el juez, el cual no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla, ya porque las posiciones suceden en lugar de prueba y el juez nada tiene que probar, ya porque ignora los hechos, y así no sabe lo que ha preguntar, y ya porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el juez ninguno tiene que confesar.

249 No solo pueden hacer posiciones el reo y actor sino tambien sus procuradores en su nombre con su poder especial, y no de otra suerte (*b*); y siendo sobre el negocio principal se deben poner despues de contestada la demanda en el término probatorio, y antes de la presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó escepcion que se proponga antes de ésta, sobre el cual haya que hacerla, se pueden poner por entonces; bien que como se han sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquiera estado del pleito.

250 Mas lo que se practica por abreviar, es presentar la parte del interrogatorio, pedir que á su tenor se examinen los testigos que presente, y por un otrosí, que antes de proceder á su exámen, jure posiciones el contrario al tenor de todas ó de algunas de las preguntas del interrogatorio; ó pedir se haga esto antes de presentarle, y en vista de lo depuesto, que se le debe comunicar, formarle solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntárselos.

251 Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas ó

(*a*) Cap. últ. de Jurejurand. lib. 6. (*b*) Ley 1, tit. 10, P. 3. Regla 72 de regulis juris in 6.

posiciones que un litigante hace al otro, no se halla éste obligado á satisfacer á ellas, ni el juez se lo debe mandar ni admitirlas (*a*). Pero si se hacen con claridad y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó en su ausencia ó su procurador, teniendo poder especial para ello responder categóricamente bajo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente sin el mas leve artificio ni cautela, ni con palabras de *creo ó no creo*, *ó me persuado*, *ó niego la pregunta*, *segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. Tampoco ha de permitir el juez que su abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, porque debe dar su respuesta en el mismo acto, como lo ordenan las leyes (*b*). Tendrá esto presente el escribano comisionado para recibirle su deposicion.

252 Si responde ambiguay confusamente, se le puede compeler á que satisfaga á las preguntas lisa y llanamente, y con toda pureza é ingenuidad, y si no quiere declarar, ó se ausenta por no hacerlo, habiéndoselo mandado el juez tres veces delante de escribano, (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso, y determinar el pleito, sea definitivamente, ó recibiéndole á prueba segun su estado, ó segun hallare por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro á sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa, al reo se ha por confeso, y á entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso (*c*); y cuando está ausente, se ha de espedir requisitoria para que declare (*d*). Si el pleito es de gravedad é importancia, debe el juez recibir por sí mismo las posiciones y juramentos de calumnia, y no cometer al escribano ni á otro su recepcion, sin que baste la ratificacion de la parte ante él (*e*).

253 De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á las que las hizo, aunque no lo pida, para que esponga y pretenda en su vista lo que le convenga; mas no han de hacerse preguntas ni prueba sobre lo confesado clara y espresamente pena de 3@ maravedis al abogado que las hiciere (*f*). Pero contra la

(*a*) Ley fin. tit. 12 P. 3. (*b*) Leyes 1, tit. 10 y 3, tit. 13 P. 3 y 2, y 1 y t. 7, lib. 4 R. ó 1 y 3, tit. 17, lib. 10 N. R. (*c*) Dichas leyes 1 y 2, t. 7. (*d*) Ley 3 del mismo tit 7 ó 2, tit. y lib. cit. N. R. (*e*) Ley 60, tit. 65, lib. 2, R. ó 6, tit. 9, lib. 11 N. R. (*f*) Leyes 3 cit. tit. 13, P. 3 y 4, tit. 7, lib. 4 R. ó 4, tit. 9, lib. 11 N. R.

confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, porque aquella surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante. Y para que éste no sea perjudicado con la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue ó tergiverse los hechos, se debe poner en el pedimento sea cláusula: »Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó parte, &c." Con ella puede luego probar lo que haya negado, tergiversado ó declarado oscuramente el contrario, y aun hacer que vuelva á declarar.

254 La confesion estrajudicial en causas civiles, si se hace á presencia de dos testigos y de la parte contraria con palabras claras, terminantes y dispositivas, y espresion de causa justa, ó aunque ésta no se esprese, si luego se justifica, hace plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte á quien favorece, ó por su procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al confeso y á sus herederos. Si la parte está ausente, hace prueba semiplena, y aunque no la presencie, si es hecha por escrito, ó en favor de causa pia, ó promisoria, ó jurada ó aceptada por alguno en nombre de aquel, en cuyo beneficio cede, y éste aprueba la aceptacion; ó si es geminada, esto es, si se hace en dos ocasiones con intermision de tiempo, prueba plenamente (*a*).

255 La segunda clase ó especie de prueba de las referidas en el n. 242 es el juramento decisorio del pleito necesario ó supletorio que un litigante pide al otro en juicio, el cual hace plena probanza, con tal que así respecto del negocio que se controvierte, como de parte de los litigantes concurran las cinco circunstancias espresadas en el n. 92 de este capítulo.

256 La tercera es la de *testigos*, y para que hagan fe contra quien se presentan, se ha de entender á su condicion, sexo, edad, capacidad, fama, fortuna y fe, cuyos requisitos comprenden estos versos:

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
& fortuna, fides; in testibus ista requires.

Asimismo han de tenerse otros presentes. El primero es, que en

(*a*) Ley fin. tit. 13, P. 3.

las causas civiles sean de 14 años, y en las criminales y de pesquisa de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro, ó destierro tenga 20 cumplidos á lo menos, aunque en llegando á la pubertad pueden testificar de lo que antes de ésta han visto y se acuerden; y si son sagaces y discretos, tambien podrán hacerlo en su edad pupilar, y su dicho inducirá presuncion (*a*). Así pues, en las causas criminales se reciben por costumbre y para inquirir; bien que en las de lesa Magestad hacen fe, escepto que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican (*b*). El segundo es, que den razon de su dicho, que aquella sea diversa de éste, y que depongan de positivo y cierta ciencia, y no de parecer ó creencia lo que percibieron por los sentidos; pues semejante deposicion, como que dimana de conjeturas, solo induce presuncion, escepto que sea próximo al sentido, por el cual se pueda percibir la verdad del hecho: v. gr. haber visto á un hombre y muger desnudos, solos y encerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio, ó cuando concurren otros adminículos para creer aquello de que se trata, y el testigo los espone: ó en casos de difícil probanza, ó para probar la inocencia del reo, ó cosas que consisten en la pericia de algun arte, v. gr. del de los médicos y comadres; ó contra quien presenta el testigo (*c*). Tampoco han de deponer de oidas á otros, porque esta deposicion no se funda en el hecho principal sino en el dicho de un tercero, en cuya atencion solo induce presuncion, y únicamente hará prueba sobre hechos, labores y otras cosas antiguas oidas á sus mayores, y éstos á los suyos, ó contra el que presenta los testigos, ó en defensa del reo, en causas de difícil prueba (*d*), ó en las de inquisicion ó pesquisa, en las cuales deben jurar tambien de lo que creen sobre el hecho que se les pregunta, si es cierto ó no (*e*). El tercero es, que sean citados y rogados para desvanecer toda sospecha de falsedad, y no transeuntes. El cuarto es, que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del termino probatorio antes de declarar, y no antes de la contestacion, sino en los casos espresados en los nn. 98, &c, y 103, ni despues de la publicacion de probanzas, á menos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. El quinto es, que para conocerlos y verlos juramentar se señalen dias y horas á la parte contraria, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el escribano, escepto que la parte

(*a*) Ley 9, tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 13, tit. 16 P. 3 (*c*) Leyes 8 y 10, tit. 16, P. 3. (*d*) Ley 29, tit. 16 P. 3. (*e*) Leyes 25, 28 y 29, tit. 16, P. 3.

quiera que lo juramente el juez, pues faltando el juramento y citacion no hacen fe, á menos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen en que no se cite ni jure, relevandole del juramento (*a*); y habiéndose juramentado en dia útil del término probatorio, pueden ser examinados en el feriado de él, y tambien fuera del término, segun se practica en estos reinos de Castilla. Y el sesto requisito que ha de tenerse presente es, que no tengan prohibiendo de testificar en juicio, la cual por nuestras leyes (*b*), no tienen ningun hombre ni muger, sino los que se espresarán en los números siguientes.

257 No hacen fe en juicio el escomulgado vitando, el infame conocidamente por hecho ó derecho, sino en causa de traicion contra el Rey ó su reino, con tal que primero se le atormente: el perjuro ó testigo falso, el de mala vida y fama, como ladron, alcahuete, tahur conocido (1) y borracho, aunque no lo esté, cuando dispone: el loco, mentecato ó fátuo, el amigo íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ámbos podrá testificar (2): el familiar ó criado del presentante sino en cosas domésticas que ningun otro puede saber mejor ni tan bien: el paniaguado, el interesado en la causa, á menos que sea el capitular ó particular en las de su cabildo, concejo, comunidad ó universidad, aunque si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo ó individuos de comunidad, toca al interes particular de cada uno, no se deben admitir, ni harán fe sus dichos: los ascendientes y descendientes, sino que sea sobre edad ó parentesco suyo: el juez en la causa que juzgó ó ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que pasare ante él, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado á falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para escluirle de juez, pues queda recusado: el abogado, procurador,

(*a*) Ley 23, tit. 16, P, 3, cap. 2 de testib (*b*) Las 2, 8, 9, 10 y 23 t. 16, P. 3.

(1) La ley cit. 8, tit. 16, P. 3 dice: »ó tafur que anduviese por las tavernas, ó por las tafurerias manifiestamente; »y nuestro Diccionario castellano dice que tahur es, »El que continua mucho las casas del juego, ó es muy diestro en jugar. Tomábase en lo antiguo por el que jugaba con engaños y trampas ó dobleces para ganar á su contrario. »Asi pues, éste, y no el primero será el incapaz de testificar.

(2) Pareceme peligroso admitir por testigo al enemigo capital de ambos litigantes. Podria serlo del uno mas que del otro, y podria con faltar á la verdad vengarse mas del uno que se vengaria del otro diciéndola.

apoderado, agente á curador á favor de la parte á quien defienden; pero sí al de la contraria, en cuyo caso debe ésta protestar al tiempo de presentarlos, *no estar á su dicho mas que en lo favorable*; porque de omitir esta cautela pueden perjudicarle con su deposicion, si por pasion declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente aprueba sus personas y dichos; escepto que convenza despues su falsedad; el que dijo mentira por preciso ó soborno, el que falsificó carta, sello ó moneda del Rey; el alevoso, traidor y homicida, escepto en su defensa; el que intentó hacer alguna muerte, ó abortar á muger preñada con yerbas, veneno ó de otra manera; el marido por su muger, ésta por él, ni uno contra otro en ningun pleito; los hermanos mientras estan bajo de la patria potestad, pero sí despues, los socios en pleito de su compañía, mas sí en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices; el no conocido del juez ni de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre y civil; el casado que vive amancebado públicamente (1); el que estrae y roba las religiosas de su convento, el que violenta las mugeres para acto impúdico, aunque no las robe, el religioso apóstata, mientras lo sea, el que á sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado, el muy pobre y vil ó de mala fama, el que hizo pleito homenage, y no le cumplió pudiendo y debiendo, el judío, moro ó herege contra cristiano, escepto en causa de traicion contra el Rey ó su reino: ni en pleito de eviccion el que vendió la finca, porque es interesado (*a*).

258 No deben ser apremiados á ir á testificar en juicio civil el que fuere mayor de 70 años, el soldado ú otro que se hallare ocupado en la guerra, mientras lo esté: el que tuviere tan grande enemistad que sin gran peligro no pudiese ir al lugar destinado, ni el enfermo interin se halle asi. Tampoco deben serlo á ir ante el juez los Arzobispos, Obispos, Próceres y personages, ni las mugeres honradas que viven honestamente, por lo que si el pleito es grave, debe el juez ir á su casa á recibirles sus declaraciones, y no siéndolo, comisionar para ello al escribano (*b*), poniendo auto por escrito y no verbalmente, pues no basta.

259 En causas criminales no puede testificar el que está preso,

(1) *Nin aquellos que son casados, é tienen barraganas conocidamente*, dice la ley 8 cit. pero yo dudo de que esto se observe en el dia, aunque no ignoro que si se observase, habria muchos casados menos capaces de testificar.

(*a*) Leyes 8 y 14. &c. y 22, tit. 16, P. 3. (*b*) Ley 35, tit. 16 P. 3.

contra otro que sea acusado criminalmente (1), ni el que lidia por dinero con bestia brava, ni la muger prostituta (*a*); y ni á los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni á los que viven con él cuotidianamente, se deben admitir por testigos en dichas causas contra el acusado (*b*).

260 Tampoco deben ser apremiados ni atormentados para declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del cuarto grado en causa contra sus personas, fama ó la mayor parte de sus bienes, ni los suegros, yernos, padrastros é hijastros unos contra otros, aunque si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho (*c*); lo cual deberá espresarse en su declaracion, como lo advierte Gregorio Lopez (*d*), y tendrá presente el escribano. Asimismo no deben ser apremiados á ir á testificar en ellas marido y muger uno contra otro (*e*), ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano sino de unánime consentimiento de las partes (*f*).

261 El dicho del siervo hara fé en estos cinco casos: en causa de traicion y defraudacion del real haber, en la de muerte de su señora por el señor, ó de éste por ella, en la de adulterio de ésta, en la de muerte de su señor por sus herederos, y cuando son dos sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; y para ser creido se le debe atormentar; pero despues que esté libre, puede testificar de lo que vió y supo, mientras fue siervo (*g*).

262 Habiendo esplicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fe, y cuáles pueden ó no testificar en juicio, paso á decir cómo ha de recibírseles el juramento á ellos y á las partes, cuando declaran en juicio ó juran algun contrato en los casos en que se permite hacerlo para su mayor firmeza. El católico secular debe jurar en esta forma. Ha de hacer la señal de la cruz con los dedos pólice é indice de su mano derecha, como asimismo el que le juramenta, ó á lo menos éste, quien debe preguntarle: »Si jura por Dios nuestro señor y por aquella señal de cruz decir lisa y llanamente cuanto supiere y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque no sea preguntado sobre ello; y que

(1) »Porque mucho ayna (*facilmente*) podria ser que diria falso testimonio, por ruego de alguno que le prometia, que lo sacaria de aquella prision en que yace.» Ley 10 que se cita.

(*a*) Ley 10 tit. 16 P. 3 y fin tit. 30 P. 7. (*b*) Ley 31 tit. 16 P. 3.

(*c*) Leyes 10, 11 y 15 tit. 16 P. 3, y fin. cit. (*d*) Ley 11 cit. (*c*) Dicha ley final. (*f*) Ley 36 tit 16 P. 3. (*g*) Ley 13 tit. 16 P. 3.

por amor, temor, ódio, venganza, promesas, dádivas, ni por otro motivo alguno no ocultará la verdad, ni dirá mentira por favorecer ni perjudicar á ninguno de los litigantes, y que antes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar, ni tergiversar; como tambien que á ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare hasta que el juez lo publique (*a*). El testigo ha de responder, *asi lo juro*; y entonces el que le juramenta ha de decidirle: »si asi lo hiciere, Dios le ayude; y si no, le hago cargo de ello en su recto tribunal, cuando le tome estrecha cuenta de su vida:" á lo cual ha de responder el testigo; *amen*, *ó asi sea* Esta fórmula trae la ley 24, tit. 16, P. 3; la cual no se observa en cuanto á poner el testigo las manos sobre los santos Evangelios, ni en otras cosas, y en su lugar se jura por costumbre sobre la cruz, pues en jurando por Dios y por ella, no hay mas por quien jurar.

263 No debe ser creido regularmente el testigo en lo que declare, no habiendo sido juramentado sobre ello (*b*); y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretestando escederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demas que depuso, (pues cada uno los articula á su modo, y calla lo que le tiene cuenta) prevengo al escribano que en la recepcion y estension del juramento observe precisamente dos cosas. La primera es, que se pongan las palabras: »decir cuanto supiere, y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque no sea preguntado sobre ello." Por egemplo, si preguntan á alguno, si es cierto que Pedro hirió á Juan con un puñal tal dia, á tal hora, y en tal lugar, no solo ha de responder á esta pregunta ciñéndose á lo literal de ella, sino tambien declarar si Juan le provocó ó injurió antes de palabra ú obra, ó lo que precedió y dió motivo para herirle, y asi entre otros casos, pues lo demas es ocultar la verdad de parte del hecho, no deponiendo sino por el que le pregunta, y asi se ha de entender el mandato de la ley. Y la segunda, que jure asimismo que »á ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó, ni lo que depuso;" pues de este modo se evita la corrupcion y soborno de otros testigos, si no declaró á medida del deseo de la que le presentó. Si el testigo es lla-

(*a*) Ley 8, t. 6, lib 4 R. ó 3, t. 11, lib. 11 N R. prohibe tambien dicha revelacion. (*b*) Ley 31, t. 16, P. 3, cerca del fin.

mado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que sabe ciertamente, sino tambien de lo que oyó decir, y de si cree ó no ser cierto el hecho sobre que se le pregunta; por qué le cree, y á quién le oyó (a). Y aunque cada testigo debe ser examinado con separacion, pueden ser juramentados muchos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni resulta el mas leve daño de ello al que los presenta, ni á su contrario; y este en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarle, si sabe, y si no asiste, ha de espresarse asi en él, segun se practica.

264 Al litigante católico secular se ha de preguntar: Si jura por Dios y por la señal de la cruz que forma con su mano derecha, decir lisa y llanamente lo que supiere sobre lo que se le pregunte, sin ocultar la verdad ni tergiversarla, sino conforme la perciba y sea en sí." Debe responder, *que asi lo jura*, y despues le ha de decir el que le juramenta, lo que se ha referido en el n. 262, y él ha de responder, *Amen*. Esto es arreglado á la ley 19, t. 11, P. 3 que habla indistintamente, sin esceptuar á persona alguna noble ni plebeya; y aunque trae mas estension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon espuesta. Del mismo modo juran los clérigos de órdenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiástico, se reputan legos.

265 Los judios han de jurar por un solo Dios todo poderoso que crió al cielo y la tierra, y todas las demas cosas visibles é invisibles, y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egipto, llevandole á la tierra de promision: por la ley de Moises 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 hicieres, el mismo Dios os ayude y premie, llevandoos al Paraiso celestial como á Abran, Isaac y Jacob, vuestros progenitores, y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon y su reino, y todas las maldiciones que por vuestra ley estan puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios; y han de responder: *Amen*. Esto es conforme á la ley 10 del mismo tit. 11.

266 A los moros puestos en pie, teniendo levantado el brazo, y mirando hácia el mediodia se les ha de juramentar de esta suerte:" Juras por Alaquivir, aquel que tú dices ser gran Dios, y á quien haces oracion: por Mahoma, que llamas su gran profeta, por su alco-

(a) Ley 25, tit. 16, P. 3.

ran, y por todo lo que entiendes y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad, &c. Debe responder: *sí lo juro*: y el que le juramenta, le ha de decir luego: »Si asi lo hicieres, hayas parte con él y con los demas profetas en los paráisos en que crees estan: y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido y caigas en todas las penas en que el alcoran amenaza á los que no creen en tu ley. »Ha de decir: *Amen.* Asi lo ordena la ley 21 de dicho tít.

267 Los eclesiásticos seculares de órden sacro han de jurar precedida licencia de su ordinario en el fuero secular y en causas civiles (*a*) »como sacerdotes y por las sagradas órdenes que han recibido;" tocando al mismo tiempo y formando la cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los religiosos sacerdotes por lo mismo y por el *santo hábito que visten*, y los legos *por Dios, por la señal de la cruz y por el santo hábito*; cuya fórmula es la establecida por uso y costumbre del foro ó de los tribunales. Los caballeros de las órdenes militares por *Dios y por la cruz de su hábito que traen al pecho*, tocándola al propio tiempo con la mano derecha; y asi se practica por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento ni solemnidad. Y aunque algunos dicen que al sacerdote no se debe pedir que declare bajo de juramento, porque su declaracion jurada no admite prueba en contrario, no debe seguirse esta opinion errónea y puramente caprichosa, porque no hay testo canónico, ley, ni fundamento sólido en que apoyarla, y de no admitirla, como se admite acerca del dicho de otro cualquiera litigante ó testigo, se deduciria que el sacerdote, aunque hombre, era incapaz de mentir.

268 Los hereges, arrianos, eusebianos, maniqueos, luteranos, hugonotes, calvinistas y demas sectarios, y los cismáticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia ó Escritura sagrada, nuevo y antiguo testamento*; y los pérfidos ateistas, puesto que niegan la primera causa, jurarán por aquello á que les obliga el juramento segun su secta. Los idólatras ó gentiles por el dios ó dioses que digan adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, poniéndose en la estension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las esprese.

(*a*) Cap. Testimon. 11, quæst. 1, cap. Super prudent. y cap. Quamquam 14 quæst. 2.

269 Los Arzobispos y Obispos jurarán como los sacerdotes teniendo los Evangelios delante, pero sin poner las manos sobre ellos (*a*). Y se previene que está prohibido se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre altar de cuerpo santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el juez lo mande, pena de pagar éste, aquella y el que jurare 10ⓓ maravedís á la Real cámara (*b*).

270 Para hacer las partes sus probanzas con testigos, forman regularmente sus interrogatorios con varios artículos ó preguntas de las cuales la primera y última se llaman *generales*, porque en todos se ponen; las demas son especiales, y se llaman *útiles*, porque conciernen al punto que se controvierte. De todas procuraré instruir al escribano.

271 Lo primero que se suele articular, es que los testigos sean preguntados »por el conocimiento de las partes, noticia del pleito y generales de la ley» de cuyas preguntas la del conocimiento de las litigantes y noticia del pleito se hace, porque sino los conocen, ni están instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad, aunque cuando el hecho es respectivo á uno solo, basta que le conozca.

272 La ley 8, tit. 16, lib. 4 R. espresa las que llamamos *generales de la ley*, y se reducen á si el testigo es pariente por consanguinidad ó afinidad de alguna de las partes, y en qué grado: ó amigo íntimo suyo ó enemigo capital: si tiene interés en el pleito: si desea que alguna le gane, aunque no tenga justicia y cuál: y si fue sobornado, corrompido ó intimado por alguna de ellas, para que oculte la verdad ó mienta. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner para debilitar ó desvanecer su dicho, si alguna los comprende. Y es de advertir en primer lugar, que aunque el testigo declare que le tocan alguna ó algunas, no ha de dejar de examinarle el escribano, quién ha de preguntarle, cuál es, y si dejará por eso de decir la verdad, y poner la respuesta que dé, que regularmente es la de que no dejarán por eso de decirla; y en segundo lugar, que si las partes nada dicen sobre las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello á los testigos, porque carece

(*a*) Leyes 24, tit. 11 y 24, tit. 16 P. 5. (*b*) Ley 5, tit. 7, lib. 4. R. ó 5, t. 9, lib. 11 N. R.

de autoridad para suplir los defectos de ellas, y por su demasiada oficiosidad debe ser reprendido.

273 A mas de lo dicho ha de preguntar á los testigos, aunque en el interrogatorio no se mencione, *de qué edad son*, como lo ordena la citada ley 8, *qué oficio ó destino tienen, y de dónde son vecinos*, pues debe saberse la edad para ver si tienen ó no la que prescribe el derecho para testificar; bien que si es sacerdote ó persona pública, como abogado, escribano ú otros semejantes, no es necesario preguntárselo ni espresarlo, y basta poner su profesion, porque se supone tenerla; escepto que sea sobre hechos antiguos ó edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó 50 años ha, mal puede declarar sino por oidas el de 30; y la misma pregunta en cuanto á la edad se ha de hacer á la parte: debe saberse tambien el oficio, por si es ó no vil, pues siéndolo, como el que le egerce esta envilecido, y nada tiene que perder de su honor, es capaz de todo, y no le causa rubor cometer la vileza de dejarse sobornar y mentir; y debe en fin saberse la vecindad para formar concepto de su dicho, hacer que le aclare, si depone confusamente: averiguar el carácter de su conducta, buscarle y castigarle si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante: á todo lo cual deben responder despues de juramentados; siendo de notar que el juramento del testigo no se puede hacer por procurador como el de calumnia, y asimismo que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio ó empleo y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo que es presentado en el término de prueba, sino tambien al que declaró antes y se ratifica dentro de él, sea ó no examinado al tenor del interrogatorio, ó solamente ratificado.

274 Las preguntas especiales llamadas *útiles* son las que conciernen al asunto litigioso, y han de ceñirse á lo alegado y escepcionado en el pleito, pues de lo contrario no debe admitir el juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente (*a*); pero como el cúmulo de negocios, con especialidad en lugares muy populosos, no le da tiempo para su examen é inspeccion se practica poner en el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio cuanto es pertinente*: cuya cláusula surte tres efectos: el primero, cumplir en la parte posible con el mandato de la ley y no incurrir en la pena: el se-

(*a*) Leyes 2, tit. 12, P. 3, 174 del Estilo, y 4, tit. 6, lib. 4 R. ó 5, t. 10, lib. 11 N. R.

gundo, que si luego aparece que no debieron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian y estiman por no admitidas; no haciéndose mérito de lo que los testigos depusieron acerca de ellas; y el tercero, que aunque el testigo que por su infamia ú otro defecto legal no debia ser examinado, lo sea é induzca indicio para la tortura, no hará fe su dicho estando puesta la cláusula inserta. De la última pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré en los nn. 329 y sig. de este capítulo.

275 Del interrogatorio de cada parte parece seria conveniente y deberia darse traslado á la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos espusiesen mejor el hecho y la razon de sus dichos, y para hacerlo variar y apurar, si venian ó no sobornados; pero segun la práctica inconcusa del Consejo y de muchos juzgados reales, ni se comunica dicho interrogatorio, ni el escribano debe manifestarle, y solo se hace en los tribunales eclesiásticos, por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas ni aun en estos se comunica, por no permitirlo el derecho *(a)*. En aquellos en que se admiten repreguntas se forma el interrogatorio como el de preguntas, refiriéndose al de éstas en el pedimento con que aquel se presenta, pretendiendo que á los testigos que fueren interrogados se repregunte esto ó lo otro, &c. y omitiendo la de *conocimiento* y la de *público* y *notorio*, porque como se hacen en el interrogatorio principal, son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas provincias nombrar acompañados que vean examinarlos, y les repregunten, no debiendo estos escederse ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito y preguntas, como muchos enredadores lo hacen, ni permitirlo, ni admitirles el escribano comisionado, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y á no confundirla ni oscurecerla.

276 La habilidad y destreza del escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos para no perjudicar á los litigantes, mayormente cuando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que ejerce oficio de juez en virtud de la comision que éste le confiere, no debe llevar otra mira que la de investigar y aclarar la verdad sin pasion por una ni por otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que estan concebidas, y del fin á que se dirigen, para esplicarlo á los testigos, y

(a) Cap. 2 de Testib. in 6.

evitar el que tal vez declaren con error ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien ó entender al reves la pregunta, como suele suceder; y hasta que satisfagan á una, no les ha de leer ni examinar sobre la siguiente sino sobre cada una con separacion Lo mismo ha de practicar con la parte, cuando se le pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos.

277 Como en esto hay mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima, conviene advertir que en el examen de testigos ha de tener presente el escribano las diez circunstancias que trae un capítulo del derecho canónico (*a*), cuya glosa las resume en los siguientes versos.

Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Es á saber: si oyó á los litigantes ó á otro lo que depone, cuando, en qué parage, y cómo se llama, quién se lo dijo, ó si lo vió, en qué dia y lugar sucedió, á qué hora, y quienes estaban presentes: si conoce á los litigantes, desde cuándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara, cual fue la causa del hecho litigioso y de moverse el pleito: si le tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ó si le cree, y por qué: si de él ó de ser así hay fama pública en el pueblo, en qué tiempo se empezó á divulgar ésta, si fue desde que se principió el litigio ó antes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dándola no sirve (*b*), como ni tampoco el de oidas y creencia sino en ciertos casos que traen las leyes (*c*). De todo ha de poner la respuesta que se dé, y lo mismo ha de hacer el acompañado, debiendo el comisionado repeler lo demas, como que hace de juez, y no es del caso ni sirve sino para confundir á los testigos y oscurecer la verdad.

278 Suele haber testigos tan protervos que mienten á rostro firme por odio, pasion, ó soborno, ó palian los hechos de tal suerte que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del perjuicio que originan, de su responsabilidad á restituir, ni de las penas impuestas contra ellos; y para evitar en lo posible los perjuros y daños que pueden causar á las partes, especialmente en causas crimina-

(*a*) El 37 de Testibus et attestation. (*b*) Ley 29 al fin tit. 16 P. 3. (*c*) Las 28 y 29 tit. cit.

les, luego que el escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle atentamente á la cara, como que está leyendo y penetrando su corazon, oirle con agrado y mansedumbre sin interrumpirle mientras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las preguntas espresadas en el número anterior, segun sea el caso, y otras concernientes á apurar la verdad, mirándole todavía á la cara, como lo manda la ley (*a*); pues en el semblante podrá conocer, si se perjura ó no, por ser difícil mentir sin inmutarse, bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del juez ó de algun individuo de justicia se inmutan y aturden aunque estén inocentes. Lo mismo se debe practicar con la parte, cuando se le tome declaracion. Si el testigo vacila y titubea, el juez segun algunos AA. ha de mandar poner en los autos su vacilacion y causa de ella, pero no se acostumbra.

279 Pero si la razon que el testigo da de su ciencia y dicho, no es verosímil ni satisfactoria, ó parece contraria á lo que depone, ó está vario, ó se implica, ó titubea, ó es persona vil ó sospechosa, puede replicarle: »que cómo pudo ser, respecto lo que dice, &c. qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublo, cuándo sucedió el caso; á qué hora fue, quiénes eran los circunstantes; de qué estaban vestidos; y segun sea el hecho ó cosa litigiosa, hacerle con arte y disimulo las demas réplicas, y repreguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, y que se dirijan, no á que falte á la verdad, ni á confundirla, ni oscurecerla, sino á desentrañarla, patentizarla, descubrir su mentira y saber si viene ó no sobornado por quien le presenta, para lo cual debe desnudarse de toda pasion, y no dejarse llevar de ningunos respetos humanos. Oida la respuesta del testigo debe decirle sustancialmente lo que depuso y las razones que dió de su dicho, y si todo esta conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo sin añadir ni quitar, leerselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado de lo que depuso, enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende, y concluido poner al pie de la declaracion: »que se afirma y ratifica en ella, y que es lo que sabe y puede declarar con verdad bajo el juramento que tiene hecho;» y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras y adiciones que haya: pues sino sabe no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y

(*a*) La 26 del mismo tit.

nuestras leyes no mandan que no se admitan los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (*a*), así como ni tampoco son necesarios en los demas actos judiciales, escepto que en el juzgado se estile hacerse esto con ellos.

280 En el exámen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas y réplicas sugestivas, las cuales, ó son claras ó paliadas: se llaman claras las que se hacen específicamente de algunas cosas, espresando las personas, circunstancias y cualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha, ó delito cometido, como si se pregunta al testigo *si vió que Pedro mató a Juan en tal dia, en tal parte y á tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho*; *y paliadas* cuando se previene sutilmente al testigo, indicándole el modo de responder, ó se le abre camino y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar como perniciosos y reprobados por derecho (*b*) no se deben usar, y de lo contrario darán las respuestas los sugerentes y no los preguntados, con especialidad siendo pobres ó sencillos, pues estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

281 Si el testigo despues de haber firmado su declaracion y apartándose del juez ó escribano que le examinó, hablare ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiese corregir ó ampliar su dicho, no se le ha de admitir, por lo que haciendo muchas declaraciones debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambiguamente, ó no hubiese dado razon de su dicho, puede llamarle el juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare lás dudas que resulten de su deposicion, y no quede oculta la justicia de la parte; y valdrá su dicho en este caso, no obstante que haya hablado con ellas. Lo mismo puede practicar el juez á instancia de la parte que le presentó, cuando ésta halla que no fue preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito (*c*).

282 No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que evacuen su declaracion,

(*a*) Leyes 26 y 28 tit. 16 P. 3, y 8 tit. 6 lib. 4 R. ó 3, tit. 11 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 3 tit. 30 P. 7, Farinac. tomo 1. Pract. crim. q. 84, nn. 91 y 92, y tom. 3, q. 83, n. 84, y de Testib. q. 79, n. 78. (*c*) Ley 30, tit. 16, P. 3. Hermosill. en la 56, tit. 5, Part. 5 glos. 6 n. 72. Vela diss. 38, n. 74.

escepto que no pueda recibírsela entonces, en cuyo caso la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta 15 dias á lo menos (*a*): de lo cual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero entonces debe practicar el escribano dos cosas: la primera, estender el juramento en los autos, y que le firme si sabe, para que conste que fue presentado y juramentado en tiempo hábil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion, «que la hace en fuerza del juramento que hizo en tal dia, el cual reitera en caso necesario.» Cuando el testigo juramentado en tiempo hábil dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda bien, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (*b*); y lo propio milita en la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí y no por consejo de su abogado (*c*); bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y se ha esplicado en el núm. 251. Y si uno ú otro dice que no puede evacuar su declaracion por tener que ver algunos papeles, se le debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediéndose al testigo podrá pedir la parte, y el juez debera mandar que la evacue despues de la publicacion, lo cual he visto practicar como justo.

283 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce, dice al escribano que tal y tal testigo sean examinados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe espresar en la cabeza de su deposicion para cuáles fueron presentados, y no examinarlos de ningun modo sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran, se le evitan gastos, y no se pierde tiempo; pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

284 Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas, sin que éstos, 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, como se ha espuesto (*d*), escepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para hacerse. El escribano ha de estender sus dichos á la letra y no en abreviatura, ni

(*a*) Ley 26, tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 11, tit. 11 P. 3 verb. E si por aventura. (*c*) Ley 3, tit. 13, P. 3, Cap 48 de testibus, y cap. 7 de testibus cogendis. (*d*) Leyes 26, tit. 16, P. 3 y 28, tit. 6, lib. 3 R. ó 16, tit. 32, lib. 12 N. R.

con la letra muy metida sin mudar palabra ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley (*a*); pero no obstante se permite y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles y decentes que no varien la sustancia, y antes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; fuera de que cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan y vean que los entienden. Y si los testigos y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo que han de corrobar con su firma, sin que en esto injurien al escribano, ni juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

285 Examinándose los testigos por medio de intérpretes, 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 si hay dos intérpretes en el pueblo, ha de ser examinado cada testigo por ambos á presencia del escribano, para que no dude de su deposicion, á menos que los litigantes se conformen en que uno solo asista al exámen y juramento, ó que en el pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se ha de estar á su dicho, pues hace plena fé, y asi se practica.

286 Tienen obligacion las partes de satisfacer á los testigos las espensas é intereses que pierdan por el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas (*b*); y no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarles, ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme á derecho; pero se les permite hablarles y traerles á la memoria los hechos, encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren y de que se acordaren (*c*), y entregarlos á este efecto copia del interrogatorio.

287 Puede apremiar el juez á los testigos por prision y embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar bajo de juramento lo que sepan, sea en pleito civil ó criminal; y no debe admitir su dicho dado ó enviado por escrito, pues á mas de no valer, está prohibido (*d*). Ademas, en las causas civiles, árduas y de importancia,

(*a*) La 11, tit. 22, lib. 2 R. ó 5, tit. 11, lib. 11 N. R. (*b*) Ley 26, al fin t. 16 P. 3, ó 3, tit. 11, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 8 al fin. tit. 6, lib. 4 R. ó 3, t. 11, lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 6, tit. 6, lib. 4 R. y 31 y 35, tit. 16 P. 3.

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 este tome á solas sus dichos, despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea el juez; pena á éste por la primera vez de 50 maravedis y al escribano 20: por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios (*a*),

288 Hallándose algunos testigos fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que conoce de la causa, ha de enviar éste requisitoria á el del pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio y demas conducente, para que los examine á su tenor (*b*); con cuya requisitoria, ó con la receptoría, si se despachare (*), se debe citar particularmente, como cuando se sigue en rebeldía, á la parte contraria, si está en el pueblo, ó á su procurador, por si quiere ir ó enviar persona que conozca y vea juramentar los testigos. Lo mismo se practica y debe hacer para compulsar instrumentos, cotejar los producidos; y redargüirlos civilmente de falsos, ó hacer prueba de vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que se mande todo lo referido, como se colige de la ley 8 cit. Dicha requisitoria se debe cumplimentar yendo documentada, sea en causa civil ó criminal, no solo por el juez con quien hable espresamente, sino tambien por el sucesor en su audiencia y jurisdiccion, aunque no se nombre en ellas, y el requirente haya fallecido ó cesado en su oficio, como está en práctica.

289 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal

(*a*) Leyes 27 al fin tit. 16 Part. 3, 15 tit. 7 lib. 2, (ó 17 t. 32 lib. 12 N. R.) 50 tit. 4 (ó 7 t. 3 lib. 11 N R.) y 28 y 44 tit. 6 lib 3 R. ó 16 tit. 32 lib. 12 N. R. (*b*) Dicha ley 27 y ley 8 tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R.

(*) El señor conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el juez recibir inmediatamente las tachas á prueba, o si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleito principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término que para hacerla le concede el juez, no escediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á »las que se hayan puesto á los examinados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos.» Véase á dicho autor Ins. Pract. p. 1 cap. 10 nn. 73, &c. y 98.

algunos particulares de los alegados y conducentes á su defensa, sea por olvido, ó porque al tiempo de hacerle no creyeron poder probarlos, y despues de presentado hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento ó por otro interrogatorio, pretendiendo se examinen á su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del término probatorio, pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo; ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos, lo cual es corriente, y asi lo he practicado y visto practicar.

290 Un solo testigo, por autorizado y encumbrado que sea, no hace prueba, regularmente hablando, escepto que sea Emperador, Rey ó Papa (*a*); bien que cuando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en cuanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona que señala, ó en las causas en que de ningun modo, ó al menos con grave dificultad se pueden presentar muchos testigos, ó cuando con su dicho concurre la fama, ó para probar la causa verosimil de ignorancia, ó en negocios muy leves, y en otros varios casos que trae Reiffestuel (*b*), hace prueba el dicho de un testigo solo.

191 Dos testigos contestes en cosa ó hecho, tiempo, lugar y circunstancias, como que Pedro mató á Juan en tal parte, en tal dia, á tal hora, con tal instrumento, &c. hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas; á menos que sea para justificar paga ó liberacion de débito, ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública, ó testamento ú otra última disposicion, pues entonces son necesarios mas (*c*), como se ha sentado en la primera parte.

292 Pero no obstante esto se permite á cada litigante que presente hasta 30 testigos sobre cada pregunta ó artículo, como jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar; y si no hay mas que una pregunta, los treinta solamente; mas si despues de nombrados tuviese noticia de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare asi, en este caso dejando los que no esten examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido y no mas (*d*); y si de los presentados no quiere que se exa-

(*a*) Ley 32 tit. 16 P. 3. cap. 28 de testib. y Clementin. unic. de probation. (*b*) Lin. 2 Decret. tit. 20 §. 8 y tit. 19 §. 3 nn. 16, &c. y 68. (*c*) Leyes 32 y 40 tit. 16 P. 3. (*d*) Leyes 11 tit. 22 lib. 2 y 7 tit. 6 lib. 4 R. ó 2 y 5 tit. 11 lib. 11 N. R.

minen todos, nadie le puede precisar á ello, porque así como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar y hacer que se examinen ó no los presentados y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir, que en la segunda ó tercera instancia en grado de apelacion y suplicacion no se deben admitir interrogaciones, ni testigos acerca de los mismos artículos, ú otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes ó en alguna de ellas se recibieron, sean relativos á los méritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos examinados en cualquiera de las instancias anteriores; y el abogado que pusiere las interrogaciones, incurre en la pena de 1@ maravedís (*a*).

293 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos digan que no quieren presentar mas, no por esto han de dejar de admitirse los que presenten hasta los 30 espresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones y las de los de su contrario, como lo manda la ley 34 tit. 16 P. 3. »E en tal caso como éste decimos, que si los testigos que eran recebidos, non fueren abiertos, é jurare éste que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixéron los testigos que habia aducho primeramente, nin los otros que habia dado su contendor, é non fueren passados todos los plazos en que avia poderío de provar: que debe ser recebida su prueba, é non ha porque le empecer (*perjudicar*) lo que dixo que non queria dar mas pruevas. E esto es porque los juzgadores siempre deben ser apercibidos para puñar de saber la verdad por quantas partes podieren. Mas si los plazos fuessen passados, non ge los deven despues recebir, salvo ende carta, ó instrumento." Por esto los escribanos en el requerimiento que hacen á las partes, para si quieren presentar mas testigos, si responden que no, y faltan algunos dias de término, ponen: »por ahora y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente:" cuyo aditamento es útil, aunque no necesario, por lo que el escribano comisionado puede recibirlos, no obstante que se omita; sin que la parte tenga precision de acudir al juez para ello durante el término probatorio, porque en virtud de la comision le subroga en su lugar y le da las facultades que á dicho fin le concede la ley.

294 No hacen plena probanza los testigos varios y singulares que son las que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno

(*a*) Ley 4 tit. 9 lib. 4 R. ó 6 t. 10 lib. 11 N. R.

testifica del suyo y no concuerda con el otro. La singularidad es de tres maneras, *obstativa, adminiculativa y diversificativa.* Se llama *obstativa* ó *adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos, v. gr. uno dice que Pedro hizo la muerte, ó hurtó en tal parte y á tal hora, y otro que esto fue en otro lugar y á otra hora; pues repugna que pudiese haber hecho y cometido una misma muerte ó delito en diversos parages y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer, ni deferirse el juramento supletorio; y asi mas vale un testigo idóneo que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso al otro, y ambos arguyen falsedad.

295 Adminiculativa ó acumulativa se llama, cuando los testigos deponen de hechos diversos: pero que se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte: como si uno dice *que vió á Pedro quitar un caballo*, y otro *que oyó decir á Pedro que habia quitado aquel mismo caballo.* Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se dirigen á averiguar el hecho cuestionable ó litigioso, pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oidas, ó confesion de él, y otros de hechos que aunque distintos conducen al intento y no son repugnantes, por lo que el uno no hace sospechoso al otro, y asi en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo, ó genérico hacen plena prueba, porque siendo interrogados sobre él, ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, ó partes del preguntado, como todos miran por distintos medios á un propio fin, no se juzgan singulares sino contestes; pero si se trata de algun acto particular ó especial é individuo, no prueban plenamente, bien que inducen presuncion, y el juez puede deferir el juramento supletorio. En las criminales no prueban tampoco para la condenacion de la pena ordinaria, mas inducen presuncion grande contra el reo y abren camino al juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura ó imponerle pena estraordinaria; pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada, no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares siendo fidedignos.

296 Y singularidad diversificativa se llama, cuando los testigos deponen de hechos diversos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro: v. gr. dice uno que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia, y tal parte, y otro que le prestó veinte en

otro dia y parage, y asi estos testigos, sin embargo de no enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba: pero si alguno es mayor de toda escepcion, hará semiplena probanza, porque su deposicion conserva el valor que merece la de un testigo fidedigno.

297 Probando ambas partes su intencion con testigos debe el juez seguirse y gobernarse para dar la sentencia por los que depongan lo mas verosímil, tengan mejor fama, esten mas autorizados, y sean mas dignos, aunque menos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (*a*), sino es que el actor intente causa favorable, como son las de matrimonio, dote y testamento, que entonces ha de decidir por estas (*b*). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosímil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos; lo cual no sucederá, si presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer, porque puede verlos antes y mirar, si le aprovecha ó daña su presentacion; y asi échese la culpa de su inadvertencia; pero en los testigos no puede saberlo, puesto que á la parte suelen decir una cosa y ante el juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley. Y si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fé (*c*).

298 Si comprometiéndose las partes en árbitros, éstos recibieren testigos, y aquellas hicieran algun pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto: si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se produjeron, el pasar por sus dichos ó hacer que vuelvan á declarar ante juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez ha de sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (*d*).

299 Consistiendo el pleito o la prueba en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso que los haya en el pueblo, y si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el juez de oficio por su rebeldía; pero sino hay mas que uno, bastará y se deberá estar á su aserción, escepto en las causas árduas y de entidad, en las cuales se

(*a*) Ley 40 tit. 16 P. 3. (*b*) Cap. 3 de Probation. y cap. ultim. de Sentent. & re judicat. (*c*) Ley 41 tit. 16 P. 3. (*d*) Ley 35 tit. y P. cit.

deben buscar dos, sino es que las partes se conformen en uno. Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia, asistan ó no todos tres á la vista ocular, ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede hacerle, y preséncielo el juez ó no, nada mas tiene que hacer el escribano que recibirles el juramento: »de que dirán la verdad, como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio, ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes:" pues los peritos ponen en borrador sus declaraciones y se las entregan, para que las estienda en los autos, coordinándolas segun el estilo forense; bien que si el juez concurre, debe juramentarlos éste y no el escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos sino tambien los documentos producidos en ellos por las partes, y al tercero uno y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que en vista de todo se conforme con lo que sea arreglada. Ademas, las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento, si quisieren, aunque no á la declaracion que hagan, señalándoseles el dia en que aquel se ha de evacuar, y han de ser juramentados los peritos en el término probatorio, si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercero puede serlo despues.

300 La cuarta especie de prueba es la que se hace con *instrumentos, privilegios y libros de cuentas*. El instrumento es de tres maneras *público, autentico y privado*: de los dos primeros se tocó algo en el cap. 31 y final de la I. P. que puede verse. El instrumento público se llama asi, porque le autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey para ser creido, y se otorga ante testigos (*a*), por lo que no se debe dudar de su otorgamiento. Este instrumento se compone de *protocolo ó registro, copia original y traslado ó ejemplar*, como se espuso en el cit. cap.; por lo que si el producido en juicio está autorizado por escribano no conocido en el juzgado en que se presenta, y la parte contra quien se produce, le redarguye de falso (como puede hacerlo en cualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia) diciendo que el que le autorizó no es, ó no fue escribano; no hace fé, si á lo menos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (*b*); ó si no está compro-

(*a*) Cap. 15 de Fide instrum. Covar. pract. q. c. 19 n. fin. (*b*) Ley 114 tit. 18 P. 3 cap. 2 de Fide instrumentor.

bado por dos ó tres escribanos que den fe no solo de que lo es, sino tambien de que la firma y signo puesto á su final son suyos, pues puede ser escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio. Pero si es muy antiguo que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fue escribano el que la autorizó, por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de este. Con este motivo convendrá hacer algunas advertencias. Primera. Si un mismo litigante produce en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (*a*). Segunda. El escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (*b*), segun se dijo en el cap. fin. cit. n. 26, sino que una vez otorgado el instrumento no debe entregarle á las partes ni á otra persona, porque á mas de no hacer fe por los fundamentos espuestos en dicho cap. n. 14, debe tenerle siempre en poder suyo, y asi dará copias de él. Tampoco debe romperle, aunque lo quieran los otorgantes por razon de haber deshecho el contrato; pues es acto que se publicó y puso en archivo del público, de que está constituido archivero y custodio el escribano, y como tal carece de facultades para estraerle de éste, fuera de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él y castigársele por su falta; y asi los interesados no usen de él, ó revóquenle por otro, poniendo en aquel la competente nota de éste. Tercera. Si el acreedor devuelve á su deudor el instrumento de la deuda ó le cancela, se entiende libertarle de ella, escepto que lo haga por fuerza, miedo, ó engaño, y se pruebe (*c*). Y cuarta advertencia. Aunque el instrumento carezca de la fé de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca de él de dos de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no le invalida ni pone por forma tales requisitos, segun se ha sentado en la I. P. cap. 1 nn. 1, 247 y sig.

301 Alegando la parte que es falso el instrumento que se produce contra ella, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo del otorgamiento, y en otro en que fue testigo de otro instrumento, y tan distante que no podia haber venido naturalmente; para probar su falsedad de presentar otro público hecho en aquel dia, en el lugar donde dice estuvo, y de que fué testigo, ó á lo menos

(*a*) Ley 111 tit. 18 P. 3. (*b*) Ley 12 tit. 25 lib. 4 R. ó 6 t. 23 lib. 10 N. R. (*c*) Ley 40 tit. 13 P. 5.

cuatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgó el redargüido; pero si el instrumento no es público, bastan dos que así lo declaren; y séalo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumniar, sino porque cree que es falso: todo lo cual se entiende, cuando la parte que le produce, quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad *a*).

302 La falsedad es mutacion de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero, y se comete por escrito, dicho, hecho y uso, cuyos modos esplica la ley (*b*). La presuncion de falsedad en los instrumentos es la que inducen el mal proceder de la persona que los presenta, si está acostumbrada á producir otros falsos, y contienen vicio visible: la mala gramática ó construccion, la diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo, las cláusulas ó cautelas insólitas que contienen, escepto que intervengan causa justa para ponerlas, la diferencia de papel y signo, la tardanza en producirlos, el hallarse en un libro, ó estar escrita en la carta reciente un instrumento antiguo, cuando consta que entonces no se hacian éstos, la inverosimilitud que es imagen de la falsedad, el contener testigos muertos el moderno, ó el estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presenció su otorgamiento, el haberse estrechado para concluirle, habiendo espacio ó campo bastante al principio, y ensanchado demasiado en éste las líneas ó renglones: el hallarse cortado ó roto, ó antepuesto ó propuesto por órden inverso, el carecer de la solemnidad que quiere, y otras varias causas. Tambien se hace muy sospechoso, cuando está manchado ó agugereado en lugar substancial, mas no si lo está en otro. Pero si se produjo sin mancha en juicio ante el escribano de la causa, aunque despues se halle manchado, no pierde de su valor ni la fe que merece. Y aunque el instrumento sea nulo, no por esto lo será el contrato ni testamento, si se prueba haber concurrido á ellos el competente número de testigos, y no es substancial en el contrato la escritura.

303 Afirmando el escribano de buena fama que no hizo el instrumento, debe ser creido, sino se prueba plenamente lo contrario; y tambien confesando que sí, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan, si presenciaron ó no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro y no en otros

(*a*) Leyes 112, 116 y 117 tit. 18 P. 3. (*b*) La 1 tit. 7 P. 7.

términos. Pero siendo de mala fama y todos los testigos instrumentales de buena, si éstos concuerdan en una cosa, sea afirmando ó negando, y el instrumento ha poco tiempo que se hizo, deben ser creidos, y no el escribano (*a*): de suerte que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas: á saber, que los testigos sean mayores de toda escepcion, que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento, y que el escribano tenga mala fama, y asi el que intenta semejante declaracion, se mete en árduo empeño (*b*).

304 Si la parte niega que el instrumento esté autorizado por el escribano que parece estarlo, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él asegura que le hizo, ha de ser creido: si lo niega no debe hacer fe; y si dice que le hizo, pero que fue falso y con error, tambien ha de ser creido. Si ha muerto ó está ausente muy lejos, se deben elegir peritos 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 declarar, si merece ó no crédito, porque la ley (*c*) fundada en que por la mudanza de tinta ó pluma, ó por enfermedad, ó vejez del que escribe, suelen desemejarse las letras, como lo vemos diariamente, pues muchas veces no conocemos lo que hemos escrito, y ademas algunos saben fingirlas é imitarlas perfectamente, no le obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comprobacion ó cotejo sin otros adminículos verídicos, ó dos testigos fidedignos que juren haberle visto firmar el instrumento por no ser prueba completa sino á lo mas semiplena. Y si se cotejan firmas, cartas, ú otros papeles privados, ha de ser con otros indubitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasen ante el escribano, de cuya certidumbre y veracidad no debe dudarse, ó los que tiene reconocidos espresamente en juicio; pues siendo con otros de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance, lo cual procede igualmente en el actor y reo.

305 Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contenido por testigos ó por otro medio legal (*d*); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el escribano; mas no cuando se hace

(*a*) Ley 115, tit. 18, part. 3. verb. E si por aventura. (*b*) De esto se habla en el lib. 1, cap. 1, n. 31 dittinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia. (*c*) La 118, t. 18, P. (*d*) Leyes 32, t. 16 y 127, t. 18, P. 3.

por otro instrumento, porque no ha de hacer de testigo y escribano á un mismo tiempo. Y es de tener presente, lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer al que le produce probar su contenido con testigos; y lo segundo, que los instrumentos que la parte produce judicialmente, han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario se las harán traducir y poner á su costa en la corriente; aunque si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado á poner de letra usual lo que esté obscuro; y antes bien debe el contrario ponerlo á su costa, porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si se hubieran principiado con él, cuyo caso se me ofreció en cierto pleito en el Consejo.

306 Aunque la parte que produce el instrumento, diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea propicio, le dañará lo que contenga contra ella; y una vez producido antes de la contestacion, está obligada á producirle en la prueba, diga ó no su contrario que quiere redargüirle de falso civil ó criminalmente; asi en la segunda instancia como en la primera, mayormente cuando el instrumento mira á los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que le pide, y ningun perjuicio se causa á la que le ha de presentar, lo cual es corriente en la práctica. Pero se advierte, que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (*a*), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas á su contrario; bien que siendo comunes á los dos tiene obligacion de manifestarlas y darlas (*b*), é igualmente la tiene cada uno de mostrar aquellas en que funda su intencion; si su colitigante lo pretetende en los términos que espongo en el n. 351.

307 Tambien ha de reproducir en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos, ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante, como cuando siguió via ejecutiva sobre paga de alguna cantidad deduciendo al mismo tiempo alguna accion ordinaria, sobre la cual se le reservó su derecho para el juicio correspondiente: en cuyo caso, si la prueba es respectiva á la accion ó escepcion ordinaria, debe reproducirla, pidiendo *se haya por reproducida y entienda con la prueba*, á lo que se deferirá, y tal vez no nece-

(*a*) Cap. 1 de Probat. (*b*) Cap. 12 de Fide instrum.

sitará hacer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

308 Para que haga fe el traslado ó egemplar sacado de la copia original, y prueba contra la parte, contra quien se produce, se ha de haber dado en virtud de auto de juez, precediendo citacion de aquella, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó, pues si lo está por éste, y es de los de que puede y debe dar cuantas copias le pidan el mismo efecto produce que la copia original, como se ha sentado en la prim. part. (*a*) 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 aprobarle y no dudar de él la parte contraria. Lo propio milita siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el escribano ante quien pasó ó por otro en caso de no redargüirse. Y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios.

309 Hace fe el traslado antiguo aunque sea sacado sin dicha solemnidad, cuando en virtud y á consecuencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó á su causante, en cuyo caso basta el transcurso de 30 años, como lo he visto egecutoriado por el Consejo en pleito de un patronato Real de legos del lugar de Vicálbaro de esta jurisdiccion; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho, porque la memoria de éstos es débil, mudable y faliole, y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad se tiene en lugar de ley y de verdad (*d*).

310 El instrumento *auténtico* (1), que es el que está corroborado con el sello del Rey, Príncipe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de órden militar, ó de otra persona constituida en dignidad, como grande, duque, conde, marques ó de Consejo, hace fe para probar su contenido contra el que le mandó sellar, mas no a su favor. Lo propio milita en el que otra persona hizo

(*a*) Cap. fin. n. 16. Véase á Covar. Pract. cap. 21, nn. 2, &c. y 6, donde trata qué fe merece el traslado, sea sacado del protocolo, ó de la copia original, por el escribano ante quien se otorgó, ó por otro. (*b*) Quien quiera saber cuando hace fe el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea á Covarrubias lug. cit. n. 7 que trae nueve casos.

(1) Auténtico se llama tambien el instrumento público.

por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna cosa que consiste en número, peso ó medida, si le reconoce en juicio, en cuyo caso será tambien ejecutivo, y no de otra suerte: mas no hará fe, si le niega, á menos que se pruebe con testigos que le hayan visto firmar: ni tampoco cuando es de otro contrato como compra, venta ó cambio de cosa raiz, &c. porque éste debe otorgarse ante escribano público y testigos para su perpetuidad; solo induce presuncion, y los testigos del instrumento auténtico de estos contratos no solo han de declarar haberle visto firmar, sino tambien deponer de su contesto (*a*).

311 El instrumento *privado*, segun se llama el que no está autorizado en forma por escribano ni sellado como el auténtico, es de varias maneras, á saber: *apochâ* ó *chîrographo*, bajo del cual se incluye la *antápochâ* ó *syngrapha*, libro de *cuentas*, *inventario privado y cartas*. Apochâ ó chîrographo es el instrumento ó resguardo que el acreedor dá á su deudor para acreditar lo que éste le pagó, y que vulgarmente se llama carta de pago ó recibo: antápochâ es al contrario un instrumento de lo que el deudor percibe prestado ó á censo, ó en términos de su acreedor, con lo cual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale ó pagaré*: syngrapha es escritura ó cédula que hacen algunos para la fe de sus pactos (*b*): libro de cuentas es escrituta privada, en que alguno sienta lo que da y recibe: inventario privado es aquella en que sienta sus bienes; y epístola ó carta es escritura privada, en que alguno envia á otro ausente.

312 Sin embargo de que se debe dar crédito al instrumento público aun despues de la muerte del escribano que le autorizó, y de los testigos que presenciaron su otorgamiento (*c*), no sucede esto con el privado, y así no hace fe ni prueba por sí solo en juicio, si se le opone esta objecion ó se redarguye de falso (*d*), como es conveniente para enervarle, en cuya atencion para que la haga, es preciso que le reconozca el que le hizo ó firmó, ó en defecto del reconocimiento ó por su negativa que se compruebe por dos testigos idóneos ó fidedignos á lo menos, que bajo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se coteje con otros verídicos é indubitados del que le hizo, y la letra y firma de todos se asimilen totalmente, ó declaren testigos que le tienen por suyo, por ha-

(*a*) Leyes 1 y 114, tit 18 y 1, tit. 20, P. 3. (*b*) Nebrija in Vocabulario jur. verb. Syngrapha (*c*) Ley 55, tit. 28, P. 3. (*d*) Cap. 2 de Fide instrum.

berle visto firmar muchas veces; no hace esto prueba bastante (*a*), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, y antes bien lo deja al arbitrio del juez para que la aprecie ó desprecie (*b*), segun se ha sentado en el n. 203. Pero si no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hara prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarle y aprobarle tácita y virtualmente con su silencio, como lo he visto declarado en juicio.

313 De las tres cosas pertenecientes á la cuarta especie de prueba y mencionadas en el n. 300, la segunda son los privilegios ó rescriptos. El privilegio *es una gracia ó merced que concede el Soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo, ó una ley dada señaladamente á alguna por su utilidad* (*c*). Solamente puede concederle el que tiene potestad de hacer leyes, sea de propiomotu ó voluntad, ó por súplica del concesionario. Si contiene la cláusula, *de motu propio, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto*, no solo admite una plenísima interpretacion á favor del agraciado (*d*), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (*e*); pero si carece de ella, se le puede argüir de haber ocultado para su consecucion alguna verdad substancial, que es la *subrepcion*, ó dicho, falsedad y mentira, que es la *obrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo espuesto, aunque en él no se esprese, por lo que si contiene alguno de los dos vicios espresados, no vale (*f*). Puede ser personal y real: personal es el que se concede á una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas á las cuales compete solamente y no á sus herederos, de suerte que no es transmisible (*g*); y real es el que se concede á la cosa, causa ó accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del concesionario, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso ó gracioso, se ha de entender personal y gracioso. Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun ó de comunidad, y privado de personas privadas.

314 Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los pri-

(*a*) Leyes 112, 114, 119 y sig. tit. 18, P. 3. (*b*) Ley 118 cerca del fin tit. y P. cit. (*c*) Cap. 25 de Verb. signific. y leyes 1, tit 11, P. 1, y 2 y 28, tit. 18, P. 3. (*d*) Cap. 4 de Præbend. in 6. (*e*) Cap. 23 del mismo tit. (*f*) Leyes 36 y 37, tit. 18, P. 3. (*g*) Regla 27, tit. 34, P. 7.

meros son para dar, hacer ó percibir cierta cosa, y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (*a*). De ellos algunos estan incorporados en el derecho, cuales son los de las Iglesias, eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, jueces, abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres, &c. otros fuera de él, como el que se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo: otros son contra el derecho, porque le derogan y eximen al privilegiado de la ley á que estaba subordinado, los cuales solo puede concederlos el Soberano á sus súbditos; y otros no lo son, por no prohibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio, y puede concederse tanto á los vasallos como á los que no lo son (*b*).

315 No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Soberano hecha de su espontánea voluntad ó á solicitud del privilegiado, sino tambien por prescripcion ó costumbre (*c*); pues tiene fuerza de privilegio y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exigir tributos, la esencion de pagar diezmos y otras cosas (*d*); bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios es necesario título con el uso de ella por espacio de 40 años continuos, sin interrupcion civil ni natural; y á falta de título es indispensable la prescripcion inmemorial (*e*). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, que es cuando el Soberano manda que el que concedió á uno, se estienda á otro, y que éste participe de él (*f*); pero habiéndose concedido á personas singulares no se debe ampliar por identidad de razon á otras no espresadas en él, ni de un caso á otro. Tampoco se estiende la dispensa á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en ella, porque es odiosa por su naturaleza (*g*), y asi lo contrario sucede en la legitimacion que es favorable, por lo que para la concesion de ésta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintesto, y para la dispensa sí, aunque algunos lo niegan.

316 No las cosas claras sino las oscuras necesitan de interpretacion. La de los privilegios es de cuatro especies: la una se llama *estensiva*, y es aquella por la que la disposicion de la ley se estiende á

(*a*) Ley 42, t. 18, P. 3. (*b*) Leyes 28, &c. y 34. tit. 18, P. 3. (*c*) Cap. 13 de Judic. y cap. 26 de verb. significat. (*d*) Cap. 9 de Offic. judic. ordin. cap 13 al fin de Foro compet. cap. 4 y cap. 18 de Præscription. cap 9 de Privileg. y cap. 74 de Reg. jur. in 6. (*e*) Ley 1 tit. 10 lib. 5 R. ó 6 tit. 5 lib. 3 N. R. (*f*) Arg. 2 cap. de Privileg. lib. 6. (*g*) Cap. fin de Postulat. Prælat. cap. 1 y 2 de Filiis presbyt.

otro caso ó persona fuera de las palabras de ésta y de la mente del legislador, aunque no contra la intencion de éste (*a*): otra *comprensiva*, y es la que se hace fuera de las palabras de la ley y no de la mente del legislador, como cuando la decision de la ley se amplia á otro caso ó persona no comprendida en aquellas, pero sí en la voluntad del legislador, que es la que debe atenderse, y no las palabras con que la manifiesta ó esplica (*b*): *otra autoritativa, auténtica, definitiva, ó judicial*, y es la que hace el Soberano que concede el privilegio ó su sucesor; y á ella se debe estar así en juicio como fuera de él; y la otra *doctrinal ó magistral*, que es la que pueden hacer los doctores, maestros y personas versadas en el derecho, mas ésta, aunque tiene autoridad y hace opinion no induce necesidad ni obligacion de asentir á ella como á la otra. Esto supuesto debo decir en primer lugar, que los privilegios que son contra el derecho comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrictamente, ya porque toda derogacion de aquel es odiosa (*c*), y las cosas odiosas se deben restringir (*d*), ya porque no es visto derogarle ni querer privar el Soberano á nadie del que tiene adquirido, á menos que el mismo privilegio lo esprese, y en segundo lugar, que los que no son contra derecho sino fuera de él ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente (*e*). Y si este concede privilegio, por el que dona villa, castillo ú otro lugar poblado, ó que se ha de poblar despues, ha de entenderse esta donacion con arreglo á lo que ordena la ley 9, t. 4. P 5 en estas palabras: »Pero decimos que cuando el Emperador ó el Rey face donacion á Eglesia ó á órden ó á otra persona cualquier, assi como de villa, ó de castillo, ó de otro logar en que oviesse pueblo ó se poblasse despues, si cuando gelo dió, otorgó por su privillejo que gelo daba con todos los derechos que avia en aquel logar, é devia aver, non sacando ende (*de esto*) ninguna cosa: entiéndese que gelo dió con todos los pechos, é con todas las rentas que á él solian dar é facer. Pero no se entiende que él da ninguna de aquellas cosas que pertenecen al señorio del reino señaladamente, assi como moneda ó justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuesen puestas, é otorgadas en el privillejo de la donacion estonce bien pasaria al lograr, o á la

(*a*) Argum. c. 4 vers. Nos igitur, de Confirmat. util. (*b*) Cap. 88 de Reg. jur. lib. 6. (*c*) Cap. 1 y cap. 2 de Filiis Presbyter. in 6. (*d*) Cap. 15 y 28 de Regul. jur. in 6. (*e*) Ley 27, tit. 18, P. 3. y regla 28, tit. 34, P. 7.

persona á quien fuese fecha tal donacion, salvo ende (*á escepcion de*) que las alzadas (*apelaciones*) de aquel logar deben ser para el Rey que fizo la donacion é para sus herederos, é deben facer guerra, é paz por su mandado."

317 La confirmacion es ratificacion y corroboracion del derecho adquirido, y la de privilegios es un rescripto, por el cual el Soberano ratifica y corrobora el primero espedido legitimamente, pues el que es nulo no se puede confirmar, y cuando se confirma simplemente algun acto, no es visto confirmarse el que contiene nulidad (*a*). De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun, simple y ordinaria, y la otra en forma específica y de cierta ciencia: la primera es aquella, por la que se confirma el derecho ó privilegio sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas vigor, ni conceder tampoco nuevo derecho, de modo que le deja en el estado en que antes se hallaba, sea el de valido ó inválido (*b*); y la segunda es que se hace con pleno conocimiento, y exámen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido y da nuevo derecho al privilegiado, sino que revalida y concede de nuevo los privilegios revocados, viniendo á ser una nueva concesion. Se conoce serlo, cuando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia, de plenitud de potestad ó de poder absoluto, no obstante cualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en contrario, pues los derogo y anulo, &c.* y otras semejantes, ó cuando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como lo manda la ley 2 que se cita en el número 324. Se divide la confirmacion en útil y en inútil: se llama útil la que es valida, y tal que el juez no puede violarla ni aun tomar conocimiento de ella (*c*); é útil, cuando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion (*d*), ó por contener defectos substanciales segun las leyes, que no se subsanan con especificacion en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, escepto que el Soberano las conceda nuevamente.

318 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, y así el menor no es restituido contra otro menor: lo cual

(*a*) Cap. 12 de Constit. y 31 de Dicimis (*b*) Cap. 4 de Confirmat. últ. cap. 5 de Conces. Præbend. Ley 2, tit. 18, P. 3. verb. Pero si fuere de confirmamiento. (*c*) Cap. 1 y cap. 3 de Confirmat. útil. (*d*) Cap. 3, 5, 6 y 7 de Confirmat. util. y cap. 20 de Rescrip.

se limita en primer lugar, para con el que es dos veces privilegiado ó tiene doble privilegio, pues éste goza de él contra el que lo es solamente una: en segundo lugar, cuando el uno trata de adquirir lucro ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues éste gozará del suyo contra aquel; y en tercer lugar, para con el privilegiado específico, porque se prefiere al genérico, y en concurso de los privilegios, uno general y otro especial, vale éste porque el género se deroga por la especie (*a*): siendo de advertir que el privilegiado que viola y atropella los privilegios de otro, debe ser privado del suyo (*b*), por ser justo no se conserven los derechos y prerogativas al que se atreve á vulnerar y despreciar las agenas, y que se le trate del modo que trata á los demas (*c*).

319 Siendo personal el privilegio cesa y se estingue por muerte de la persona á quien se concedió, como se ha espuesto (*d*); mas no por la del que le concedió, ni por la deposicion de su oficio, si fue concedido absolutamente (*e*), pues siéndolo con alguna condicion ó limitacion á tiempo cierto se acaba con la muerte de aquel (*f*), aunque no, si lo fue con la cláusula, *hasta que le revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo y contrario, y con la muerte del que le concedió, únicamente hay una cesacion de su voluntad ó falta de continuacion en ella. Si el privilegio es real, cesa por acabarse la cosa privilegiada (*g*), como se estinga ó perezca sin que haya esperanza de repararse ó volverse al estado que antes tenia, y no en otros términos.

320 Se estingue asimismo por las causas siguientes. La primera es, cuando cesa la final porque se concedió, pues no basta que cese la impulsiva ó la que movió a su concesion (*): lo cual se entiende del que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del Soberano, y no es derogatorio de aquellos, porque éste como no requiere causa se conserva, aunque cese la que impelió á su concesion (*h*). La segunda es, haber espirado el tiempo de su concesion ó faltado la condicion puesta

(*a*) Ley 90 ff de Reg. jur. cap. 1 de Reg. jur. in 6. (*b*) Cap. 4 de Privileg. (*c*) Cap. 6 de Constitut. y 7 de Privileg. (*d*) Regla 27, tit. 34, P. 7. (*e*) Cap. 9 de Offic. delegat. in 6 y 20 de Prebend. in 6. (*f*) Cap. 5 de Rescript. in 6. (*g*) Cap. 42 de Reg. jur. in 6.

(*) La causa final es el fin con que se hace alguna cosa, y la motiva ó impulsiva es la razon ó motivo que inclinó á hacerla.

(*b*) Cap. 60 de Appelation.

en él. La tercera es, por renuncia que haga de él libre y espontáneamente el privilegiado, cuando fue concedido singularmente á su persona, porque cada uno puede abdicar de sí y renunciar lo que está establecido en su beneficio privativo; pues si se concedió principalmente en favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se estingue ni pierde, por renunciarle alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos (*a*). La cuarta es, el empezar á ser nocivo, pues entonces cesa por sí mismo (*b*). La quinta, por convertirse en daño de muchos (*c*). La sesta, por abusar de él la persona privilegiada (*d*); bien que por esta causa no siempre se pierde *ipsojure*, y es menester que recaiga sentencia declaratoria. La séptima es, no usar de él en juicio para su defensa el agraciado siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (*e*); y fuera de juicio en el discurso de 10 años entre presentes y 30 entre ausentes: lo cual ha de entenderse, cuando es afirmativo y concedido con gravamen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él no lo hizo sabiendo que le tenia, pues por esta comision es visto renunciarle tácitamente (*f*): mas si es de pura gracia y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso. La octava es, el contrario uso siendo privilegio negativo y oneroso á otro u otros sugetos, no si es puramente gracioso y á nadie gravoso (*g*). Y quien alega haberse perdido por el no uso ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion, pero si es de confirmacion, debe probar que se ha usado el que le presenta, y no el que niega; y si en el privilegio posterior dice, *salvos los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (*h*).

321 Y la nona y última causa porque cesa y se estingue el privilegio, es la revocacion ó derogacion hecha por quien le concedió, ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *espresa* ó *tácita*, y la espresa, *especial* ó *general*; se llama especial, cuando se nombran en ella cierto ó ciertos privilegios determinados, y general, cuando se revocan genéricamente todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras: *comun* y *estraordinaria*: la comun es la que se hace por clausula general

(*a*) Cap. 12 de Foro competent. (*b*) Cap. 61 de Regul. jur. in 6. (*c*) Ley 43, tit. 18, P. 3 verb. Otrosí decimos. (*d*) Ley 42, tit. 18, P. 3 al fin. (*e*) Dicha ley 43 verb. Otrosí decimos al fin. (*f*) Leyes 42, tit. 18 P. 3 y 3, tit. 7 P. 5 al fin. (*g*) Dich. ley 43 al principio. (*h*) Ley 27, tit. 18 P. 2.

comun, como lo es ésta: *No obstante cualesquiera privilegios*: la cual puesta en el privilegio posterior sin otra mencion espresa ni específica no revoca los incorporados en el derecho, ya porque se debe evitar cuanto sea posible la correccion de éste que no se presume, si no se espresa claramente (*a*): ya porque con la derogacion general no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, escepto que el Soberano lo diga, pues si éste lo quisiera, lo espresaria (*b*): ni tampoco se quitan, ni suprimen los privilegios que se hallan fuera del cuerpo del derecho, si se concedieron con la cláusula: »de que no se entiendan revocados, escepto que se haga de ellos mencion específica en el de revocacion.» La revocacion general y estraordinaria es la que contiene cláusulas generales y estraordinarias: v. gr. »No obstante cualesquiera privilegios concedidos con cualesquiera cláusulas ó palabras: ó con las de que se deba hacer mencion literal y específica de los concedidos anteriormente, pues sin embargo de esto se revocan, y dan por referidos é insertos á la letra, como si lo fueran, para que nunca valgan, ni se pueda usar de ellos.» Si el privilegio se concedió por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á menos que en el posterior se ponga esta espresion específica y particular: porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Soberano quiere quitársele sin causa, mientras no lo esprese, sino es que se interese en ello la causa pública que se prefiere á la privada (*c*).

322 La revocacion tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, ó que no puede subsistir ó tener efecto si no se revoca el anterior, siempre que sea de presumir tenia éste presente: de modo, que por la ley general que no revoca espresamente los privilegios, se juzgan revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como éstas son leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo esprese. Pero no se consideran revocados los que se hallan fuera del cuerpo de la legislacion, escepto que se mencionen, pues siendo su derecho privado, no se presume que el legislador le sabe, y así no se entiende

(*a*) Arg cap. 29 de Election. in 6 (*b*) Cap. 2, § 1 de Translat. Episcop. 12 de Decim. y 2 de Privileg. y ley 37, tit. 18 P. 3. (*c*) Leyes 27, verb. E si fueren, y 39 al princip.

haber querido revocarlos, mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, á no ser que se haga de él mencion especial, porque como el privilegio es un derecho privado y particular, presúmese que el Soberano concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que ésta concesion fue subrepticia y como tal nula (*a*). Y si se da sentencia contra el privilegio por el Soberano que pudo concederle, no se revoca tácitamente por aquella, sino que se reprueba y desecha como inválido y defectuoso.

323 Antes de la era 1442 que corresponde al año de 1404 se espedian los privilegios ó cartas de donacion y mercedes reales de dos modos; el uno por albalá ó cédula firmada por el Rey, y sellada con sello de plomo ó cera, ó con otros signos de que usaban los Reyes, y el otro con sello en forma de rueda y espresion de los nombres del Rey, Reina, Infantes y demas Próceres y ministros que lo confirmaban, á cuyo privilegio llamaban *rodado* (*b*). En las cortes celebradas en Valladolid el referido año por don Juan el II. se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte y número de personas, esceptuando los oficios menores de la casa real, limosnas y otras cosas que espresa la ley 5, tit. 10, lib 5 R. y actualmente se despachan los títulos, privilegios y sus confirmaciones por el real y supremo Consejo de la Cámara en virtud y á consecuencia de real decreto de la concesion de la gracia que precede: se refrendan por el secretario de la Cámara, los firman ó rubrican los señores de ella á la espalda de la firma real, se registran y sellan en la chancillería ú oficina del real sello, y se toma la razon de ellos en las contadurías que se previenen á su final.

324 Todo privilegio real antiguo, sea ó no rodado, para hacer fe en juicio, debe contener el nombre del Rey que le concedió, los años que había entonces que reinaba, el dia, mes, año ó era, y pueblo de su concesion y mencion especifica de la cosa que se concedió: estar sellado con el sello ó señalado con el signo que usaba, refrendado del notario ó escribano (ó llámese como hoy secretario) ante quien se espidió: registrado en los libros de mercedes, ó de lo salvado, y no roto, cancelado, ni sospechoso en parte sustancial, y ademas ha de ser conforme á los que aquel Rey espedia (*c*): lo cual deberá acreditar pre-

(*a*) Dicha ley 39. (*b*) Leyes 2 y 4, tit. 18 P. 3. (*c*) Leyes 2, 3, 4, 44, 111 y 114, tit. 18 P. 3.

cisamente con otros indubitados el que le tiene, si se le niega ser suyo por contener defectos sustanciales que le constituyen sospechoso, ó por otro motivo aunque tenga sello de plomo ó cera, porque como este pende de hilos, se puede quitar de uno y poner en otro cuando se quiera, de suerte que éste sello por sí solo le da poco valor; y conteniendo todos los requisitos espresados hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede á las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (*a*). Si es rodado, debe contener á mas de lo espuesto los requisitos que prescribe la ley 2, tit. 18 P. 3, y siendo de confirmacion ha de insertarse en éste el confirmado, para que no se dude que lo fue con conocimiento de causa, como lo manda la ley (*b*): siendo de tener presente, en primer lugar que el traslado del privilegio no hace fe, á menos que el Rey le mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando éste el privilegiado (*c*): en segundo lugar, que el privilegio ó carta obtenida sin poder del dueño del pleito, no vale, escepto que el que le obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (*d*); y en tercer lugar, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (*e*).

325 Los libros de cuentas en que sientan los mercaderes y otros lo que dicen les deben (que es la última de las tres clases de prueba respectivas á la cuarta especie), no prueban sino contra ellos mismos; pero si incluyen cantidad cierta, y es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, á menos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ó remitan el esceso al deudor, pues entonces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirle (*f*). Y si los libros contienen varias partidas en pro y en contra, ha de aceptarlas ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable y repudiar lo adverso.

326 La quinta especie de prueba es la que se hace *por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho*, y así ninguna es mejor que ella, cuando puede haberla, como sobre edificios, términos de pueblos y he-

(*a*) Ley 1, tit. 20 P. 3. (*b*) La 2 cit. verb. E si fuere de confirmamiento (*c*) Dichas leyes 44 al fin y 114. verb. E todo esto. (*d*) Leyes 10, tit. 5 y 39 al princip. tit 18 P. 3. (*e*) Ley 40, tit. 18 P. 3. Acerca de las donaciones de don Enrique IV. véase la ley 4, tit. 10, lib. 5, R. ó 9, tit. 5, lib. 3 N. R. y de las de don Enrique II. en caso de reversion á la corona, la 11, tit. 7 y el auto acordado 7, tit. 7 del propio lib. ó leyes 10 y 11, tit. 17, lib. 10 N. R. que la declara. (*f*) Ley 121, dich. tit. y P.

redades, injurias graves y otros semejantes á que asiste ó puede asistir el juez (*a*), en cuyos casos sin preceder este requisito no debe el juez dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13 al fin tit. 14, P. 3. »Ca en qualquier destas razones no debe el juzgador dar el pleyto por probado, á menos de ver él primeramente cuál es el fecho, por qué ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor, é mas derechamente departir (*determinar*). En esta atencion podrá admitirse hasta despues de la conclusion; y si las partes no piden la vista ocular, puede el juez de oficio mandarla hacer antes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella y nombrar peritos que la hagan. Si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren

327 La sesta especie de prueba es la que se hace por *presuncion* ó *conjetura*. Hay presuncion *de derecho, de hombre y de hecho*. La *de derecho* se divide en presuncion *solo de derecho*, y presuncion *de derecho y por derecho*: la primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que ademas debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las mismas leyes. La presuncion *de hombre* es la que no se menciona en el derecho y puede concebir toda persona sensata atendidas las circunstancias; pero ésta no hace prueba, aunque sea del juez, porque como hombre puede engañarse, á menos de ser grande ó manifiesta (*b*). Y la presuncion *de hecho* es aquel juicio que se forma por las ocurrencias pasadas ó futuras de lo que sucedió y puede suceder, la cual tampoco hace prueba (*) Y es de tener presente que la sentencia dada en virtud de presunciones no se debe mandar ejecutar sin embargo de apelacion ó suplicacion, y que si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada, como se practica.

328 La séptima prueba que se hace es por *ley* ó *fuero*, sobre lo cual se debe tener presente, que si los litigantes son estrangeros, y

(*a*) Leyes 8 verb. Otrosí hay otra manera de prueba; y 13, tit. 14 P. 3.
(*b*) Ley 10, tit. 14 P. 3.
(*) Las divisiones de la presuncion que se hacen en este n. no se encuentran en nuestras leyes, y son seguramente invencion de los intérpretes, como á primera vista ellas mismas manifiestan. Los miembros de la presuncion de derecho, hasta ahora oscura y desdichadamente definidos, debieran ser mas breves, mas claros y significativos, y el miembro de *presuncion de hecho* deberia omitirse como comprendido bajo del de *presuncion de hombre*.

la controversia es sobre contrato celebrado en su pais ó sobre cosa que se halla en él, se ha de decidir con arreglo á sus leyes y fueros, haciéndolos constar; pero si la cosa está, ó el contrato se celebró en nuestra península, se debe resolver por las de ella á causa de que las de su nacion no tienen aqui fuerza de tales (*a*). Y si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1 de Toro, que es la 3, tit. 1, lib. 2. R.

329 Y la octava especie de prueba y última pregunta general es la *fama y notoriedad*, y asi se articula en los interrogatorios: *que los testigos digan de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion.* La fama unas veces no es mas que una vana voz del vulgo ó rumor del pueblo que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creido, y asi no debe ser atendida ni estimada por tal: otras veces se origina de algunas personas perversas y sospechosas que por su propia utilidad y comodidad, ó por malevolencia esparcen una voz, y ésta solo merece un absoluto desprecio; y otras veces trae su origen de personas graves y timoratas, de cuyo interes no se trata, por lo que no es de presumir que éste fue la causa de esparcirse y originarse. Por tanto, se llamará propiamente *fama*, ó se apoyará un hecho en la fama, cuando todos los vecinos ó la mayor parte del pueblo afirman haberle visto ú oido decir á personas ciertas y fidedignas que le vieron. La fama se diferencia del *rumor*, en que para éste basta que algunos digan alguna cosa sin señalar el autor de quien lo saben.

330 La fama originada de personas timoratas y fidedignas hace regularmente semiplena probanza: bien que se deja al arbitrio del juez, para que atendidas la cualidad de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso y otras circunstancias haga de ella el aprecio que merezca, de manera que aun sobre hacer prueba semiplena en materias civiles están vacilantes los AA. por ser falaz y seguir fácilmente muchos el dicho de uno, como á cada paso vemos; pero en los negocios criminales no la hace, porque en estos debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada, y no se han de determinar por sospechas (*b*).

331 Mas sin embargo la fama prueba plenamente en hechos antiguos que esceden la memoria de los hombres (*c*), en cosa de leve perjuicio, en las de dificil prueba, cuando concurren con ella otros ad-

(*a*) Ley fin. tit. 14 P. 3. (*b*) Ley 12, tit. 14 P. 3. (*c*) Cap. 13 de Prob.

miniculos y presunciones (*a*), ó se trata del interdicto de recuperar para que el despojado sea restituido; ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ó parte remota, como se dijo en el n. 145, ó cuando la opinion de todos los hombres del pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa, ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho, y en otros casos que trae Mascardo.

332 Como la ley presume que la vida del hombre puede llegar hasta cien años (*b*) (*), discuerdan los AA. acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia de dicha muerte (*c*), porque la fama suele traer su principio de autor incierto y á veces falso (*d*): otros lo afirman, con tal que el que se dice difunto haya estado ausente diez años (*e*), y otros cuya opinion es la segura, distinguen: si ha poco tiempo que se supone muerto, v. gr. cinco años ó menos, ó el pueblo, en donde se dice que murió, esta cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberle visto enterrar, como lo manda la ley (*f*); y si por la distancia del pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda tener por cierta, es preciso en primer lugar, que la fama esté corroborada con otros adminículos, á saber, con su generalidad, con la larga distancia del pueblo en que se asegura haber muerto, con la ausencia de él que esceda de diez años (*g*), con la deposicion de si tenia edad abanzada, si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo como el de un año, en que se esperaba su regreso, &c. en segundo lugar, que se acredite á lo menos con dos testigos mayores de toda escepcion que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombre, y publicamente á la mayor parte del pueblo, por no bastar que en sitio público lo hubiesen oido á uno solo; como tambien que espresen de qué personas ha nacido la fama,

(*a*) Cap. 27 de Testibus, 1 de Appellat. y 11 de Præsumpt, (*b*) Ley 26, tit. 31 P. 3.

(*) La ley 26 cit. dice que si se concede á ciudad ó villa el usufructo de algun edificio ó heredad sin señalar tiempo, debe durar 100 años) »E esto es por esta razon, porque el usufructo que es otorgado señaladamente al coman de algun lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron (*pensaron*) los sabios, que en el tiempo de los 100 años pueden ser muertos cuantos eran nacidos el dia que fuesse otorgado el usufructo."

(*c*) Cap. 19 de Sponsal. Sanchez de Matrim. disp. 41 in Summar. lib. 2, q. 3, n. 13. (*d*) Cap. 7 de Cohabit. Clericor. (*e*) Gom. ley 80 de Toro n. 31, vers. Hodie tamen. (*f*) La 14, tit. 14 P. 3. (*g*) Dicha ley 14.

que éstas sean próvidas y honestas, y que ningun interes tengan en su declaracion; y en tercer lugar, que la fama se origine de causa razonable, como si el supuesto difunto se embarcó, hubo alguna tempestad, no volvió cuando se le esperaba, ni la nave tampoco, y ni de él ni de ésta se supo, por mas exactas y esquisitas diligencias que se practicaron en su busca, en los parages en que podia hallársele, y otras causas que especifican los AA., pues la fama ha de traer su origen de noticias probables, en cuya atencion los testigos deben espresar las causas de que se deriva, á fin de que el juez discierna si son probables, ó una voz vana; y no probándose la muerte en bastante forma solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, solicitar que bajo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes. Pero si alguno pretende pension, salario, ó réditos vitalicios de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, por lo que el hombre puede llegar á vivir, sino que debe probar que realmente vive al tiempo de pedir, que es el fundamento de su intencion; y así la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

333 Cuatro cosas se requieren á lo menos para que la fama pruebe. La primera es, que sea uniforme, constante, perpetua, y no vaga, leve, ni contraria, ó mezclada con alegacion ó dichos contrarios, porque si unos dicen que sí y otros que no, no se sabrá de cual cosa es la fama. La segunda es, que traiga su orígen de personas honestas y fidedignas que pueden persuadir al pueblo á decirlo y creerlo así; pues de lo contrario no será fama sino rumor ó una voz vaga del pueblo que es despreciable. La tercera es, que se pruebe legítimamente á lo menos por dos testigos mayores de toda escepcion que espresen las causas probables de que se ha originado: que éstas sean capaces de inducir al pueblo ó á su mayor parte á creerlo; y que asimismo digan bajo de juramento que aquel ó su mayor parte lo cree así, por habérselo oido: debiendo entenderse por mayor parte la de aquellos que pueden y á quienes toca saberlo, segun sea lo que se va á probar: v. gr. si se trata de la ciencia de algun teólogo, basta que haya la fama entre la mayor parte de los teologos de que posee bien la teología, pues los demas no tienen voto, porque la ignoran. Y la cuarta cosa es, que siendo interrogados (como deben serlo), depongan del tiempo del origen de la fama, y que éste no sea posterior al principio del pleito, en cuyo caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que le motivó el litigio, y de que quien le movió la es-

parció. Tendrá presente todo esto el escribano para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen.

§. VIII.

Del término de prueba siendo mayores los litigantes, cómo se cuenta, desde cuándo corre, y si se podrá suspender y practicar otra cosa durante él.

334 La dilacion es lo mismo que término ó espacio de tiempo que se concede al actor y reo para evacuar algun acto judicial. El término se divide en *legal*, *judicial y convencional*: se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo o costumbre sin ministerio del juez ni de los litigantes: judicial el que concede el juez por disposicion ó con permiso de la ley; y convencional el que se conceden mutuamente las partes. El término probatorio es el que se dá al que quiere acreditar su derecho, ó el que se concede al actor y reo para probar su intencion y sus escepciones despues de contestado el pleito.

335 Puede conceder el juez á los litigantes el término que contemplen necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio abreviarle, segun forme juicio por los méritos del proceso, calidad de las personas, cantidad y distancia del pueblo en que se ha de hacer la prueba; mas no ampliar el prescripto por la ley, porque ésta se lo prohibe espresamente (*a*), escepto que haya causa justa para ello y se pruebe, que entonces no solo puede abreviarle y restringirle, sino tambien revocar el concedido y ampliar todos los legales, aunque esten prefinidos con palabras tajativas (*b*) (*); porque como las leyes

(*a*) Ley 1 tit. 6 lib. 4 R. 6 1 y 3 tit. 10 lib. 11. N. R. (*b*) Ley 3 tit. 15. P. 3 y dich. ley 1 tit. 6 lib 4.

(*) No podia llegar á mas la osadía de nuestros comentadores. Su funesto prurito de interpretar no liberta de sus glosas ni aun á las leyes que cuerda y espresamente rechazan toda interpretacion. La ley concediendo término señalado para una diligencia judicial prohibe con las mas claras palabras que ningunos señores ministros ni jueces puedan alargarle. Sin embargo los intérpretes abrogándose la mayor autoridad, y haciéndose superiores á la misma ley les dan facultades para prolongar las dilaciones. La ley instruida por una dilatada esperiencia de la malicia de los litigantes coarta los términos para que no se oscurezca la verdad y se abrevien los pleitos. Sin embargo los intérpretes parece se empeñan en eternizarlos abriendo una ancharosa puerta á los sobornos, enredos, trampas y fraudes. La ley conoce que los males que pueden originarse de no quebrantar, ó de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparacion de los innumerables que puede ocasionar su violacion. Sin embar-

se crearon para los casos comunes, y los legisladores no pudieron tener presentes los estraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del juez su ampliacion, restriccion y revocacion.

336 Esto supuesto debo sentar que el término ordinario y perentorio que la ley concede en las causas civiles es el de 80 y de 120 dias: de 80, cuando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del lugar ó provincia en que el pleito se controvierte; y de 120, cuando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama *de puertos allende*. Y si todos los testigos se hallan fuera del reino ó en provincias ultramarinas, v. gr. en las islas de Canarias, puede el juez conceder seis meses, ó el que con atencion á la distancia del pueblo del litigio, cantidad y calidad del negocio, y personas litigantes conceptúe suficiente, añadiéndole ó menguándole, para que éstas justifiquen lo que les convenga, y no queden indefensas por falta del competente (*a*): de lo cual parece se infiere, que si parte de la prueba se ha de evacuar dentro y parte fuera, deberá hacerse cada una en el término que le está asignado respectivamente, y no toda fuera del de los 80 dias, porque para los testigos que se hallan de puertos adentro, no concede mas la ley; pero como ella no hace mencion de este caso, ni lo prohibe, y lo que no está prohibido se entiende permitido: como el término es comun á los litigantes, y hasta que espire, no se ha de hacer publicacion, ni se causa detrimento al contrario, se les permite en dicho caso hacer toda su prueba pasados los 80 dias, y no se anula por esta razon, lo cual he visto practicar asi.

337 Mas para que se conceda el término ultramarino ó estraor-

go los intérpretes solo tratan de evitar los primeros y no ponen la atencion en los segundos. La ley con ojos perspicaces estiende sus miradas hasta el fin de muchos siglos. Sin embargo los intérpretes no pasan con su vista del término de pocos dias ó pocos momentos. La ley con sus moderadas y suficientes dilaciones amonesta á los litigantes que esten prevenidos para poder dentro de ellas aprovecharse de su derecho. Sin embargo los intérpretes por favorecer demasiado é indiscretamente á los litigantes les hacen descuidarse, de manera que para demostrar y obtener su justicia no sean bastantes ningunos términos. La ley en fin es sabia maestra y buena política en el señalamiento de las dilaciones judiciales; y sin embargo los intérpretes teniéndola por tan ignorante como lo son los mas de ellos, quieren suplir ó remediar con sus esposiciones lo que conceptuan descuido ó necedad de los legisladores.

(*a*) Leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4, 1, 2, 3 y 4, tit. 10 lib. 11 N. R.

dinario, son precisas de parte del que le pretende cuatro cosas: la primera, que le pida juntamente con el ordinario, sea cuando la causa se recibe á prueba, ó cuando se proroga, de modo que corran ambos á un propio tiempo, porque pasado el ordinario está prohibido al juez conceder el ultramarino; la segunda es, que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que intenta valerse, y el parage de su residencia, y dentro de 80 dias perentorios justifique no solo que se hallan en aquel, sino tambien que al tiempo del hecho litigioso estaban en el pueblo ó lugar donde sucedió; y lo mismo procede, cuando estan fuera del reino: la tercera es, que jure no pide el término maliciosamente por alargar el pleito; y la cuarta, que se deposite luego la cantidad que merezca al juez de la causa para las espensas que el colitigante haga en ir ó enviar persona al pueblo, en que dice hallarse sus testigos, á conocerlos, y verlos presentar y juramentar, pues no siendo pobre ó el fisco, debe ser condenado en ellas, sino prueba su intencion (*a*).

338 Si el hecho que se intenta probar, acaeció en las Indias ó en otros parages remotos, y los testigos estan en ellos, se ha de pedir el término de año y medio, dos, ó mas segun la distancia, y el juez ha de conceder el competente: cuyo término es ordinario y como tal se debe pretender, no como ultramarino, pues éste se llama asi, cuando el hecho pasó en esta península, y los testigos con quienes se ha de justificar se hallan en parage ultramar, no cuando sucedió allá; en el cual caso, como es accidental que la demanda se ponga aqui, y es de creer que los testigos estan en su tierra, cesa la presuncion de malicia, á cuya consecuencia para su peticion y concesion no se necesita ninguno de los requisitos que para la del ultramarino, como tampoco cuando la prueba se ha de hacer dentro del reino, porque las leyes no lo mandan; bien que la parte debe espresar el lugar en que se hallan, para que su contrario pueda ir ó enviar á conocerlos y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá hacerlo ni tacharlos; pero no se debe prorogar sin causa justa é impedimento probado, cual es la falta de embarcacion ú otra semej nte, ni concederse restitucion, segun se colige del espíritu y contenido de las leyes citadas; y asi se observa.

339 Como los jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal, los reciben por 15 ó 20

(*a*) Dichas leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4.

dias, ó por el que les parece á su arbitrio segun la necesidad y la naturaleza de la causa: en cuya atencion si los litigantes quieren gozar enteramente del ordinario, y que se entienda ser el mismo y no otro nuevo, deben pretender una ó mas veces que se prorogue; y para que se conceda la prorogacion, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren á pedirla despues de pasado, y éste es todo el legal, no debe prorogarle, aunque en caso que el primero sea limitado, y la parte jure y justifique que estuvo imposibilitada en él de hacer su prueba, puede conceder hasta cuarto plazo, el cual será nuevo término y no el mismo ni prorogacion de él (*a*); pues no hay que prorogar, por haber espirado, á cuya consecuencia lo que entonces se debe hacer, es: »dar traslado de la pretension al contrario, y mandar que con lo que dijere ó no, se traiga dentro de tercero dia:" cuyo auto se le notifica; y si contradice la pretension, y quien la hace no justifica á lo menos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término, ó para pedir la prorogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el juez á su concesion, y si defiere, se puede apelar; lo cual se ha hecho á mi instancia en dos pleitos que he seguido en esta corte, pues por haber espirado el primer término de 20 dias en el anterior á el en que se pidió, tenido en su poder los autos el actor y no justificado imposibilidad, me opuse á la nueva concesion, y se le denegó; pero si la consiente ó no la contradice, puede condescenderse á ella, aunque no se haga juramento ni justificacion, y valdrá la prueba que se haga en el nuevo término (*b*); bien que en esto tienen mucho lugar la equidad y arbitrio del juez, teniendo presentes la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorogacion; de suerte que para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate especificamente de este caso, podrá concederle por equidad el término que estime competente para que haga su prueba en él. El término probatorio corre de momento á momento desde el dia de su ultima notificacion esclusive, segun corren naturalmente los dias, y de este modo se debe contar, por cuya razon si acude la parte á pedir la próroga á la hora de audiencia del siguiente á el en que espiró el concedido, no llega á tiempo por no ser dentro de él, y si en la última notificacion se pone la hora, corre desde ella.

340 Si la parte pide la próroga dentro del término, se le ha de

(*a*) Leyes fin. tit. 15 y 33 tit. 16 P. 3. (*b*) Cap. fin. de Acussat. lib. 6.

conceder llanamente, y aunque sea para probar hecho acaecido de puertos allá, no necesita espresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba mas allá de ellos, por hallarse allí algunos de sus testigos, pues la ley no exige otro requisito, entendiéndose ser y continuar el mismo término, aunque la próroga se decrete mucho despues de pasado el anterior, porque la omision ó imposibilidad del juez en no decretarla cuando se pide, ó del escribano en darle cuenta, no debe perjudicar á la parte que cumple con llegar á tiempo, y de lo contrario nada le serviria, pudiendo ademas suceder que cuando se defiriese á la próroga, ya no hubiese que prorogar, y quedase indefensa. Por tanto, para precaver este perjuicio y evitar dudas de si ocurrió ó no á pedirla en tiempo hábil, lo que se practica y debe practicar, es: poner el escribano originario, ó su oficial mayor en el pedimento fé, ó nota del dia y hora en que éste se presenta, con la cual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorogó é hizo saber á ambos litigantes la próroga, lo cual es corriente, se ha practicado á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demas tribunales de esta corte. El escribano y su oficial mayor no deben negarse á poner la nota ni á recibir el pedimento, aunque sea de noche.

341 Los litigantes son correlativos: entre ellos debe haber igualdad: lo que no es conveniente para el uno, no lo es para el otro (*a*), y lo favorable ha de ser para entrambos (*b*), en cuya atencion el término probatorio es comun á los dos y todo para cada uno, como asimismo sus prórogas, aunque uno solo las pida; y sea ó no probatorio, se les debe hacer saber, para que le conste y empiece á correr, pues mientras no se les notifique, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica. Si se les notifica á ellos ó á sus procuradores en distintos dias, empieza á correr desde el siguiente al de la última notificacion, sean dos los litigantes ó muchos como en un concurso, porque todo compete á todos y á cada uno para probar; y si se empezára á contar desde la primera, sucederia que no era enteramente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba de todo él y los otros no, ó que corria en dos tiempos, y no era un solo término sino dos ó mas, y que el del uno se concluia antes que el de los demas, lo cual es contra la mente de las leyes.

(*a*) Ley 41 ff. de Regul. jur. y cap. 32 del mismo tit. in 6. (*b*) Ley 125 ff. de Regul. jur.

342 Lo propio milita, cuando las prórogas se hacen y notifican antes que espire el término ó dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorogado hasta que se acaba el primero, porque continúa éste, y es uno mismo; pero si se decretan despues de haber espirado habiéndose pedido en tiempo, empieza á correr el que se prefine en ellas, y debe contarse desde el dia siguiente al de su notificacion en la forma espuesta, entendiéndose suspenso el de su intermedio; y lo mismo procede, cuando aunque se haya decretado antes, no se hizo saber hasta mucho despues: todo lo cual, no obstante las dos opiniones diametralmente opuestas que hay acerca del modo de contarse; esto es, de si corre de momento á momento, ó si se ha de contar el dia de la notificacion; es lo que se practica inconcusamente en esta corte que debe servir de regla á todo el reino, asi como en las causas criminales manda espresamente la ley 2 tit. 10 lib. 4 Recop. que los términos y dilaciones que se guardan en la corte, se guarden en todas las ciudades, villas y lugares de estos reinos, y no otros diversos de ellos sin embargo del uso contrario (*), mayormente cuando habiendo dos opiniones opuestas se ha de seguir la mas recibida (**). Y cuando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se le conceda, no desde el dia en que los toma, sino desde el siguiente al de su notificacion inclusive, y pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos dias antes de espirar éste, se le puede apremiar á su vuelta, porque de lo contrario seria mayor que el que tal vez pretendió, y el juez le concedió.

343 Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias corre tambien el término, porque es continuo en este caso, del mismo modo que corre y se deben contar para apelar segun derecho (*a*). Si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron; y para que no quede indefensa por defecto del competente y evitar dudas (bien que no

(*) No osaré yo afirmar que la práctica de la corte en órden á los términos de las causas civiles debe servir de regla á todo el reino, ya porque no hay ley en que apoyarlo, y ya porque la segunda citada solo habla de las dilaciones en las causas criminales haciendo tres veces mencion de éstas, sin que haya espresion que pueda referirse ó comprehender los términos de aquella.

(**) Mejor seria decir que habiendo dos opiniones contrarias deben examinarse ambas detenidamente para adoptar la mas razonable, sólida y conforme á derecho.

(*a*) Ley 24 tit. 23 P. 3.

debe haberlas, pues el testigo puede ser examinado en ellas habiéndose juramentado en dia útil) ha de pedir al juez que habilite los dias feriados, ó los suspenda, á lo cual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean útiles. Si repentinamente hay alguna suspension de tribunales, v. gr. por parto de Princesa ú otra celebridad, ó causa semejante, despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el término y no corrido en ellos, á lo que se debe deferir tambien, mas no, si no lo pide: lo cual he visto practicar y declarar en esta corte, porque en un caso inopinado y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido á pedir la suspension ó habilitacion. Y en la requisitoria ó despacho exortatorio que se espida para hacer probanza fuera del territorio del juez que conoce de la causa, se ha de espresar qué dia se recibió á prueba, cuánto término está pasado, y cuánto falta que correr, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo hábil, ni sea perjudicada por este defecto, ni pueda alegar ignorancia.

344 Reciben muchas veces los jueces lisa y llanamente los autos á prueba por via de justificacion con término limitado, v. gr. 20 ó 30 dias que suelen prorogar hasta los 79, añadiendo algunos la cualidad de que el término sea preciso y perentorio, y entonces no defieren á la próroga sin causa. Este modo de actuar que ha introducido la práctica, es legal, sin embargo de que las leyes no hablan espresamente de él, y se funda en que como el espíritu de éstas se dirige á que cuanto antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, confiriendo para ello á los jueces la facultad de restringir ó abreviar el término; cuando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ó que les falta algun adminículo para hacerlo mejor, limitan el término legal, quedando en su arbitrio el prorogarle ó no: en cuyo caso, así como en el auto regular de publicacion se dice, *hácese en este pleito publicacion de probanzas*, se pone de esta suerte: *de las justificaciones hechas se comunica traslado recíproco á las partes*; lo cual es substancialmente lo mismo (*).

(*) »El término y plazo único de 80 dias que concede la ley con el mismo efecto que tenian antes los tres sucesivos, se reserva á la prudencia y arbitrio del juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan las partes su prueba atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los jueces de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de treinta dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion

345 Recibida la causa á prueba han de tomar las partes por su orden los autos para formar sus interrogatorios, y pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos y cosas que les conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos antes, si estan redargüidos de falsos civilmente, por no ser los originales y haberse sacado sin la referida citacion; pues si no se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos; y no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, porque no se debe admitir, ni admite señalamiento absolutamente indefinido, aunque sí siéndolo en parte de cosa determinada y cierta, v. gr. de tal libro de casados las partidas que señale, de tal convenio ó estatuto, las condiciones, artículos ó capítulos que me convengan, &c. Si conviene á las partes probar algunos particulares nuevos concernientes á la accion intentada que por olvido no hayan alegado, puedan alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio; de cuyo pedimento y no de éste se debe dar traslado al contrario, para que alegue y pruebe contra ellos, ó impugne su admision, si no conducen al pleito.

346 El orden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio es: primero el actor y luego el reo, por lo que se han de entregar á aquel, si ambos acuden á un tiempo á tomarlos, y si no los vuelve á los 8 y 15 dias (tal vez como suele suceder, con ánimo de que

pide que se prorogue, y el juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los ochenta dias cargando á las partes con los gastos de las prorogaciones que solicitan, y de sus respectivas notificaciones; y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el juez está en la precision de admitir esta apelacion; pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutoria, trae gravamen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida; y por lo mismo no defiriendo el juez á estas apelaciones introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola, como efectivamente lo declaran los tribunales superiores, viene a reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion. Salgado de Regia protect. part. 2 cap. 1 n. 137 al 139.»

»Para evitar estos graves inconvenientes tan contrarios á la brevedad que solicitan los jueces, con la restricion de los plazos para probar, observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes." Señor Conde de la Cañada Instit. Pract. P. I. cap. 8 nn. 10 y 11.

el reo quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio), se le puede apremiar á su vuelta, pues debe tenerlos menos tiempo por tres razones: la primera, porque cuando llega á poner la demanda, tiene ó debe tener preparados todos los medios de probar su intencion, puesto que le sobró tiempo para premeditarla y buscarlos, lo cual no sucede al reo que se ve sorprendido con la demanda y constreñido con los términos legales, así para contestar como para escepcionar y probar: la segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza enteramente de todo el término, y mientras el reo prepara sus defensas y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba, siendo así que el reo solo goza de él desde que se le entregan; sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos; no se puede dividir, por no permitirlo la ley, y la práctica contraria introducida por litigantes de mala fe para alargar los pleitos y causar costas al contrario es corruptela y se debe abolir; y la tercera razon es, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ó hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los autos, como se hace, ó cotejarse despues de pasado el termino. Dicho órden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo ni aun hablar de él las leyes, en cuya atencion si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar á que los tome; y el término probatorio corre, y no es visto suspenderse en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, mientras una parte tiene el de la otra para hacer repreguntas á los testigos contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercero dia de su comunicacion le puede apremiar á su vuelta, por ser bastante tiempo tres dias para examinarle

347 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario han de ser examinados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados, pero si falta tiempo por esta ú otra razon, pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados y juramentados precisamente dentro de él; y aun despues de la publicacion pueden declarar y esplicar, sea á pedimento de parte, ó de oficio del juez, lo que hayan depuesto confusamente, ú omitido por no habérseles preguntado, y tambien dar razon de sus dichos (a), como

(a) Ley 30 tit. 16 P. 3 y en ella.

se ha sentado en el n. 281. Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria los que sin haber precedido ésta fueron examinados antes de la prueba y contestacion; y si algunos han fallecido, ó estan ausentes en parte remota, de donde no pueden regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos íntegros y fidedignos á instancia de la parte que los produjo, y no de oficio, informacion de abono, en la que deben declarar: »Que el que abonan, era buen cristiano, temeroso de Dios y fidedigno: que por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian y trataban: que en esta atencion no les queda ninguna duda de que diria la verdad en la declaracion que hizo tal dia, ni de que se debe dar entera fe y crédito á cuanto espuso en ella: que saben que falleció en tal dia, por haberle visto cadaver, ó que esta ausente en tal parte, por haberlo oido decir publicamente en el pueblo, ó que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó, &c. »Pero si precedió la citacion á su examen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba como parte de ella: sin embargo como antes de la contestacion no hay juicio, no dañará, para que no se alegue que depusieron fuera de él y no en tiempo oportuno, y que no fueron preguntados por las generales de la ley, por cuya causa se ignora, si algunas los comprenden y se les puede tachar; como tal vez para obviar otros escrupulos y reparos que sugieren á los litigantes de mala fe su cavilacion, y su poca ó ninguna justicia. En la ratificacion (en lo que viene á ser corroboracion de la declaracion primera, si en ella se ratifican llanamente, ó nueva deposicion hecha con las solemnidades legales caso que varie en algo) pueden los testigos añadir, quitar y enmendar lo que depusieron en la primera, segun se acuerden, y hayan recapacitado los hechos sobre que fueron interrogados, á cuyo fin se les debe leer aquella á la letra, y valdrá, si por otro motivo no claudican sus aserciones, lo cual tendrá presente el escribano, pues así se observa.

348 Lo espuesto en el num. anterior es corriente en la práctica de los tribunales de Castilla, no obstante que algunos fundados en las palabras, *para probar y haber probado, y para presentar la probanza*, que trae la ley 1 tit. 6 lib. 4 Recop. hablando del término que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden examinar los testigos, aun habiéndose juramentado en tiempo hábil, ni tampoco cuando el juez concedió ó prorogó todo el de la ley, y aunque en el auto de prueba se omitan las palabras espresadas; pues

el estilo de los referidos tribunales superiores é inferiores ha temperado el rigor de la ley con omitir dichas espresiones en el auto de recepcion, y ponerle lisa y llanamente, habiendo obligado á ello la necesidad, para que las partes no quedasen indefensas, y se aclarase la verdad: lo cual se entiende, aun cuando se haya concedido todo el término legal, como lo he visto practicar y aprobar repetidas veces; bien que si se concede todo aquel, y se ponen las referidas espresiones, entonces, como que el juez por el hecho de ponerlas advierte que el término es bastante para todo, paréceme no podrán examinarse despues de pasado, á menos que por alguna causa no se hubiese podido hacer antes y se acredite en forma para que aprecie sus dichos (*).

349 Los instrumentos públicos se pueden redargüir de falsos absoluta ó civilmente con la protesta ordinaria: absolutamente, segun se ha dicho en los nn. 301 y sig. y civilmente por una de cuatro causas, á saber; *eficiente*, que es cuando son hechos por persona inhábil, v. gr. por el que no era escribano publico, ó aunque lo fuese, estaba escomulgado, cuando le hizo, ó suspenso: *material*, cuando se hicieron sobre cosa reprobada por derecho: *formal*, cuando en su formacion no se observaron las solemnidades legales, como si faltó la fecha, suscripcion, ú otra cosa sustancial, ó si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del contrario; y *final*: v. gr.

(*) Cuando el término para probar señalado por el juez es menor que el de la ley, convienen los AA. en que si se presentan y juran dentro de él los testigos, podrán hacer y estender sus declaraciones aun despues de pasado; pero si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término legal, resuelven lo contrario. Otros AA. añaden la diferencia de que el término se hubiese concedido *para probar y haber probado*, en cuyo caso no admiten las declaraciones habiendo corrido, aunque sí, cuando se dió el término *solamente para probar*. El señor conde de la Cañada habla estensamente de este punto, y concluye con estas palabras. "A mi me parece que podia evitarse la oscuridad que producen las opiniones referidas, y las razones en que se fundan reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida, y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley usado del prudente arbitrio que dispensa al juez la 1 tit. 6 lib. 4. procede de un acto interlocutorio, cual es el de prueba, y como éste puede reformarse por el mismo juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que cuando el juez recibe el juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo proroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede estenderle al que señala la ley. Inst. Pract. part. 1 cap. 8 nn. 20, &c. y 33.

si se hicieron ó sacaron con vicios de obrepcion y subrepcion, si estan raidos ó rotos en parte sustancial, ó contienen otros defectos sustanciales. La cláusula de la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir que no se procede con malicia, ni por diferir el pleito ni causar costas á su colitigante sino meramente por convenir á la defensa del que redarguye y dudar de ellos, puesto que no son los originales, ni los ha visto ni ha sido citado para compulsarlos.

350 Para remover el vicio ó sospecha de falsedad ó suplantacion de los instrumentos y testimonios redargüidos de falsos civilmente se deben comprobar ó cotejar con sus originales ó protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias y horas, á fin de que asista, si quiere, á su cotejo; y si no son los originales, han de ser indubitados, pues el traslado autorizado sacado de papeles que la parte tenga en su poder, y que por no haberse compulsado con citacion ó de otro modo legal, no hacen fe, aunque se coteje con ellos, no servirá, mayormente cuando es visto que se opuso la redargüicion no solo al traslado sino tambien á los documentos de donde se sacó por exhibicion, en cuya atencion es indispensable acudir á cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos, y antes bien dudarse de su veracidad. A la manifestacion ó exhibicion de estos no debe escusarse el que presentó sus copias, si el que redarguye, ó su procurador, ó letrado quiere verlos (*a*), é igualmente está obligado cualquiera de los litigantes á la del testamento ó escritura que tenga en su poder, si el contrario lo pretende (*b*). En su comprobacion ó cotejo ha de tener muchísimo cuidado el escribano ó receptor, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras, y demas cosas y defectos que advierta asi en los traslados producidos como en el protocolo, original ó libro becerro de donde se compulsaron, espresando si estan salvadas, segun lo manda la ley, y de una misma letra y tinta, ó de diversas: dirigiéndose por ello, y no por el traslado: dando fe no solo de las señas del instrumento, ó libro producido ó exhibido para la comprobacion; á saber: si esta foliado ó no, con qué pergamino ó cubierta, de qué color, y á qué folio, y cuantos tiene, y si todas las hojas estan ó no rubricadas, por el que le autorizó: sino tambien de todo lo demas digno de reparo que haya en él y en el trasunto, y de si en lo referido concuerda ó no con él, manifestandolo todo con individualidad,

(*a*) Ley 3 tit. 5 lib. 4 R. 2 tit. 7 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 17 tit. 2 P. 3.

pues de otra suerte á mas de no cumplir con su obligacion se espone. Pero no debe admitir á la parte contra quien se produce alegaciones ni objeciones que se dirijan á enervarle ó anularle por otras razones sustanciales que resulten de su mismo contenido, ya porque el acto del cotejo ó comprobacion solo es para notar los defectos que se advierten con la material inspeccion, lectura, y vista ocular del original y trasunto, y ver si éste concuerda con aquel; y ya porque el escribano ó receptor es un mero ejecutor sin la mas leve jurisdiccion para la admision de dichas objeciones, si espresamente no se le concede: de manera que todos los demas defectos se deben esponer y deducir ante el juez de la causa como el unico que tiene facultad para conocer de los méritos de ella, y de cuanto intenten y produzcan en apoyo de su intencion los litigantes. Lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros y otros papeles, porque versa igual razon, lo cual ignoran muchos que deben saberlo, y tendrá presente el escribano. Mas si se compulsaron con la debida citacion, ó no los redarguye de falsos la parte contraria, luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos y no dudar de la verdad de su contenido, ni despues debe redargüirlos sin nuevo motivo.

351 No se deben estraer los padrones y papeles originales para las pruebas, sean de habitos ú otras, de los archivos públicos en que estan, ni de los oficios de escribanos sus protocolos, ni tampoco de las iglesias los libros parroquiales, sino que á presencia de las personas á cuyo cargo está la custodia de unos y otros, se han de sacar y compulsar las partidas é instrumentos que se necesiten, segun está mandado para evitar su pérdida y estravio, y los irreparables daños que esperimentaba el público por hacerlo (*a*). Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos y privilegios que se hallan en archivos de personas privadas, porque milita igual razon y las leyes no distinguen; con la diferencia de que á aquellas se debe compeler litigando entre sí, y estando en el pueblo del juicio á que los muestren ó exhiban en la audiencia para cotejarlos con las copias producidas, ó á sacarlas de ellos con la correspondiente citacion; y evacuado el cotejo ó compulsa se les han de devolver sin demora bajo de recibo, para que los custodien en sus archivos; pero no cuando estan

(*a*) Leyes 28 tit. 23 lib. 2 y 78 cap. 54 tit. 4 lib. 3, y auto 4 tit. 11 lib. 2 R. o 15 tit. 10 lib. 11 N. R.

fuera del pueblo. Así se concilia el mandato de las leyes que ordenan mostrarlos, con el de las que prohiben su estraccion de los archivos: logran verlos las partes, y no se les causa detrimento, que es lo que como justo se observa en esta corte. Por tanto, se debe abolir como injusta y perjudicial la practica de algunos tribunales contraria á ésta, que es propiamente corruptéla, pues ninguna ley manda que se presenten los originales y se queden en los autos, sino que se muestren: es decir, que exhiban o manifiesten para que la parte contraria los vea, y se saque copia de ellos ó se coteje la producida; entre lo cual hay notable diferencia, porque con la presentacion se despoja de sus armas al que las tiene para su defensa, sin oirle ni vencerle, y con la exhibicion no. Asimismo se debe observar lo propio con los libros de caja que los comerciantes y cambistas tienen en sus casas para su giro y comercio. Pero en los pleitos de reversion á la corona de cosas enagenadas de ella y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones, y concesiones Reales y Pontificias, si el Fiscal Real lo pretende, porque es privilegiada, tiene fundado derecho á ellas, y así el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee. Lo dicho es lo que se practica y tendrá presente el escribano, pues por haber presentado los originales muchas casas privadas, fallecido los que los produjeron, y no haberlos vuelto á recoger é ignorar en donde paran para pedirlos y reivindicarlos, se ven despojadas de haciendas, privilegios y regalías.

352 Mientras dura el término probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el juez puede tampoco pasar adelante, porque fue establecido únicamente para ella, y si se hace es nulo, como lo dice la ley 2 al fin tit. 15 P. 3. »E aun decimos que mientra el plazo durare que el juzgador da a algunas de las partes, no deve facer ninguna cosa nueva en el pleito, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon porque fue dado el plazo, assi como recibir testigos, o ver las cartas o privillejos que aduzen antel en prueva." Así que, si se introduce algun artículo *perjudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension de él, deferirse a ella, y subsistir suspenso hasta que se declare lo que corresponda sobre el artículo. Las razones son: la primera, porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante el, y si se practica, se procede contra su mandato; para no violarla se usa del medio de la suspension, que es el unico que la sutileza de los jueces letrados, y la equidad y necesidad han hallado, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de ter-

mino competente, ni las leyes se quebrantasen, pues no hablan de ella; la segunda, porque de no hacerlo así correrian á un tiempo dos términos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre evacuacion del artículo, lo cual no puede ser, porque como distintos, incompatibles y creados para cosas diferentes deben correr en diversos tiempos: la tercera, porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones é incidentes, pues de omitirse habria que reponer los autos al estado que tenian cuando se intentaron, como muchas veces sucede, originandose gastos y dilaciones; y la cuarta, porque de lo contrario se incidiria en uno de dos escollos, ó de que interin se sustanciaba y determinaba el artículo, se pasase el término de prueba y la parte que le habia introducido, quedase indefensa en lo principal por su defecto, lo cual resisten las leyes y la razon, ó de que si la hacia, no se evacuaba el artículo y el término corria, llegase el caso de la publicacion, por haber espirado éste, y hubiese precision de volver atras, que era á determinar el artículo, y si se hacia venir al juicio á un tercero, la hubiese tambien de oirle y abrir de nuevo el término de prueba, con lo cual se diferia mas el pleito.

353 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento pretendiéndola é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se difiera á ella, ó por ejecutoria se declare no haber lugar á éste. Mientras dura, ninguna de las partes, sabiéndola judicialmente, puede hacer prueba; y si la hace, y la contraria respondió cuando se le citó, que queria hallarse presente á juramentar los testigos, compulsar ó comprobar instrumentos, ó hacer otro género de prueba, (cuya respuesta debe admitir el escribano comisionado, y señalarle dias, horas y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento á este fin, porque no hay ley que lo prevenga) y por haber formado el artículo, no asistió; es nula como hecha fuera del término legal y sin la correspondiente solemnidad, por lo que se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y cotejar los instrumentos presentados y compulsos, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

354 Pero si en los dias que señalaron y mediaron antes de notificarsele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo hábil, aunque á consecuencia de la citacion para su juramento no le hubiese presentado; y lo propio milita, si se sacaron ó comprobaron despues de ella algunos documentos, en cuyo caso no debe la otra

parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida, ha de deferirse á ella, pues de no haber asistido échese á sí mismo la culpa, porque el juez ó escribano que entiende en la probanza, ne tiene obligacion de esperarle, ni con este motivo debe causar costas al litigante cuya prueba hace, como lo dice espresamente la ley 23, tit. 16 P. 3. Todo esto se ha practicado á mi instancia en el Consejo en pleito en que recibido á prueba formé cierto artículo, para que se citase á un tercero al juicio, y habiendo pasado los 80 dias y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el término desde la presentacion del pedimento, y que no sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho, mientras estuvo pendiente, porque no obstante saberlo la habia continuado el receptor comisionado.

355 Si una de las partes pide con justa causa la suspension por ciertos dias del término probatorio que falta, y el juez defiere á ella, se debe poner el siguiente auto; »Mediante los motivos que se esponen, se suspende el término probatorio por tantos dias, y pasados vuelva á correr sin nueva providencia.» Este auto se debe notificar á ambos litigantes, y finalizados los dias suspendidos continúa el término sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion, ni de volverle á hacer saber, como algunos poco instruidos piensan.

§. IX.

De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.

356 Pasado todo el término porque la causa ó negocio principal se recibió a prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, esta prohibido, regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia (*) a fin de evitar sobornos y perjurios (a, aun-

(*) El señor conde de la Cañada trata, si pasados los 80 dias de la ley y antes de la publicacion de probanzas se podrá hacer prueba, y despues de haber ventilado juiciosamente esta cuestion esponiendo por la afirmativa y negativa muchas leyes, razones y doctrinas, nos da su decision en estos términos. »Considerados con profunda meditacion los fundamentos espuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los 80 dias y antes de la publicacion de las probanzas puede y debe el juez recibir las que ofreciere en primera instancia alguna de las partes, hacen bastante emba-

(a) Leyes 37, tit. 16, P. 3 y 5, tit. 6, lib. 4 R. Matienz. in Dialog Relator. cap. 16, n, 1. Paz tom. y part. 1, temp. 8, nn. 134 y 135.

que se pueden examinar los que fueron juramentados dentro de él, como se ha dicho en el n. 347: y asi lo que se debe practicar, es pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es sustancial en el juicio segun nue tro derecho (*a*), pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto, ni si no hicieron probanzas, tiene sobre qué recaer. Y es de tener presente que en segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos ú otros directamente contrarios sobre los que se recibió el pleito á prueba en la instancia anterior, sea en lo principal ó en tachas, pena de mil maravedís al abogado que formase dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza (*b*).

357 Si las partes no hicieron probanzas, y espiró el término señalado para hacerlas, pueden concluir para difinitiva ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, pues deben entregárseles sin hacer publicacion, ni si la una los pide, dar traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para el traslado, de suerte que éste y la publicacion son ociosos en dicho caso; y lo mismo procede cuando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo renunciando la publicacion, ó cuando ambas la renuncian (*c*). 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 término probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice (*d*); pero sí conformándose ambas, segun se practica.

razosa la resolucion y la dejaria al juicio de otros que supieran discernir mejor que yo la fuerza de las doctrinas esplicadas; pero estimulado de la obligacion y del deseo con que escribo estas *Instituciones prácticas* de facilitar la debida instruccion, me resuelvo á decir que yo adopto los principios naturales de equidad y buena fe en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios que no traigan graves inconvenientes en dilatar los pleitos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precabidos estos dos estremos con el juramento y demas calidades que previenen las leyes, y se han reunido en sus casos, no hallaria reparo en admitir y examinar los testigos que se presentasen pasados los ochenta dias, y antes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria y dentro de un breve término que no produjese considerable dilacion.» Instit. Práct. part. 1, cap. 8, nn. 34, &c. y 72.

(*a*) Ley 1, tit. 8, lib. 4 R. (*b*) Ley 4, tit. 9, lib. 4 R. ó 6, tit. 10, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 6, tit. 6, lib. 4 R. ó 3, tit. 15, lib. 11 N. R. (*d*) Ley últ. t. 6, lib. 4 R. ó la cit. N. R.

358 Mas cualquiera cosa que se haga de la pretension de publicacion se ha de comunicar traslado á la otra parte, para que esponga si está ó no pasado el término, ó falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entonces, á cuyo fin en cualquiera instancia puede tomar y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos escepto las probanzas, y si nada dice á la primera audiencia ó á los tres dias de notificado el traslado, ha de deferir el juez á la publicacion y hacerse saber ésta á ambos litigantes (*a*); de modo que segun nuestro derecho es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella y acusando la rebeldía, como se practica en el Consejo; pero en algunos juzgados inferiores de esta córte se da uno solo, y el juez dice; *traslado y autos*; y pasado el tercer dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se escusa un pedimento. Este auto parece implicatorio en cuanto el juez da traslado y al mismo tiempo llama los autos; mas no lo es, porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria esponga, si ha espirado ó no el término, ó hay algun impedimento para diferir á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice, y está pasado, por lo que se observará en esto el estilo del juzgado, pues en lo sustancial nada se altera.

359 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido, y en vista de ello aleguen lo conducente á su defensa, si quieren.

360 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, pues antes bien tiene que remitírselas cerradas, segun se practica. Hecha y notificada á las partes se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su órden, primero al actor que al reo, para que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el juez de que habla la ley. De este alegato se ha de comunicar traslado al reo, y del de éste á aquel que debe concluir para difinitiva, y si por no concluir se da traslado de lo que alegue al contrario, lo debe hacer éste, porque

(*a*) Leyes 37, tit. 16, P. 3, 51 tit. 4, lib. 2 ó 2, tit. 15, lib. 11 N. R. y últ. cit.

la ley (*a*), manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso, aunque estas no concluyan, asi para sentencia interlocutoria ó recibirle á prueba como para difinitiva. Pero aunque siguiendo el órden del juicio, debe alegar primero el actor, como no hay ley que lo mande, si éste no quiere y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, porque de lo que diga el actor, se le ha de conferir traslado, y entonces podrá rebatir sus fundamentos y el contenido de los instrumentos que haya presentado. El término legal para alegar es el de 6 dias á cada litigante (*b*); mas esto se entiende en pleitos ligeros, y cuando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiéndole se ha de conceder el que contemple el juez necesario, y asi se practica pidiéndole las partes.

361 Lo dicho en los números precedentes procede, cuando ambas partes son mayores de 25 años, é idóneos y fidedignos los testigos de que se han valido; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el fisco, iglesias, hospitales, concejos, universidades, colegios, cabildos, mayorazgos, patronatos, capellanías y demas obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna escepcion nueva que alegue (*), le ha de conceder el juez por via de restitucion una vez y no mas pidiéndolo, la mitad del termino que se dió primero para hacer la probanza principal, ya se diese en presencia, y en rebeldía, sin dar traslado de la pretension ni oir sobre ella al mayor, aunque éste resista la concesion, denegando otra restitucion en el mismo auto de concesion (*c*).

362 Atendida la ley 3 cit. parece que el término que se conceda por via de restitucion no ha de ser la mitad del prorogado sino del primero concedido para probar; mas no obstante segun la práctica inconcusa del Consejo se concede la mitad de todo el término

(*a*) Le 9 tit. 6, lib. 4 R. ó 1, tit. 15, lib. 11 N. R. (*b*) Ley 1, tit. 8, lib. 4 R. ó 1, tit. 12, lib. 11 N. R.

(*) Segun la ley 5, tit. 5, lib. 4 R. ó 1, tit. 13, lib. 11 N. R. pueden los menores y demas privilegiados pedir la restitucion en primera instancia para oponer escepciones nuevas, con tal que lo hagan antes de la conclusion para difinitiva; pero este término, dice el señor conde de la Cañada (lug. cit. c. 9, nn. 74 y 75) debe entenderse limitado á los mismos 15 dias que se conceden á los referidos para hacer prueba valiéndose de dicho beneficio

(*c*) Ley 3, tit. 8, lib. 4 R. ó 3, tit. 13, lib. 11 N. R.

ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces y no término nuevo, escepto que se haya recibido la causa á prueba por cierto término, v. gr. 20 dias, y este haya espirado sin pedir próroga dentro de él, ó del prorogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso al privilegiado, y asi se le ha de conceder no solo la mitad del primero concedido sino tambien el que tuviere por competente el juez segun la naturaleza del negocio litigioso, como lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demas tribunales de la córte y debe observarse á su imitacion en los restantes del reino.

363 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado de justificar lesion como en los contratos (*), porque ninguna ley lo manda, y basta acreditar sumariamente (como debe hacerlo sino consta) que le compete el privilegio; pero contra el término ultramarino y estraordinario no hay restitucion, á menos que no se hubiese concedido para la prueba principal, en cuyo caso pidiéndose despues se ha de conceder el preciso, aunque esceda al ordinario para que el litigante no quede indefenso por este motivo, haciendo constar, y cumpliendo las tres cosas últimas de las cuatro que para su concesion quedan referidas en el n. 337. Y dicho término 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 amplia á la mitad del concedido:» á cuya consecuencia, de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion ni mas que una sola en cada instancia, y lo que se observa es pedir los autos con ellas, luego que espira, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar, teniéndose la prueba hecha en el término de la restitucion, no por nueva sino por aumento y suplemento de ella. Y aunque el menor lo sea al tiempo de demandar ó ser demandado, si al de recibirse el pleito á prueba ha salido de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion, por haber cesado el motivo (**).

(*) Puede verse al señor conde de la Cañada que funda esto en sólidas razones. Cap. 9 cit. nn. 65 y 66.

(**) Si pasado el término ordinario de la prueba cumple el menor los 25 años, goza de dicho privilegio: si entra en la mayor edad pendiente el mismo término y cuando le queda el suficiente para hacer su probanza, goza tambien de él: si muere en la menor edad y su heredero ó sucesor es mayor, gozará asimismo del beneficio, y en fin si el menor sucede al mayor de edad, ha de

364 Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda por restitucion la mitad del término probatorio haya hecho ó no probanza. La primera es, que la pida, si está hecha publicacion de probanzas, dentro de los 15 dias inmediatos al en que se notifique el auto de publicacion, como lo dispone la dicha ley 3, tit. 8, lib. 4 R. que dice: »Porque la esperiencia ha mostrado cuánto daño se ha recibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas, por la sobordinacion de testigos y corrupcion: queriendo obviar á la tal malicia, ordenamos y mandamos, que si cualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion *in integrum*, para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir la restitucion por alguna parte ú personas, ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion." Pero si esta ley ni otra alguna prohibe que se pretenda antes de la publicacion, ni precisa á que se pida solamente despues de hecha ésta, y sí permite únicamente su concesion, pidiéndose dentro de dichos 25 dias, que es dar estos mas al privilegiado, para que delibere en ellos, si le conviene ó no hacer, ó ampliar su prueba, de suerte que puede pretenderla luego que espiren los 80 dias, ó el término concedido; y concluido el de la restitucion pedir la publicacion, como si aquella no se hubiera solicitado. La segunda cosa precisa es, que alegue y quiera probar ó no escepciones nuevas, si pretendiere la restitucion hecha publicacion, deposite luego la pena que parezca al juez atendida la calidad y circunstancias de la causa y personas, para pagarla en caso que no pruebe (*a*): bien que pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena (*). Y la terce-

distinguirse: si éste murió pendiente el término de prueba y en tiempo que podia hacer la suya, le competirá á aquel el privilegio, y si falleció despues de pasado el término ordinario porque el pleito se recibió á prueba, procederá lo contrario. Así decide los casos referidos el señor conde de la Cañada lug. cit. nn. 79, &c. y 87, donde podrán verse los fundamentos en que se apoya.

(*a*) Leyes 5 y 6, tit. 5, y 3, tit. 8, lib. 4 R. ó 1, 2 y 3, tit. 13, lib. 11 N. R.

(*) Ni en los tribunales inferiores ni en los superiores se hace depositar cantidad alguna al que por via de restitucion pide término para hacer probanza, y la razon que ha podido mover á los jueces á concederle sin aquel requisito, consiste en que por temor de la pena podrian contenerse los menores y aventurar su derecho por falta de prueba, rezelando que los testigos de que se valiesen, variasen en sus deposiciones. Señor conde de la Cañada Instit. Práct. part. 1, cap. 9 n. 72.

ra es, que si pidiere la restitucion en segunda instancia sobre escepciones nuevas que no se opusieron en la primera, ó aunque se hubiesen opuesto, se repitieron por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida; fuera de lo espuesto jure no pedir con malicia dicha restitucion, sino porque cree probar lo que alega y conviene á su defensa; mas el término para probarlas no ha de esceder de la mitad del concedido en la primera. Si se perdiere en tercera instancia ó en grado de suplicacion sobre las que no se pusieron en las dos, ha de jurar asimismo que vinieron de nuevo á su noticia; pero asi despues en la segunda como en la tercera no se ha de pretender la restitucion de los 15 dias espresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de pasar de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fue señalado para probar; y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, y mandarle que la deposite del mismo modo que en la primera instancia (*a*). El juramento de no pedir con malicia la restitucion se suele hacer tambien en dicha instancia sin embargo de que lo manda la ley.

365 El término de la restitucion es comun, y asi puede gozar de él el no privilegiado probando ó ampliando su probanza sobre lo articulado y alegado (*b*). Asimismo una vez concedido á solicitud del privilegiado no puede arrepentirse ni renunciarle en perjuicio de su contrario sin que éste preste su consentimiento, sea la causa dividua ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarle.

366 El no privilegiado no puede hecha publicacion alegar nueva escepcion en la misma instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria ó por instrumento público (*c*): lo cual se limita en caso que la escepcion alegada nuevamente sea sobre la falsedad y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el cual nada articuló ni probó, pues entonces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario aun despues de la conclusion, y aun tambien en segunda instancia sino la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente; no debiendo admitirse para justificar dicha escepcion pruebas que no sean muy claras y concluyentes; pero despues de ejecu-

(*a*) Ley 5, tit. 9, lib. 4 R. ó leyes 7, tit. 10 y 4, tit. 13, lib. 11 N. R. (*b*) Lo dispone asi espresamente la ley final tit. 8, lib. 4 R. ó 3, tit. 13, lib. 11 N. R. (*c*) Ley 5 al fin. tit. 5, lib. 4 R. ó 1, tit. 13, lib. 11 N. R.

torlado el pleito no puede alegarla, si no la probó entonces, escepto que no se haya conocido de ella plenamente (a).

367 No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella por sí como opositores, ó coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los AA. por no especificarlo la ley, y así se pide pasados los 15 dias ó conclusa la causa, y será arbitrario en el juez el concederla ó no segun los méritos del proceso y razones que se aleguen.

368 Ningun privilegiado goza del privilegio teniéndole ambos litigantes en especie y acto, á menos que el uno trate de conseguir lucro y el otro de evitar daño, en cuyo caso compete á éste como lesa y gozará de la restitucion: por lo que de la pretension ó ampliacion de término que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, para que esponga, si se le debe conceder ó no, y con audiencia de ambos deferir ó denegar la solicitud, como lo he visto practicar en el Consejo, aunque lo contrario se ha de decir siendo uno solo menor. Lo mismo procede, cuando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario, habiéndola hecho el otro, pues entonces se le debe conceder para que no quede indefenso; si bien en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él; esponiendo el motivo de su imposibilidad, y ha de deferirse á ella hasta que cese el impedimento que no depende de culpa suya, porque al impedido legítimamente no corre término ni prescripcion.

369 Si la cosa litigiosa es individua y pertenece á dos, uno mayor y otro menor, y ambos litigan sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no siendo dividua. Sobre si compete ó no el beneficio de la restitucion al menor que es letrado ó jurisperito, hay dos opiniones contrarias; pero lo cierto es que la ley habla general é indistintamente, y cuando no distingue, no debemos distinguir.

(a) Leyes 116, tit. 18, y 1 y 2, tit. 26 P. 3.

§. X.

De las tachas ó repulsas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.

370 Para probar su intencion los litigantes y enervar la de sus contrarios se valen muchas veces de testigos que son parientes, ó íntimos amigos suyos, ó enemigos de aquellos, y de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio, los cuales se mencionaron en los nn. 257 y sigs. En esta atencion, queriendo las leyes evitar el perjuicio que pueden causar con sus deposiciones, proveyeron de remedio permitiendo que se les pongan las tachas y defectos que tengan, para que justificadas se desprecien sus dichos como sospechosos.

371 Los litigantes no pueden tachar al tiempo de hacer su prueba los testigos presentados de contrario, porque es artículo impertinente, a no ser por razon de enemistad y no otra: pero hecha publicacion en cualquiera de las instancias podrá cada uno poner tachas no solo á los referidos testigos sino tambien á sus dichos abonando los suyos (*a*) (*).

372 Para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos, deben concurrir de parte del que las opone, tres requisitos: El primero es, que en cualquiera instancia sin diferencia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de pro-

(*a*) Leyes 22 y 37 tit. 16 P. 3, 6 al fin. tit. 33 P. 7 y 1 tit. 8 lib. 4 R. o 1 tit. 12 lib. 11 N. R.

(*) Puede tacharse á los testigos así al tiempo de su pretension y juramento como echa la publicacion, aunque no se hubiesen tachado antes, sobre cuyo punto podrá verse al señor conde de la Cañada, quien despues de haberlo tratado magistralmente esponiendo las leyes patrias que hacen al proposito y sus razones concluye así: »La enunciada ley 1 tit. 8 lib. 4. de la Recop. enmendo estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados, pues aunque tachen antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleito principal, ni se reciben á prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion."

»Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento á favor de esta última disposicion, y es que no se da sentencia sobre las tachas que se ponen á los testigos ni á sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el ánimo del juez de la fe que debe darles, y proceder á la sentencia del pleito principal » Inst. Pract. p. 1 cap. 10 nn. 38, &c. 62.

banzas y no despues, porque no se concede mas término ni restitucion (*). El segundo es, que las especifique con toda claridad y distincion, como tambien las causas de que provienen: por egemplo, si pone al testigo la de escomunion, ha de espresar si ésta es mayor ó menor, quién le escomulgó, 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, á quien mató alevosamente, en qué tiempo y lugar; pues no se deben admitir tachas generales y no bien especificadas (a). Y el tercer requisito es, que para eximirse de la pena de ofensor, proteste y jure no ponerlas de malicia, ni con ánimo de infamar al testigo sino únicamente por convenir á su defensa, pues de esta suerte no habiendo malicia, se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha. De estos requisitos los dos primeros son indispensables por exigirlos la ley.

373 Se pueden poner las tachas en interrogatorio ó pedimento, pues no hay ley que prefina en dónde. Los seis dias para oponerlas han de ser, segun parece, para cada parte, porque de lo contrario sucederia que si quien toma primero los autos, los consume, por ser voluminosa su prueba ó la de ambos, ó por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado el juramento de los testigos, ó no conociéndolos, ó ignorando hasta entonces la tacha, y será perjudicado; pero sin embargo no se observa lo dicho, porque de permitirse, si los litigantes eran muchos, se consumiria largo tiempo; y respecto á que en el término de prueba puede indagar la parte las que tengan los testigos de su contrario, y á que se le cita para ello, para conocerlos y verlos juramentar, impútese la culpa de su omision. Asi pues, los seis dias son para todos indistinta-

(*) Aunque para alegar las tachas contra las personas ó dichos de los testigos señala la ley 1 citada el término perentorio de seis dias que empiezan á correr desde que el auto de publicacion se notifica á la parte ó á su procurador; el señor conde de la Cañada fundado en razon y autoridad dice, que esto debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar á correr los seis dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de falsedad que contengan sus declaraciones y del modo de probarlos; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido." Lug. cit. nn. 67, &c. y 71.

(a) Leyes 19, tit. 10, lib. 2 ó 19, tit. 2, lib. 11 N. R. y 2, t. 8, lib. 4 R. ó 2, tit. 12 lib. 11 N. R.

mente y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene facultad para dilatar el término que prescribe (*), mayormente en materia odiosa como ésta.

374 Siendo admisibles las tachas se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no esceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, sean ó no menores los litigantes, ú uno sí y otro no, porque es perentorio; y en ninguna instancia se ha de conceder restitucion para ponerlas, ni probarlas, ni recibirlas á prueba hasta que pasen los 15 dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion, caso que haya privilegiado á quien deba concederse, ni el juez le puede ampliar, aunque sí abreviar, si le pareciere (a), de suerte que deben correr á un propio tiempo el de la restitucion, si le hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno (**), dentro del cual no solo se han de presentar, sino tambien examinar los testigos de ellas, y pasado no se deben recibir aunque esten juramentados; porque como las tachas son odiosas, para admitirlas y probarlas se examina y concede el término con gran conocimiento de causa, por lo cual se debe restringir. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los 15 dias, é inmediatamente se han de recibir á prueba las tachas que se propongan. D l pedimento ó interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante (***)

(*) Lo contrario dice el autor en el n. 335.

(a) Ley 1, t. 8, lib. 4 R. ó 1 t. 12, lib. 11 N. R. cap. 22 de Re judicat.

(**) El señor conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podra el juez recibir inmediatamente las tachas á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleito principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término que para hacerla le concede el juez, no escediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve, que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á »las que se hayan puesto á los examinados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas; y se hallaban suspendidas por los 15 dias referidos." Véase á dicho autor lug. cit. nn. 73, &c. y 98.

(***) Lo contrario dice el señor conde de la Cañada fundado en que no lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios o artículos que se proponen. Lug. cit. n. 72.

para que diga, si son ó no admisibles, y oponga á los testigos de su contrario las que tengan; y si dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir las admite el juez recibiendo la causa á prueba de ellas, lo cual practica tambien, aunque lo contradiga; mas no siendo admisibles debe despreciarlas y declarar no haber lugar ó su admision.

375 Para justificar las tachas por testigos se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan; pues en el fuero secular no se admite prueba de tachas contra tachas; ni se hace publicacion particular de los examinados por restitucion, ni tampoco hay ni debe haber mas que una en cada pleito, como se ha espuesto, por lo que en el término 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 da mas ampliacion; y por lo mismo manda que aunque litigue alguno, á quien competa el beneficio de menor edad, no se reciba la causa á prueba de tachas, hasta que hayan espirado los 15 dias en que se puede pedir la restitucion (*a*) (*). En el fuero eclesiástico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon á los examinados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de estos, y no mas (*b*).

376 Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos: el primero contra sus personas, diciendo que son inhábiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella en que depusieron: el segundo contra su exámen, v. gr. por defecto de jurisdiccion del que los examinó, por haberse examinado fuera del término competente, ó no en secreto, admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó por haber faltado la citacion de la parte contraria ó no sido juramentados, &c. Y el tercero contra sus dichos, como por haber depuesto cosas contrarias, oscuras, inciertas, vacilantes, no verosímiles, ni conducentes al hecho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia y dicho (*c*).

(*a*) Ley 3 cerca del fin tit. 8, lib. 4 R. ó 3, tit. 13, lib. 11 N. R.
(*) Téngase aqui por repetida la nota primera del n. anterior.
(*b*) Cap. 49 de Escepcion. contra testes proponendis. (*c*) Cap. 49 cit.

377 Aunque para poder tachar á los testigos contrarios no es menester protestar contra sus personas y dichos al tiempo que se juramentan, á fin de que no se les admita declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es util no obstante, cuando se reprueba al testigo por algun defecto en favor del mismo protestante, pues de omitir en este caso la protesta es visto aprobar á lo menos su persona, y aun su dicho. Pero si el defecto es relativo solamente á su persona, v. gr. por estar escomulgado, no es precisa la protesta, antes bien si se hace, debilita su aercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito (*a*). Así es menester gran precaucion en las que se hacen en semejantes casos, pues pueden ser nocivas al protestante (*).

378 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan examinando, ni tampoco en otro; si se presentan contra ella, porque es visto haberlas aprobado (*b*), escepto por enemistad ú otra causa legal nacida y sabida despues; pero contra sus dichos puede alegar y probar en el término espresado lo que le convenga, sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ú otro motivo (*c*). Y para que sus deposiciones no le perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ó al tiempo de la presentacion de ellos proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos ni estar á sus declaraciones mas que en lo favorable*; con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron contra ella.

379 En órden á si el juez podrá repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad: unos lo son para testificar absolutamente en cualquiera causa respecto de todas personas como los infantes, delincuentes, pupilos, &c. porque la ley los reprueba: otros para testificar contra ó en favor de ciertas personas como los padres por los hijos, éstos por ellos, los parientes por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domésticos, &c. otros contra personas determinadas como el enemigo capital contra su enemigo, escepto que lo sea de ambas partes (*d*); y otros que no pueden testificar en ciertas

(*a*) Dich cap. 49 al fin.
(*) Téngase presente lo dicho en la nota del n. 37.
(*b*) Ley 31. tit. 16, P 3. (*c*) Dicha ley 31. (*d*) Véase la nota segunda del n. 257.

causas como el clérigo en las de sangre.

380 Esto supuesto debo decir que si el testigo es inhábil por culpa, infamia, edad pupilar y otras cosas semejantes, puede el juez repeler de oficio su dicho, porque la ley le prohibe testificar por el bien público, y así no tiene facultad la parte para habilitarle: pero si en la inhabilidad no es legal ni respectiva á los litigantes, y éstos la pueden remitir, v. gr. por ser domésticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino á su instancia, porque con su silencio es visto que los aprueban y habilitan.

381 Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion y la justicia que les asiste, segun resulte de sus pobranzas, y si no las hicieron, alegarán solamente de su derecho.

382 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun las leyes 51, tit. 4, lib. 2 y final tit. 6, lib. 4 R. basta acusarle una rebeldía para haberlos por conclusos así para auto interlocutorio como para sentencia difinitiva, se estila no obstante en algunos juzgados acusarle dos. A la primera »la ha el juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido:" cuyo auto se le hace saber, y pasados los tres dias, sino los ha tomado, se la vuelve á acusar, insistiendo en que se hayan por conclusos legítimamente, y el juez defiere á ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo hecho se declaran por conclusos, debiendo hacerse saber en estos casos la conclusion á ambas partes, para que les conste; y lo mismo se practica, cuando son muchos los litigantes, pues á todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomándolos ambos los puede el juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno así para sentencia interlocutoria ó recibirlos á prueba como para difinitiva, segun lo ordena la ley 9, tit. 6, lib. 4 citado, y se ha advertido en el núm. 233, y concederles el término que le parezca competente para alegar, pues los seis dias de la ley son para pleitos ligeros, escepto que haya nuevo motivo para volver á alegar, porque si se producen ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar á la otra parte, podrán alegar ambas con este motivo nuevamente, y así lo he visto practicar.

383 Aunque no es substancial en el juicio, ni se anula éste por

no alegar las partes de su derecho y justicia en vista de sus probanzas, por lo que pueden dejar de hacerlo y concluir ; no obstante, está introducido por varios motivos que se les comuniquen y aleguen. El primero es, para que deliberen, si han de continuar el pleito ó ceder. El segundo es, porque el alegato es una especie de defensa, en el cual, estando hecho como se debe, se epílogan, no solo todos los hechos resultantes de los autos y las reflexiones que hacen de ellos, sino que se impugna con solidez todo aquello en que el contrario apoya su intencion. El tercero es, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes á ambos litigantes, y se les deben manifestar, si las piden, y de lo contrario pueden apelar, lo cual se halla dispuesto en las condiciones de millones súplica sesta en las del quinto género fol. 94 vuelto, donde se ordena que en los pleitos civiles y criminales se den las informaciones en derecho de unas partes á las otras, para que así se aclare mejor la verdad á menos costa suya, y no esperimenten daño los pobres, con tal que no haya mas de dos alegatos, principal y réplica, ni los jueces los puedan recibir. Y el cuarto es, para poner mas evidente al juez la verdad, y que determine con mayor prontitud y conocimiento lo que estime arreglado segun los méritos de la causa ; bien que el juez no debe sentenciar por lo que esponga en el alegato sino por lo resultante de autos, á cuyo fin los debe inspeccionar con toda proligidad ; y á la verdad en esta corte y en donde informan los abogados verbalmente á los jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inútil de tiempo y dinero, porque aquella no se lee regularmente. Y de las alegaciones ó informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del juez, no se debe conferir traslado, escepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos, si se pide, segun lo manda dicha ley, porque en este caso y no en el otro se hacen comunes y corresponden al proceso.

§. XI.

De la conclusion de los actos para difinitiva, y de si despues de concluso podrán hacerse probanzas.

384 Concluir 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 substancial en el juicio, pídanla ó no las partes (*a*), por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se ha el pleito por concluso legítimamente, sin que se deba dar traslado de la conclusion á la otra, como se practica en el fuero eclesiástico, sino tan solo hacérsele saber para que le conste que ya está concluso, no para otro efecto; y siendo mas de dos como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número: en cuyo caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado ó traslados, hasta que se concluye por los mas y se les hace saber; bien que si por la presentacion de nuevos documentos de la una alegó la otra, y al mismo tiempo concluye ésta, se debe dar traslado de su alegacion á la que los produjo, aunque no sean mas que dos los litigantes, para que en vista de lo que responda á ella, vuelva á concluir; pero siendo muchos, sino toman los autos, se les acusan las rebeldías espresadas en el n. 381. La conclusion, por ser cosa substancial del juicio, debe ir firmada de letrado, y no ha de hacerla por sí solo el procurador, porque podrá perjudicar á su parte.

385 Podrá el juez á instancia de ambas partes ó de una de ellas (y aun cuando lo resistan) declarar la causa por conclusa, si pasados los términos que les prefine, no alegan de bien probado; como tambien si no habiendo probanza, una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que se le comunica, le acusa la rebeldía á la primera audiencia (*b*). Pero si los litigantes son muchos se ha de observar lo que se ha sentado en el número anterior.

386 Sin embargo de estar prohibido hacer probanzas con testi-

(*a*) Así se echa de ver en las leyes final tit. 6 y 1 tit. 7 lib. 4 R. ó 1 tit. 9 y 3 tit. 15 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 52 tit. 4 lib. 2 y 10 tit. 6 lib. 4 R. ó 2 y 3 tit. 15 lib. 11 N. R.

gos 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, escepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba ó posteriormente, como se ha dicho en el núm. 366: no lo está el hacerla por instrumentos despues de la conclusion, y aun despues de visto el pleito, siempre que no esté sentenciado; y de ellos se debe dar traslado al contrario para que los impugne y se cotejen, si se sacaron sin su citacion; y esponga lo que le convenga acerca de su contenido, pues de lo contrario quedaria indefenso y habria nulidad; mas para que se admitan y manden sacar debe jurar la parte que hasta entonces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide ni presenta con malicia, ni por diferir el pleito, sino solamente por conducir á su justicia, lo cual es corriente en la práctica y conforme á derecho (*a*), porque no hay riesgo de soborno, perjurio, ni otro fraude como con los testigos. Ademas, para probar la falsedad y suplantacion de los instrumentos espresados ha de conceder el juez al que los redarguye de falsos, término competente, recibiéndole juramento de que no lo hace con malicia (*b*) sino por convenir á su defensa, ó jurándolo él, como queda espuesto en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad (*).

(*a*) Leyes 1 tit. 2, y 1, 2, 3 y 5 t. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 3, 1, 2 y 3 tit. 7 y 1 tit. 13 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 116 tit. 14 P. 3.

(*) »Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion, toma el juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen, ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo menos duda de ello, provee el auto siguiente: *pónganse con los autos para los efectos que haya lugar sin perjuicio de su estado.*»

»El instrumento que se presente despues de la conclusion ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente .... y como esta demostracion ha de resultar del conocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es facil decidir esta calidad sin mas alto examen y conocimiento de la causa en lo principal.»

»Si por el conocimiento que tomase el juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia difinitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que éstas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclusion en tiempo oportuno no inclinarian el ánimo del juez á que la concibiese y declarase á favor del que las propone y presenta, entonces podra estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á dar sentencia difinitiva en lo principal de la causa.

»Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frivolas con el fin de dilatar la sentencia, y si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de

387 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion ó posiciones de la parte contraria concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba sino revelacion de ella (*a*). Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que ha lugar, y quedan espresados en el núm. 92, y asimismo por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer y se han referido en el número 320.

388 Tambien puede recibir el juez de oficio cualquiera prueba despues de la conclusion para investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion y conocimiento, porque para él nunca concluye el pleito (*b*): como asimismo á instancia de parte ó de oficio examinar segunda vez el testigo que no fue interrogado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito, si fue presentado para todas; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que declare su dicho (*c*), *mandando que para mejor proveer se haga esto, ó lo otro*, de cuyo auto no se puede apelar; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, sin embargo de que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo tiene lugar la apelacion.

falsedad, comprobaciones y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.»

»Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso, y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el juez que si son verdaderas y legítimas, podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto, admitiéndolas, y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan suspendiendo la sentencia difinitiva.»....

»Si el juez por el contesto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defeusa en los terminos y por los medios indicados en el caso antecedente.» Sr. Conde de la Cañada Instit. Práct. part. 1, cap. 11, un. 48, 50, 51, 52, 53 y 56.

(*a*) Ley 2, tit. 12 P. 3. (*b*) Dicha ley 2, tit. 12, y cap. 10 de fide instrum.

(*c*) Ley 30, tit. 16, P. 3, y cap. 48 de Testib.

§. XII.

De la recusacion de los jueces superiores é inferiores y subalternos de los tribunales; de las causas para qué puede hacerse, y del modo de hacerla.

389 La recusacion segun mi propósito *es un remedio legal de que se vale un litigante contra un juez ú otro ministro que tiene por sospechoso para que no conozca ó entienda en la causa.* En cualquiera estado del pleito se puede recusar al juez y al escribano ó escribanos de él, como no se haya publicado la sentencia (*); y cuanto haga el legítimamente recusado contra la recusacion es ipso nulo.

390 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al juez sospechoso y ser de consiguiente recusado: la 1.ª es, por tener grande familiaridad con la otra parte, pues no basta que sea alguna: la 2.ª por ser consanguíneo ó afin de ella, aunque no si lo es igualmente de ambas: la 3.ª cuando es teniente del juez ordinario y se tiene á éste por sospechoso con justa causa, aun cuando contra aquel no la haya; y lo mismo procede cuando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia: la 4.ª cuando es enemigo capital del recusante, ó lo fue en otro tiempo, aunque esté reconciliado: la 5.ª cuando es pariente del pariente de su enemigo, ó conmensal suyo ó de éste, ó su paisano, ú oriundo de su pais, y hallándose en tierra estraña se tratan como hermanos; bien que la amistad que solo proviene del paisanage no es causa suficiente para la recusacion: la 6.ª

(*) La razon de esto que dan varios AA. consiste en que para dicha recusacion no es necesario espresar causa, y basta el juramento de no hacerla con ánimo de calumniar ni de alargar el pleito que puede prestarse en cualquiera estado del juicio sin alargarle; pero no obstante el señor Conde de la Cañada dice, que solo admitiria la recusacion del juez que la parte habia probado con su demanda ó contestacion, si se estendiese dicho juramento á decir que el motivo de sospecha habia nacido ó llegado nuevamente á su noticia, con lo cual removeria la grave presuncion de que recusaba sin justa causa, como se hace las mas veces. Y mas abajo añade el citado autor, que la espresada recusacion está puesta aun desde los principios á la malicia de los litigantes, mayormente »si se hacen despues de estar escrita y firmada la sentencia del juez ordinario, y entregada al escribano; pues admitiéndose en este caso la recusacion.. las mas veces lo harán las partes por haber llegado á entender que la sentencia les perjudica, y es justo que el mayor peligro y facilidad se contenga y corrija con prevenciones mas estrechas." Véase al referido autor, part. 3, cap. fin. nn 52 &c. y 58.

cuando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdiccion ú otro motivo, v. gr. vasallo ó sufragáneo, pues por temor puede hacer una injusticia: la 7.ª cuando fue abogado de ella en aquella causa, mas no si lo fue en otra del todo diversa: la 8.ª cuando favorece demasiado á la otra parte y grava al recusante: la 9.ª si tiene otro pleito igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en éste del modo que quiere se juzgue en el suyo: la 10, si el recusante tiene algun pleito con el juez como persona privada: la 11, cuando el prelado quiere ser juez en pleito de su iglesia, porque se presume le tendrá escesiva aficion: la 12, cuando fue consultor en la causa, aunque no fuese abogado, y reveló su voto, mas no si no lo hizo: la 13, si fue electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser juez en ella: la 14, si es canónigo de la misma iglesia de la que lo es una de las partes, pero no siéndolo ambas: la 15, si la parte contraria impetró á su señor por juez suyo en la causa, ó el mismo juez procuró serlo, ó es sócio suyo, ó ambos viven juntos: la 16, cuando el recusante tiene apelado de sentencia del propio juez, pues pendiente la apelacion se hace sospechoso para otra sentencia: la 17, si recibió don ó premio de la otra parte, pues se presume corrompido, y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno depong de hecho y regalo distinto dado al juez, si con sus dichos concurren otras presunciones y circunstancias, como lo ordena la ley 6, tit 9, lib. 3, Rec.: la 18, cuando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del juez, v. gr por estar obligado á eviccion, ser fiador de la otra parte, &c.: la 19, cuando es impérito y la causa árdua, escesivamente severo y cruel, ó indiscreto; y la 20, si es compadre de otra parte, ó no quiere oir al recusante, aunque el pleito sea claro. Por estas causas y por otra cualquiera que baste para remover al árbitro y procurador, puede ser recusado el juez.

391 Si el juez letrado es ordinario ó delegado secular, no es menester espresar la causa de la recusacion, pues basta jurar que no se le recusa con malicia ni por calumniarle, sino tan solo porque se le concepta sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado y se acompañe conforme á derecho, mediante á que no se le puede recusar en todo (*). La recusacion se ha de hacer por escrito, no verbal-

(*) El señor Conde de la Cañada es de sentir, que seria mejor obligar al recusante á que espresase la causa de su recusacion, como está prevenido por

mente, y si falta el juramento espresado, no se admite, aunque no se pida ésta al recusante (*a*), sin embargo de que una ley de Partida (*b*) solo le precisa á hacerle cuando la parte contraria le pide. Lo mismo creo se debe practicar con el asesor necesario del juez lego, cual es el alcalde mayor, donde el corregidor es de capa y espada, con el auditor de guerra, el asesor de alguna capitanía general ó comandancia; y otros semejantes que son letrados y tienen jurisdiccion, á los cuales no se quita el conocimiento como á los asesores voluntarios, de que se trata en los nn. 398 399, y asi deben acompañarse como los jueces ordinarios (*).

392 La persona con quien debe acompañarse el juez en las causas civiles ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los jueces del pueblo; no habiéndole han de nombrar los regidores á dos de estos por acompañados, y si no se convinieren ó no los hubiese, ha de elegir el juez cuatro hombres buenos de los mas ricos de él, los cuales deberán echar suertes sobre cuales de ellos han de ser

derecho canónico, y tambien por nuestras leyes respecto á los ministros de los Consejos y Audiencias; ya, entre otras razones, porque quien recusa al juez duda de su integridad y le hace injuria; ya porque como de las causas para recusar, unas son inocentes respecto á los jueces, y otras no, el que recusa sin espresar ninguna, deja al arbitrio del público que impute al juez recusado la mas ofensiva; y ya porque bastando el juramento del recusante abusará fácilmente de él por la seguridad de que no puede descubrirse ó acreditarse su malicia. Puede verse á dicho autor, lug. cit. nn. 1, &c. y 17.

(*a*) Ley 1, tit. 16, lib. 4 R. ó 1, tit. 2, lib. 11 N. R. (*b*) La 22 cit. verb. Por ende.

(*) "El acompañado que nombre el juez ordinario no puede serenar los rezelos de la parte que le recusó; porque si éste fue sospechoso al tiempo de la recusacion, quedará con ella mas irritado el contrario, como lo acredita la esperiencia....."

"Cuando el acompañado no se adhiera al dictámen del juez principal que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y ésta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni para evitar los daños que temia la parte que recusó al juez ordinario."

"Los ministros de los tribunales superiores que fueren recusados, siendo probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que baste para quitar la sospecha el que los compañeros juzguen con el mismo recusado. ¿Como pues podrá estinguirse el recelo permaneciendo el juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre él mismo?

"Lo dispuesto por el derecho canónico con todos los jueces eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y haber estimado necesario remover al juez recusado." Dicho autor. lug. cit., nn. 26 &c. y 29.

acompañados, y jurar los dos á quienes toque que usarán legal y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleito, y guardarán secreto en lo que fuese necesario (*a*); y no siendo letrados han de buscar un asesor que lo sea. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, y se le puede compeler á ello por embargo y venta de bienes, porque da motivo á que se causen.

393 Siendo recusados los alcaldes de córte que tienen provincia, y como jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los escribanos de provincia, se pueden acompañar con otro alcalde, ó con persona de ciencia y conciencia (*b*); porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como cuando juntos en Sala entienden en algun negocio. Lo mismo practica hoy regularmente cualquier juez ordinario letrado, si hay otro en el pueblo, por evitar los rodeos de la ley, observando en cuanto al número de recusados lo dispuesto para con los asesores de los jueces legos, de que se habla en el n. 399, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (*c*) el juez ordinario

394 No conformándose en las causas civiles el juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno, pues si no se apela es válida la propicia al reo, escepto en los pleitos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias y otros, en los cuales vale la que se pronuncia á favor de lo espresado, aunque lo sea tambien á favor del actor; y antes de pronunciarla pueden nombrar tercero, y lo que los dos resuelvan será sentencia, porque aquel se reputa juez ordinario (*d*).

395 Por si el acusado 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 (*e*). Estos han de pronunciar juntos la sentencia, aunque el ordinario y su acompañado la pueden dar juntos ó cada uno de por si separadamente, por no prohibírselo el derecho.

390 Si en las causas criminales y en las de libertad de servidumbre el juez ordinario y acompañados discordaren, valdrá la sentencia pronunciada por la mayor parte, y dando cada uno la suya será válida

(*a*) La 22 tit. 4 P. 3, y 1 y 2 tit. 16 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 2, lib. 11 N. R. (*b*) Auto 5 tit. 10 lib. 2 R. ó ley 21 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 31, tit. 34, P. 7. (*d*) Leyes 17 y 18, tit. 22 P. 3. (*e*) Dicha ley 17.

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 éstos es uno, y no prevalece contra el del juez, á menos que uno de ellos se conforme con el de éste, pues entonces como de mayor parte será sentencia (*a*).

379 Debe asistir el juez acompañado con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo; y si no el juez, respecto de conferírsele jurisdiccion debe jurar tambien que usará bien y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siéndolo no necesita hacer el juramento, por haberle hecho cuando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1, tit. 16, lib. 4 R. manda indistintamente á todos los acompañados que le hagan (*b*); pero no puede ser recusado sin probarse causa, porque no se le contempla sospechoso sino antes bien imparcial.

398 El que impetró al juez para que conociese de su negocio, acudiendo á este fin al Soberano ó á su tribunal supremo, ó puso voluntariamente la demanda ante un juez, no puede recusarle despues sino por nueva causa de enemistad ú otra superveniente, aunque sea en la de reconvencion puesta por el reo; porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de acudir ante él para que le administrase justicia, es visto haberle aprobado y no tenido por sospechoso.

399 Si el juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por asesor un letrado aprobado para pronunciar la sentencia difinitiva ó acto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro ú otro de quienes no tengan sospecha (pues no les debe ocultar quién es, aunque algunos sienten lo contrario), como se echa de ver de la ley 2, tit. 21, P. 3 que dice: „E por ende los juzgadores ante que den su juicio, deven tomar consejo con tales omes en esta manera, diciendo primeramente á las partes: facemos vos saber que queremos aver consejo sobre vuestro pleyto. Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta villa, ó desta córte, dádnoslos por escrito: é despues que gelos oviere dado escritos, deve tomar el juzgador que ha de juzgar el pleyto, uno ó dos de los otros que sean sin sospecha, é mandar á ambas las partes que vengan antellos, é recuenten todo el pleito de

(*a*) Ley 18, tit. 32, P. 3. (*b*) Leyes 22, tit. 4, P. 3, y 1 y 2, tit. 16, lib. 4 R. ó 1 y 2, tit. 2, lib. 11 N. R.

como passó, é muestren, é razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudaran.» Asi pues se les hace saber el nombramiento de asesor, para que á la primera audiencia le recusen, si quieren, como lo pueden hacer sin necesidad de justificar ni espresar causa; bien que hasta pasada la audiencia del dia siguiente no se le debe llevar los autos; y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdiccion como el acompañado para conocer de él, por ser mero consultor, en cuya atencion tampoco necesita jurar como aquel, pues la ley no lo exige, y asi se observa. Pero despues de consentido tácita ó espresamente el nombramiento por las partes y aceptado por el asesor, no se le debe recusar en aquel pleito ni tenérsele por recusado sin justificacion sumaria de causa superveniente ó ignorada hasta entonces, al modo que para con los árbitrios y arbitradores ó compromisarios se dirá en el núm. 404. Si el pleito consiste en denuncias ó penas de ordenanza, no necesita el juez lego asesorarse, ni tampoco para sustanciarle pues basta el escribano que debe saber los trámites de su sustanciacion.

400 Con motivo de hacer recusaciones generales de los asesores voluntarios algunos litigantes cabilosos, y conformarse solamente con el letrado que nombrase el señor presidente ó gobernador del Consejo, ó los presidentes ó regentes de las chancillerías y audiencias, en cuyo distrito se seguia el pleito; procurando con estas ilegales, vagas y maliciosas recusaciones vejar ó molestar á sus contrarios, dilatar la decision y conseguir otros fines perniciosos; para evitar los gravísimos daños que con ellas se les causaban, proveyó el Consejo á representacion fiscal el auto que dice así: »En la villa de Madrid, á trece de mayo de mil setecientos sesenta y seis los señores del Consejo de S. M. dijeron: que para evitar los graves perjuicios que se esperimentan por la facilidad y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos reinos recusaciones vagas de abogados, asesores, dilatando por este medio malicioso la breve espedicion 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 pretesto de consentir en el que nombrase el señor Presidente del Consejo, los presidentes, regentes ó decanos de las chancillerías y audiencias, ó de otros cualesquiera superiores: que solo se permita á cada parte la recusacion de tres abogados asesores para la determinacion ó artículos de cada causa, quedando los

demas de la residencia del juzgado y su provincia hábiles, para que el juez pueda nombrar de ellos y no de otros al que tuviese 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" (*a*). La recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente, como quieren entenderla algunos litigantes de mala fe, para cada auto ó artículo sino copulativamente para todos los artículos, autos y sentencia que se provean en cada juicio ó pleito, de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres: si no mas que para la sentencia, de tres tambien: si recusan á tres para algun artículo, á ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa; y si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia y demas providencias, artículos y recursos que ocurran en el pleito ó juicio, sea posesorio ó petitorio; pues en cada uno, haya ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar abogado en ella con quien pudiese asesorarse el juez: vendriamos á incidir indirectamente en el escollo que fue á precaver y evitar el auto inserto, y seria ilusorio, por lo que á escepcion de los tres todos los demas de ella quedan hábiles para que elija el que quisiere, lo cual he visto declarado varias veces, y asi se entiende por los tribunales del reino. Y si el asesor tiene firmada y entregada al juez la sentencia, no puede ser recusado (*b*).

401 El nombramiento de asesor se debe hacer saber á las partes, como queda espuesto, las cuales han de pagar los derechos de asesoria, ya le haga el juez de oficio, ya á instancia de ambas; pero si lo es á solicitud de una sola, ó aunque ésta no lo pretenda, si la providencia que se debe dar, es á su pedimento, los debe satisfacer: lo cual se entiende no estando el juez asalariado, ó no siendo teniente suyo ó letrado, aunque lo esté, pues entonces los ha de llevar con arreglo al Real arancel sin escederse, pena de perdimiento del oficio y de pagar del esceso con el cuatro tanto (*c*).

402 Para recusar al juez eclesiástico ordinario ó delegado se ha de espresar ante él la causa, sea de amistad, enemistad, parentesco,

(*a*) Para la observancia de este auto se espidió Real cédula á 27 del mismo mes de mayo. Es la ley 27 tit. 2 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 6 tit. 10 lib. 2 R. ó 9 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 9 tit. 5 lib. 3 R. ó 3 tit. 35 lib. 11 N. R.

interes ú otra; y la recusacion es la primera escepcion dilatoria de que se debe usar antes de la contestacion, protestando poner las demas en su tiempo y lugar; pero si despues de esta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en cualquier tiempo y estado del pleito, jurándolo asi. Si le compete el beneficio de la restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa sea anterior á éste, y se debe admitir (*a*).

403 Siendo delegado del Papa, Obispo ó de otro juez ordinario eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan por letrados, árbitros que conozcan de la causa de recusacion y la decidan, señalando á éstos término competente para ello, y compeliéndolos á que nombren tercero en discordia. Los árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probar dicha causa, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder éste en el negocio principal no obstante la recusacion (*b*).

404 Declarando los referidos árbitros ser legítima la causa de la recusacion, si el juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento y no á otro, aunque lo consienta el recusante (*c*); y si fuere Obispo ú otro ordinario, puede remitirle al superior ó á otro consintiéndolo el recusante; como asimismo á otro no sospechoso antes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa, sin embargo de que esten electos (*d*). Si fuere subdelegado del Papa, se ha de examinar, probar y determinar la causa ante el delegado y no ante árbitros (*e*); y si fuere Vicario general ó delegado del Obispo, ante éste (*f*). Y el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion, y carece de facultad para ejercerle (*g*).

405 Los jueces árbitros ó compromisarios electos por las partes para decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad suscitada despues de su eleccion o sabida entonces, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriéndoles el recusante á presencia de hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, mencionandola; y si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al juez ordinario de ellos recusandolos, espresando la causa de la recusacion, ofreciendo

(*a*) Cap. 25 de Offic. delegat. 4 de Except. 61 de Appellat. 5 y 14 de Offic. delegat. in 6. (*b*) Cap. 61 cit. 4 de Foro competent. y 5 de Offic. deleg. in 6. (*c*) Cap. 5 cit. (*d*) Dicho cap. 61 de Apellat. y cap. 5. (*e*) Cap. 27 §. 3 de Offic. delegat. (*f*) Cap. 4 de Offic. deleg. in 6. (*g*) Cap. 5 cit.

do 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 ha de prohibirles la continuacion, y si fueren tan renaces que sin embargo prosiguieren en el negocio, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena (*a*). Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero teniendo facultad para nombrarle, y careciendo de ésta ha de apremiar el juez ordinario á los litigantes á que le elijan, y se debe ejecutar lo que resuelva la mayor parte (*b*).

406 En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el juez mero ejecutor, porque nada hace de su autoridad; pero el *ejecutor misto*, que tiene facultad para admitir escepciones y determinarlas, y que por consiguiente puede causar perjuicio á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario, y así se observa.

407 Puede ser recusado el juez de residencia así como el delegado; pero no se debe acompañar con los regidores, porque son reos igualmente que el residenciado, ni tampoco con otros del pueblo, pues aunque no sean reos, nunca deja de haber entre ellos cierto espíritu de parcialidad y coligacion por la dependencia y connotado de parentesco, en cuya atencion se ha de acompañar con letrado de otro pueblo que no sea sospechoso (*).

408 Para la recusacion de alguno de los señores Ministros de los Reales Consejos, Alcaldes de corte, Oidores y Alcaldes de las Chancillerías y Audiencias cuando juntos en sus salas conocen como tribunal superior de algunos negocios en vista y revista, ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como juez ordinario ó comisionado, se han de observar seis requisitos: el primero, que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte ó de su procurador con poder bastante sino tambien de letrado, pues

(*a*) Ley 31 tit. 4 P. 3. (*b*) Leyes 26 y 27 tit. 4 P. 3.

(*) »Que se ejecute el juicio de residencia como perjudicial por el gran peligro que hay de corrupcion en los jueces de ella, y porque estos son muy gravosos á los pueblos y á los mismos residenciados sin utilidad alguna, segun lo ha acreditado la esperiencia, por lo cual el mi Consejo se movió á suspenderla, dejando espedito el medio de los informes y el de la queja, acusacion formal, ó capitulacion ante el tribunal correspondiente.» Cap. 1 de la Real cédula de 7 de noviembre de 1795 inserta en el §. final cap. 26 P. I. Véase la nota 15 tit. 12 lib. 7 N. R.

de otra suerte no se debe admitir: el segundo, que contenga juramento de no recusarlos con malicia sino por conceptuarlos sospechosos por tal causa: el tercero, que se presente en el Acuerdo y no en la Sala, dándose al señor Presidente y no al escribano de Cámara: el cuarto, que sean honestas, moderadas y no ofensivas al recusado las palabras con que se le recuse: el quinto, que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion: v. gr. si es por parentesco de consanguinidad ó afinidad, en qué grado, (contando por derecho civil como acto civil ó profano) y por qué línea: si es por amistad ó enemistad, de qué causa proviene, y desde cuándo, &c. pues no especificándose con esta individualidad no se admitirán, por estar prohibida la admision de causas no especificadas (*a*), siendo de notar que la recusacion por parentesco á los señores del Consejo y alcaldes de corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado y quinto con sesto inclusive, y si es de afinidad, fuera del cuarto grado y cuarto con quinto tambien inclusive (*b*); y el sesto requisito es que en vista (y lo mismo se practica en revista) la ponga el recusante dentro de 30 dias contados desde el en que se principiare á ver el pleito y no de su conclusion, ó antes de los 15 próximos é inmediatos al que se hubiere señalado para votarle; pues de otro modo no se le admitirá, escepto por causas originadas dentro de ellos ó despues, ó no sabidas antes, jurando que hasta entonces no llegaron á su noticia. Si el pleito no se vota en el dia señalado, no se pueden recusar sino por causas nacidas despues; y votándose el prefinido y remitiéndose por discordia á otros jueces, éstos no pueden ser recusados sino por causas suscitadas despues de la remision (*c*); y en todos los casos espresados lo ha de jurar así el recusante.

409 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos señores ministros por cualquier medio legal, y como uno de ellos, por posiciones del recusado, las cuales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieran venido á su noticia despues de la conclusion, jurándolo así y depositando la pena correspondiente. El recusado debe responder á ellas no siendo criminosas (*d*), y para probarlas por testigos ú otro medio es arbitrario el término; mas no puede esceder de puertos acá de 40 dias y de puertos allá de 60, ni sobre

(*a*) Leyes 1, 2 (ó 5 tit. 24 lib. 5 N. R.) y 19 tit. 20 lib 2 R. ó 19 tit. 2 lib. 2 N. R. (*b*) Auto 9 tit 10 dich lib. 2 o nota 4 tit. 2 lib. 11 N. R (*c*) Leyes 12 y 19 ley y auto finales tit. 10 lib. 2 R. ó 15 19 y 26 tit. 2 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 4 y 7 tit. 10 lib. 2 R. ó 6 y 10 tit. 2 lib. 11 N. R.

cada pregunta han de admitirse ni presentarse mas de seis testigos; ni tampoco despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada ó notificada, se debe admitir recusacion (*a*).

410 Es perentorio y corre no solo contra los mayores de 25 años sino tambien contra los menores y demas privilegiados, á quienes compete el beneficio de la restitucion, el término de recusar á los señores espresados y probar las causas (*b*). Y aunque algun tercero opositor salga á la causa coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que este, por lo que la ha de tomar en el estado en que la halle (*c*).

411 El que recusa y no prueba causa legítima, si es al señor Presidente del Consejo, incurre en la pena de 120 maravedis, si á otro cualquier Ministro de él, en la de 60, y si á Alcalde de corte ó de Audiencia, en la de 30; y no dandose la causa por bastante, en la de 6 (*d*); pero si es pobre, cumple con obligarse á su satisfaccion cuando tuviere bienes (*e*). En estas recusaciones es menester gran cuidado, pues aun cuando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena (*f*), asi como el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las 1500 doblas, y no haciendolo dentro de ellos (*g*), lo cual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, gobernandose el Consejo por la misma regla, sin embargo de no haber ley que trate de ello. Si el Fiscal Real es el recusante, cumple el Receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al fisco (*h*).

412 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de espresar la causa por qué se le recusa; pero no se le han de quitar el conocimiento é intervencion en el pleito ni sus derechos, pues los jueces ante quienes penda, le han de dar acompañado, al cual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento y asistir á la vista del pleito, aunque nada haya trabajado en él (*i*). El pedimento de recusacion ha de contener el ju-

(*a*) Ley 6 tit. y lib. dichos ó 9 tit. y lib. cit. N. R. (*b*) Ley 16 del mismo tit. y lib. ó 10 tit. y lib. cit. N. R. (*c*) Ley 15 del prop. tit. y lib. ó 17 tit. cit. N. R. (*d*) Ley 17 tit. dicho ó 7 tit. cit. N. R. y cédula espedida en Madrid á 29 de marzo de 1563. (*e*) Ley 5 tit. y lib. cit. ó 8 tit. cit. N. R. (*f*) Ley 19 cap. fin. tit. 10 dicho lib. ó 19 tit. cit. N. R. (*g*) Ley 4 tit. 20 lib. 4 R. ó 2 cit. N. R. (*h*) Quien quiera tener mayor instruccion acerca de esta materia de recusaciones de Ministros togados, vea el tit. 10 lib. 2 R. y Autos acordados. (*i*) Ley 18 tit. 10 lib. 2 R. ó 6 tit. 20 lib. 4 N. R.

ramento de no hacerla con malicia, y dejar al relator en su buena opinion y fama, sin embargo de que la ley no lo previene.

413 Para recusar al escribano originario del pleito no es menester probar ni aun espresar causa, pues basta jurar no hacerlo con malicia, dejandole en su buena opinion y fama, y pedir al juez que le dé acompañado, porque sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, á causa de hallarse radicado en su oficio, donde debe subsistir, y de ser contra su honor la remocion, lo cual no puede decirse de la recusacion, y lo que haga sin el acompañado, es nulo. Pero éste no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidio al juez que le nombrase, (pues ninguna ley le permite proponérselejes visto haber querido conformarse con el que eligiese; y respecto deberse presumir que procedió en su eleccion con imparcialidad y justificacion, es preciso que para remover al nombrado le haga ver el defecto que tiene é ignoraba: de lo contrario le hace injuria, y no debe admitir la recusacion como voluntaria, maliciosa y ofensiva al mismo juez. Si el escribano originario está enfermo ó ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleito, porque no está recusado; como tambien á falta de los dos, otro que nombre el juez, porque con este tampoco se entiende la recusacion; y si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinenti el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el cual siendo juez comisionado para la probanza puede admitir el apartamiento, así como debe admitir la recusacion y hacerle saber al acompañado, á fin de que le conste y no continúe, sin necesidad de ocurrir al tribunal de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia antes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

414 Para la recusacion del escribano de diligencias en los pueblos en que actuan los Reales, acerca de lo cual no hablan los AA. ni las leyes, se ha de practicar la misma solemnidad, á escepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica como para con el originario que tiene oficio y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleito. La practica que sobre estos hay en esta corte, es proponer el recusante tres al juez para que elija de ellos el que quiera, y el juez á su arbitrio unas veces elige uno y otras otro no propuesto. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusar al electo ó á ro-

dos, escepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga*, (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general á lo que defiere; y si recusa á todos los del pueblo, escepto a 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.

415 Si nombra el juez otro escribano de los no propuestos en cualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, dudan algunos, si podra ó no ser recusado; pero mi parecer es que puede serlo sin causa el nombrado de los no propuestos, y las razones son: la primera, porque si puede recusar al juez, mucho mejor al escribano que elija, pues acerca de los reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica respecto de los originarios, ni hay para ello el mismo motivo; y la segunda, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y antes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque de lo contrario se procederia en infinito, se eternizarian los pleitos, y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fe.

416 La parte que recusa al escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga á instancia suya, y á ello le puede apremiar el juez por embargo y venta de bienes, sea antes o despues de visto y sentenciado el pleito, segun lo manda la ley (*a*, cuando se recusa á los relatores, pues aunque ninguna trata de esto, milita la misma razon.

417 Para evitar los perjuicios que se causaban a los litigantes de suspender los jueces el curso de los pleitos, cuando S. M. ó alguno de sus tribunales superiores por queja de los contrarios le pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderle, porque lo prohiben varias leyes (*b*), se espidió a consulta del Consejo Real cédula en el Real Sitio del Pardo a 11 de enero de 1770, que dice: »Que los tribunales y justicias del reino asi ordinarias como comisionadas ó limitadas a ciertas causas ó personas procedan con arreglo á las espresadas leyes en la administracion de justicia a determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones malicio-

(*a*) La 18 tit. 10 lib. 2 R. ó 6 tit. 20 lib. 4 N. R. (*b*) La 9 (o 11 tit. 4 lib. 3 N. R.) y otras del tit. 14 lib. 4 R.

gas ó 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 espidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones ó recursos que no sean conformes á derecho: que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan y no se cumplan: que cuando se pida de mi Real órden algun informe sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiéndose siempre sin retardacion ni suspension de su curso, á menos que en algun caso particular tenga á bien mandar espresamente que se suspenda; encargando como encargo á todos los tribunales y jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta espedicion de las causas, y la rectitud y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones." Así se observa en esta corte.

418 Con arreglo á esta Real resolucion se debe proceder tambien, cuando alguno que está ejecutado, acude al Consejo pidiendo moratoria juntamente con la suspension de las diligencias ejecutivas, y éste da traslado llano al acreedor, ó acreedores, sin mandar al juez *que suspenda*, *ó no innove*, *ó no le moleste* por cierto término que señala; pues por este hecho es visto quiere que el juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea ó se entienda sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa, y su prosecucion, como lo he visto declarado por el Consejo, practicar repetidas veces, y debe hacerse por los jueces y escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, mientras no se les mande espresamente: lo cual no procede, cuando la moratoria se solicitó antes de empezarse la ejecucion y el Consejo confirió traslado, mandando pasar la pretension á sala de justicia para que aquí se examinase si se habia de deferir ó no á ella; pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su concesion, nada se debe practicar, mediante á que el Superior tomó conocimiento del negocio antes que el juez del ejecutado.

§. XIII.

De la sentencia difinitiva, de los requisitos que exige para su validacion, si el juez la podra revocar ó reformar, y del término para apelar de ella.

419 La sentencia, generalmente hablando, es de dos maneras, *interlocutoria y difinitiva*: se llama interlocutoria la que el juez pronuncia en el discurso del pleito entre su principio y fin sobre algun incidente, y todo auto preparatorio para la difinitiva, y asi no es propiamente sentencia: la difinitiva es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes da sobre el negocio principal, imponiendo fin con la absolucion ó condenacion á la controversia que suscitaron ante él.

420 Se llama asi de la palabra latina, *sentiendo*, y de la castellana sentir, porque el juez declara ó decide segun lo que siente. Debe pronunciarla estando presentes los litigantes ó citándolos para darla dentro de los 20 dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 50Ⓓ maravedís á la real Cámara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace, y de nulidad, si falta su presencia ó citacion (*a*); pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibilita á los jueces de sentenciar los pleitos en muchos meses, y asi tardan mas tiempo en hacerlo (*).

(*a*) Leyes 1, tit. 17, lib. 4, R. ó 1, tit. 16, lib. 11 N. R. y final tit. 26 P. 3.

(*) »La duda consistira en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto examen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los jueces superiores, atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia que el juez, por diligente y esperto que sea, no pudo tomar aquel esacto conocimiento de los hechos que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia."....

»*La ley* 1, *tit.* 17, *lib.* 4 ó 1, *tit.* 16, *lib.* 11 *N. R* señala el término de 20 dias desde la conclusion del pleito para que el juez dé y pronuncie la sentencia difinitiva; pero no determina si pronunciándola antes se ha de tener por precipitada: ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los 20 dias; y asi queda siempre pendiente del arbitrio del juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, conciliando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han indicado por regla de este artículo." Sr. conde de la Cañada Inst. Práct. part. 1, cap. 12, nn. 9 y 11.

421 Se diferencia la sentencia difinitiva é interlocutoria en que el juez no puede revocar, ampliar, ni enmendar la primera despues de publicada, por haberse acabado su jurisdiccion (*a*), escepto en los casos que esplicaré en los núm. 449 y siguientes; y sí la interlocutoria en cualquiera parte del juicio antes de la difinitiva, porque para él nunca pasa á cosa juzgada (*b*), á menos que la confirme ó revoque el superior; y para pedir que se reforme, no hay término señalado en el derecho, por lo que el agraviado puede pretenderlo antes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada. Tambien se diferencian en que la difinitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos y otros nuevos, y la interlocutoria se ha de determinar por lo que resulta justificado y escepcionado ante el juez inferior, sin que se admita nueva prueba ni otra cosa (*c*). Asimismo se diferencia en que para dar la sentencia difinitiva deben ser citadas precisamente las partes, porque faltando este requisito es nula; y para dar la interlocutoria no es necesaria la citacion, escepto que tenga fuerza de difinitiva, ó sea de mucha entidad, y pueda causar grave perjuicio.

422 Toda sentencia interlocutoria sobre la cual no puede dar otra el mismo juez, tiene fuerza de difinitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin á la instancia ó incidente; v. gr. la absolutoria de la observancia del juicio, ó de la instancia, la en que se declara por desierta la apelacion, la en que se multa á alguno, aquella por la cual se acaba el oficio del juez, como cuando se declara incompetente, la que define algun artículo sustancial del negocio principal, por egemplo, cuando uno de los litigantes pide restitucion, porque dice ser menor, y el juez declara que no lo es, pues por esta sentencia queda escluido de la restitucion pedida: ó cuando se admite ó escluye la escepcion perentoria, ó el juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las cuales no puede obtener el que intenta hacerlas, ó cuando por la sentencia interlocutoria se manda dar ó hacer alguna cosa, y en otros casos semejantes, de cuyas sentencias se puede apelar antes que se difina el negocio principal: pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el juez la puede revocar.

423 El mandato de pagar, si se da sin conocimiento de causa, ó con cláusula justificada; v. gr. *pague, y si razon tuviere para no hacerlo, dedúzcala, &c.* se debe tener por sentencia interlocutoria, y com-

(*a*) Leyes 2 y 3, tit. 22 P. 3. (*b*) Cap. 60 de Appellation. (*c*) Leyes 3, 4 y 5, tit. 9. lib. 4 R. ó 6 y 7, tit. 10 y 6, tit. 21, lib. 11 N. R.

pareciendo el llamado se convierte en simple citacion; pero si no comparece y por esto se le acusa la rebeldía, queda firme el mandato.

424 Si éste se da contra el confeso, se ha de distinguir: si para darle precedió demanda formal, contestacion y forma de juicio, y el reo en el discurso de éste confesó, se debe tener por sentencia difinitiva, porque mas se adhiere ó semeja á ésta que á la interlocutoria, y asi no se puede revocar: si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, como cuando habiendo sido llamado el reo á presencia del juez confesó, y éste en vista de su confesion le manda que pague, es interlocutoria por la falta de formalidad, no obstante que define el negocio principal; pero respecto darse con conocimiento de causa y tener por esto fuerza de sentencia difinitiva, no se puede revocar.

425 La sentencia judicial debe ser conforme á la demanda en tres cosas, *cosa*, *causa y accion*; como tambien arreglada á derecho y buenas costumbres, sin escederse de lo pedido, y de lo contrario es nula *ipsojure*, aunque no se apele de ella. Ha de recaer sobre cosa cierta, aunque el juez puede remitirse á los autos, si consta en ellos; y si es sobre cantidad no líquida, debe mandar que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencia y otras semejantes, y en los juicios universales (*a*).

426 Si hay condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el juez en la sentencia y no remitido á contadores, porque está prohibido (*b*); y si aquella es condenatoria en parte y en parte absolutoria debe especificar las razones de esta diferencia: bien que hoy regularmente no fundan muchos jueces sus sentencias por evitar siniestras y violentas interpretaciones, y solo se remiten en términos generales á lo que resulta de autos sin mencionar especificamente cosa alguna de ellos.

427 Segun la práctica de los juzgados de esta córte se espresa al principio de la sentencia el nombre del juez, quien la firma juntamente con el escribano, y no hay pronunciamiento; pero al contrario en muchos de fuera no se estila espresar en ella quién la dá, y por eso el escribano la lee en su audiencia ante testigos, pone á su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él quién la dió y en qué dia, y lo firma. El juez como se acostumbra, entrega la sentencia al escribano y éste la notifica á las partes, asi como por derecho comun y

(*a*) Leyes 1 y 16, tit. 22 P. 3. (*b*) Leyes 52, tit. 5, lib. 2 y 10, tit. 9, lib. 3 R.

canónico (*a*) se permite á los Obispos y personas ilustres por la prerogativa de su dignidad que la hagan saber por medio de otro.

428 Aunque segun se ha dicho, la sentencia debe ser conforme á la demanda, esto no tiene lugar, cuando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por dejar de serlo, como cuando se pidió una cosa y se probó otra: porque dicha cláusula es mas ámplia y tiene mas fuerza que la de que se proceda *sumaria y simplemente, y de plano*: se aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo, y se juzga comisionado el juez para proceder como si fuera el Soberano que no está obligado á observar el órden judicial ni sujeto á las leyes positivas (*b*). Pero si la demanda es inepta, no vale la sentencia, ni tampoco el proceso escepto en las causas sumarias, en que no se observan estrictamente el órden ni solemnidades judiciales.

429 El juez ha de pronunciar su sentencia en el lugar que debe y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, á menos que las partes lo consientan; bien que el delegado no siéndolo para todas causas, el árbitro y el juez de apelacion pueden darla en cualquiera parte honesta, lo cual procede tambien en aquellas en que se procede de plano en las de jurisdiccion voluntaria, y en todos los actos concernientes á los trámites del pleito. No ha de dar la sentencia en el tiempo prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente el término concedido, ni tampoco sin presencia ó citacion de las partes, escepto que proceda de oficio, ó que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande practicar alguna cosa. Ademas, el juez ha de ser competente, no ha de dudar de su facultad, ni proceder despues de admitida la apelacion, ó de inhibido del conocimiento por el superior, ni finalmente ha de tener impedimento ni prohibicion legal de juzgar.

430 La sentencia se ha de escribir antes de publicarse, no ha de ser notoriamente injusta, ni falsa la causa en que se funda, ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, ni incierta, ni se ha de espresar en ella por persona cuyas facultades para litigar no constan en el proceso, ni ha de contener error manifiesto, ni otros vicios que le anulen *ipsojure*, ni tampoco le han de faltar los demas requisitos prescriptos por derecho para su validacion.

431 Para dar la sentencia deben los jueces inferiores ver y exa-

(*a*) Cap. últ. de Sentent. & re judicat. in 6. (*b*) Cap. 22 de Accusation.

minar por sí propios los autos á presencia de las partes, y no por relacion de los escribanos (*a*), como se dijo en el núm. 235; y lo mismo deben practicar los alcaldes de córte que como jueces ordinarios conocen de lo civil, pues le está prohibido tener relatores pena de 50 maravedís y destierro de un año al relator por cada vez que se la hiciere (*b*); bien que sin embargo de esta prohibicion se acostumbra en los juzgados de esta corte no solo hacer relacion los escribanos sino tambien pedir las partes se les comunique el apuntamiento ó memorial ajustado con los autos, para ver si está conforme, y no estándolo, hacer que se enmiende, adicione, ó coloquen los hechos, segun deben estar para su mas clara percepcion; como asimismo asistir sus abogados á la vista para informar bervalmente á los jueces del derecho de ellas, é ilustrarlos con leyes y doctrinas que conduzcan al asunto. Ademas, algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 4, tit. 10, lib. 2 R. observando en estos papeles ó informaciones en derecho (que no se unen á los autos, ni comunican á las partes, por no ser del proceso), lo que previenen la ley final, y autos 4, 7 y 11 del mismo tit. y lib. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniendolo todo presente no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren; pues de otro modo serian interminables.

432 Para juzgar deben los jueces superiores é inferiores asi en primera como en segunda y tercera instancia mirar y atender á la verdad sin detenerse en las solemnidades y sutilezas prescriptas por derecho para el órden de enjuiciar: de suerte que constando justificado el hecho; aunque falten las solemnidades de los trámites del juicio, siempre que no sean las sustanciales, como la citacion, prueba, &c. pueden y deben determinar el pleito conforme á la verdad que resulta probada segun la demanda ó accion intentada, y será valida la sentencia (*c*); pero si alguna de las partes declara las cosas que son sustanciales en el juicio, pide que la otra las guarde o jure de calumnia, el juez se lo manda dos veces y no quiere, y no obstante pasa a dar la sentencia; entonces á mas de ser ésta nula debe pagar el juez las costas (*d*). Lo mismo se ha de decir aunque el actor ponga la demanda por una causa y pruebe otra diversa, porque esta diversi-

(*a*) Leyes 17, tit. 17, lib. 2 y 6, tit. 9, lib. 4 R. (*b*) Ley 4, tit. 8, lib. 2 R.
(*c*) Véase la nota del n. 76. (*d*) Ley 10, tit. 17, lib. 4 R.

dad no muda la verdad (*a*) (*). Y si el juez por ignorancia ó malicia procede injustamente causando daños á alguno de los litigantes, incurren en las penas que espresan varias leyes (*b*).

433 Dudando justamente el juez inferior de la sentencia que ha de dar, por ser iguales las pruebas de las partes, debe aconsejarse de hombres literatos, imparciales y de buena fama, electos con aprobacion de ellas, y si no disuelven su duda, puede remitir la causa al superior, citándolas á este efecto y no de otra suerte (*c*); mas no mandarles que comprometan el negocio en sus manos (*d*), y no se han de remitir los autos originales, escepto que lo mande el superior, sino por compulsa, la cual y los demas gastos que ocurran en este caso, deben pagar las partes por mitad (*e*), aunque cuando se apela, el apelante debe satisfacerlos enteramente, porque se causan á su instancia; pero no le está prohibido sentenciarla despues de remitida, por lo que valdrá la sentencia arreglada que pronuncie antes de responder el superior (*f*) (**).

434 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se dé (*g*). Si prueba pertenecerle otra diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia, es nula (*b*); si bien basta que el autor tenga el dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no le haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta (*i*); pero no se deben admitir probanzas ni defensas incondu-

(*a*) Valenz. consil. 11, n. 16. Vela diss. 15, n. 86 y diss. 42, n. 66 Parlad. lib. 2, cap. 10, nn. 3 y 4.

(*) Por egemplo, si alguno pide una finca enfitéutica diciendo que ha caido en comiso, y en vez de acreditarse éste, solo se prueba el enfiteusis, puede el juez condenar la enfiteuta al pago del canon ó pension anual. Cur. Philip. P. 1, 9. 18, núm. 6.

(*b*) Las 12, tit. 4, 24 y 25, tit. 22 P. 3 y 4, tit. 15 P. 7. (*c*) Ley 11, tit. 22 P. 3. (*d*) Ley 13, tit. 5, lib. 2 R. (*e*) Greg. Lop. ley 2, tit. 21 P. 3, gl. 4. Bobadill. lib. 3, Polit. cap. 8, n. 285. (*f*) Greg. Lop. ley 11, cit. gl. 6.

(**) Parece que se priva enteramente un juez de la facultad de sentenciar una causa con remitirla al superior para que la decida, como tambien que se hace agravio á éste con determinarla despues de remitida.

(*g*) Salg. de Retent. part. 2, cap. 8, n. 11. Vela diss. 33, n. 71. Parlad. c. 10 cit. n. 6. (*b*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 101. Greg. Lop. ley 9. tit. 22 P. 3 glos. 4 Salg. Labyr. part. 3, c. 1 n. 30. (*i*) Salg. lug. cit. part. 1 de Retent. cap. 2, n. 79. Olea de Ces. jur. tit. 6, q. 9, n. 28.

centes á la accion propuesta (*a*). Y no debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio sino tambien de la demanda y entrega de la cosa que se le pide en ella, pruebe ó no el actor, por lo que éste no puede volver á suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho (*b*), porque le obsta la escepcion de cosa juzgada.

435 Todo litigante temerario ó que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario pidiéndolas éste: y se cree no tenerla, cuando la demanda es inepta, ó el actor no la probó, ni el reo sus escepciones, ó puso alguna maliciosamente, ó fue contumaz, y por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos á lo menos, aunque estos sean luego tachados, no debe pagarlas (*c*).

436 Tampoco debe pagarlas, cuando tuvo justa causa para litigar, aunque el reo sea condenado en la principal ó absuelto, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia, porque con él se escluye la presuncion de haber litigado maliciosamente, á menos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se desvanece la presuncion de buena fe que el juramento induce á su favor, por lo que se le ha de condenar y apremiar á su pago tasándolas el juez (*d*).

437 Pero si el litigante temerario es pobre, no se debe prender, ni tomarle sus vestidos, ni ser compelido á dar fiador por el importe de las costas, ni por el de los derechos que devengue en defenderse, ni pagarse éstos de las limosnas que se hacen á los presos (*e*); y es suficiente que lo haga constar con informacion hecha en otra parte presentando un testigo hábil y fidedigno en la audiencia ó juzgado en que se sigue el pleito, que deponga de su pobreza, con tal que le reciba el escribano de la causa (*f*) 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 cualquier juez y practique despues lo que queda dicho, sin ser rigorosamente necesario que la dé ante el de la causa; pero hasta que esté declarado, no se le debe tener por pobre,

(*a*) Salg. Labyr. part. 3, cap. 1 n. 30. (*b*) Leyes 24 y 43, tit. 2, y 1 tit. 14, P. 3, Bobadill. lib. 5, Polit. cap. 3, nn. 132 y sig. Car. Filip. part 1, §. 18, n. 8. (*c*) Leyes 39, tit 2 y 8, tit. 22 P. 3. Greg. Lop. en ambas glos. 3. Gutier. lib. 1 Práct. q. 134. (*d*) Ley 8, tit. 22 P. 3 y su glos. 2 y 3, y ley 3, tit. 22, lib. 4 R. (*e*) Leyes 20 y 23, tit. 12, lib. 1 R. (*f*) Ley 25, dicho tit. y lib.

en cuya atencion ha de pagar los derechos de la informacion y demas que ocurran, y si obtiene en el juicio, deberá satisfacer de las cantidades que perciba, los legítimos, como si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entonces, porque ya tiene con que pagar.

438 Si el juez no hace condenacion de costas habiéndose solicitado y el vencido apeló, no es necesario que apele el vencedor de semejante omision, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adhiriéndose á la apelacion, para lo cual no hay término señalado; y si el vencido no apeló, puede tambien el vencedor apelar en derechura de dicha omision, ó de aquello á que el juez no defirió. Lo propio podrá hacer por las que se les deben por otro derecho ó accion: v. gr. por contrato, de lo cual trata el señor Covarrubias (*a*).

439 Como muchas veces piden los litigantes que el juez reponga, revoque ó reforme por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sus autos y sentencias, debo decir que siendo mere interlocutorias puede y debe hacerlo con causa justa, cuando quisiere antes de la sentencia difinitiva sobre lo principal; y siendo difinitivas, ó teniendo fuerza de tales, no solo no puede reformarlas ni revocarlas una vez publicadas y notificadas á las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adicionar en cosa alguna: lo cual milita tambien en las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las difinitivas, por haber espirado sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio; mas sí declararlas á instancia de algunos de los litigantes en lo que estén oscuras (*b*), cuya declaracion se debe pedir antes que espire el término de apelar y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empiece á correr aquel, como se practica. Y es de advertir que el juez puede ir á defender su sentencia al tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello (*c*).

440 Si en la sentencia difinitiva no hizo el juez mencion de los frutos y renta de la cosa litigiosa sino solo de ésta, ó no condenó en las costas, debiendo hacerlo a la parte vencida, ó juzgó sobre éstas cosas mas ó menos de lo que por derecho debia, puede enmendar y

(*a*) Práct. cap. 27 con especialidad n. 5. (*b*) Leyes 2 y 3, tit. 22 P. 3. Salg. de Reg. protect. part. 1, cap. 5, nn. 20 y sig. y part. 4, cap. 2, n. 130. (*c*) Ley 13, tit. 16, lib. 2 R.

enderezar su sentencia dentro del dia en que la dió, y no despues (*a*). Lo mismo puede hacer cuando condenó en multa ó pena pecuniaria á alguno que es pobre, pues la ley le concede facultad para moderarla ó quitarsela por piedad si quisiere, especialmente si se aplicó al fisco (*b*).

441 La sentencia difinitiva se debe intimar ó notificar á ambas partes aunque una sola venza, y si litigan por procuradores, á éstos entregandoseles copia de ella y de otra cualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su abogado, vean si les es gravosa, y han de apelar de ella, pues á este efecto se les notifica; y sin embargo de que los procuradores responden que se haga saber á sus partes en persona, como muchas veces lo hacen, por diferir y ocasionar gastos á las contrarias, no debe el escribano admitirles esta respuesta, porque en virtud de su poder hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su ejecucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran; pero la ejecucion de la sentencia ha de entenderse con las mismas partes en persona, puesto que de éstas y no del procurador ó apoderado depende su cumplimiento como obligadas á él.

442 Notificada la sentencia difinitiva ó interlocutoria á las partes, ó á sus procuradores ó apoderados, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez acusando la rebeldía á aquella; espresando ser pasado al de la ley, y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve á para y debida ejecucion: á cuya solicitud debe proveer este auto: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*; y si dentro de los tres dias siguientes al de la última citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir á la declaracion en la primera audiencia, condenando á los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos jueces solo llaman los autos, y en la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el término de la ley ya está ejecutoriada, y asi ni tiene para que citar á las partes, ni oirlas sino sobre su ejecucion, ni debe hacerlo, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien á los procuradores, para que sepan que no

(*a*) Ley 3. tit. 22, P. 3 verb. Pero si el juzgador. (*b*) Ley 4. tit. 22 P. cit.

tienen recurso, por ser visto haber consentido en la sentencia, y si entonces responden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta; pues cesaron sus facultades, por haberse concluido la instancia, en cuya atencion se ha de notificar á las partes la sentencia y auto de declaracion para que la observen y cumplan.

443 El término para apelar de auto ó sentencia los mayores de 25 años es en el fuero secular el de 5 dias (*a*), los cuales se cuentan desde el de su intimacion, que es desde cuando llega judicialmente á su noticia; y aunque en algunos juzgados de esta corte amplian los 5 dias á 9 ó 10, se debe desterrar semejante abuso y corruptela, por no haber en aquellos facultad para hacer una ampliacion opuesta á la ley. En el fuero eclesiástico se conceden 10 dias para interponer la apelacion de sentencia difinitiva (*b*), y de la interlocutoria no se debe admitir, escepto que tenga fuerza de difinitiva, ó contenga gravámen irreparable por ésta (*c*), lo cual procede asimismo en el secular (*d*); á menos que sea sobre declinatoria, recusacion de juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ó sobre escepcion perentoria (*e*). De la sentencia de los árbitros que debe ejecutar el juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdiccion, se puede apelar ó pedir reduccion á alvedrío de buen varon dentro de diez dias bajo la fianza que previene la ley 4, t. 21, lib. 4 R. y pasados queda firme (*f*). Para interponer suplicacion de los autos interlocutorios en que debe admitirse, se conceden tres dias, en los cuales el suplicante debe espresar los agravios, y para la de sentencia definitiva diez dias y no mas, ya se haya principiado el pleito en el Consejo ó audiencia, ya se haya traido á ella por apelacion de la sentencia del juez inferior (*g*), de lo cual trata el tit. 19 lib. 4 R. Y si el inferior agravia en algun incidente al apelante, puede el superior á instancia de éste retener los autos en su tribunal, substanciarlos y determinarlos en lo principal, quitando el conocimiento al inferior por haberse hecho sospechoso; sin embargo de lo dispuesto por el concilio de Trento (*h*) que manda se concluyan todas las causas, aunque sean be-

(*a*) Así lo ordena la ley 1, tit. 18, lib. 4 R. (*b*) Cap. 5 y 13, de Sentent. & re judicat. Reff. lib. 2, tit. 27, §. 4, n. 107. (*c*) Conc. Trident. Sess. 13 de Reformat. cap. 1 al fin y Sess. 24 del mismo tit. cap. 20 al princip. (*d*) Ley 13, tit. 23, P. 3 verb. Mas de otro Mandamiento, y 3, tit. 28, lib. 4 R. y 5 tit. 6, lib. 7, *e*. Dicha ley 3. (*f*) Ley fin tit 4, P 3 y su glos. 1 Cur. Filip. part. 5, §. 1, n. 16 al fin. (*g*) Leyes 1 y 2, tit. 19, lib. 4 R, (*h*) Cap. Causæ omnes 20 sess, 24 de reformat

neficiales, ante el ordinario, y que no se le quite su conocimiento; pues por haberse omitido especificar este caso en el concilio, se entiende esceptuado (*a*) como frecuentemente lo vemos.

444 Si el agraviado apela y se le admite la apelacion lisa y llanamente ó en ambos efectos (*), y no presenta la mejora ó despacho del juez de alzadas ó del tribunal superior dentro del término competente segun la distancia, puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acudir ante el superior ó sacar *ahixatoria* ó contra mejora, ó ante el inferior pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia ó auto apelado, cuyo término, no señalandosele el juez, es de 40 dias, si hubiere de seguir la apelacion de puertos allá; de 15, de puertos acá, y de tres, estando el juez de alzadas ó tribunal superior en el pueblo del juicio. Los mismos términos tiene para quejarse del juez, si no le admite la apelacion siendo admisible (**), y pasados queda fir-

(*a*) Valenz. Cons. 176, n. 51, v. 2. Avendaño de Secund. suplicat. n. 11.

(*) »La apelacion se admite de cuatro modos: primero diciendo espresamente que la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo: segundo cuando se dice que admite la apelacion sin espresar en qué efectos, ni poner otra alguna limitacion: tercero cuando la admite en cuanto ha lugar en derecho; y el cuarto diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo."

»En el primer caso que se ha de acreditar con el testimonio de la apelacion, manda librar el juez superior provision ó despacho para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el público mayor espedicion y breve no en el seguimiento de aquella instancia; y escusando los gastos de la compulsa. Procede esta doctrina y el uso de los tribunales aun en los casos, en que el juez inferior concediese la apelacion en las causas que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo; porque en cuanto está de su parte, se despiende de toda su jurisdiccion y conocimiento."

En el segundo caso procede lo mismo, »porque admitida la apelacion sin espresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda solo en el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida que equivale á la universal."... Señor conde de la Cañada Inst. Pract. part. 3, cap. 3, nn. 13, 14, 16 y 18. En cuanto á los otros dos casos véanse los nn. 13, &c. y 32.

(**) »Si de la causa y sentencia definitiva constase por notoriedad que ni el juez ha causado agravio á la parte, ni ésta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga como frívola y calumniosa; pues no pidiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleitos y causando otros perjuicios á las partes que litigan."

»Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones son frívolas y maliciosas, conviene recurrir á los que en

me el juicio (*a*). Si acude ante el inferior, debe mandar al apelante que presente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto término que les prefina, cuyo auto se debe hacer saber á su procurador; y si pasado el término concedido no cumple, le acusa la rebeldía la otra parte, insistiendo en su pretension, y el juez la ha por acusada, mandando que dentro de tercero dia cumpla con lo proveido en el auto anterior. Hecho saber y pasados los tres dias le acusa segunda rebeldía, y el juez manda que dentro de segundo dia evacue lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Si en este término tampoco cumple, le acusa la tercera rebeldía volviendo á insistir en su pretension, y el juez la ha por acusada, llama los autos citadas las partes, y pasados tres dias despues de las citaciones difiere á su solicitud, mandando al escribano originario le dé testimonio con la relacion competente é insercion de la sentencia, auto de su declaracion y demas que sea conducente, con el cual pide su ejecucion y se hace pieza separada, ó sino se sigue á continuacion de los autos primitivos sin sacar testimonio, pues no hay necesidad de ello. Esta es la práctica que he aprendido y enseñan Salgado (*b*), Rodriguez (*c*) y otros; pues no debe el juez declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa y citacion de parte, porque ésta puede hacer constar que tuvo justo impedimento para no haber presentado las diligencias practicadas en su prosecucion (*).

esta clase refieren los autores en sus difusos tratados: señaladamente Salg. *de Reg.* Conceloto *de Attentat.* y Scacia *de Apellat.*" Autor y lug. cit. cap. 2, nn. 17 y 18.

(*a*) Leyes 2 y 15, tit. 18, lib. 4 R. (*b*) De Reg. protec. part. 3, cap. 18 n 77.

(*c*) De Execut. cap. 1, nn. 6, 7 y 8.

(*) La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el juez, sino se apeló en tiempo de ella, ó no se siguió en los plazos señalados, recibe toda la fuerza de cosa juzgada con solo el curso del tiempo, y que sin hacer esta previa declaracion puede el juez mandarla ejecutar sin preceder audiencia de las partes; pues cuando la que apeló, ó mandó apelar, quiera proponer la escepcion de haber estado legítimamente impedido para no apelar, ó seguir su apelacion, ó quiera usar del auxilio de la restitucion *in integrum* para reponerse en el tiempo en que pudo y debió hacerlo, no se le priva usar de estas escepciones, aunque se haya mandado ejecutar la sentencia, pues si las probare, se repone todo lo obrado por el juez, dejando espedito el derecho de las partes para interponer la apelacion ó seguirla..."

»Pero como es mas conveniente y decoroso no esponer las providencias judiciales á que se repongan y deshagan, cuando esto se puede precaver oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga si es-

445 Conteniendo la sentencia diversos particulares ó capítulos se puede apelar de ella en el todo, ó de alguno ó algunos solamente, segun sea el agravio ó agravios que cause al apelante (a); pero confirmese ó revóquese en cuanto á los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada respecto de aquellos de que no se apeló, pues para con éstos lo está por la ley, por ser visto haberlos consentido ambas partes, de suerte que no se debe admitir apelacion de ellos.

446 Sucede algunas veces en esta corte, que despues de todo lo espuesto presenta la parte apelante el despacho ó mejora; y otras que no apela ante el juez inferior y acude al superior presentándose en grado de apelacion (*). De estos casos, en el primero queda sin efecto la declaracion del juez hasta que el superior, al cual debe remitir los

tuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan comunmente los tribunales de este medio; y aun cuando se pretenda en alguno de los casos referidos que el juez declare la sentencia en autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida ejecucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario; y si dentro de él no espusiese ni justificase causa legítima que impidiese el curso del tiempo de la apelacion ó su seguimiento, procede el juez con este mayor y mas seguro conocimiento á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y ejecutar en todas las partes que contiene" Sr. conde de la Cañada lug. cit. n. 65 y 66. En los nn. 33, &c. y 64, y en los 67, 68 y 69 trata de este punto con mucha estension, solidez y doctrina.

(a) Ley 14, tit. 23, P. 3.

(*) Tambien sucede que algunas veces se presenta la parte que apeló en el tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vejaciones que le causan el juez y escribano retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancias; y aunque concluye pidiendo que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente limitado á que dentro del breve término que se le señala, el juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto, ó interpusiere en tiempo y forma, y que el escribano lo cumpla con apercibimiento."

»Esta práctica observada constantemente en los tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion, como fundamento de la parte que ocurre."

»Si en el término señalado no le diesen el testimonio, vuelve la parte al mismo tribunal quejándose del juez y escribano, y presentando mas veces la provision original con los requerimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otra con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á costa del juez ó escribano que haya motivado la dilacion: y en el segundo se libra nuevo despacho sin la espresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo." Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2, cap. 3, nn. 3, 4 y 5.

autos, revoca ó confirma: y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitírselos y no pasar adelante, valiendo en ambos casos la confirmacion ó revocacion del superior. Mas para evitar las dilaciones y perjuicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefine el Consejo en uno y otro caso seis dias de término contados desde la fecha de su decreto, para que en ellos presente evacuada la mejora en el oficio originario, y mande al juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como hallare por derecho, á cuyo efecto declara por desierta la apelacion.

447 La apelacion surte regularmente dos efectos. El uno se llama *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del juez inferior, y le ata las manos para que no pueda proceder, mientras está pendiente; y el otro se llama *devolutivo*, porque con la apelacion se devuelve el conocimiento de la causa al superior (*a*); y una vez admitida llanamente aquella ó la súplica queda la causa en el estado que tenia antes de la sentencia, y nada se puede hacer hasta que se confirme ó revoque (*). Y el escribano originario ha de poner en el testimonio de ésta la espresion de si la causa es civil ó criminal, relacion de la demanda, su calidad y reconvencion, si la hubiere, y calidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda y apelacion; y en las causas criminales á mas de la relacion espresada ha de referir si el reo está preso ó no, pena de suspension de oficio por dos meses (*b*).

448 Se llama cosa juzgada aquella sobre la que recayó absolucion ó condenacion en contradictorio juicio, oidas las partes plenamente, mas no adquirio el vigor y autoridad de tal; y pasar la sentencia en

(*a*) Paz tom. 2, part. 5. in Procem. cap. 12 y 13 Cur. Filip. part. 5. 1, n. 19.

(*) Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas que se ofrezcan en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padecia la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo se debe deferir á ella en los dos efectos, y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia, se espusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo." Sr. Cubas de la Cañada Inst. Pract. part. 2, cap. 2, n. 46. En los n. siguientes pone varios egemplos.

(*b*) Ley 16, tit. 15, lib. 4 R.

autoridad de cosa juzgada se entiende, cuando le recibió irrevocablemente, por haberse consentido espresamente, ó por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla, ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta, ó se declaró ésta por desierta, de suerte que se estima por verdadera y justa la sentencia (*a*), y es de tanta fuerza que aquel contra quien se dió, sus herederos legítimos, el juez que la pronunció, y sus sucesores deben observarla, aun cuando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes y no del juez; ó el agraviado, sino apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos y tales que si el juez los hubiese tenido presentes, hubiera determinado lo contrario (*b*); por lo que quien la obtuvo y su sucesor tienen de termino 20 años para pedir la cosa litigiosa (*c*), porque la accion personal y la egecutoria dada sobre ella prescriben por ellos (*d*).

449 Sin embargo como toda regla general padece sus escepciones, hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede recindir y revocar, porque no adquirió el vigor y fuerza de tal. El primero es, cuando el que fue condenado en ella halló posteriormente nuevos instrumentos, pues aunque sea mayor de 25 años, puede pretender se recinda por via de restitucion que le compete por la clausula general; *si pareciere haber alguna causa justa*; y debe deferirse á ello por la ignorancia y legítimo impedimento que tuvo para no haberlos producido (*e*) (*). El segundo es, cuando se pronunció la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contrario, y luego por los instrumentos que halló, acredita que éste se perjuró, y justifica su intencion (*f*). El tercero es, cuando se dió en causa matrimonial declarando no haber matrimonio, ó que fue ilícito, si hubo error en la declaracion, ó el juez no fue el legítimo diocesano que debió conocer de ella (*g*). El cuarto es, cuando fue dada por pruebas falsas de testigos ó instrumentos, y no se alegó ni conoció de su falsedad, en cuyo

(*a*) Ley 32 al fin tit. últ. P. 7. (*b*) Ley 19, tit. 22, P. 3. (*c*) Greg. Lop. dich. ley 19. (*d*) Ley 63 de Toro. (*e*) Greg. Lop. Ley 19, tit. 22, P. 3, glos. 9.

(*) La ley 19 citada dice lo contrario, segun se ha espresado en el número anterior, esceptuando solamente en el caso de que el juicio fuese dado contra el Rey ó contra sus personeros, ó en pleitos que perteneciesen á la su Cámara ó á su señorío;" y el que se menciona despues en este número se refiere al juramento supletorio; pero sin embargo como la autoridad de los intérpretes es muy superior á la de las leyes, debera estarse; no á lo que dispone dicha ley 19, sino á lo que opina su citado comentador Gregorio Lopez.

(*f*) Leyes 15, tit. 11, y 13 y 19, tit. 14, P. 3. (*g*) Ley 19. tit. 22, P. 3, cap. 10 y cap. 11. de Sententia et Re judicat.

caso el agraviado ha de pedir al mismo juez por vía de restitucion que recinda su sentencia citando á la parte contraria, lo cual debe hacerse, si prueba la falsedad, para lo cual le concede la ley 20 años y no mas (*a*). El quinto es, cuando la causa porque se pronunció, se convierte en no causa, como si alguno es condenado á la satisfaccion del valor de la cosa que le prestaron y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso éste debe volver el precio que recibió al comodatario, quien si no la satisfizo, no está obligado á su entrega (*b*). El sesto es, cuando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el juez con dádivas ó promesas. Si el juez con conocimiento da una sentencia injusta por odio ó amor á uno de los litigantes, perderá su oficio, quedará infamado para siempre, y satisfará á aquel aquello en que se le condenó, juntamente con todos los perjuicios y gastos que jurare haber recibido y hecho por razon de la sentencia; mas si fue injusta por necedad ó ignorancia de juez, solamente debe satisfacer al perjudicado todo el daño que se le siguió de ella (*c*). El séptimo es, tocante á las causas beneficiales, pues solo respecto de las partes pasa en cosa juzgada, no en perjuicio del superior (*d*). El octavo es, cuando se dió contra el Rey ó su procurador, y éste ú otro cometió dolo para ello, pues en cualquier tiempo se puede pedir la revocacion (*e*). El nono caso es, cuando la sentencia es tal que de su tenor ó por vista ocular ó evidencia del hecho aparece su iniquidad (*f*) Y por último, todas las sentencias nulas de que se trata en el § siguiente, se pueden recindir y revocar dentro de 30 años segun el derecho de las Partidas.

§. XIV.

De la nulidad de las sentencias y del término en que se debe pedir.

450 Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescripta por derecho (*g*), con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdiccion para darla mayormente

(*a*) Leyes 15, tit. 11, 116, tit. 18, 13 y 19, tit. 22, y 1 y 2, tit. 26, P. 3. (*b*) Ley 19 cit. (*c*) Leyes 13 y 24 al fin. tit. 22, P. 3. (*d*) Cap. 18 de Re judicat. glos. &c. Abb. in cap. 1 de Obnces. prebend. cap. 31 de Election. y cap. 31 de Rescript. (*e*) Dicha ley 19. (*f*) Cap. 9 de Sententia et re judicat. Innocen. in cap. 14 del mismo tit. (*g*) Cap. 16 de Sentent. & re judicat.

siendo superior (*a*); y si es antigua se amplía la presuncion á que precedieron para ello todos los requisitos y solemnidades substanciales (*b*). Pero no obstante, como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que voy á esponer, pueden impugnarse y rescindirse por esta causa; aunque si las partes consienten la sentencia nula se confirma ésta, porque el acto nulo convalece por su convenio y conformidad, como se dice en el derecho (*c*).

451 La sentencia puede ser nula ó injusta: se llama nula cuando es dada contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes, é injusta cuando se pronuncia contra el derecho del litigante (*d*): por lo que los letrados piden al superior en las apelaciones que interponen la declare nula ó la revoque como injusta; y los AA. lo distinguen con los adverbios *rictè y rectè* (legitimamente y rectamente) de los que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las cuales pueden provenir de 10 causas, á que se reducen las 30 porque espresa Maranta (*e*); se pueden decir nulos el juicio y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del juez, legitimacion ó citacion de parte, ó por razon del lugar en que se da la sentencia, de solemnidad, de error en la cantidad ó en otra cosa, del tiempo, proceso ó modo, de iniquidad manifiesta, ó por la de la condicion (*f*), las cuales paso á esplicar.

542 Es nula la sentencia pronunciada por juez que tiene prohibicion legal de serlo, ó carece de potestad de juzgar, ó si la tuvo, espiró, ó se la revocó la ley ó delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho y buenas costumbres, ó contra el que no fue emplazado, escepto en los casos espresados en el n. 120, en los cuales es necesario el emplazamiento: ó en tiempo en que está prohibido juzgar, ó fuera del prefinido para ello, ó en un lugar indecente, v. gr. la taberna, ó fuera de su territorio, ó no estando sentado en su tribunal, ó por yerro de parte del juez, en la cantidad en que consista aquel y no mas, ó contra menor de 25 años, loco, fatuo ó mudo, y sordo por naturaleza sin audiencia de su curador, ó contra esclavo sin la de su señor, á escepcion de cuando

(*a*) Vela, diss. 48 núm. 5. Gutier. lib. 1 Pract. q. 35. Covar. de Matrim. cap. 8 §. 1 n. 7. (*b*) Salg. de Reg. protec. cap. 1 n. 49. Parej. de Edition tit. 2 Resolut. 5 n. 83. (*c*) Leyes 2 Cod. communia utriusque judicii, y 3 Cod. quomodo et cuando judex. Parlad lib. 2 cap. ult. part. 1 §. 2 n. 7. (*d*) Cap. 1 de Re judicat. Parlad. diff. 70 n. 1. (*e*) Part. 4 distinct. 16. (*f*) Bayo Prax. eccles. part. 3 lib. 1 cap. 21 de Guerrier. de division. lib. 8 cap. 3 num. 3.

puede por sí solo comparecer en juicio, ó por juez lego sobre cosa espiritual (*a*).

453 Tambien es nula la dada bajo de condicion ó á egemplo de otra, á menos que sea al de la pronunciada por el Rey como legislador en caso semejante (*b*; ó contra el que no es súbdito del juez, escepto en los casos en que aunque no lo sea se hace por las razones espuestas en los nn. 29 y sig.; ó contra hombre muerto, si no se cita á sus herederos, aunque hay crímenes, como lo es la traicion, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama ó bienes; ó antes de la contestacion, ó no estando presentes los litigantes, ó al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan ó no concurran; ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio, ó si no tiene las palabras *condeno*, *absuelvo* ú otras equivalentes (*c*); ó si no se espresa la cosa ó cantidad cierta, á menos que se remita á los autos y conste en ellos, ó si la causa ó fundamento que menciona en ella es falso; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es conveniente añadir: y *por lo demas que resulta de autos*; ó si en estos falta el poder y legitimacion de personas, ó cuando escede de lo pedido ó no es sobre ello, ó lo que se pide es cosa genérica y la sentencia se da sobre cosa específica, ó es diversa en sí ó en la accion (*d*).

454 Asimismo es nula la sentencia de los jueces, sean ordinarios, delegados, ó árbitros, pronunciada sin concurrencia de todos los comisionados para darla, aunque los ausentes envien á decir por escrito á los otros que la den, escepto que tengan para ello poder especial del que les confirió la comision: pero si concurren todos y discuerdan, se ha de estar á la pluralidad de votos; si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor cantidad que los otros, debe prevalecer el voto de estos como mas piadoso y equitativo (*e*).

455 Igualmente es nula la que el juez lego pronuncia en pleito intrincado y de gravedad sin consulta de asesor letrado; mas no, si

(*a*) Ley 22 tit. 22 P. 3, y su glos. 3, 6 y 11, Salg. de Reg. protect. part. 2 cap. 13 n. 38, y Labyr. part. 3 cap. 1 n. 100. (*b*) Leyes 14 tit. 22, y 3 y 4 tit. 26 P. 3. (*c*) Leyes 32 tit. 2, y 9, 10, 15 y 22 tit. 22 P. 3. Salgad. de Reg. prot. part. 3 cap. 9 n. 20. (*d*) Ley 16 t. 22 P. 3. Salg. lug. cit. cap. 7. n. 225 cap. 8 n. 27, y cap. 9 n. 212. Parej de Edition. tit. 5 resolut. 10 n. 50, Parlad. diff. 70 nn. 10, 11 y 12. (*e*) Ley 17 tit. 22, P. 3.

consiste en penas de ordenanza y denuncias, pues para darla sobre esto no necesita asesorarse (*a*); la que se da por testigos, instrumentos ú otras pruebas falsas, ó por haber corrompido al juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó inicuamente y no de otra manera; y en este caso puede rescindirse dentro de 20 años, no despues, y el juez incurre en la pena del triplo, y la que dió en virtud de juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension (*b*).

456 Y es nula finalmente la sentencia dada en una instancia ó en otra diversa contra otra difinitiva de que no se apeló, la cual no puede revocarse ni rescindirse, aun cuando lo consientan las partes, escepto que conste de su injusticia y se admita prueba sobre ésta. Lo mismo procede, aunque se haya apelado, si la apelacion se declaro por desierta. Pero si litigaron sobre si hubo ó no sentencia, el juez declarase que no, y no apelaren, ó si apelan se confirma la segunda, será ineficaz la primera (*c*).

457 La nulidad notoria que consta evidentemente de las autos, como cuando la sentencia es contra ley ó fuero, naturaleza ó buenas costumbres, ó falta alguno de los jueces nombrados para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion escede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del juez ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fue venal, que es cuando se corrompe al juez con dádivas, ó cuando se dió contra muerto, escepto en causa de traicion, ó la nulidad es por defecto de jurisdiccion; puede intentarse como perpetua en cualquier tiempo segun el derecho de las Partidas (*d*), aunque no se haya apelado de la sentencia y se intente contra tres conformes (*e*): y las demas nulidades se deben intentar dentro de los 60 dias siguientes al de la notificacion de aquella y no despues, procedase por via de accion ó escepcion (*f*). Pero siguiendo el dictámen del Sr. Covarrubias (*g*), creo que todas deben intentarse dentro de los dichos 60 dias, porque la ley citada, que es posterior á las de Partida, habla indistinta y

(*a*) Acev. ley 7 tit. 28 lib. 4 R. n. 105. Rebad. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 255. (*b*) Leyes 13 y 24 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3. (*c*) Dicha ley 13 tit. 22 y su glos. 2. Ley 1 de Cod. Quando provocare non est. necesse. Cap. 9 de Sentent. & re judicata. (*d*) Leyes 3, 4 y 5 t. 26 P. 3. (*e*) Acev. ley 2, tit. 17 lib. 4 R. nn. 25, &c. y 40. Gutier. lib. 1 Pract. q. 95. (*f*) Ley 2 cit. (*g*) Pract. cap. 25 n. 5 vers. Ego contrariam sententiam.

absolutamente, manda que despues de pasados no sea oido mas al litigante; que si dijere en ello que es nula, y se diese sentencia sobre esto ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y sí solamente apelar ó suplicar de ella, segun sea el juez; y que de lo que se determine en estos grados ó instancias tampoco haya ni se permite recurso de nulidad (*a*).

458 Si no se apeló de la sentencia se ha de intentar su nulidad ante el mismo juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, caso que se apelase principalmente de ella y no por incidencia; pero si se apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior, sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante éste, y lo mismo procede cuando se intenta contra la ejecucion de la sentencia; de lo cual trata el señor Covarrubias (*b*) (*).

459 La nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y mientras se ventila no corre el término de apelar si se intento antes que éste espirase (*c*), lo cual es corriente en la práctica; y una vez interpuesta la nulidad dentro de los dichos 60 dias no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella, ó la apelacion se declare por desierta (*d*) (*).

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 25 P. 3, y dicha ley 2 R. (*b*) Pract. cap. 24 nn. 7 y 8, y cap. 25.

(*) Puede intentarse principalmente la nulidad en el tribunal superior por vía de queja sin preceder ninguna gestion ante el juez que dió la sentencia, aunque tambien podrá prepararse ante éste el recurso, indicando la nulidad de aquellas, y concluyendo con la pretension de que para proponerle y mejorarle mas en forma en el tribunal superior se mande dar testimonio de la sentencia, y de dicha solicitud introducida en tiempo y forma. Ademas, es mucho mas conveniente á la parte interesada intentar la nulidad ante el juez superior que ante el inferior; ya porque son muy raros los que conocen y quieren confesar sus yerros, y mucho menos su malicia, por lo cual no debe ponerse á un juez en el apuro de que viole nuevamente la justicia desestimando la nulidad propuesta; y ya porque en el caso inesperado de que el juez inferior declare la nulidad de su sentencia, puede la otra parte apelar de ella "para el tribunal superior, como se dispone en la *ley* 2, *tit.* 17, *lib.* 4; y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la súplica por la regla general que establece la *ley* 5 *del propio tit. y lib.*, pues solo restringe su disposicion á prohibirla, cuando por el tribunal superior se confirman dos sentencias conformes dadas de grado en grado por jueces inferiores." Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 1, nn. 2, 23, 34 y 36.

(*c*) Dichas leyes. Paz, tom. y part. 1, temp. 12, n. 9. (*d*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 6 §. 1, n. 15, y diff. 70, nn. 3, 4 y 5.

(*) El señor Conde de la Cañada es de sentir, fundándose en varias leyes y

460 No puede intentarse nulidad de las sentencias dadas en el consejo, chancillerías y audiencias, ni suplicacion ni otro recurso de aquellas en que sus ministros se declaran ó no por jueces, ni la nulidad impide su ejecucion, aunque se alegue incompetencia y defecto de jurisdiccion, conste aquella en el proceso ó en cualquiera forma, y así se han de llevar á debido efecto (*a*); ni tampoco puede intentarse nulidad de las sentencias de revista (*b*), pero sí de las de los alcaldes de córte que tienen provincia y conocen de lo civil, pues á estos no se estiende lo dicho (*c*).

461 En ninguno de los casos referidos en el número anterior tiene lugar el remedio de la restitucion, inténtenle los menores y demas privilegiados, ó los mayores á quienes por causas justas la concede el derecho, por lo que no se deben volver á ver, suscitar ni tratar con pretesto de nulidad, restitucion ni otro los pleitos que se finalizaron con tales sentencias (*d*),

462 En los casos de suplicacion ordinaria y en los de segunda segun la ley de Segovia si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para cuando se dé sobre el negocio principal, no haciéndose ni formándose juicio separado sobre ella (*e*).

463 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25 años en pleito que sigue con asistencia de su curador, no habiendo ninguno de los motivos espresados para que deje de serlo; no obstante, si fue leso en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se dió durante su menor edad, puede él, ó su curador ó procurador en su nombre con especial mandato pedir restitucion por via de escepcion ante el propio juez, ó ante su superior, si se apeló de ella, dentro de los 25 años, ó de los 4 siguientes. Esta restitucion se le debe conceder no mas de una vez en una causa, y ha de ventilarse con audiencia de

sólidas razones que el juicio de nulidad no debe impedir el curso de la apelacion ni suspender las facultades del juez inferior en la causa principal, como opinan los autores; y asimismo pone de manifiesto que lo mas conforme á las leyes del reino, y lo mas conveniente para el publico y los litigantes es que juntamente se propongan la nulidad y la apelacion como principales para que le conozcan y decidan á un tiempo mismo una y otra en el tribunal superior, por cuyo medio se evitarian muchas instancias y dilaciones Inst. práct. part. 2, capit. 1 desde el n. 40 hasta el fin.

(*a*) Leyes 4, tit. 5, y 4 y 11, tit. 17, lib. 4 R. (*b*) Leyes 3, 4 y 11, t. 17, lib. 4 R. (*c*) Auto 13, tit. 6, lib. 2 R. (*d*) Dicha ley 11. (*e*) Ley 4 cit. cerca del fin tit. 17.

su contrario, quien si quiere puede gozar del término de la restitucion, y probar en él lo que le convenga igualmente que el menor, no pudiéndose hacer otra cosa entretanto; de suerte que por la restitucion pedida en el tiempo y forma espuestos vuelve el pleito á su principio abriéndose nuevamente el juicio. Pero no ha lugar á la restitucion cuando la sentencia se pronunció despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de ésta, ni tampoco cuando es nula *ipsojure*, porque en este caso como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad (*a*).

464 Pueden decir tambien de nulidad la iglesia y concejo cuando no se les mandó nombrar defensor, ó no se les citó; mas no si habiéndolos emplazado el juez no quisieron, el segundo enviar su síndico, y la primera ó su prelado comparecer en el juicio (*b*), porque de permitírselo estaria en su mano burlarse del juez, eludir el proceso, y nunca comparecerian á defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia; lo cual no milita en el menor que no está provisto de curador, pues si teniendo edad para nombrarla no quiere hacerlo, se puede nombrar el juez, aunque lo resista, y con él se han de sustanciar los autos. (*c*).

465 Siendo lesos en la sentencia ó contrato la iglesia, comunidad ó concejo, deben pedir la restitucion dentro de los cuatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme les concede el derecho (*d*) 30 para ello. Los mismos concede al Rey como cabeza del comun del reino cuando es leso (*e*); pues el Rey puede poseer tres clases de bienes; unos como persona privada, otros que tocan y son perpetuamente de su Real patrimonio, y otros que recaen en su real cámara ó fisco por condenaciones, ó por falta de parientes dentro del grado legal; los de las dos últimas clases que llaman fiscales, gozan del privilegio, pero por los de la primera ninguno mas le compete que á cualquiera persona privada (*f*).

466 Si quieren gozar del beneficio de la restitucion por haberse prescripto aquellas cosas suyas que pueden perder por tiempo de 40 años, es preciso que le pidan dentro de 4 despues de estos, pues pa-

(*a*) Leyes 1, 2 y 3 tit. 25 P. 3, y 8 y 9 tit. 19 P. 6. (*b*) Gregor. Lop. ley 1 tit. 25 P. 3 glos. 5. (*c*) Cap. fin. de Sent. excomm. cap. 5 de In integrum restit. Gregor. Lopez, lug. cit. (*d*) Ley fin. tit. 19 P. 6 (*e*). Dicha ley fin. (*f*) Greg. Lop. ley 1 tit. 17 P. 2, glos. 4, y ley fin. cit. glos. 2, Carlev. de judic. tit. 1, disp. 1, n. 701.

sados no tiene lugar (*a*); siendo de advertir que las alcabalas, pechos y tributos reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas ni religiosas, ni tampoco las del uso comun de los pueblos como dehesas, ejidos, caminos y otras semejantes (*b*).

467 Regularmente hablando no perjudica á los que no fueron citados la sentencia dada entre otros (*c*), porque ninguno debe ser condenado por lo que no hace ni aprueba (*d*); y así el reconocimiento de la deuda, ó su pago hecho por uno de los herederos del difunto no daña á los coherederos que la niegan, sino es que el acreedor la pruebe por otro medio (*e*); ni la transaccion hecha con uno perjudica al ausente (*f*), ni el hermano á su hermano en lo que ejecuta sin mandato suyo (*g*), ni la dada contra uno á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo aprobó, ni se obligó á tenerla por firme (*h*); ni la dada contra un legatario daña al colegatario que tiene igual derecho, y mucho menos al heredero (*i*); aunque por el contrario la que se pronuncia contra éste que dijo ser inoficioso el testamento dañara al legatario (*k*) (*); ni en causa criminal la que se dió contra un reo perjudica al correo (*l*), y por lo mismo que no daña á los unos tampoco aprovecha á los otros, y en otros casos semejantes (*m*); de suerte que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que toque, y se le debe admitir la apelacion, manifestando y aprobando al menos sumariamente su derecho, y que se le causa perjuicio (*n*). Asimismo no perjudica al coheredero la pronunciada contra el heredero, aunque sea sabedor del pleito, pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no (*o*).

468 Dije, regularmente hablando, por qué esta regla padece sus limitaciones, y de consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos daña ó aprovecha á otros, aunque no sean citados. El primero es, cuando compete á uno primariamente alguna accion

(*a*) Ley 7 tit. 29 P. 3. (*b*) Leyes 6 y 7 tit. 29 cit. 1 y 2 tit. 15 lib. 4, 2, tit. 13 lib. 6, y 1 tit. 18 lib. 9 R. (*c*) Ley 20 tit. 22 P. 3. (*d*) Regla 18 tit. 34 P. 7. (*e*) Ley 1 Cod. Res inter alios. (*f*) Ley 1 sig. (*g*) Ley 3 sig. (*h*) Ley 1 Cod. Quibus re judicata. (*i*) Ley 1 ff. de Except. rei judicat. (*k*) Ley 8 §. 16 ff. de Inofficios. testam.

(*) La sentencia en que se declare ser inoficioso el testamento, no puede perjudicar al legatario, puesto que segun las leyes patrias vale aquel sin institucion de heredero, ó aunque se tenga por nula la hecha.

(*l*) Ley 3 Cod. Quibus re judicata. (*m*) Ley 2 Cod. del mismo tit. (*n*) Ley 5 ff. de Appellation. y cap. 17 de Sentent. & re judicat. (*o*) Leyes 24 ff. de Inof. testam. y 13, Cod. del mismo tit.

ó escepcion, y permite que el siguiente á quien toca secundariamente litigue, y no lo protesta, pues la sentencia dada contra éste perjudica al primero, porque se presume que lo hace con su consentimiento (*a*) (*); ó cuando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ó se prometió á entrambos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, en cuyo caso la sentencia á favor ó contra el uno aprovecha ó perjudica al otro (*b*). El segundo es en las causas connexas, v. gr. la sentencia dada contra el ordenado indignamente perjudica al ordenante (*c*). El tercero es, en la cosa individua y comun á dos ó mas, en las servidumbres y cosas correlativas, pues si se da á favor de uno, aprovecha á los otros, ó por el contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte y en parte no (*d*). El cuarto, en la cosa comun con el pupilo, aunque no sea indivídua, pues quien posee con él algun fundo retiene la servidumbre que se debe á éste, aun cuando no la use (*e*); y así como contra el menor no corre la prescripcion, así tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca (*f*); y el quinto caso es, cuando la sentencia se da contra uno sobre cosa en que compete á muchos insólidum algun derecho, como en las acciones populares (*g*).

469 La ejecucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó confirmada por tribunal superior toca al juez inferior que la pronunció, si es ordinario, quien, siendo mueble ó raiz la cosa li-

(*a*) Ley pen. ff. de Re judicat.

(*) "Cuando el principal interesado que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa, promueve ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de nuevo esta escepcion; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á cualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fue vencido." Asimismo, cuando se dan las sentencias "contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende" perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que estos sepan y toleren que se siga el pleito con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros á quienes se permite litigar. Por tanto, si un marido sufre que su suegro, suegra ó muger defienda en juicio alguna de las cosas dadas por razon de casamiento, le perjudicará la sentencia. Sr. Conde de la Cañada, Inst. pract. part. 1 cap 12, nn. 39, 51, 54 y 56.

(*b*) Ley 20 tit. 22 P. 3. (*c*) Canon 3 quæst. 6. Canon Tantis Daniel distinc. 81. (*d*) Ley 4 §. 3 ff. Si servitus vindicetur. Cap. 72 de Appellation. (*e*) Ley 10 §. 1 ff. Quemadmodum servitutes amitt. (*f*) Cap. 12 de Sepult. (*g*) Ley 3 ff. de popular. action. Altimari de Nullitat. sententiar. tom. 1 q. 27 n. 16. Otros varios casos traen las leyes 20 y 21, tit. 22 P. 3 y Greg Lop. en sus glos.

tigiosa, de mandar entregarla á su dueño dentro de tercero día, y siendo dinero dentro de diez (*a*) (*). Y si alguno tuviese la osadía de impedir dicha ejecucion con armas ó de otro modo violento, á mas de otras penas establecidas por derecho incurre en la de perdimiento de la mitad de sus bienes aplicada á la real Cámara (*b*).

470 Si el juez que dió la sentencia es delegado del Papa ó algun otro Soberano, puede ejecutarla por sí ó por otro (*c*); y lo mismo ha de decirse si lo es de Obispo ó de otro personage inferior, aunque hay variedad de opiniones sobre esto (*d*); pues por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al delegado se entiende serle cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las cuales no puede quedar espedida y concluida, y asi se ha de atender á las facultades de su comision.

(*a*) Leyes 33, tit. 4, lib. 3, y 6, tit. 17, lib 4 R.

(*) "Los plazos de 10 dias para pagar la deuda de dineros, y los 3 para entregar los bienes á que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que pueda cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al juzgador que le pueda prorogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes, consideradas todas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuese crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al juez que no podrá proporcionarla en el término de los 10 dias sin esperimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciendo lo mismo cuando no tiene á mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de 3 dias para ejecutar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley* 7, *tit.* 3, *P.* 3, *la* 5, *tit.* 27 *de la misma Part.*"

"Esta práctica manifiesta... que para proteger los plazos de 10 y de 3 dias, señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos, ó declarar no haber lugar á ello." Sr. Conde de la Cañada, Inst. Pract. part. 2, cap 13, nn. 8 y 12.

(*b*) Ley 8, tit. 17, lib. 4 R. (*c*) Cap. 9, 26 y 28, §. 2 de Offic. delegat. Menoch. de Arbit. lib. 1, q. 74, n. 48. (*d*) Reiff. lib. 1, tit. 29, de Offic. & potest. judic. delegat. §. 2, nn. 45 y sig. y §. 5, n. 110. (*a*) Cap. 5 y 39 de Offic. delegat.

§. FINAL.

Del modo de estender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.

471 *Demanda de reivindicacion.* F. en nombre de N. D. vecino de tal villa, y en virtud de su poder, de quien en debida forma presento copia testimoniada, ante V como mejor proceda de derecho, y sin perjuicio de cualquiera otro que en el asunto que aqui se espresa le competa, del que protesto usar donde, contra quién y del modo que mas le convenga = digo: que por fallecimiento de D. P. padre de dicho don N. recayeron en éste como su hijo único y varon legítimo todos los mayorazgos que poseia, entre los cuales se comprende el que fundó J. en tantos de tal mes y año ante tal escribano, en cabeza de M. su sobrino y séptimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio y término de ésta villa, y otros varios bienes raices situados en las de tal y tal; como consta de la escritura de la fundacion, de que igualmente presento copia legalizada con la solemnidad necesaria: que habiendo quedado mi parte en la edad de 8 años tomó á su nombre posesion de todos los mayorazgos y fundaciones doña G. su madre como su tutora, segun acredita el testimonio que asimismo presento, y como tal los estuvo administrando por medio de sus apoderados durante la citada menor edad; y que habiendo salido de ella mi parte, como evidencia la certificacion de bautismo legalizada que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. sino que los estaban poseyendo pro indiviso F. vecino de esta villa, y F. que lo es de la de tal, su hermano, á quienes reconvino su padre estrajudicialmente manifestasen el título legítimo con que los poseian, ó le reconociesen por poseedor legal, pagando los frutos y rentas que produjeron desde la muerte de su padre, y no quisieron asentir ni á uno ni á otro, pretestando haberlos heredado y poseido sus mayores con títulos verdaderos de tiempo inmemorial; en cuya atencion, en la de que no pueden tener documento que califique haberse desmembrado legítima y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños; y en la de que sin preceder facultad real no debieron haberse vendido ni enagenado, por lo cual es corriente que compete á mi parte su reivindicacion; para que ésta se consiga = A V. suplico se sirva haber por presentados el poder, fundacion, testimonio de posesion y partida referidos, y por lo que resulta de ellos, declarar que los espresados bienes han tocado y pertenecido, tocan y pertenecen en posesion y propiedad al dicho mayorazgo fundado por &c. y al mencionado D. N. mi parte, como su poseedor legítimo con todos sus frutos, rentas y aprovechamientos, condenando en su consecuencia á los citados F. y F. como detentadores á que se los restituyan con todos los que produjeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es único heredero, sino tambien en todo el tiempo que vivió, y en las costas de este pleito, sobre lo cual y cada cosa les pongo demanda formal con la protesta de corregirla, suplirla y ampliarla, conforme haya lugar en justicia que pido jurando lo necesario.

Otrosí: mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal villa = A V. suplico se sirva mandar espedir requisitoria de emplazamiento cometida á la justicia de ella con término perentorio, para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados, ó veci-

nos inmediatos, dejándoles memoria por escrito con la competente espresion de ella y de la requisitoria que se espida, y poniéndolo todo por fe y diligencia á su continuacion, á fin de que le pare el perjuicio á que haya lugar: pido como antes. Licenciado D. F. &c.

472 *Auto.* Hanse por presentados los documentos que se refieren; en cuanto á lo principal traslado á F. F. y por lo respectivo al otrosí líbrese la requisitoria que se pide con término de 15 dias perentorios. El señor don N. alcalde mayor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año, &c.

473 *Notificacion.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué á F. vecino de ella, en su persona el auto de traslado antecedente, de que quedó enterado: doy fe. = F. de tal.

474 *Requisitoria para notificar la demanda.* Yo el licenciado don F. abogado de los reales Consejos, y alcalde mayor de esta villa de tal, hago saber á los señores jueces de la de tal, ante quienes se presentáre este despacho requisitorio y pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por el oficio del presente escribano D. F vecino de tal lugar, con presentacion de varios documentos dió un pedimento, y cuyo tenor y del auto que proveí á él es el siguiente. (*Se insertan en párrafo á parte el pedimento y auto, y luego prosigue.*)

Concuerdan el pedimento y auto insertos con los originales que se hallan en el oficio del infrascripto escribano juntamente con los documentos que se citan en ellos; y en conformidad de lo proveido espido el presente despacho, con el cual, en nombre de S. M. cuya jurisdiccion ejerzo, exorto y requiero á dichos señores jueces, y por mi parte les pido y encargo que presentándosele cualquiera persona en nombre del mencionado D. N. sin pedirle poder ni otro recado alguno le manden aceptar y cumplir, y en su consecuencia que cualquiera escribano de S. M. haga saber á F. de tal uno de los reconvenidos en el pedimento, el espresado auto para que dentro de los 15 dias siguientes al de su notificacion que por tres términos y el último perentorio le prefino, comparezca por sí ó por su procurador con suficiente poder ante mí y en dicho oficio á decir y alegar lo que convenga á su derecho; pues le oiré y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiéndole que si pasáre dicho término sin haber comparecido procederé á sustanciar y determinar la causa conforme á derecho sin le citar ni emplazar mas, y los actos y diligencias que ocurran en su curso, se harán y notificarán por su ausencia y rebeldía en los estrados de mi audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si se notificasen personalmente. En caso de no hallarse en esta villa ó no poder ser habido el citado F. se dejará memoria con relacion del contenido de este despacho á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se le participen y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia el dia y la persona á quien se entrego; y evacuado le devolverán con los originales que en su virtud se practiquen, á la persona que le presente, para que se me entregue, y en su vista haga justicia, que en hacerlo asi la administrarán dichos señores jueces, y yo corresponderé en observancia de ella siempre que se me presenten sus despachos. Dado en tal parte, á tantos, &c. Lic. D. F. = Por su mandado = F.

475 *Auto dando cumplimiento á la requisitoria.* Sin perjuicio de la real jurisdiccion que su mrd. ejerce, cúmplase en todo la requisitoria precedente, y en su consecuencia practíque el presente escribano ú otro de este juzgado las diligencias que previene. El señor don F. &c.

476 Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los 3 dias contados desde el dia de su notificacion esclusive, si no pidiere retencion del

despacho, se pone el auto de remision y devolucion diciendo: "mediante estar evacuadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior entréguese con ellas á la parte que le presentó, para que le devuelva al juzgado de donde se espidió. El señor don F.&c." Si pide que se le entregue por tener que escepcionar contra él, se le entrega, y de lo que esponga se comunica traslado al demandante: éste se evacua, y de su respuesta se da tambien traslado al demandado, quien concluye: el juez ha por concluso el incidente, llama los autos, y en vista de lo alegado por ambos, ó declara no haber lugar á la retencion del despacho, mandando se entregue á la parte que le presentó, y que el emplazado acuda ante el juez requirente á usar de su derecho; ó se declara por juez legítimo para el conocimiento de la causa principal en virtud de las escepciones y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su juzgado del derecho que le competa, reteniéndose á este efecto en él el despacho; de cuyos autos se puede apelar, y la apelacion se sigue en la forma regular. Pero aunque la requisitoria contenga la cláusula puesta en el n. 114, si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirle sin poder suyo, porque con la requisitoria solamente se le autoriza para practicar las diligencias conducentes á su cumplimiento, no para otra cosa ni incidente que ocurra. Y si el emplazado es personage, debe preceder recado político á la notificacion ó citacion, y espresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone á la justicia, y aunque el auto no lo esprese, debe darle el escribano.

477 Si los despachos requisitorios se dirigen á Galicia, ó á otra provincia donde hay Virey, debe decirse: "Yo el lic. D. F. &c. hago saber al escelentísimo señor Virey y Capitan General del reino de &c. Presidente de su real audiencia, á los señores Regente y oidores de ella, y á todos los corregidores, gobernadores, alcaldes mayores, ordinarios y demas jueces de dicho reino ante quienes se presentáre esta mi requisitoria, &c." Si son para Navarra han de hablar con el Virey y Capitan General de su reino, su lugar Teniente, y con los muy ilustres del Consejo y Chancillería del mismo reino y demas jueces, &c. Si para Cataluña, con el escelentísimo señor Gobernador y Capitan General de su principado, y Presidente de su real Audiencia, que reside en la ciudad de Barcelona, y con los señores Regente y oidores de ella, corregidores, gobernadores y demas jueces, &c.; y lo mismo yendo á otra ciudad donde haya Gobernador y Capitan General, y no Virey, sea de esta península ó de las Indias; si para el principado de Asturias, con el señor Regente y oidores de su real Audiencia; si para Sevilla, con el regente y oidores de su real Audiencia, su asistente y demas jueces &c.

478 Si el demandado ocurre por procurador á mostrarse parte en los autos, ha de presentar éste poder, porque de no hacerlo ni se le tendrá por tal en ellos, ni se mandará que se le entreguen hasta que le presente, y asi se pone este auto. "Presentando esta parte poder suficiente se le ha por tal en los autos, y hecha la presentacion entreguensele por el término ordinario." De ellos debe dejar conocimiento ó recibo en el oficio para su resguardo, y poderle apremiar á su vuelta. Si forma artículo de no contestar dentro del término legal y se desprecia (pues pocos se ganan absolutamente) se debe poner este auto. "Sin embargo de lo espuesto y alegado, y del artículo introducido por F. notifíquesele que dentro de tercer dia conteste á la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento de que pasado sin haberlo hecho se declarará por contestada, y se procederá á lo demas que haya lugar. Con vista de autos lo mandó el señor D. &c."

Si ha espirado el término de contestar, se ha de poner éste. "No ha lugar al artículo introducido por parte de F. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos á prueba por término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber. Con vista de autos lo mando, &c." Si contesta, da pedimento en la forma siguiente.

479 *Pedimento de contestacion.* F. en nombre de F. y F. hermanos, y en virtud de poder suyo que tengo presentado, en los autos con D. N. vecino de tal villa, sobre el dominio de tales bienes que dice pertenecer al mayorazgo que posee y fundó F. y haberse segregado de él indebidamente; usando del traslado que se me comunicó de su demanda, y respondiendo a ella, = digo: que sin embargo de cuanto espone y resulta de los documentos con que la acompaña, V. se ha de servir en justicia, no solo desestimarla y absolver á mis partes, sino tambien imponer perpetuo silencio á la contraria, y condenarla en las costas de este pleito, pues asi debe hacerse por lo que aqui se espondrá, y por los documentos que han de presentarse (*Se esponen los fundamentos en que se afianza la pretension, y se producen los documentos que haya de pronto, y prosigue el pedimento.*) Por todo lo cual, y por lo demas que se justificará á su debido tiempo, como protesto = A V. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios (*ó lo que sea*), y en su vista proveer, como he pretendido y es justicia que pido, jurando lo necesario.

480 *Auto.* Por presentados los documentos que se espresan: traslado á la otra parte. El señor. don F. &c

481 Este auto se notifica al demandante, quien en su vista toma los autos, y si quiere, replica con las escepciones perentorias que oponga el demandado; y si no, concluye para los efectos á que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleito. Puede poner lo conclusion á continuacion del mismo auto, segun se practica en esta córte; y sino, por pedimento como el siguiente.

482 *Pedimento de conclusion.* F. en nombre de D. N. en los autos con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes perteneciente al mayorazgo que posee y fundó F. ante V. como mas haya lugar = digo: que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, y habiéndola éstas contestado se me ha hecho saber su contestacion; y para que no se retarde el curso de este pleito, mediante ser por su naturaleza ordinario y deber recibirse á prueba, desde luego negando y contradiciendo cuanto se espone en contrario, y afirmándome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos á que haya lugar, cesante cualquiera novedad. En esta atencion = A V. suplico se sirva haber estos autos por conclusos legítimamente, y proveer lo que corresponda en justicia que pido.

483 *Auto.* Hanse por conclusos estos autos cuanto ha lugar en derecho, y tráiganse citadas las partes para proveer lo conveniente. El señor don F. &c.

484 Este auto se debe hacer saber á las partes, para que les conste que el pleito se halla concluso, y que el juez ha llamado los autos para proveer segun su estado y naturaleza lo que corresponda; pero en esta córte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto habiendo el pleito por concluso, y solo se cita con la conclusion á la otra parte ó partes; acerca de lo cual véase lo esplicado en los nn. 414 y 416, pues en el modo de sustanciar se debera seguir el estilo del tribunal del juicio que no sea opuesto á derecho. Dentro de seis dias á lo mas, segun la ley, despues de la citacion con la conclusion ó en la primera audiencia, segun quiera el juez, y se acostumbre en su juzgado, ha de recibir el pleito á prueba por medio de auto, el cual se debe hacer saber á 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; á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los términos espresados en el n. 133. Y si no obstante la acusacion los pide, debe mandar que sin embargo de ella y de su estado se le entreguen por el término ordinario, y luego á su tiempo recibirlos á prueba. El auto y las probanzas se estienden en la forma siguiente.

485 *Auto de prueba.* Recíbese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, y hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el señor D. F. &c.

486 Cuando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, pidiendo que los autos se hayan por conclusos y se sustancien en estrados, se pone este auto. "Por acusada la rebeldía: recíbese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber; y mediante no haber comparecido la de F. demandado, en su ausencia y rebeldía se notifiquen y hagan en los estrados de la audiencia de su mrd. los autos y diligencias que ocurran. Con vista de ellos lo mandó el señor, &c." Las notificaciones se estienden asi.

487 *Notificaciones.* En tal parte, tal dia, mes y año, yo el escribano notifiqué el auto precedente á F. demandante en su persona, y por la ausencia y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los estrados de la audiencia del señor juez que le ha proveido. Doy fe. = F.

488 *Interrogatorio.* Los testigos que se presentáren por parte de don N. en el pleito que se sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes á su mayorazgo, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y demas generales de la ley: digan y den razon, &c.

Mas, si saben, han visto ú oido, y tienen entendido que, &c.

Mas, de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion: digan, &c.

489 *Pedimento presentando el interrogatorio.* F. en nombre de don N. vecino de tal parte, en los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes = digo: que estos autos se recibieron á prueba por el proveido en tantos de este mes con término de tantos dias comunes á las partes, y para la que intenta hacer la mia presento interrogatorio: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que á su tenor y con citacion contraria se examinen los testigos que mi parte presente, á cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable, y que en caso de escusarse á deponer lo que sepan sean apremiados á ello, dando para todo comision a cualquiera escribano de S. M. como es de justicia que pido.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse se hallan en tal pueblo = A V. suplico se sirva espedir requisitoria á sus justicias, para que ante escribano y en forma los examinen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dándoles comision á este efecto y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que se cite con la requisitoria á las otras partes para que presencien su juramento, si quisieren: pido como antes.

Otrosí: atento á que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo que posee la mia, y presenté

con su demanda = Á V. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que está en el oficio de F. escribano del número de esta villa, para que no se dude de su contenido.

Otrosí: = Á V. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho escribano tal y tal instrumento que paran en sus protocolos, librando á este fin el correspondiente compulsorio.

Otrosí: respecto estar para espirar el término porque este pleito se recibió á prueba, = Á V. suplico se sirva prorogarle hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber la próroga á las partes.

490 *Auto.* En órden á lo principal y primer otrosí, se ha por presentado el interrogatorio en cuanto es perteneciente: á su tenor y con citacion contraria examine el presente escribano, á quien se da comision, los testigos que esta parte presentáre en este juzgado, y para los residentes en tal pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Tocante al segundo otrosí, compruebe el mismo con la propia citacion la escritura de fundacion que se espresa, á cuyo fin se requiera á F. escribano de este número, ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En cuanto al tercero, espídase el compulsorio competente para el efecto que se pretende; y por lo respectivo al último otrosí, se prorroga el término de prueba hasta los 80 dias de la ley: hágase saber. El sr. don F. &c.

491 *Citacion y notificaciones.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité con el auto anterior para los efectos que espresa en lo principal y tres otrosíes del pedimento á que fue proveido, á F. procurador de F. y F. haciéndole saber, como tambien á F. que lo es de D. N. á cada uno en su persona la próroga del término probatorio concedida en el mismo auto y solicitada en el último otrosí; y el espresado F. dijo, que para conocer y ver juramentar los testigos que por parte de don N. se presentáren, se le señalasen dias y horas, pues quiere hallarse presente: doy fe.

492 *Señalamiento de dias y horas para presentar testigos.* Incontinenti yo el escribano mediante la respuesta dada á la citacion que precede, señalé para juramentar los testigos que por parte de don N. se presenten, las horas desde tal á tal de la mañana, y desde tal á tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, cuyo señalamiento hice saber al citado F. procurador de F. y F. como tambien á F. que lo es del espresado don N. en sus personas, y quedaron enterados: doy fe.

493 *Requerimiento para la presentacion de testigos.* En tal dia, á tantos de tal mes y año, yo el escribano requerí en persona á F. procurador de D. F. presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, y enterado, dijo, está pronto á su presentacion desde mañana á las horas señaladas: doy fe.

494 *Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.* En tal parte, tal dia, mes y año, F procurador de D N. en consecuencia del requerimiento que precede, y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleito, presentó por testigos á F. de tal, de tal ejercicio, que espresó vivia en tal parte, á F. de tal oficio, que dijo vivir en tal; y de ambos yo el escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que se me ha conferido recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hicieron con sus manos derechas, como se requiere, y bajo de él prometieron decir verdad cuando sean examinados, y lo que supiesen por ambas partes sobre el hecho ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar, ocultar ni tergiversar cosa alguna, sino lo cierto como cierto, y lo du-

doso como dudoso, segun lo sepan y entiendan; y lo firmaron ambos juntos con F. procurador de las otras partes: Doy fe.

495 Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el juez juramente á los testigos, debe dar pedimento, y el juez ha de hacer el señalamiento por auto que se notifica á los litigantes; y entonces el escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el juez se le recibió ante él, y no que él se le recibe, debiendo rubricar la diligencia el mismo juez, y firmarla tambien la parte, si está presente, para que no alegue que no la presenció, escepto que no sepa firmar, en cuyo caso se espresará que no sabe.

496 *Requisitoria para hacer probanza.* Yo el licenciado don F. &c. hago saber á los señores corregidores, asistente, gobernadores, alcaldes mayores, ordinarios y demas ministros de justicia, asi de la ciudad de tal como de todas las demas ciudades, villas y lugares de estos reinos, y señoríos (1) ante quienes se presentáre esta mi requisitoria, y se pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por ante el presente escribano del número se siguen autos á instancia de D. N. contra F. y F., vecinos de, &c. sobre la reivindicacion y propiedad de tales bienes (*ó lo que sea*) los cuales autos tuvieron principio en tal dia por demanda que presentó con varios documentos la parte del citado don N. en la que haciendo espresion de tal y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (*se espresará la introducida*) de cuya demanda comunique traslado á los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos, por el que pronunció en tal dia, los recibí á prueba por tantos comunes á las partes; y la del espresado don N. pidió próroga hasta los ochenta de la ley, presentando al mismo tiempo interrogatorio, y solicitando que á su tenor se examinasen los testigos que produjese, y que respecto existir en esa ciudad algunos de que intentaba valerse, espidiese requisitoria para su examen, á la cual solicitud deferí en auto de tal dia, cuyo tenor, el del de prueba, sus notificaciones, demanda é interrogatorio es el siguiente. (*Se inserta separadamente y por su órden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.*)

Y para que tenga efecto mi último proveido, y lo solicitado por el dicho don F. espido la presente requisitoria, por la que, en nombre de S. M. cuya jurisdiccion ejerzo, exhorto y requiero á los referidos señores jueces, y de mi parte les pido y encargo que presentandose cualquiera persona á nombre del espresado don N. sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su consecuencia, mediante estar citada la parte de los referidos F. y F. que ante escribano y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos presente la de dicho don N. dentro del término de prueba que cumplirá en tal dia; que precedida su solemnidad las examinen con separacion, preguntándoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y que evacuadas las manden entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas y selladas á la persona que la presente, para que se me entreguen y provea en su vista lo que corresponda en justicia; pues en hacerlo asi la administrarán, y yo corresponderé en iguales términos, siem-

(1) En la cabeza de una requisitoria no deben nombrarse mas jueces que aquellos á quienes se dirige; esto es, los del pueblo en donde han de practicarse las diligencias espresadas en la misma requisitoria; pues hay tanta necesidad de nombrar á los demas del reino como al gran visir, al chiaoux-baschi, á los kadileskieres y á los cadís de Turquía.

pre que se me presenten las suyas. Fecha en tal parte, á tantos de tal mes y año. Licenciado don F.= Por su mandado = F.

497 *Examen de un testigo.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho del que dijo 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 cual le hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir con verdad y lisa y llanamente todo cuanto sepa y sea concerniente á los hechos de este pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado; y habiéndole examinado al tenor de las preguntas del interrogatorio producido en estos autos y de cada una con separacion, respondió lo siguiente.

A la primera dijo: que conoce á las personas litigantes (*ó solamente á F*) que tiene noticia de este pleito (*ó no la tiene*), que no es pariente, amigo ni enemigo de ninguna, ni ha sido intimidado, corrompido ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira (*ó que es pariente en tal grado de quien le presenta ó de entrambos litigantes; pero que no por eso dejará de decir la verdad*); que no tiene intereses en este pleito, ni desea que le gane sino quien tenga justicia; que no le tocan las demas generales de la ley, de que le instruí; y que es de tantos años, poco mas ó menos.

A la segunda dijo: que sabe tal cosa por tal razon.

A la tercera dijo: que ignora su contenido.

A la última dijo: que lo que deja declarado es público y notorio, pública voz y fama en tal parte; y que todo es la verdad bajo del juramento hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firma: (*ó no lo firma, porque dijo no saber*) de todo lo cual doy fe.

498 *Pedimento para que se nombren intérpretes con quienes se evacuen declaraciones de testigos estrangeros.* F. en nombre de don F. en los autos con F. y F. sobre tal cosa = digo: que habiéndose recibido este pleito á prueba para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, á cuyo tenor se mandaron examinar los testigos que presentase, de los cuales dos, llamados F. y F. son alemanes, y por no entender su idioma el escribano comisionado, ni ellos el castellano, no los ha examinado; en cuya atencion, para que mi parte no quede indefensa, ni deje de acreditar su justicia por esta causa = A V. suplico se sirva nombrar dos intérpretes que entiendan y hablen ambos idiomas, por medio de los cuales, precedida su aceptacion y juramento, sean examinados ante dicho escribano los referidos testigos.

499 *Auto.* Para el efecto que se espresa se nombran por intérpretes á F. y F. de nacion alemana: notifíqueseles acepten este nombramiento y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace, y hecho, procédase á examinar á F. y F. segun se pretende. El sr. don F. lo mandó, &c.

500 *Aceptacion de los intérpretes.* En tal parte, á tantos &c. yo el escribano notifiqué el auto antecedente y nombramiento que incluye á F. y F. de nacion alemanes, y enterados dijeron, le aceptan y juran por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hicieron con sus manos derechas, desempeñar bien y fielmente el cargo de intérpretes, á cuyo fin estan prontos á concurrir al exámen y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion: esto respondieron, y lo firman: doy fe.

501 *Examen de un testigo con asistencia de interpretes.* En tal parte &c. á consecuencia de lo que se manda en el auto precedente, y á continuacion de

la probanza que en estos pretende hacer F. presentó por testigo á F. de tal ejercicio, y de nacion aleman, para cuyo examen, por no hablar el idioma castellano, estan nombrados por intérpretes F. y F. de la propia nacion, quienes bajo de juramento que tienen hecho ante mí, aseguraron usar bien y fielmente dicho cargo, y para su desempeño estando presente con ellos el citado F. yo el escribano formé la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formaron los intérpretes é hicieron formar al testigo, y les dije le preguntasen si juraba por Dios y por la cruz decir la verdad lisa y llana de todo cuanto supiese por ambas partes acerca de los hechos del pleito, sobre que era presentado por testigo, aunque sobre ellos no fuese preguntado; y habiéndole hablado en su idioma, dijeron que se lo habian preguntado, y respondia que asi lo juraba: en cuya atencion se procedió á examinarle al tenor del interrogatorio producido en la forma siguiente.

Á la primera pregunta que leí á los intérpretes, y estos refirieron al testigo, dijeron: respondia, que conoce á los litigantes y tiene noticia de este pleito; que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad.

Á la segunda que les leí y refirieron en igual forma á dicho testigo, respondieron, decia que sabe tal y tal cosa, y por tal y tal razon, &c.

Á la última que tambien les leí y le refirieron, dijeron, respondia tal y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia, y la verdad, en que se afirmaba y ratificaba bajo del referido juramento, lo cual firma con los intérpretes, que aseguraron bajo 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 cual doy fe.

502 Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes por alguno de los motivos espuestos en los nn. 101, 102 y 103, antes de principiar el pleito ó de contestar la demanda; y para que aprovechen al sugeto, á cuya instancia se recibieron, pretende que en el término de prueba se ratifique con citacion contraria, y su ratificacion se estiende de esta suerte.

503 *Ratificacion de testigos* En tal parte, &c. Yo el escribano, en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la informacion presentada en estos autos y recibida á instancia de F. y habiendo jurado como se requiere, prometió decir verdad, &c. y habiéndole leido la declaracion que hizo tal dia ante F. escribano, y se halla en tal pieza de los autos á tal folio, enterado de ella, dijo: que su contenido es lo que depuso entonces con toda verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar, ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma y ratifica, y lo firma, espresando no comprenderle las generales de la ley, de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fe. = *Si el testigo tuviere que añadir, quitar ó enmendar alguna cosa*, dirá: que el contenido de la citada declaracion es lo mismo que depuso y ahora declara, y añade tal cosa (*lo que sea* de que no se acordó entonces; y en cuanto á tal cosa dice, que aunque en dicha declaracion depuso esto, (*lo que sea*) padeció equivocacion en tal y tal especie, pues lo que pasó fue tal y tal cosa, y en lo demas da por subsistente su primera declaracion, en la cual, y en lo que ahora espresa de nuevo y la corrige, se afirma y ratifica, y lo firma, &c.

504 Como á veces no se pueden ratificar en el término de prueba todos los testigos que se examinaron antes, á causa de haber muerto ó estar ausentes algu-

nos en parages remotos, y la parte que los presentó quiere valerse de sus dichos, porque convienen á su defensa, y por haberse examinado sin citacion de la contraria no le perjudican; para que por esta causa no dejen de producir el debido efecto, ha de pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos y ausentes, y el juez ha de deferir á su solicitud. Las diligencias se practican en la forma siguiente.

505 *Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.* F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa = digo: que para la prueba intentada por mi parte pedí y se mandó que los testigos que depusieron á su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, á lo cual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado el escribano que entiende en la probanza, á su ratificacion, ha sabido que Pedro de tal, uno de ellos, ha muerto, (ó se ausentó de este pueblo y no se sabe su paradero) segun acreditan las diligencias hechas en su busca, ó la certificacion de su entierro que presento; en cuya atencion, y para que dicha deposicion no sea inútil, ni mi parte quede indefensa = A V. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion de abono que ofrezco del espresado Pedro, dando para ello comision á dicho escribano, &c.

506 *Auto.* Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, recíbase á esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece por el escribano que entiende en las de estos autos, á quien para ello se da comision en forma. El señor don F. &c.

507 *Declaracion de un testigo de abono.* En tal parte, yo el escribano, en virtud de la comision que por el auto precedente se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y se le ha mandado dar, el cual le hizo como se requiere, prometiendo bajo de él decir la verdad en todo lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mi al tenor del pedimento que la motiva = dijo, que conoció de vista, trato y comunicacion á Pedro de tal, que le tuvo siempre por buen cristiano, temeroso de Dios y hombre ingénuo, que por tal ha estado reputado en este pueblo, sin que nunca haya oido el declarante cosa en contrario; que en esta atencion tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia á instancia de dicho F. deponeria la verdad, y que por lo mismo se le debe dar entera fe; que le consta que el espresado Pedro falleció tal dia, porque asistió á su entierro, ó vio su cadáver (*ó que se ausentó de este pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ó lo que sea*), y finalmente, que todo lo que deja declarado es la verdad bajo del juramento que tiene hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firmó, espresando ser de tantos años de edad, de que doy fe.

508 Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan para abonar ó afianzar á una persona y sus bienes para alguna administracion, tesorería ó cosa semejante, los cuales son verdaderamente fiadores; y así en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. que les presenta es sugeto de notorio arraigo y abono en aquel pueblo; que tiene tales bienes que valen en tanta cantidad en venta, y que no están afectos ni gravados con carga alguna, ó con mas carga que tal (*la que sea*), y en el caso que no valgan, ó que lo estén, los abonan los testigos con los suyos presentes y futuros, obligándolos espresamente á la seguridad, fianza y responsabilidad de tal cosa, queriendo ser compelidos en via ejecutiva y con todo rigor de derecho á la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que

no alcancen sus bienes, á cuyo efecto se constituyen sus fiadores y abonadores simples en forma legal.

509 *Mandamiento compulsorio.* Yo el lic. don F. alcalde mayor de esta villa de tal, &c. F. escribano del número de esta villa, siendo requerido con este mandamiento por parte de N., y hallándose en su poder y oficio los protocolos de escrituras que pasaron ante F. su antecesor, le dará á su continuacion copia integra de una carta de pago (*ó lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal dia, mes y año, la cual quiere y necesita para presentarla en el pleito que sigue con F. ante mí y el presente escribano sobre tal cosa; y lo ha de cumplir mediante estar citada la otra parte (ó precediendo citacion con él á la otra parte): fecho en tal villa, á tantos, &c. Lic. F. = Por su mandado = Fulano.

510 Este mandamiento se entrega á la parte para que le ponga en poder del escribano con quien habla, el cual á su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento ó cosa que ha de compulsar, ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si cabe en ellos, estenderá el testimonio ó copia que se pide en la forma siguiente.

511 *Forma de estender el testimonio ó copia que previene el mandamiento.* En virtud de lo que ordena el mandamiento anterior, yo F. escribano del número de esta villa, sucesor en el oficio que ejerció F. doy fe, que al folio tantos del registro de escrituras que parece pasaron ante él en tal año, se halla una, cuyo tenor es el siguiente: (*se inserta á la letra, y se pone el concuerda regular.*) Si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleito dirá: doy fe, que ante tal juez y en mi oficio se siguen autos, (*ó se han seguido*) á instancia de F. contra N. de esta vecindad, sobre tal cosa, los cuales tuvieron principio en tal dia, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal y tal cosa, y concluyendo con tal pretension: de ella se comunicó traslado á N. quien solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado se recibieron á prueba por tanto término que se prorogó hasta los 80 dias de la ley, dentro de los que hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos é instrumentos; y hecha publicacion de probanzas alegaron de su justicia; y conclusos los autos para difinitiva se dió en ellos sentencia, cuyo literal tenor con el de tal y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*se insertará todo, y luego proseguirá.*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos, y lo inserto concuerda con lo que se halla en ellos, á que me remito; y todo queda en mi poder y oficio, y en cumplimiento de lo mandado en el compulsorio que precede, lo signo y firmo en tal parte &c.

512 *Pedimento presentando una escritura para su comprobacion.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que por el proveido en tantos de tal mes se recibieron á prueba por tantos dias comunes á las partes, y para hacer ver la justicia que asiste á la mia presento un traslado de tal escritura que en tal dia otorgó P. ante M. escribano, en cuya atencion = Á V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que con citacion contraria, para que no se dude de su legitimidad y veracidad, le compruebe el escribano de estas diligencias con su protocolo que está en el oficio que ejerce F. al cual se requiera le exhiba y ponga de manifiesto.

513 *Auto.* Compruebe el escribano que entiende en estas diligencias, con citacion de la parte contraria, la escritura que ésta presenta en la confor-

midad que solicita, á cuyo efecto F. escribano, hallándose en su poder el protocolo de ella, le exhiba. El sr. don F. &c.

514 *Citacion.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en persona con el auto precedente á D. para el efecto que en él se refiere, y dijo está pronto á concurrir al cotejo ó comprobacion, señalándoseles dia y hora: doy fe. (*Se le señalará dia y hora, y pondrá el señalamiento y notificacion con él.*)

515 *Cotejo ó comprobacion de la escritura.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, estando presente D. uno de los litigantes en este pleito, requerí á F. escribano, que me exhibiese el protocolo de la escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno en pergamino de las que parece pasaron ante F. su antecesor, en tal año, con tantas fojas que al fin está signado y firmado por él; y en la página tantas se halla la que refiere el pedimento, y habiendo tomado el protocolo yo el escribano, y el traslado producido el mencionado D., y leido éste por él, y yo atendido por aquel, advertimos estar bien y fielmente sacado dicho traslado, sin defecto alguno, ó que en tal foja, plana primera, ó á su vuelta, en tal línea donde dice tal cosa, debe decir tal, segun el contesto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demas; y para que conste, lo pongo por diligencia que con dicho D. firmo, de lo cual doy fe.

516 *Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca* F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que estos autos se han recibido á prueba por el de tantos, y para la que conduce á mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria en tales dias de tal mes y año: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberlas por presentadas, y mandar que el citado N. las reconozca bajo de juramento, declarando si las firmas puestas á su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, á lo cual se le apremie en caso necesario; pues evacuado que esto sea, protesto pedir lo que convenga á mi parte en justicia, que es la que solicito.

517 *Auto* Por presentadas las cartas que se espresan: N. las reconozca, segun se pretende, ante el escribano que entiende en las diligencias de estos autos, apremiándosele á ello en caso necesario, y hecho, pida esta parte lo que le convenga. El señor don F. lo mandó &c.

518 *Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, usando de la comision que se me ha conferido en el auto precedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N. mencionado en él, quien le hizo como se requiere prometiendo decir verdad, y habiéndole manifestado las cartas presentadas por parte de F. con fecha de tal y tal dia, vistas y reconocidas, = dijo: que aunque parece que las firmas que contienen y dicen B. *de tal*, son semejantes a las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar, si son ó no de propio puño de éste, por no habérselas visto echar, ni menos tiene noticia del contenido de las cartas en que se hallan. Esto es todo lo que asegura poder declarar con verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma y ratifica, firmándolo y espresando ser de tantos años de edad poco mas ó menos, de que doy fe.

519 *Pedimento nombrando peritos para hacer cotejo de firmas.* F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que para la prueba que mi parte intenta hacer, presenté dos cartas escritas y firmadas por B.

padre de la contraria, pretendiendo que las reconociese, y declarase si las firmas que estan á sus finales, eran del referido su padre, á lo cual se defirió; y habiéndoselas manifestado el escribano de estas diligencias, no contestó afirmativa sino ambiguamente sobre su certeza; por lo que á fin de desvanecer toda duda de que son suyas, para su comprobacion nombro por mi parte á F. maestro de primeras letras en esta villa: en cuya atencion = Á V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que la otra dentro de un breve y perentorio término que se le prefina, nombre otro perito por la suya, ó se conforme con el nombrado, y pasado se elija de oficio á su costa; como tambien que ambos peritos bajo de juramento y con la citacion correspondiente hagan el cotejo de las citadas firmas, á cuyo efecto el presente escribano les ponga de manifiesto tal y tal escritura otorgadas por el mencionado B. difunto, que se hallan en su protocolo.

520 *Auto.* Para el cotejo y comprobacion que el pedimento refiere se ha por nombrado por esta parte á F. maestro de primeras letras: notifíquese á la otra que dentro de tercero dia perentorio nombre otro perito por sí, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio á su costa; y hecho, evacuen ambos peritos bajo de juramento con la citacion correspondiente el cotejo que se solicita, ante el presente escribano, á cuyo fin hallándose en su poder las escrituras que se mencionan, se las manifieste como se pretende. El señor don F. &c.

521 *Diligencia del cotejo y declaracion de los peritos.* En tal parte, tal dia, mes y año, yo el escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F., maestros de primeras letras en esta villa, quienes le hicieron como se requiere, prometiendo bajo de él decir verdad, y habiéndoles manifestado las dos cartas presentadas en estos autos por F. y asimismo tal y tal escritura otorgadas ante mí en tal año por B., difunto, = dijeron: que han visto y examinado con toda atencion y cuidado así las firmas de las cartas como las de las dos escrituras, que segun sus caractéres, aire de la letra, firmeza de pulso, y otras señales que advirtieron en unas y otras, y en sus rúbricas, son hechas todas por un propio puño, en lo cual no les queda ninguna duda; y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia y las reglas de su arte, y la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirman y ratifican, firmándolo y esperando ser el F. de tantos años, y el F. de tantos, poco mas ó menos, de que doy fe.

522 Si se quisiere poner antes de la declaracion la aceptacion del nombramiento y tambien el juramento, podrá hacerse reiterándolo en la declaracion, porque esto en nada altera la diligencia; previniendo que se ha de preguntar á todo perito la edad que tiene, y ha de ponerse, escepto que esten diputados publicamente para serlo, pues entonces no es necesario, ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso y admision le hicieron como es regular.

523 *Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos, si los tuvieren.* En tal parte, á tantos &c. yo el escribano, mediante estar para espirar el término porque se recibieron estos autos á prueba, requerí á F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su exámen; y enterado, dijo: que por ahora no quiere presentar mas; y que si lo tuviese por conveniente, los presentará antes que espire el término: doy fe.

524 *Pedimento para la publicacion de probanza.* F. en nombre de N. en los autos con N. sobre tal cosa, = digo: que el término con que se recibieron á prueba, y mucho mas, se ha pasado, por lo que = Á V. suplico se sirva hacer

en ellos publicacion de probanzas por el término de la ley, para que las partes aleguen de su derecho y justicia.

525 *Auto* Traslado á la otra parte. El señor D. F. &c.

526 *Notificacion.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano leí y notifiqué en persona el auto precedente á F. procurador de F. Doy fe.

527 *Pedimento acusando la rebeldía é insistiendo en que se haga la publicacion.* F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa = digo: que habiendo espirado el término de prueba concedido en ellos, pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado á la parte contraria, la cual sin embargo de habérsele notificado y ser pasado el término en que debió responder á él, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía, y = Á V. suplico se sirva haberla por acusada y deferir á la publicacion pretendida.

528 *Auto.* Por acusada la rebeldía: hácese en este pleito publicacion de probanzas por el término de la ley, y hágase saber á las partes. El señor don F. &c.

529 *Pedimento de tachas y abono de testigos.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que de las probanzas hechas en ellos por las partes se hizo publicacion en tal dia; y mediante á que los testigos de que mi parte se valio, son fidedignos, sin vicio ni defecto alguno, y los presentados por la contraria á mas de no hacer prueba, como esplicaré á su tiempo, padecen varios defectos y tachas legales, por las que deben ser despreciados sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia que con citacion de la otra se le reciba informacion al tenor de los capitulos siguientes.

Si saben que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte, por tal y tal causa, &c.

Si saben que Juan se perjuró en tal pleito que F. siguió contra P. en tal año, ante tal juez y escribano; y por este delito se le impuso tal pena, &c.

Si saben, &c.

Y para que á sus dichos y deposiciones no se les dé en juicio ningun credito = Á V. suplico se sirva admitir y estimar por legítimas las tachas y defectos que contienen las referidas preguntas; recibir esta causa á prueba de ellas por el término que estime competente con arreglo á la ley, y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contenido y otros de que mi parte se valga, abonen los que ésta presento en su prueba principal; declarando con juramento como son personas timoratas y fidedignas, y que por tales han estado siempre y estan reputadas entre todos, sin que jamas hayan oido cosa en contrario; y juro en forma de derecho no poner de malicia los referidas tachas, ni por infamar á los sugetos mencionados en ellas, sino solamente por convenir á la defensa de mi parte y á su justicia que pido.

530 *Auto primero* Traslado á la otra parte. El señor D. F. corregidor &c. lo mando en tal parte, &c.

531 *Auto de admision y prueba de tachas, y abono de testigos.* Sin embargo de lo espuesto por parte de D. se admiten cuanto ha lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N. y se reciben á prueba por tantos dias comunes á entrambos litigantes, á quienes se cite y haga saber este auto, el cual sea asimismo pena que en el propio término abone tambien el citado N. los suyos, apremiando, si fuere necesario, á aquellos de que intente valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, para todo lo cual se da comision al escribano de estas diligencias y alguacil de este juz-

gado. Con vista de autos lo mando el señor don F., corregidor. &c.

532 Este auto se debe notificar á entrambas partes; á la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los suyos tachados; justificando la falsedad de las tachas propuestas; y si quisiere, puede tambien tachar á los de la contraria en caso de que tengan algunas, proponiéndolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio, como se puede hacer, se habrá por presentado, y de él y del pedimento se ha de conferir traslado. Los testigos que se presenten deben ser idóneos y fidedignos, y han de hacérseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad como á los del negocio principal, aunque en el pedimento ó interrogatorio no se esprese; pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que hagan plena fe y no se dude de su idoneidad ni de la verdad de sus deposiciones.

533 *Pedimento pretendiendo ampliacion del término de prueba por via de restitucion.* F. curador de pleito de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que habiendo espirado el término porque estos autos se recibieron á prueba, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia, y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa (*ó por el motivo que haya*) no los presenté; en cuya atencion, y en la de que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de la restitucion contra el lapso del término = A V. suplico se sirva concedérsela, y en su consecuencia ampliar el término ordinario, porque este pleito se recibió á prueba, por tantos dias, que son su mitad, para que en ellos pueda justificar lo que omitió por la razon espuesta, pues asi es justicia que pido, jurando en forma de derecho no pedir de malicia el referido término, sino por convenir á la defensa de mi menor.

534 *Auto.* Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y competirle por ella el beneficio de la restitucion se amplia el término porque se recibieron á prueba por tantos dias perentorios comunes á ambas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hágaseles saber para que justifiquen en ellos lo que les convenga con la correspondiente citacion por ante el escribano de estas diligencias. Con vista de autos lo mandó el señor don &c.

535 *Pedimento recusando al juez inferior.* F. en nombre de N. en los autos con D sobre tal cosa = digo: que estos autos se hallan conclusos y en estado de determinarse; y mediante á que, hablando con la judicial modestia, tengo á V. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete le recuso para su determinacion, y de consiguiente = A V. suplico se sirva haberse por recusado y acompañarse con otro juez (*si le hubiere en el pueblo*), ó con abogado de ciencia y conciencia, mandando se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer con malicia esta recusacion sino únicamente por convenir á la defensa de mi parte, y su justicia, que es la que pido.

536 *Auto de recusacion* Hase por recusado su md. para la determinacion de esta causa (*ó para lo que sea*), y nombra por su acompañado al licenciado D. F. abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa, al cual, precediendo la notificacion á las partes para los efectos á que haya lugar se notifique, acepte este nombramiento y jure en la forma ordinaria (*si fuere juez el nombrado, se omitirá el juramento*), para lo que se da comision á cualquiera escribano de S. M. El señor don F. corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

537 Este nombramiento se hace saber ante todas cosas á las partes, por si

quieren recusar al acompañado, y si no dijesen nada dentro de los 3 dias siguientes al de su notificacion, se procede á notificarle al acompañado, cuya diligencia se estiende en la forma siguiente.

538 *Notificacion, aceptacion y juramento del acompañado.* En tal villa, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en persona el auto precedente al licenciado don F. abogado de los Reales Consejos, mencionado en él, y enterado = dijo: que acepta el nombramiento de compañero que incluye, y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, que evacuará legalmente su encargo, procediendo con rectitud en la determinacion de los autos citados en el escrito que motivó dicho nombramiento. Esto respondió y firmó: doy fe.

539 Sobre la recusacion de los escribanos originarios y de diligencias se ha esplicado en los nn. 413 &c., y 416 lo que se debe practicar, y por ser cosa muy fácil, se omite estender las diligencias concernientes á ella.

540 *Sentencia definitiva absolviendo al demandado.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F. corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. N sobre tal cosa = dijo: que mediante haber probado bien y cumplidamente el citado N. las escepciones que propuso, le absuelve de la demanda que presentó contra él el mencionado D. imponiendo á éste perpetuo silencio para que nunca pueda suscitarla. Por esta su sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

541 *Sentencia difinitiva condenando al demandado.* En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F. corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa = dijo: que sin embargo de lo espuesto, alegado y escepcionado por el citado D. le debia condenar y condena con apercibimiento de ejecucion á que dentro de tantos dias siguientes dé ó pague al referido F. los tantos reales que solicitó en su demanda; y por esta sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

542 *Otra sentencia.* Dijo: debia declarar y declara que los bienes espresados en la demanda sobre que se ha seguido este pleito, tocan y pertenecen al mayorazgo que fundó B. y posee el referido N. á cuya consecuencia manda se le ponga incontinenti en posesion de ellos, librándose para ello el mandamiento competente, y condena al citado D á que los deje libres y desembarazados, y á la restitucion de todos los frutos producidos y que debieron producir desde la contestacion de la demanda, los cuales, precedida su liquidacion por el presente escribano, ha de pagar dentro de 9 dias con apercibimiento de ejecucion, como tambien las costas procesales causadas y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al tasador general. Por esta su sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció &c.

543 Estas sentencias se han estendido segun el estilo de esta córte, y las firma el juez y autoriza el escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros juzgados la firma el juez solo, por cuya razon se pone á presencia de testigos su pronunciamiento separado que firma el escribano, y en seguida se notifica á las partes; pero como nada se altera en la subsistencia, se observará la práctica que haya en cada juzgado.

544 *Pedimento de apelacion.* F. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que por la sentencia pronunciada en ellos se manda á mi parte que pague ó haga tal cosa; y mediante á que dicha sentencia, hablando con la judicial modestia, le es gravosa y perjudicial, apelo de ella para ante quien puedo y debo hacerlo,

segun derecho; en cuya atencion = A V. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa y llanamente en ambos efectos, y para el de mejorarla mandar se me entreguen los autos (*ó se me dé el competente testimonio*), pues asi es justicia que pido &c.

545 *Auto.* Admítese á esta parte la apelacion que interpone cuanto ha lugar en derecho, y para el efecto que espresa entréguensele los autos por el término ordinario (*ó désele el testimonio que pide*). El señor don, &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

546 Admitiéndose la apelacion en ambos efectos no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite tan solo en el devolutivo, como sucede en la via ejecutiva, se debe denegar la entrega, porque de hacerse se priva al que obtuvo en la sentencia de pretender la ejecucion de ésta.

547 *Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que de la sentencia dada por V. en ellos interpuso apelacion el citado D. la cual se le admitió, y sin embargo de haber pasado el término en que debio mejorarla, no lo ha hecho, ni ha requerido con el despacho correspondiente, en cuya atencion = A V. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á su debida ejecucion conforme á justicia que pido.

548 *Auto.* Notifíquese á la otra parte con apercibimiento que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que interpuso. El señor don F. &c.

549 Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera; el juez las ha por acusadas, y le concede segundo y tercer término, despues de las cuales da otro pedimento el vencedor acusándole tercera rebeldía; llama el juez los autos con citacion de las partes, y citadas con él, pasados 3 dias defiere á su solicitud, como se espuso en el n. 444, proveyendo el siguiente

550 *Auto de declaracion.* Mediante no haber mejorado la parte de F. la apelacion que interpuso de la sentencia difinitiva pronunciada en estos autos en tal dia, sin embargo de los términos que se le han concedido para ello, declárase por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la espresada sentencia, á cuya consecuencia llévese á debida ejecucion. Con vista de autos lo mandó el señor don &c.

551 Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el juez que la pronunció, ó no requiere con mejora ó despacho del de alzadas ó del tribunal superior, á quien toca el conocimiento en grado de apelacion; debe dar pedimento la otra, acusándole una rebeldía, haciendo relacion de la providencia y del dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. A este pedimento debe el juez proveer en los términos espresados en el n. 444, y se ha de practicar lo que allí se dijo. El pedimento y auto se estienden en la forma siguiente.

552 *Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que habiéndolos V. visto dió en tal dia sentencia difinitiva condenando al espresado D. en tal cosa, la cual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de haber pasado el término de apelar y mucho mas no lo ha hecho; en cuya atencion le acuso la rebeldía, = y A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su

consecuencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte y por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve á debida ejecucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio que le sirva de ejecutoria para resguardo de su derecho y justicia que pido = A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía, autos citados las partes, &c.* y pasados los 3 dias despues de la última citacion se provee el auto siguiente; ó puede el juez llamarlos solamente, y en la próxima audiencia hacer la declaracion sin citar á las partes, como se ha sentado en el n. 442, porque no tiene para qué citarlas.

553 *Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.* Mediante no haber apelado la parte de D de la sentencia dada en tal dia, por la cual se le condenó en tal cosa, ni espuesto cosa alguna acerca de ella, y haber pasado el término en que lo debio practicar, y mucho mas se declara por consentida y por pasada en autoridad de cosa juzgada, condenándole á que esté y pase por su tenor sin contravenir á él en manera alguna bajo de tal pena aplicado para la Cámara de S. M. Dése á esta parte el testimonio que pide. Con vista de autos lo mandó el señor don F. (*Este auto se hace saber á ambos litigantes.*)

554 Siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria la sentencia ó auto pronunciado, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ella, condenando ó entrambos á su observancia; y si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente y desiste de la apelacion interpuesta, como puede hacerlo con consentimiento de su contrario, se debe dar traslado á éste del desistimiento, y conformándose con él, se le habrá por conformado y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se espresa en el auto anterior.

555 Si el apelante obtiene real provision para la remision de autos por compulsa y para emplazar á la parte contraria, se pone este auto: "Habiendo visto el señor don, &c. corregidor de esta villa, la real provision que procede, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza, y dijo: que la obedecia con el debido respeto como carta de su Soberano, mandando se guarde, cumpla y ejecute, como se ordena en él, y lo firmó en esta villa de tal, á tantos &c." A continuacion de este auto se saca y pone la compulsa; concluida se cita y emplaza al contrario para que recurra al tribunal superior: luego se cierra y sella la compulsa, y se entrega al apelante para que la presente en la escribanía de cámara por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelacion; y en los autos originales se pone fe ó nota del dia en que se entregó la compulsa, y á quién, con relacion del despacho y escribano que le refiendó, ó copia de él.

556 Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones y otras diligencias que ocurren en el juicio ordinario, se han de escribir en papel del sello cuarto mayor; las probanzas é informaciones judiciales en el del sello segundo el primero y último pliego, y los del intermedio comun; pero si fueren de nobleza y limpieza en chancillerías y comunidades por estatuto, en papel del sello mayor el primero y último pliego, y en el intermedio comun; y los autos de aprobacion ó reprobacion de estas pruebas en el del sello segundo: las requisitorias de emplazamiento y demas en papel del sello tercero; las sentencias definitivas en el del segundo; y las compulsas de autos que se remiten en apelacion en el propio sello segundo el primero y último pliego, y en el intermedio comun. Y si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, ó gozan del privilegio de que en sus casas y nego-

cios se actúe en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de estos.

557 *Pedimento solicitando una muger casada licencia para comparecer en juicio por ausencia del marido.* F. vecina de esta córte, y muger legítima de N. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que éste se halla ausente ha tantos años sin saberse el lugar ó pueblo de su residencia, ni esperarse vuelva en breve á esta villa; y en atencion á que no puedo menos de promover una instancia contra P. de este vecindario sobre la nulidad del préstamo que me hizo de tanta cantidad á satisfacer por tal tiempo con estos ó los otros intereses = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y hecho en la parte que baste, se sirva concederme la correspondiente licencia en la forma ordinaria para el fin espuesto. Pido justicia = *Auto.* = Dé la informacion, y evacuada, autos.

558 *Demanda de jactancia.* F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que sin embargo de estar mi parte y de haberlo estado anteriormente sus causantes en la quieta y pacífica posesion de tal heredad, ha llegado ahora á su noticia que E. de esta vecindad, anda jactándose de tener que poner á mi parte pleito sobre aquella finca; y no siendo justo que continúe semejante jactancia = A V. suplico que habiendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y que dada la bastante se sirva mandar se le haga saber al referido E. que dentro del breve y perentorio término que V. le señale, use de su derecho con apercibimiento de que se le impondrá perpetuo silencio con una grave multa: pido justicia y costas. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

559 *Pedimento mudando la accion.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que despues de haber mi parte puesto demanda de reivindicacion de tal hacienda á T. de este mismo vecindario, y de habérsele hecho saber ha llegado á su noticia los vendio al dicho T. S. abuelo de mi parte en tanta cantidad, segun lo acredita el instrumento que presento, siendo su legítimo valor éste ó aquel, por lo cual me aparto de la espresada accion de reivindicacion, y deduciendo la mas conforme, V. en justicia se ha de servir declarar por nulo el referido contrato, y á su consecuencia condenar al mencionado T. á que restituya á mi parte la dicha hacienda con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la entrega; como asimismo en todas las costas; pues así es de hacerse por que se va á esponer (*se alega*). Por tanto = Á V. suplico se sirva proveer, como se ha espresado al principio de este escrito. Pido justicia. = *Auto.* = Traslado.

560 *Pedimento solicitando se reciba informacion de cierto acto estrajudicial para que conste en lo sucesivo.* F. vecino de tal parte, ante V. como mejor proceda = digo: que llevando yo de órden de N. del mismo vecindario, á éste ó al otro pueblo tal y tal cosa, me las robaron varios salteadores que me salieron al camino en tal dia á presencia de B. P. y J. vecinos de tal villa, y arrieros que al presente residen en ésta; en cuya atencion, y en la de convenir á mi derecho se les reciban sus declaraciones sobre el caso = A V. suplico se sirva mandarles comparecer ante sí á declarar bajo de juramento conforme á la ley lo que vieron y oyeron en dicho lance, proveyendo asimismo se me entreguen originales las diligencias que se practiquen corroboradas con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia = *Auto* = Como lo pide.

561 Esta justificacion, segun el señor Elizondo y otros autores que cita se

ha de hacer ante el juez del lugar mas próximo al del lance, y ha de presentarse ante el juez competente dentro de un año.

562 *Pedimento solicitando la posesion de los bienes de un ausente.* F. en nombre de N. vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que D. y P. tuvieron de su matrimonio por hijos legítimos y C. y mi poderdante, como lo han estado y estan reputados comunmente; y habiéndose ausentado aquel de esta península hace mas de 10 años sin haberse sabido en el discurso de tan dilatado tiempo, si es muerto ó vivo, es indudable que como á su hermano entero y pariente mas cercano corresponde en la actualidad á mi poderdante por la voz pública que corre de su fallecimiento tales y tales bienes que dejo en esta villa: en cuya atencion = A V. suplico que teniendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y que hecha la bastante se sirva mandar dar á mi poderdante en conformidad de la ley de Soria ó por el remedio mas conforme á derecho la posesion ó cuasi posesion de los espresados bienes encargándole su administracion, cuando no haya lugar á ello, bajo la correspondiente fianza que desde luego esta pronto a dar mi poderdante, en la forma ordinaria. Pido justicia y costas. = *Auto.* = De la informacion, y hecha, autos.

563 *Pedimento de artículo inhibitorio.* = F. en nombre de N. vecino de &c. en los autos con P. sobre tal cosa = digo: se me ha dado traslado de la demanda que ha presentado en tantos el referido P. pretendiendo aquello ó lo otro; y sin que sea visto atribuir á V. mas jurisdiccion que la que le compete por derecho, y declinando esta en forma le hago presente que en justicia se sirva inhibirse ó exhonerarse del conocimiento de estos autos, mandando que si el mencionado P. tuviese que pedir contra mi parte lo haga ante D. E. á quien toca privativamente su conocimiento, sobre lo cual formo artículo de previo y especial pronunciamiento; pues asi es de hacer por lo que demuestran los autos y ahora va á esponerse (*se alega*) Por tanto, = á V. suplico se sirva proveer como se ha espresado al principio de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado y autos.

564 *Pedimento introduciendo de otro modo el mismo artículo.* F. en nombre de N. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: (*cuéntase el hecho*); y respecto á que el mencionado juez debe como incompetente sobreceder en los procedimientos que correspondan á los espresados autos, y á que estos deben ventilarse ante V. como privativo = A V. suplico se sirva mandar librar su exorto cometido al espresado D. F. para que remita los autos á este tribunal adonde toca su conocimiento. Pido justicia. = *Auto* = Despáchese el exorto.

565 *Pedimento intentando el artículo de no tener obligacion á responder.* F. en nombre de N. en los autos con B. sobre &c. = digo: que se me ha conferido traslado de la demanda que ha presentado en tantos el dicho B. solicitando tal cosa, y V. en justicia se ha de servir declarar no tiene mi parte obligacion de contestarla, sobre lo que formo artículo de prévio y especial pronunciamiento; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se esponerá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico (*se concluye como en el anterior*) = *Auto.* = Traslado y autos.

566 *Pedimento pidiendo una declaracion para responder.* F. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: se me ha dado traslado del escrito que ha presentado en tantos el referido N. y para responder á él conviene al derecho de mi parte que éste declare al tenor de los capítulos siguientes. (*En seguida se po-*

nen separados y cada uno de por sí. Por tanto = A V. suplico se sirva mandar que el espresado N. bajo del juramento en forma, al que no le defiero y protesto estar solo en lo favorable, evacue la declaracion exigida, pues protesto responder al traslado pendiente hecha que sea. Pido justicia, y que en el interin no me corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho. = *Auto.* = Como se pide.

567 *Pedimento de reconvencion.* F. en nombre de N. vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, reconvengo á D. por mutua peticion, y = digo: se ha hecho saber á mi parte un auto que V. proveyó en tantos, mandándole entregar al referido D. tal prenda, y V. en justicia se ha de servir (reponiéndole por contrario imperio, ó como mas haya lugar, haolando debidamente) acordar se tase y venda con citacion contraria, y se haga con su valor pago á mi parte de tanta cantidad, de que le es deudor, segun acredita el instrumento que tambien presento; pues así debe hacerse por lo que se espondrá (*se alega*) Por tanto = A V. suplico se sirva proveer á favor de mi parte, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

568 *Pedimento de reposicion de auto.* F. en nombre de N. en los autos con C. sobre esto = digo: que V. en auto de tantos fue servido de mandar tal cosa, cuya providencia en justicia se ha de servir, hablando debidamente, reponer por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sobre lo que formo artículo de prévio y especial pronunciamiento, pues así es de hacer por lo que resulta de los autos y ahora se espondrá (*se alega.*) Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado y autos.

569 *Pedimento solicitando un tanto ó copia de una escritura.* F. en nombre de N. en los autos con E. sobre tal cosa = digo: se me ha conferido traslado del escrito que ha presentado en tantos el dicho E., y para responder á él conviene al derecho de mi parte que A., escribano público y del número de esta ciudad, le dé testimonio á la letra de una escritura que ante el mismo otorgó F. en tantos, en la forma competente, de manera que haga fe para presentarla en estos autos. Por tanto, = A V. suplico se sirva mandar despachar su mandamiento compulsorio para que el mencionado A. entregue á mi parte el referido tanto autorizado con citacion contraria, y que en el interin no le corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho. Pido justicia. = *Auto.* = Despáchese.

570 *Pedimento de restitucion de un despojo.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que estando mi parte en la quieta y pacífica posesion de tal casa, cuya pertenencia acreditan los instrumentos que tambien presento, pasó á ella D. y de propia voluntad lanzó á sus inquilinos quedándose en su posesion; y mediante á que mi parte se halla padeciendo su despojo = A V. suplico que teniendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti, y que hecha la bastante se sirva mandar restituir á mi parte á la posesion de la espresada finca, condenando de consiguiente al contrario en las costas y perjuicios que se han seguido á mi parte desde que éste esta detentándola, y en las demas penas pecuniarias en que como voluntario despojador ha incurrido por derecho. = Pido justicia = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

571 *Pedimento de acumulacion hecha ante un testigo de villa.* F. en nombre de N. ante V. como mejor proceda de derecho, = digo: que siguiéndose con-

tra mi parte autos en este juzgado á instancia de P. sobre esto, presentó el referido P. cierta demanda en tantos ante el señor don F. por la misma accion y acerca de una misma cosa, y mediante á que unos y otros autos conspiran á un mismo fin, y se dirigen contra una propia persona, como asimismo á que los de este juzgado son anteriores á aquellos, para que no se divida la causa = A V. suplico se sirva mandar que el escribano por quien pasan los autos venga á hacer relacion de ellos ante V., y en su vista que se acumulen y unan á estos. Pido justicia. = *Auto.* = Venga á hacer relacion.

572 Si siguiéndose autos ante un juez se principian otros sobre lo mismo ante otro de fuera del pueblo de su jurisdiccion, se pone la cabeza del escrito como la del anterior, y la conclusion de esta manera.

Á V. suplico se sirva librar su exhorto al mencionado juez para que remita los autos que tuviese formados á este tribunal sobreseidiendo en todos los procedimientos que correspondan á ellos, y venidos, mandar se acumulen á estos. Pido justicia. = *Auto.* = Líbrese como se pide.

573 *Pedimento en que se solicita afiance alguno de arraigo.* = Lo regular es pedir esto por un otrosí de la demanda en la forma siguiente.

Otrosí digo: que el mencionado N. está para ausentarse de esta córte, y á fin de que este juicio no quede ilusorio = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y que hecha la bastante se sirva mandar afiance de arraigo el referido N. hasta en la cantidad del valor de lo que se litiga, poniéndole de lo contrario preso. Pido como antes. = *Auto.* = Haga la informacion, y hecha, autos.

574 *Interrogatorio de repreguntas.* Repreguntas por parte de N. al interrogatorio de preguntas que ha presentado A. en los autos sobre &c.

A los que depusieron al tenor de ésta ó la otra pregunta, se les repreguntará esto (*Se continúa así en los demas*)

No se pone la de conocimiento ni la de público y notorio.

575 *Pedimento respondiendo al de tachas.* F. en nombre de N. en los autos con C. sobre esto y artículo de tachas de los testigos que ha presentado en ellos mi parte, formando por el referido C. = digo: se me ha dado traslado de su solicitud deducida en su último escrito de tantos; y sin embargo de lo que espone y alega en apoyo de ella, V. en justicia se ha de servir despreciándola mandar evacue el traslado pendiente, pues de hacer es así por lo que resulta de los autos y se va á esponer (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Autos.

576 *Pedimento alegando de bien probado.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte, hallará haber probado bien y cumplidamente su accion, como le ha convenido probarla, con instrumentos auténticos y suficiente número de testigos contestes y mayores de toda escepcion; y que por el contrario D. no ha justificado cosa alguna que pueda aprovecharle; á cuya consecuencia V. en justicia se ha de servir proveer en todo á favor de mi parte, por ser de hacer así, atendido lo que resulta de autos y lo que ahora se espondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva determinar como se ha espresado al principio de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

577 *Pedimento de respuesta.* F. en nombre de N. en los autos con P. sobre tal cosa = digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte hallará haber acreditado bien y cumplidamente sus escepciones y defensas, y que por

el contrario P. no ha justificado cosa alguna, &c. (*prosigue como el anterior hasta la conclusion*) = *Auto.* = Traslado.

578 *Pedimento de recusacion á un alcalde de córte en su provincia.* F. en nombre de N. en los autos con A. sobre tal cosa = digo: que por justas causas que me mueven á ello, hablando debidamente, recuso á V. S. para la determinacion de esta causa en definitiva; en cuya atencion = á V. S. suplico que teniéndose por recusado se sirva acompañarse en la forma ordinaria. Pido justicia, y juro no ser de malicia la recusacion. = *Auto* =

Hase por recusado, y acompáñase con N. lo que se haga saber á las partes.

579 *Pedimento recusando á un ministro de chancillería ó audiencia.* M. P. S. F. en nombre de N. en el pleito con M. sobre esto, = digo: que por tal y tal causa (*espresanse*) hablando con la modestia judicial que corresponde, recuso para la determinacion de este litigio al señor don P. oidor de vuestra real chancillería (*ó audiencia*) y juez en él (*si es al Presidente ó Regente, se dirá, al Ilustrísimo Señor don B.*), en cuya atencion = á V. A. suplico, que teniéndole por recusado se sirva nombrar señores jueces que determinen este pleito. Pido justicia, y juro que no hago con malicia esta recusacion. = *Auto.* = Dentro de 30 dias justifique esta parte las causas que alega.

580 *Pedimento de nulidad de una sentencia.* F. en nombre de N. en los autos con G. sobre tal cosa = digo: que la sentencia pronunciada en ellos en tantos declarando esto ó aquello es nula, hablando debidamente, y como tal V. en justicia se ha de servir declararla, sobre lo cual formo artículo de especial pronunciamiento; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se espondrá (*se alega*). Por tanto = á V. suplico se sirva proveer, segun se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Formulario correspondiente al tratado de particiones (*).

Varios pedimentos.

581 *Pedimento provocando el juicio de particion.* F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun resulta del testamento bajo cuya disposicion falleció M. que exhibo, nombró éste á B. C. y D. como á sus hijos legítimos por universales herederos de sus bienes y efectos, los cuales deben partirse igualmente entre los tres; en cuya atencion provoco el juicio del cumplimiento de dicho testamento, inventario y particion, y = á V. suplico que habiendo por presentadas dichas escrituras y por provocado aquel juicio, se sirva conceder á mi poderdante término para la formacion del inventario, con citacion de los demas interesados. Pido justicia = *Auto* = Por presentadas las escrituras y por provocado el juicio, y concédensele 30 dias de término.

582 *Pedimento solicitando uno de los herederos la division de la herencia.* F. en nombre de N. en los autos de inventario y particion de bienes que quedaron por fallecimiento de M. = digo: conviene al derecho de mi poderdante como á uno de sus hijos y herederos se proceda á la correspondiente division y adjudicacion de los bienes inventariados; y para que tenga efecto = á V. suplico

(*) Por olvido no se puso en el lugar correspondiente, y no queremos omitir cosa útil.

se sirva mandar se haga saber á G. y H. coherederos con mi poderdante nombren contadores para que con B. que nombro por mi parte, se haga á su debido tiempo la correspondiente division y adjudicacion de lo que pertenezca á cada uno. Pido justicia. = *Auto.* = Cómo se pide.

583 *Otro pedimento de igual solicitud.* F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho. = digo: que T. padre que fue de mi poderdante, le instituyó por su heredero juntamente con A. y D. segun acredita el testamento que asimismo presento: á cuya consecuencia aceptada la herencia por todos y tomada su posesion, se han conservado hasta hoy proindiviso los bienes de que se compone, sin embargo de haber mi poderdante practicado con dichos sus hermanos varias diligencias para que tuviese efecto la particion: mediante lo cual = A V. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar se haga saber á A. y D. nombren por su parte perito para que con V. que nombro por la mia, dividan los espresados bienes adjudicando á cada uno lo que legítimamente corresponda. Pido justicia. = *Auto.* = Como lo pide.

584 *Demanda de nulidad de particiones por via de restitucion.* F. en nombre y en virtud de poder que presento de N. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á C. D. E. y R. de esta misma vecindad, y = digo: que habiendo fallecido en el año de tantos A. padre que fue de mi poderdante, nombrando por sus herederos á éste y á los mencionados sus hermanos, se introdujeron éstos en tales y tales bienes hereditarios sin formalizar antes, como correspondia, el competente inventario de todos, á cuya consecuencia siendo entonces mi poderdante menor, segun lo acredita la partida de bautismo que tambien presento, no pretendió la division de la herencia, hasta que teniendo la edad precisa para salir de la curaduria, advirtió que se le habia despojado de la mejor parte de su legítima, por lo que de comun acuerdo con sus hermanos para remedio de todo se comprometió en H. J. y L. nombrados árbitros partidores en tantos de tantos. Pero debiendo éstos desempeñar su encargo con la justicia y equidad correspondiente, hicieron la particion sin cálculo formal, adjudicando á los mencionados hermanos de mi poderdante mucho mas de lo que les tocaba legítimamente, en las haciendas mas pingües, al paso que á éste mucho menos en otras poco fértiles o muy deterioradas: agregándose á ésto no haberse hecho, como debia hacerse, la cuenta de los frutos que produjo el cuerpo de bienes hereditarios desde la muerte del padre comun; segun todo consta de los documentos que asimismo presento. En esta atencion y en la de haber sido mi parte enormísimamente lesa con dicha division, valiéndose del remedio de la restitucion, o del que mas necesario y útil le sea — A V. suplico que habiendo por presentados dichos instrumentos y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nula la expresada particion, y á su consecuencia condenar á los mencionados C. D. E y R. á que traigan los bienes que se les adjudicaron con los frutos que hayan producido, á colacion y particion con mi poderdante, haciendola de nuevo con la igualdad debida, á cuyo fin nombren aquellos á su tiempo tasador y partidor con apercibimiento de nombrarse en su defecto de oficio. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

585 *Pedimento sobre recision de particiones.* F. en nombre de N. en los autos de inventario y particion de bienes que quedaron por fallecimiento de S. = digo: se me ha dado traslado de la particion que han hecho P. y T. contadores nombrados para ella; y V. en justicia se ha de servir declarar los agravios que se espresarán en el cuerpo de este escrito, mandando en su consecuencia adjudicar á

mi poderdante tal y tal cosa; pues es de hacer asi por lo que resulta de los autos y ahora se espondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha espresado al principio. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, ejecutivo y de concurso de acreedores.

CAPITULO II.

Del juicio ejecutivo hasta la sentencia de remate y su ejecucion.

§. I.

Qué es juicio ejecutivo, y qué cosas traen aparejada ejecucion.

1 El juicio ejecutivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores, para que sin esperimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias ni vejaciones de los deudores morosos, cuyo número es muy considerable, consiguiesen brevemente el cobro de sus creditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios ó familias (*a*). Mas por otra parte aunque el juicio ejecutivo tiene tanta eficacia, si no se sabe seguir, se convierte facilmente en ordinario, y si no se usa de él en tiempo, se pierde el derecho de ejecutar que se prescribe por cierto término. Asi pues, para instruir perfectamente al escribano principiante en la teórica y práctica de dicho juicio, en cuya sustanciacion se padece mucha ignorancia, esplicaré metódicamente en los §§. de este capítulo lo que me han enseñado el estudio de las leyes y AA. de la mejor nota, y he visto practicar en los tribunales Reales, superiores é inferiores de esta corte.

2 Traen regularmente aparejada ejecucion en estos reinos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: la ejecutoria dada por tribunal superior competente, sea confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior (*b*): la confesion de la deuda hecha en juicio y el juramento de-

(*a*) Ley 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11. N. R. (*b*) Leyes 3 y 6 tit. 17 lib. 4 R. ó 3 y 1 tit. 17 lib. 11 N. R. y el tit. 27 de la P. 3.

cisorio del pleito (*a*): los conocimientos, vales y papeles simples despues de reconocidos con juramento por quien los hizo, ante juez competente ó de su orden por escrito ante alguacil y escribano, ó ante éste solamente, aunque no se esprese en ellos el dia, mes y año en que se hicieron (*b*): el instrumento público y auténtico que hacen fe (*c*): la liquidacion ó instrumento simple líquido en cantidad, daños é intereses siendo reconocido y consentida por la parte con la solemnidad dicha: los libros y cuentas estrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si ellas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público: el rescripto, cédula ó provision del Soberano que no reconoce superior en lo temporal, y los privilegios Reales (*d*); los juros, libranzas y situaciones que da el Rey, ó quien tiene facultad para darlas en su nombre contra sus tesoreros, cobradores, administradores y arrendadores de la Real hacienda (*e*); y en fin los pareceres conformes de los contadores (*f*).

3 La sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en juicio contradictorio con audiencia de los litigantes y consentida por éstos espresamente, ó con su tácita anuencia por no haber apelado de ella, ó no haber mejorado la apelacion, y declarándose ésta por desierta; no solo trae aparejada ejecucion en lo espreso sino tambien en lo que contiene tácitamente, aunque despues conste que es injusta (*g*).

4 Igualmente la trae la sentencia de los árbitros de derecho (que nada mas son que unos jueces delegados) y la de los arbitradores y componedores amigables, señálese ó no pena en el compromiso, y sean dos ó mas, ó uno solo en el compromisario, siendo dada en el término prefinido en él por los jueces electos y sobre lo comprometido, sin esceder ni faltar, presentándose con ella signada de escribano público el compromiso, y no habiéndose apelado ni pedido reduccion á alvedrío de buen varon: lo cual procede tambien en la del tercero en discordia (*h*). Y se debe ejecutar por el juez ordinario y no por ellos, puesto que carecen de jurisdiccion y solo tienen una mera no-

(*a*) Ley 5 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 119 tit. 18 P. 3, y 5 y 6 tit. 21 lib. 4 cit. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 1 y 2 tit. 21 lib. 4 ó 1 y 3 tit. 28 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 30, &c. y 32 tit. 18 P. 3. (*e*) Leyes 14 tit. 7 y 9 tit. 16 lib. 9 R. (*f*) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. ó ley 5 y nota 1 tit. 17 lib. 11 N. R. (*g*) Leyes 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 27 P. 3. (*h*) Leyes 4 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 tit. 17 lib. 11 N. R. y ult. tit. 4 P. 3 n. 3.

cion ó conocimiento, por lo que cuando estan entendiendo en algun negocio, si se ofreciese hacer prueba del territorio, han de acudir las partes al juez ordinario de él, para que libre á este efecto sus despachos; y si dentro de su jurisdiccion, para que se haga ante él. Asimismo la reduccion se ha de pedir ante el referido juez y dentro del termino prefinido para apelar, y no pidiéndose ni apelando pasa en autoridad de cosa juzgada.

5 Se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la sentencia sobre dote y alimentos en caso de ser pobre la parte á cuyo favor se dió (*), ó sobre jornales ó estipendios por paga de trabajo: la que consiste en pena de ordenanza y no escede de 10Ø maravedis (*a*): la dada sobre sepultar algun difunto, provee de tutor á los menores, y recoger frutos, cuando de diferir su recoleccion, puede seguirse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, á menos que sea notoriamente injusta (*b*). Lo mismo procede en la de los árbitros y arbitradores, dándose previamente las fianzas espresadas en la L. P. (*c*) aunque se pida reduccion ó alvedrio de buen varon, ó se intente otro recurso; y lo propio milita en las transacciones hechas ante escribano (*d*). Ademas, la de los árbitros, si se consiente ó no se contradice en el término legal que son 10 dias, se ha de ejecutar sin fianzas (*e*).

6 Tambien se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores, nómbrense por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiendosele notificado en persona nombrase por sí, no quiso hacerlo, dando primero la fianza prevenida en dicho cap. núm. 180 la parte que obtuvo la confirmacion (*f*), quien debe pedir ante todas cosas que se ejecute, que en su consecuencia se le aposesione y entreguen los bienes que se le aplican, y que hecho use la contraria de su derecho como le con-

(*) »Esto procede no solo en las (sentencias) que despues de un serio y maduro examen del juicio salen con el nombre de difinitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga, y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes, y por oficio del juez, y los estraños que los solicitan por vía de accion." Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 11 n. 60.

(*a*) Ley 6 tit. 18 lib. 4 R. ó 22 tit. 20 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 6 cit. (*c*) Cap. 19 n. 17. (*d*) Ley 4 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 tit. 17 lib. 11 N. R. (*e*) Leyes 28 y fin. tit. 4 P. 3. (*f*) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. ó ley 5 y nota 1 tit. 17 lib. 11 N. R.

venga formando artículo sobre ello. En los propios términos se ha de ejecutar el parecer del tercero en discordia de los contadores que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe ó conforme por el juez, en tres casos: el primero cuando le nombraron los mismos interesados, segun lo dispone la ley 24 tit. 2 lib. 4 R. cuyas son estas palabras: „Mandamos que en lo que se conformaren los contadores nombrados por las partes, siendo lo confirmado por sentencia del juez que de la causa conociere, la tal sentencia se egecute sin embargo de apelacion:„ mas no siéndolo por el juez ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarle, porque no hay contumacia y la ley no lo dice: el segundo, cuando en la comision para liquidar se mandó ejecutar el parecer unánime de los dos; y el tercero, cuando la parte que se siente agraviada, no apeló en tiempo ni forma. En los mismos términos se ha de ejecutar la sentencia favorable al fisco (*a*).

7 No trae aparejada ejecucion la sentencia dada contra el juez, para que restituya las costas y salarios que llevó, á menos que sea citado y oido, porque se da sin verdadero conocimiento de causa, y así no surte otro efecto que el de simple citacion (*b*); mas por las condenaciones que hubiere recibido sí, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria sin ser citado, segun se practica.

8 Tampoco la trae aparejada el mero mandato del juez, en que ordena á alguno que haga, dé ó pague á otro cierta cosa ó cantidad sin citarle ni oirle; pues por este defecto se convierte tambien en simple citacion (*c*), como se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 423. Si contiene causa justificativa, y el negocio es ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede ó no ejecutar; pero nunca he visto ejecutarle.

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la cual pide restitucion el que goza de este beneficio (*d*), si no es que parezca por conjeturas que la pretende con malicia; ni tampoco la traen aquellas de que se habló en el cap. 1 de este lib. nn. 439, &c. y 440 (*e*).

10 Trae aparejada ejecucion la confesion clara y pura ó simple que hace el deudor ante juez competente y escribano, ó ante éste en virtud de su mandato por escrito, de que esta debiendo en aquel acto

(*a*) Ley 13 tit. 23 P. 3 vers. Esso mismo decimos (*b*) Ley 20 tit. 2 lib. 3 R. ó 6 tit. 4 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 22. tit. 22 P. 3. (*d*) Ley 2 tit. 25 P. 3. (*e*) En órden á la ejecutoria dada por tribunal superior vease el cap. 1 n. 460 y su nota.

lo que se le pide (*a*); lo cual procede en cualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistintamente sin limitacion, y asi no debemos distinguir. Tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion que éste hizo; bien que siendo hecha en testamento la puede revocar, y entonces no surtirá ningun efecto. Por confesion clara se entiende, no solo cuando dice palmariamente que está debiendo lo que se le pide, sino tambien cuando espresa, *que cree deberlo*, pues la confesion de creencia le perjudica igualmente que la de certeza: o cuando dice, *que lo debe sobre poco mas ó menos*; y asi se despachará la ejecucion por el todo como espreso en el instrumento, y en los diez dias de la ley justificará la menor cuantía, si quisiere y no debiere mas. Pero si es ambigua, cualificada ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia ó plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion ó el plazo se cumpla, ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al ejecutante ó acreedor, aunque no lo solicite, para que en su vista pida la ejecucion, ó lo que le convenga, asi como en el juicio ordinario sin diferencia (*b*).

11 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, escepcione que el acreedor se la remitió, pagó ó prometió no pedírsela, se ha de despachar ejecucion contra él en virtud de confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la escepcion para impedir que se espida el mandamiento ejecutivo, porque debe probarla en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse éste, no se ha de admitir prueba ni dar término para ella, y asi se observa.

12 Remitiéndose el ejecutado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la ejecucion solamente por los que conste en éste como liquido; y lo mismo procede, cuando se remite á carta ó á otro papel que no tiene contradicion, en el cual se pide alguna cosa, por ser confesion geminada ó duplicada que tiene mayor eficacia para obligar.

13 La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion ejecutiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion; ni la hecha estrajudicialmente (*c*), ni la que se hace en

(*a*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Véase el cap. 1 de este lib. n. 254. (*c*) Leyes 4 y fin. tit. 13 P. 3.

pedimento presentado en juicio; pues ésta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante escribano de órden del juez, en cuya atencion el deudor ha de ratificarse bajo de él ante aquel, y de faltar éste tan esencial é indispensable requisito será nula la ejecucion que se despache: por manera que dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario la acepta, (*a*) y esto es lo que he visto practicar.

14 No produce accion ejecutiva la confesion que hace el testador en su última disposicion, de que es deudor de alguno, y debe ser demandado en via ordinaria; bien que por ella queda obligado en algunos casos; á saber, siendo jurado ó estando presente el sugeto, si éste la acepta antes que la revoque, ó cuando con ella concurren otros adminículos y conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo cual se deja al arbitrio del juez; ó cuando se hizo por modo de contrato, de suerte que se colige del ánimo del testador que se quiso obligar incontinenti, y el sugeto la aceptó antes de la revocacion; y fuera de estos cuatro casos se conceptúa legado que puede revocar como el testamento en que fue hecha. Tampoco se debe estar á la confesion que hace en los últimos instantes de su vida, y puede perjudicar á tercero, aunque sea con juramento, y para exoneracion de su conciencia por el estado en que se halla, si de otro modo no se prueba lo que dice en ella. Lo mismo procede en la que hace la madre diciendo que el hijo que ha parido, ó trae en el vientre, no es de su marido (*b*), por lo que no perjudica al primero, escepto que se acredite por otros medios: de suerte que el juramento daña al que le hace, y sus herederos deben observarle.

15 No trae aparejada ejecucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste presencie el juramento que debe precederla; pero si la que hace no teniendole (*c*).

16 No es ejecutiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha, aunque algunos dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumaz, siempre que se le cite para que la haga: ni la oscura, pues para que la traiga, ha de ser clara, espresa y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7 tit. 3 P. 3 »Otorgando de llano lo que demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe" de la 4

(*a*) Véase el cap. 1 de este lib. n. 245. (*b*) Ley 9 tit. 14 P. 3. (*c*) Ley 22 tit. 1 lib. 5 R. ó 17 tit. 1 lib. 10 N. R.

tit. 13 de la misma Partida. »E otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa ó cuantía ó fecho." Y de la 5 tit. 21 lib. 4 R. »O las confesiones claras, fechas ante el juez competente, traigan aparejada ejecucion:" ni la alternativa, como si dice, *que debe á Pedro, ó á Juan*, sino es que conste por ella á quien y lo que debe: ni tampoco otras confesiones semejantes; v. gr. cuando dice, que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor sin espresar de cuánto: en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y consintiéndole se le puede ejecutar por él, y no de otra suerte.

17 El juramento judicial decisorio del pleito que tambien se llama voluntario, trae aparejada ejecucion, porque es confesion verdadera hecha á presencia y con aprobacion del juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero el necesario ó supletorio no la trae aparejada, porque se manda hacer en defecto de bastante prueba, y asi puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen, lo cual no sucede en el otro (*a*), y es menester que recaiga sentencia, y se consienta ó ejecutorie, para que se pueda despachar en virtud de él la ejecucion.

18 Los vales ó papeles de obligacion, ya sean á favor de la persona determinada, ya digan solamente: *vale que pagaré á quien este me entregare*, &c. que llaman *vales ciegos*: las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad diciéndole en ellas *que le sirvan de resguardo*; é igualmente las letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas y demas papeles simples que la ley llama y comprende en el nombre de *conocimientos*, si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su juez competente y escribano, ó de su mandato por escrito ante éste solamente, ó acompañado de alguacil, traen aparejada ejecucion en cuanto á lo líquido confesado, tengan ó no fecha. Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que suscribe ó firma un papel, aprueba todo su contenido, y se reputa escrito por él; y aun cuando no los haya escrito ni firmado por no saber ó no poder, si los reconoce en la forma espuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre ó de su órden los escribió y firmó (*b*).

(*a*) Leyes 3 y 15 tit. 11 P. 3. (*b*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. 6 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R.

19 En órden á las letras de cambio aceptadas y reconocidas, para que su giro esté espedito, y se eviten dilaciones maliciosas, tergiversaciones y providencias arbitrarias acerca de su aceptacion y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fe en el comercio que la satisfaccion de su importe se haga pronta y esactamente, puesto que cada uno debe considerar antes las que libra, endosa y acepta; se espidió una pragmática á 2 de Junio de 1782, por la cual con derogacion de cualesquiera ordenanzas, estilos y costumbres contrarias se prescribe lo que deben practicar los jueces superiores é inferiores. He aquí sus palabras. »Por la cual declaro por via de regla y punto general que toda la letra aceptada sea ejecutiva como instrumento público, y en defecto de pago del aceptante la pague ejecutivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra; y en falta de éste el que la hubiere endosado antes hasta el que haya girado por su órden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones, ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer escusion, cuando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y difícil la paga por ocurrencia de acreedores ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demas obligados al pago." Asi pues, una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos ó caudal del endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva esta escepcion, como antes de dicha pragmática le servía para eximirse.

20 Si el deudor niega la deuda y tambien su firma, no se debe despachar ejecucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la estension de los papeles referidos, y los que los firmaron á su ruego ó firmaron de su órden, los reconozcan; porque la ley recopilada citada en el numero 16 exige que sean reconocidos por los mismos deudores, como evidencian estas palabras: *los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar*; y faltando esta circunstancia indispensable, aun cuando el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá esta convencion, ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la ejecucion, porque nadie puede inmutar la forma y solemnidad prescriptas por derecho, ni para proceder ejecutivamente basta el cotejo ó comprobacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque ésta á lo mas hace semiplena probanza, y aun

para la via ordinaria debe arreglarse el juez á lo que previenen las leyes 114, 117, 118 y 119, tit. 18 P. 3, esplicadas en el cap. 1 de este libro nn. 304 y 312; y asi como no basta para despachar la ejecucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel y se coteje en el término de los 10 dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate y reservar al ejecutado su derecho, para que hecho el pago bajo de fianza use de él en juicio ordinario. Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, aun cuando contestes digan que se los han visto firmar, reconozcan sus firmas y la del deudor, y testifique de la certidumbre del débito; ni prueba alguna por líquida que sea, la trae aparejada; porque esto es bueno solamente para que hagan fe en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente á la condenacion, mas no para despachar la ejecucion: todo lo cual tendrá presente el escribano y el juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los pueblos. Lo mismo debe observarse, cuando es contumaz, y no quiere reconocerlos, ó huye, como se ha sentado en el n. 16, pues asi lo practican los jurisperitos.

21 Escepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion y reconocimiento, como puede hacerlo y se le debe admitir, que no se le entregó la cantidad, ó cosa que se le pide, (pues la ley (*a*) no se limita al dinero, y se entiende á otras cosas, porque milita la misma razon) cuya escepcion llaman del dinero no entregado, si no han pasado los dos años que prefine dicha ley para oponerla, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, ó contraida la obligacion, no se debe despachar ejecucion en virtud de este reconocimiento, porque la cualidad ó escepcion propuesta es conjunta, individua ó inseparable de él, y por lo mismo no puede producir mérito en lo ejecutivo, aunque el vale se halle autorizado y corroborado con la solemnidad del juramento.

22 Pero si han corrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años sin oponerla ó pedir la vuelta del vale, ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio en dicho tiempo. Lo mismo procede, cuando confesó llanamente, y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta é inconexa de

(*a*) La 9, tit. 1 P. 5.

éste, y contra la confesion judicial pura no se admite escepcion que impida despachar la ejecucion: y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque le reconozca antes de los dos años; lo cual he visto declarado por el Consejo, pues ninguna ley 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 de la ley, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola 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, (para lo cual basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario espresar que declare, si debe o no la cantidad que consta en el vale, porque éste lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, esponiendo que está pagada, ó que no la contrajo, ú opone otra escepcion semejante, se ha de despachar la ejecucion sin embargo de la escepcion: porque del mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero ó cosa que se le pide, y quedado obligado á su solucion ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la escepcion; fuera de que el hallarse en poder del acreedor acredita que no se le satisfizo, ni éste se le remitió, pues de lo contrario le hubiera recogido, ó algun resguardo en que ésto constase; y asi debe justificar la escepcion en el término para enervar la intencion del acreedor. Y lo mismo se debe practicar, aunque escepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor, porque lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, y las cuentas exigen mas prolijo examen que la via ejecutiva; de manera que debe pagar y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24 Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminículos ni pruebas se puede despachar ejecucion contra él, no perjudica á los demas acreedores suyos que tengan escrituras públicas ú hipotecarias anteriores al reconocimiento de la privada, por lo que serán preferidos estos al quirografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume hecho con fraude y ánimo de privarlos de su derecho (a). Lo propio milita en su confesion hecha en los términos que el espresado reconocimiento.

(a) Ley 21, tit. 13 P. 5.

25 Lo mismo procede en la confesion del tutor contra su menor, en la del vasallo contra su señor, en la del procurador ó mandatario contra el mandante, á menos que el poder tenga cláusula especial para ello, en la del prelado contra su iglesia, en la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, escepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como se ha dicho en la I. P. (*a*) y en el lib. 1 de esta II. En la del padre que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica á los demas hijos; ó cuando afirma que debe á un estraño cierta cantidad, si todos estos no lo justifican en otros términos. Y en los dos casos del padre se tendra por legado respecto al estraño en lo que quepa en el quinto hasta en lo que alcance y quepa.

26 Cualquiera juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale ó conocimiento que hizo (*); mas por este acto no se radica el juicio, ni por él previene el juez, y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se le compela por el suyo propio á que persista en él.

27 El reconocimiento ó confesion estrajudicial no trae aparejada ejecucion, mas aprovecha para la vía ordinaria, si se prueba por testigos; y aunque segun una ley romana (*b*) debe estar firmado el judicial por la parte que le hace, para que en su virtud se pueda proceder, como nuestras leyes no previenen esto, basta la fe del escribano, si la parte no sabe escribir, ó dice que no sabe, para despachar la ejecucion, lo cual es corriente en la práctica (*).

28 Trae aparejada ejecucion el instrumento publico original otorgado ante escribano público ó notario real, ó numerario que hace fé por tener todos los requisitos legales esplicados en la I. P. cap. final, si está claro y no de modo que no se pueda entender su contesto: lo cual milita, aunque el sugeto á cuyo favor se formalizo, no esté presente, sea puro, condicional, ó á dia cierto del pago del dé-

(*a*) Cap. 22 n. 49.

(*) He aquí un absurdo manifiesto de los intérpretes; pero si se hubiesen de notar y demostrar todos sus errores, seria necesario escribir otros tantos libros como los que ellos publicaron, y de que estan atestados los estantes de muchos profesores.

(*b*) La 28, § fin cod. de Testam.

(*) En la tasacion de costas no se han de incluir las que haga el acreedor hasta conseguir el reconocimiento del deudor, siempre que en éste no haya mediado ya que impida el pago, pues el acreedor hace dichas costas para la legitimacion de su crédito.

bito, llegado el dia ó verificada la condicion, sin que el deudor necesite reconocerle como el papel simple. Pero es de advertir que aun cuando haga fe, por hallarse autorizado por escribano público, fiel y de buena fama, si es de aquellos de que éste no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y aquella en cuya virtud se pide la ejecucion, es segunda ó tercera, sacada del protocolo sin la solemnidad legal esplicada en el cit. c. fin. n 18, no se debe despachar y si se despacha es nula, porque el instrumento no la trae aparejada á causa de estar concedida solamente la virtud ejecutiva á la primera y únicapor el mero hecho de prohibirse al escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en todo. Lo mismo procede en el traslado, ó testimonio por concuerda sacado de la copia original; pues una cosa es que pruebe y haga fe en via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que le corrobore; y otra muy diversa el que tenga fuerza ejecutiva (*a*). Tambien e- de advertir que sin embargo de que todas las copias sacadas por el escribano que autorizó el protocolo, son originales, y hacen plena fe y prueba en la via ordinaria; y de que de aquellas de que por sí mismo sin decreto judicial ni citacion de parte no debe dar mas que una: esta sola es original, y la que trae aparejada la ejecucion, como se espuso en dicho cap. fin., no obstante, si se halla dada por concuerda con el protocolo ó con otra palabra equivalente; aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, y no subscripta por el propio escribano, como debe hacerlo, segun lo manda la ley 54 tit. 18 Part. 3 (*b*); no se tendrá en estos reinos de Castilla en que rige, por la original y primera que es la que tiene la virtud ejecutiva, ya porque la falta la subscripcion que por forma pone dicha ley diciendo, *debe*, cuya palabra denota necesidad y obligacion de hacer alguna cosa; y ya porque con omitir la subscripcion dá á entender que ha dado otra copia, y que por esto le pone el *concuerda*, aunque

(*a*) Leyes 1, 2 y 19, tit. 21 y 19, tit. 25, lib. 4 R. ó 13 y 12, tit. 28, lib. 11 y 2, tit. 14, lib. 2 N. R.

(*b*) »E quando todo esto oviere escrito, debe dejar un poco de espacio en la carta, é dende ayuso (*abajo*) facer y (*allí*) su signo é escribir y su nome en esta manera: Yo fulano, escribano público de tal lugar estaba delante, quando los que son escritos en esta carta, ficieron el pleito, ó la postura, ó la vendida, ó el cambio ó el testamento, ó otra cosa qualquier, asi coma dice en ella é por ruego é por mandado del los escrivi en esta carta publica é puse en ella mio signo, é escrivi mi nome."

le está prohibido dar por sí sin la espresada solemnidad mas que una de las de esta clase. Tendrá presente esto el escribano para no dejar de subscribirla, ni causar por su omision perjuicios al acreedor, pues he visto oponer tal escepcion contra una ejecucion y darse ésta por nula: y porque hay muy pocos que lo sepan; aunque sean legistas, á causa de no haberlo esplicado los AA. ni visto la ley; he tenido por indispensable prevenírselo á ellos y á los jueces para que no despachen ejecucion en su virtud, no estando subscripta.

29 Lo mismo procede en la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado éste puede ser reconvenido el prometedor, porque ya queda obligado, del mismo modo que si promete libertar á otro, se estima hecha la liberacion, le sirve de escepcion contra él la promesa, y puede oponerla, como si estuviera hecha (*). Pero se ha de tener presente que para poderse ejecutar el instrumento hecho ante escribano, ha de ser numerario, porque si pasó ante el Real, no se podrá, escepto que no le haya numerario en el pueblo en que se formalizó, ó si le hay, sea hecho con su consentimiento para su protocolo, ó en la corte y chancillerías, en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, aun habiéndolos numerarios (a); ó que sea instrumento concerniente a las comisiones para las que suelen disputarse los Reales: ó donde haya costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, aun cuando los haya numerarios; pues como la prohibicion se impuso por tres razones; esto es, porque los protocolos no se estraviasen ó perdiesen, respecto no tener los Reales oficios públicos en que archivarlos; porque los numerarios estan sujetos á servir al pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo cual no sucede a los Reales que son libres, y pueden usar ó no su oficio, y por esta sujecion y obligacion; y para que el pueblo esté bien servido, es justo no le defrauden sus derechos los que no tienen ninguna; y porque sufren varias cargas por razon de su oficio sin recompensa alguna; cesa la prohibicion por la costumbre, y por su tolerancia y

(*) Tambien trae aparejada ejecucion el instrumento condicional, luego que se cumpla la condicion, sea espresa, sea tácita, como la contenida en la promesa de dote; esto es, la de efectuarse el matrimonio; por lo que para pedir ejecutivamente el marido el cumplimiento de aquella necesita probar haberse celebrado el casamiento, á no ser este notorio, bien que si antes de cumplirse la condicion se despacha la ejecucion y el reo no apela, valdrá el proceso, siempre que se cumpla aquella en el discurso de este.

(a) Ley 1, tit. 25, lib. 4 R. y 7, tit. 23, lib. 10 N. R.

consentimiento. Tambien es de tener presente que aunque el escribano numerario haya hecho y autorizado el instrumento, si le hizo como persona y en forma privada sin signarle ó sellarle, no trae aparejada ejecucion, porque sin el signo no hace fe, mediante á que la ley inserta en el número precedente lo prescribe tambien por forma, mandando que ponga en él su signo, firma y suscripcion, y en el título que se espide á los escribanos, se dice: que siendo puesto en los instrumentos el signo que el Rey les da, (el cual se figura en el mismo título) hagan fe y prueba; de que se deduce por el contrario, que si falta el signo no la harán. Por tanto, los instrumentos que firman sin poner su signo algunos sugetos vanos y necios que tienen honores de secretarios del Rey, certificando haber pasado ante ellos, no serán ejecutivos, mayormente cuando los secretarios del Rey no tienen como tales facultad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les espida, como se practica, notaría de reinos.

30 Se puede proceder ejecutivamente en virtud de un instrumento otorgado fuera de estos reinos en pueblo donde no es ejecutivo, siempre que tenga los requisitos necesarios para serlo aquí, porque en todo lo concerniente al órden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se sigue, y no á el en donde se formalizó el contrato ó instrumento, aunque en lo sustancial de éste se debe mirar al en que se celebró.

31 Para evitar dudas sobre si el que autorizó el instrumento es ó no escribano, conviene que se compruebe ó legalice por dos ó tres "que den fe no solo de que lo es legal y fidedigno, sino tambien de que el signo y firma puestos en él son suyos y los que acostumbra hacer." Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es escribano fiel y legal*; porque puede serlo, y ser tambien suplantados el instrumento, signo y firma, como repetidas veces se ha visto, y se espuso en el cap. 1 de este lib. n. 300: lo cual tendrá presente el escribano así para entender las comprobaciones como para dar ó no crédito á instrumentos autorizados y legalizados por quienes no conoce.

32 Asimismo trae aparejada ejecucion el instrumento en lo que contiene tácitamente, siendo conjunto de lo que está espreso en él. Así, aunque en la obligacion dotal ó instrumento de la deuda no se hable de su restitucion ó paga, se tienen por espresas y se puede proceder ejecutivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion,

porque se ha por espresa, mayormente cuando es de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado.

33 Es igualmente ejecutivo el testamento solemne por la deuda, mejora, legado ó fideicomiso de cosa específica dejados en él, porque es instrumento público, y se estima por tal como hecho ante escribano; pero como discuerdan los AA. acerca de esto, convendrá prevenga el escribano al testador, mande en su testamento *que se pueda pedir ejecutivamente la cosa que lega en él*, en cuyo caso sacándose la cláusula con citacion del heredero, y presentándose testimoniada con cabeza y pie, ó si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero le reconozca judicialmente bajo de juramento, se puede proceder ejecutivamente contra él, y así se practica.

34 En órden al legado, si le deja el testador en su última enfermedad á su confesor, á su iglesia, convento, pariente ó deudo, lejos de poderse proceder ejecutivamente será nulo, y el escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio que le impone la real cédula de 18 de Agosto de 1771, cuyo tenor y el del auto acordado incluso en ella tengo por conveniente insertar.=Don Cárlos, &c. Sabed que por el auto acordado 3, tit. 10, lib. 5 de la nueva R. se dispone lo siguiente: »La ambicion humana ha llegado á corromper aun lo mas sagrado, pues muchos confesores olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es mas, á los que estan en artículo de muerte, á que les dejen sus herencias con título de fideicomiso, ó con el de distribuirlas en obras pías, ó aplicarlas á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pías; de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdiccion real y derechos de la real hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan, bastantemente enredadas, y sobre todo el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo. Y aunque para ocurrir á todo convendria prohibir absolutamente á los escribanos hacer escrituras en que directa ó indirectamente resulten interesados los confesores, ó les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor, ó en el de sus comunidades ó parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales escribanos, dando por nulos los instrumentos; y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes á hospitales y colegios de huérfanos, por ahora; teniendo presente haberse propuesto por los fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año de 1622 y haberse estimado la materia por de algunas dificul-

tades, atendida la unidad y libertad eclesiástica, para poner la mano regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso ó concordato pontificio; no obstante contrayendo la duda á lo particular de algun género de mandas, comprende el Consejo que las que hacen los fieles á 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 deja en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pias: y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religion, para escusar los frandes referidos, pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque el que le naciere de ella, ó de devocion, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, ó si mejorare de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia; y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos con seguridad en los medios de verle establecido y permanente, ya sea por concordato ó asenso pontificio, ó estatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que S. M. mirare mas bien dispuestas las cosas, y entretanto el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los casos particulares de que tenga noticia, castigando á los escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda, y zelando siempre sobre las justicias, para que le hagan guardar por los medios que esten prevenidos en las leyes de estos reinos." Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos espedientes que se han seguido en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dejando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del estado, de mi real hacienda y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, en consulta de 23 de setiembre del año próximo pasado me hizo presente el mi Consejo, habiendo oido antes á mis dos fiscales, lo preciso y conveniente que era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los tribunales, y se evitasen los descuidos y negligencias que pueda haber para su observancia; y conformando-

me con su dictámen, por mi real resolucion publicada y mandada cumplir en mi Consejo pleno en 23 de julio próximo pasado, entre otras cosas se acordó espedir esta mi cédula: por la cual, en atencion á los referidos egemplares antiguos y modernos que se han visto en el mi Consejo, disposiciones sujestivas, dolosas é involuntarias, y para evitar y precaver descuidos y estrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, os mando: que todos le cumplais segun su literal tenor, arreglándose á él en cualesquiera determinaciones que diereis sobre los casos de que trata, bajo las penas en él contenidas; imponiendo, como impongo, igual pena de privacion de oficio á los escribanos que otorgaren cualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se ejecutaren en contrario, que asi es mi voluntad &c Ademas, por otra real cédula de 13 de febrero de 1783 se impone la pena de 200 ducados y suspension de oficio por 2 años por la primera vez á los escribanos que autoricen semejantes testamentos, codicilos ó disposiciones, y asistan á los inventarios que hacen los parrocos cuando sus feligreses mueren intestados, ó disponen á favor de su alma; y por la segunda vez doble multa y privacion de oficio, como tambien á los testigos que intervinieren en dichas disposiciones, 20 ducados á cada uno.

35 Trae tambien aparejada ejecucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa, asi en cuanto á esto pudiendo cumplirlo, como en cuanto á la estimacion ó interés cierto ó falta de cumplimiento, con tal que se haya pactado el instrumento; y proceda en este caso su liquidacion. Y aunque el obligado tiene la alternativa de cumplir lo prometido ó pagar el interés (*), puede no obstante ser compelido al cumplimiento en siete casos: el primero cuando lo que ofrecio se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurra en él: el segundo, cuando la ley le impone la obligacion de ejecutarlo: el tercero, cuando cede en beneficio de la republica, como el usar algun oficio ó arte: el cuarto, cuando el testador manda á su heredero ó legatario que lo haga á favor de ella: el quinto, cuando es sobre accion real, como la entrega de alguna cosa: el sesto, cuando el pro-

(*) Como segun nuestro derecho queda obligado cualquiera, de cualquier modo que quiso obligarse, quien prometa hacer alguna cosa, deberá á mi entender cumplirlo en todo caso y ser apremiado á ello, siempre que sea posible el hecho prometido y convenga al estipulante. Los interpretes apoyan dicha alternativa, no en las leyes patrias, sino en las romanas fundada o infundadamente.

metedor juró hacerlo; y el séptimo, cuando lo prometió en instrumento público. Asimismo si recayó sentencia, por la cual se le condenó á su ejecucion, no cumple con pagar el interés segun la ley 5 tit. 27 part. 3 que dice: »Y si la sentencia fuese dada contra algun demandado en razon de alguna cosa que deviesse facer dévelo apremiar que la faga assi como fue puesto, ó lo prometió."

36 No trae aparejada ejecucion el instrumento novado, porque con la novacion se acaba la obligacion primera y se constituye otra nueva; se transfiere aquella en ésta, y se desvanece por el segundo contrato el vigor del primero, y de consiguiente el derecho de pedir ejecutivamente en su virtud. De la novacion y delegacion se habla en los nn. 100 y sig.

37 Asimismo no la trae aparejada el instrumento de arrendamiento por el tácito del año sucesivo á el en que espiró el espreso, pues sin embargo de que segun la ley (*a*) por el hecho de retener la heredad el arrendador tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento es visto que quiere tenerla por un año mas con las condiciones, hipotecas, aprecio y seguridades anteriores, por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador sino renueva la fianza y obligacion, como se dijo en la I. P. (*b*), no se comprende en aquel para el efecto de ser ejecutivo, escepto que se pacte en él, y proceda liquidacion y confesion llana del débito; por lo que en los contratos de arrendamiento conviene se ponga la condicion: »de que por el año ó años mas que el arrendador permanezca en el arrendamiento ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados espresamente, y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos sin ser necesario hacer prévia liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él sin diferencia en cosa alguna."

58 Tampoco la trae aparejada, ni hace prueba el instrumento público ó privado que se remite á otro, sin que conste primero de éste, sea por estar inserto en él, como debe estarlo, ó por manifestarse separado; en cuya atencion deben presentarse ambos, y siendo privados reconocerse por el deudor, ó no presentandose, dar traslado liso y llano á éste el juez, ó un mandato de pagar para que dentro de tercero dia esponga lo que convenga, y no despachar la

(*a*) La 20 tit. 8 P. 5. (*b*) Cap. 19 n. 27.

ejecucion, porque será nula, ó denegar al acreedor lo que pretenda, mandándole pida conforme á derecho. Mas esto se entiende cuando el referente nada dispone, ó es condicional la remision, porque si es causal ó el referente por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba y se puede ejecutar en su virtud, como sucede en el en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque éste no se exhiba en la sentencia, pues la dada en otro juicio perjudica al fiador, para que se proceda contra él ejecutivamente sin nuevo proceso: en la obligacion que se hace por la cosa vendida remitiéndose á la venta: en el reconocimiento de censo, sea enfitéutico, consignativo ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion, especialmente si en ésta se pactó asi, y en otros casos semejantes. Y es de notar, que si la cosa debida pereció por culpa del deudor, se puede proceder ejecutivamente contra él por su importe en virtud de instrumento público.

39 No es ejecutiva la escritura de obligacion en que hay intereses y falta el juramento de su importe que deben hacer acreedor y deudor, como lo declara espresamente el cap. 16 del auto acordado 16 tit. 21 lib. 5 Recop. cuyo literal tenor es el siguiente: »Por cuanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado á daño, ó retardado, y es justo que moderándose el precio de todas las cosas se reforme al mismo tiempo este esceso: ordenamos y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy que estuvieren por pagar, y los que de aqui adelante corrieren por cualesquiera contratos, obligaciones ó negocios en que conforme á derecho se puedan pedir ó llevar intereses, aunque sean tocantes á mi real hacienda ó por mí aprobados, no puedan pasar ni escedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respecto, sin embargo de cualesquiera pactos ó contratos que haya hechos, ó se hicieren, los cuales anulamos y prohibimos como injustos y usurarios, y so las penas impuestas por derecho contra ellos sin que se puedan sustentar ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ó lucro cesante, ni con otro algun pretesto, aunque sea en nombre de cambio; y revocamos la ley 9 tit. 18, lib. 5 de la Recop. y las demas leyes, órdenes y cédulas nuestras, y cualesquiera usos ó costumbres que uviere avido en contrario, ú uviere de aqui adelante. Y para escluir las obligaciones simuladas que se pueden ha-

cer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal, mandamos que el deudor al tiempo que otorgare cualquier escritura ó cédula en que se obligue á pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento si hay intereses, y lo que montan, y el escribano dé fe de tal juramento; y el acreedor para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor haga el mismo juramento; y sin lo uno y lo otro no se puede ejecutar ningun instrumento ó cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las justicias en ningun tribunal ni juicio ó fuera de él, ni haga fe ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones ó contratos que se hicieren ó celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma los declaramos por nulos, como si no se hubiesen hecho ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios y logreros conforme á derecho."

40 No es tampoco ejecutiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse, ni la que constituyen los hijos de familia de pagar cuando se casen, hereden á sus padres ó sucedan en algun mayorazgo ó en otros tiempos inciertos, á menos que lo permitan sus padres; ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que le tiene en el estudio, ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido; de todo lo cual, como tambien de la inteligencia de la ley 65 de Toro, y dentro de qué termino se ha de pedir la ejecucion por obligacion personal y réditos de censo, se trató estensamente en la I. P. (*a*). Y es de advertir á los escribanos que les está prohibido autorizar escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de cualquiera especie que sean, bajo las penas que á unos y otros impone la real cédula de 10 de setiembre de 1784 que dice: "Don Carlos &c. Por lo cual mando subsista en su vigor y rigorosa observancia la ley del reino cuarta, título once, libro quinto de la Recopilacion, que previene, que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías se ponga y declare la mercadería que se vende, por menudo y estenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se da por ello; y que para evitar

(*a*) Cap. 26 y cap. 28, nn. 16 &c. y 20, 33 y 51.

fraudes todos los escribanos ante quien pasaren los tales contratos, lo hagan y cumplan así. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader o de otra clase pueda dar ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de cualquier especie que sean: ni los escribanos otorguen escritura alguna sobre tales contratos, so pena de suspension de oficio por dos años al escribano que las otorgare, y de perder la cantidad dada así á préstamo, aplicada por terceras partes á juez, cámara y denunciador; bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario y de difícil prueba, teniendo el juez ó jueces ordinarios que conocieren de tales contratos, particular atencion á que si la persona que hubiere tomado á préstamo en mercaderías solas, ó junto con dinero, acostumbrare á ejecutar tales contratos malversando sus bienes y patrimonio, con justificacion correspondiente se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarreglo, con espresa derogacion de todo fuero privilegiado en cualquiera de los contrayentes en la forma que se espresa en otra cédula que se espide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios y alquileres de casas; entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen practicarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegacion mercantil, y especialmente para la de Indias." Asimismo en los artículos 4 y 5 de la real cédula prohibitiva de la reventa, estanco y monopolio de granos, espedida en esta corte á 16 de julio de 1790, se manda lo siguiente: Artículo 4. »El Sr. D. Felipe cuarto, mi glorioso progenitor, por su real pragmática que forma la ley 14 tit. 25 lib. 5 de la Rec. estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado ni vendido, reservando el vendedor ó el que le prestó en sí la eleccion de cobrarlo en la misma especie ó en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar; pero como aquella disposicion es limitada á los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del reino, deseando mi paternal amor logren de aquel beneficio todos mis vasallos, no solo renuevo para los referidos adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno se estienda con generalidad á todas las provincias de estos reinos y señoríos; y el tenor de la citada ley es como se sigue: =»Ordenamos y mandamos que agora y de aquí adelante en

todas las ciudades; villas y lugares de los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon, las personas que vendieren trigo, cebada, centeno y otras semillas fiado, no pueden reservar en sí la eleccion de cobrarlo en dinero ó en pan, sino que si el contrato fuere emprestido, la restitucion aya de ser y sea en el mismo género, y si fuere venta, la paga aya de ser en dinero, sin que el comprador quede obligado á darlo en otra especie, y habiendo de aver leccion, ésta aya de ser del comprador; y que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno ni otras semillas á pagarlo á mayores valias de los mercados, probadas por testimonio sacado por el vendedor, ó por otra persona sin citacion del comprador, sino que el precio aya de ser ni el mayor ni el menor, sino el mediano que valiere en los cuatro mercados continuos del mes ó meses que se señalaren por las partes; y para que se sepa el dicho precio y valias, mandamos que las justicias de las dichas ciudades, villas y lugares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el escribano de ayuntamiento, aviendo precedido informacion necesaria de ello, dejen declarado las dichas valias, y el escribano lo tenga de manifiesto para dar certificacion de ello, por las cuales se ha de estar y esté; y el precio mediano que resultare de los dichos cuatro mercados, sea al que los compradores tengan obligacion y no mas; y las obligaciones y contratos que de otra manera se hicieren no valgan, y se reduzcan á lo que por esta nuestra se ordena y manda, sopena que el vendedor que contraviniere á lo susodicho, tenga perdido el pan que vendiere, ó valor aplicado por tercias partes, cámara, juez y denunciador, y los escribanos no reciban las obligaciones, ni las corrijan contra lo que aquí se dispone, sopena de cuatro años de suspension de oficio y de cincuenta mil maravedís aplicados en la dicha forma = Artículo 5. »Consecuente á la referida disposicion, y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los labradores cosecheros que entre año toman dinero ó generos apreciados de mercaderes u otras personas para sostener su labranza, y se ven precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes ó prestadores: declaro deber quedar reducida la accion de estos á percibir sus creditos en dinero con la prorata del interes al seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorata de los meses que huvieren corrido, bajo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los labradores, aunque sea en contrato ó convenciones privadas, lo prevenido en esta disposicion,

y de que escribano alguno pueda, pena de suspension de oficio, estender escritura opuesta á esta ley y disposicion, haciéndolo asi observar los jueces en los pleitos é instancias que vieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes ó prestadores que usaren estos medios reprobados."

41 El instrumento liquido ó liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en forma legal, sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños, ó de otra cualquiera clase de deuda, trae aparejada ejecucion, mas no, si no está líquido, y asi no se debe proceder ejecutivamente en su virtud hasta que se liquide (*). Si comprende cantidad cierta de trigo, vino, aceite ú otra especie semejante, puede despacharse ejecucion por la cuota de la especie antes que se liquide el valor de ésta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito: si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella, y no antes; y si ofreciendo darla con pago se le ejecutare primero que la dé, será nula la ejecucion, y podrá impedir su progreso esta escepcion, si la opone: y si es de compañía, tendrá lugar la ejecucion, liquidadas que sean las de ésta, á menos que se haya pactado en la escritura que por el capital se pueda ejecutar antes de liquidarse, luego que se disuelva, pues entonces habrá lugar por él la ejecucion, porque es líquido.

42 Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente sin necesidad de hacer liquidacion, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, como que se permite llevarlos, y se dan para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura.

43 Pidiéndose ejecucion en virtud de un instrumento por lo líquido y no líquido, debe despacharse por aquello; aunque el deudor ofrezca, deposite ó dé fianza por todo el débito, porque la ejecucion de lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, ni se impide sino con la paga; y el depósito y fianza no son paga: escepto

(*) Esto es opinable, aunque la sentencia de Febrero siguiendo á otros muchos AA. es la mas corriente. Pero si con efecto se despacha la ejecucion por lo no liquido, y el ejecutado no apela, se ha de continuar: de manera que no haciéndose la liquidacion en el curso de la ejecucion, y sentenciándose la causa de remate, si se interpone apelacion en este estado por haberse despachado la ejecucion por lo no liquido no debe revocarse la sentencia,

que lo líquido y lo no líquido estén de tal suerte unidos que por la parte no líquida se reduzca á no líquida toda la cantidad, en cuyo caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder ejecutivamente, como cuando el deudor recibe prestada cierta cantidad de dinero, á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dándole poder para administrarlos, y las está cobrando algunos años; pues entonces, aunque en la escritura se espresa cantidad líquida, como lo no líquido percibido de las rentas del deudor, la hace no líquida por ignorarse cuánto es lo cobrado, no se debe despachar ejecucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide y apruebe lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está, para evitar el deudor que se continue para ello la ejecucion, lo que debe hacer, es consignarlo y consentir se entregue al acreedor, ofreciendó pagar lo que se liquidare de lo que no está líquido, luego que se liquide, con lo cual cesa la ejecucion.

44 Para que el instrumento no liquidado la traiga aparejada, se requiere una de dos cosas; ó estimacion cierta de la cantidad, daños, espensas ó intereses segun la costumbre indubitada del pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se espresó su importe; ó que el obligado la defiera en el juramento y declaracion del actor, en cuyo caso si la regulacion del que jura fuere escesiva, y lo espusiere asi el reo, se ha de reducir por el juez á lo justo en la forma esplicada en el cap. 1 de este lib. n. 98, y por esto ejecutarse.

45 Se puede hacer la liquidacion del instrumento no líquido por escrituras, probanza de testigos, contadores, ó juramento decisorio, ó en el pleito, siendo pedido, segun lo exija la cosa que se controvierte, con audiencia de las partes y conocimiento sumario; y por lo que el juez declarare, y se liquidare y aprobaren aquellas, se ha de despachar la ejecucion. Y si se hace la liquidacion por testigos ó árbitros, y discuerdan en la cantidad, ha de regular el juez á su arbitrio la que le parezca mas justa y moderada, y por su importe ha de despacharse tambien la ejecucion sin embargo de apelacion.

46 Aunque la liquidacion se haga á presencia de escribano y de las partes, preceda para ella auto dado á instancia de la una, y ambas la firmen, debe reconocerla y confesarla despues, ó ratificarse en ella bajo de juramento la que resulte alcanzada, y sin esta dili-

gencia no ha de despacharse ejecucion por el alcance, á causa de faltar el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el juez y escribano, ó ante éste de su órden, en cuya atencion se tendrá por instrumento privado y servirá únicamente para la via ordinaria; pues la ley no permite que la liquidacion sea ejecutiva sin aquel, ni el escribano le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de éste, ni la corrobora con el signo ó carácter Real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo cual he visto observar á los jueces literatos como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico: por lo que si alguno pide ejecucion en virtud de esta liquidacion, debe proveer el juez: »No ha lugar por ahora á la ejecucion que esta parte pretende: pida conforme á derecho:" es decir; pretenda el reconocimiento y ratificacion primero, y hecha llanamente, pida la ejecucion y se despachará.

47 En cuanto á las cuentas estrajudiciales formadas por las partes ó alguna de ellas, ó por los contadores que nombran, sean de administraciones, gastos de pleitos, ó de otras cosas ó negocios, es preciso distinguir. Si un administrador ó encargado de negocios las da sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, (pues hay ciertos negocios en que se hacen gastos secretos, de los que no se puede sacar ni se debe pedir recibo sino estar á la asercion y buena fe del comisionado, ó no haberse fiado de él; y hay otros tambien como gastos en pleitos y otras menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que ha de estarse á la relacion jurada y puntual del que da la cuenta hasta que se pruebe lo contrario) se ha de pretender para abreviar que las reconozca éste, y presente los documentos justificativos de la data; y que en virtud del reconocimiento, produzcalos ó no en el término prefinido, el escribano liquide con citacion suya ante todas cosas las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion y pase en autoridad de cosa juzgada; y aprobada debe pedir que por lo que no resulte documentado, se espida mandamiento de ejecucion contra él como alcance liquido, saque ó no en la cuenta alguna contra sí: porque el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto é indubitado como corroborado con juramento que es segunda confesion, y á la data ó partidas que debiendo estar documentadas, no lo estan, no se debe dar crédito, á causa de faltarles

la justificacion que las debe acompañar, de suerte que queda líquido en su importe el cargo, por ser lo mismo que sino las datara. Asi pues, no dudándose de éste por la confesion ó reconocimiento jurado y la liquidacion, no estando justificada la data como debe, y habiendo sido contumaz el reo en no haber querido producir los documentos sin embargo de habérsele mandado; se ha de despachar la ejecucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume puesto con el único fin de cubrir el cargo, y asi no merece aprecio. De nada sirve alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data, pues ademas de que el de ésta como hecho á su favor no le aprovecha, no es individuo é inseparable, aunque hecho juntamente ó á un propio tiempo, lo cual es muy diverso; por manera que no hace no líquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber lo uno sin la otra, ó ésta sin aquel cuando todo se suplió y nada se percibió, y la data no justificada cuando debe estarlo, no es data legítima sino suposicion de partidas para cubrir el cargo. Pero si el administrador documenta su cuenta y la jura, no se debe despachar la ejecucion, aun cuando la reconozca, á pretesto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion; porque éstos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos, mientras no se acredite la suplantacion y falsedad, y sobre ésta como que exige discusion y exámen mas prolixo, debe ser oido en via ordinaria. Si las cuentas se aprueban y reconocen en juicio con la solemnidad, legal, y quien resulta alcanzado consiente el alcance, traen aparejada ejecucion, pero si falta este requisito, no son ejecutivas, aun en el caso de que el que las formó por órden de los interesados, sea inteligente, timorato y fidedigno, y de que jure que son verídicas; por lo que se han de liquidar, examinar y deshacer primero los agravios ó reparos que contengan, hasta que queden purificadas: lo cual parece debe proceder, aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diere su administrador ó apoderado, y á satisfacerle el alcance que saque en ella á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion suene que aprueba la cuenta, que confiesa por líquido el alcance, y que en caso de contener agravios le remite su importe; como pueden estar erradas, y ser escesivas ó dolosas algunas de sus partidas; como el error quita el consentimiento, lo escesivo se debe reducir á lo justo, el dolo futuro no se puede remitir ni renunciar por

pacto, la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada y no sobre la futura que no tiene existencia, la confesion ha de ser de lo que no admite duda la ejecucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno, el juramento no es decisorio del pleito, por no concurrir para hacerle las circunstancias que prescribe el derecho, y la obligacion solo induce una mera confianza del dueño sin escluir el dolo ni error que el administrador abusando de ella puede cometer; no se debe despachar la ejecucion hasta que se liquide y purifique: en cuya atencion lo que creo debe hacerse en este caso, es dar mandato de pagar contra el dueño, conminándole en la tercera providencia con la ejecucion, y si no obstante es contumaz y no acude á pedir los autos, despacharlas; mas acudiendo se le deben entregar y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta. Pero si el dueño se obligó bajo de juramento á pagar á su administrador el alcance referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese ejecutivamente contra él sin otro requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la ejecucion, porque el juramento ha de observarse siempre que se pueda, y hecho el pago bajo de fianza usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque con el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo ni error ignorados, mientras no lo esprese clara y especificamente. Este es mi parecer en estos casos que no he visto asi tratados en ningun autor. Y finalmente si un administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y éste pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe resistirlo, porque con allanarse se perjudica en la accion ejecutiva que por la aprobacion siendo reconocida puede intentar por el alcance líquido, y asi las dará solamente del tiempo anterior, pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes y en su virtud la ejecucion, y el deudor justificará sus escepciones en los diez dias, ó sino las justifica, pagará reservándosele su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza, como le convenga, sobre todas las cuentas, hecho el pago de lo líquido, aprobado y reconocido (*).

(*) Si alguno solicita que otro le dé cuentas teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el juez, y para hacerlas cada interesado nombra contador, ó el juez en defecto del que no le nombrare, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores precediendo su juramento hacen las cuentas y las presentan al juez, quien da traslado de ellas á las partes para que las vean

48 Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa y en los que sienta lo que dice le estan debiendo varias personas, no deben ser creidos en éstos (*a*), porque la confesion que hace en los libros es contra tercero, y ésta no vale, como se ha sentado en el n. 14. Si las cuentas son de bienes del Rey, iglesia ó concejo y sus repartimientos, y se dan en juicio, se han de ejecutar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta y aprobándolas el juez, no en otros términos (*b*).

49 No se debe proceder ejecutivamente contra el obligado á dar cuentas antes que las dé, aunque se advierta y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida, y cierta; mas por los bienes que constan inventariados y por el capital puesto en la compañía bien se puede despachar la ejecucion, pactándose asi en instrumento público, porque como indubitados no se les puede poner el reparo de no líquidos y errados (*). Y una vez dadas las cuentas no se deben volver á pedir al que las dió, escepto que por él haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso especificandolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas. Tambien es de advertir, que quien pide por todo lo que contiene el li-

y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que pasado las aprobará y mandará ejecutar. Sino las adicionan en dicho término, las aprueba el juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance, y sino se hace, se despacha por éste la ejecucion no obstante cualquiera apelacion ó contradiccion. Mas si las cuentas se adicionan en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el juez confirmando o revocando las cuentas, segun le parezca justo: de cuya sentencia ha lugar á apelacion, escepto en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes; si lo confirma el juez, trae aparejada ejecucion y ha de ejecutarse sin embargo de apelacion, dándose fianzas de volver lo que se recibiere en caso de revocarse, con frutos y segun se mandare. Esta es doctrina de Evia Bolaños que cita en comprobacion de ella la ley 14 tit. 21 lib. 3 R ó nota tit. 31 lib. 11 N. R.

(*a*) Asi lo dispone la ley fin. tit. 18 P. 3. »Por ende decimos, que si fallaren en algun cuaderno de algun home finado que le deve dar, o facer otro alguna cosa, que tal escritura como esta non deve ser creida, nin face prueva, maguer pareciesse buen home aquel, que lo ficiesse escrivir, é oviesse jurado que era verdadera." (*b*) Ley 22, tit. 6, lib. 3 R. ó 6, tit 17, lib. 7, N. R.

(*) Por tanto, puede despacharse ejecucion contra el tutor ó curador por los bienes del pupilo ó menor puesto en el inventario, y los pupilos y menores podrán pedir sus bienes raices antes de hacerse la cuenta final. Pero antes de dar las cuentas no puede ser reconvenido el tutor sino en via ordinaria hasta que haya cosa liquida porque aun respecto de lo que conste se le entrego por inventario, puede escepcionar venta ú otro contrato que fuese util al menor.

bro debe estar no solo por las partidas que consta haber recibido el ejecutado, sino tambien por las que éste tenga adaptadas como entregadas al ejecutante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del ejecutado no se puede dividir.

50 Los reseriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales que no ceden en perjuicio de tercero ni del público, ni han sido obtenidos con el vicio de obrepcion ó subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural, ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada ejecucion (*a*); pero si ceden en detrimento de tercero, se han de ejecutar solamente despues que se le oiga y provea sobre ello, y no de otra suerte aunque contengan cláusulas derogatorias. (*b*). Y si son contra derecho positivo, contiene cláusulas especialmente derogatorias de éste y se espidieron con la de *motu propio*, *cierta ciencia y poderío real y absoluto*, se deben ejecutar; mas no, careciendo de ellos (*c*) (*).

51 No vale el reseripto dado contra otro, á menos que en aquel se haga mencion especifica de éste derogándole, ó que no se le oponga la escepcion de no mencionarse en él el primero (*d*); y si éste contiene cláusulas derogatorias de los subsecuentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que se le concedió por él, es ineficaz el segundo careciendo de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga, porque el Soberano á nadie quiere privar sin causa del derecho adquirido, sino antes bien dejar indemne el de la primera concesion. Tampoco vale ni hace fe el espedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se espidió, porque se presume falso (*e*); ni el obtenido por el escomulgado (*f*), ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia (*g*) (*).

(*a*) Leyes 2, 9, ó 2, 3, 4, 5 y 9, tit. 4, lib. 3 N. R. 20, 29, 30, 31, 36, &c. y 39, tit. 18, P. 3, y 1, 2, 3, 4 y7, tit. 14, y 2 y 7, tit. 23, lib. 4 R. ó 2, tit. 18 y 4 tit. 33, lib. 5 N. R. (*b*) Dichas leyes 20, tit. 18, 2, 3 y 4, tit. 14, y 2 y 7, tit. 23, lib. 4 R. (*c*) Leyes del tit. 14, lib. 4 cit.

(*) No es de presumir que el Soberano quiere abrogar ó derogar las leyes con un rescripto, sino es que lo esprese en éste.

(*d*) Cap. 3 de Reseript. Clement. 2 de Sepult. Ley 36, tit. 18, P. 3.

(*e*) Ley 4, tit. 20, P. 3. (*f*) Cap. 1 de Recriptis in 6 y ley 38, tit. 18, P. 3.

(*g*) Ley 39, tit. 18, P. 3.

(*) Cuando la Cámara concede rescripto, gracia ó privilegio sin conocimiento alguno y en perjuicio de tercero, pide á instancia de éste los papeles la Sala de justicia del Consejo, donde se reveen con pleno conocimiento de causa y citacion de las partes, y justificado el perjuicio por los mismos privi-

52 Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey, ó por los ministros á quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de la Real Hacienda, traen aparejada ejecucion (*a*); como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, y no en otra forma (*b*), y si no las pagan dentro del tercer dia siguiente al requerimiento que se les haga á este efecto, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y devenguen (*c*).

53 Y últimamente tambien la traen aparejada los tributos públicos y reales (*d*), y los diezmos y primicias de la iglesia, cuando por instrumento ejecutivo cònsta estarse debiendo, pues no constando se ha de proceder contra los deudores breve y sumariamente atendida solamente la verdad (*e*).

§. II.

Quien puede pedir ejecucion y ser ejecutado: cuántas clases hay de bienes, y en cuáles se puede ó no trabajar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva.

54 En virtud de cualquiera de los documentos espresados en el §. anterior que traen aparejada ejecucion, puede pedirla toda persona á quien por derecho se permite comparecer en juicio, esté ó no nombrado en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interes y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despacharla. Asi el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios (*f*), porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él dando la fianza espresada en la I. P. (*g*) como tambien el marido por la dote que se le prometió y no entregó, sea constante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya

legios ú otros instrumentos, se retienen para que no use de ellos el privilegiado: si éste se halla en posesion, se revoca el privilegio, y sino se justifica un verdadero perjuicio, se remite la gracia á la Cámara para que tenga efecto. Asi se practica con arreglo á la ley 11. tit. 4, lib. 2 R.

(*a*) Ley 14, tit. 16, lib. 9, R. (*b*) Ley 9, tit. y lib. cit. (*c*) Ley 24, sig. (*d*) El tit. 14, lib. 6, el 6 lib. 7 y el 7 lib. 9 R. (*e*) Ley 5, tit. 7, lib. 9 R. (*f*) Ley 2, tit. 32, P. 3 y ley 6, tit. 10. P. 5. (*g*) Cap. 32, n. 11.

en virtud de la responsabilidad y restitucion á que se obligó (*a*), y asimismo por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su muger: mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

55 El heredero del acreedor justificando serlo por lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir ejecucion contra el deudor de éste, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, sino es que tenga poder ó cesion de los coherederos antes de la litis, ó que pendiente ésta se le den ratificando lo que actuó; mas para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta, el testamentario universal, á quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones que aquel tenia (*b*); y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero (*).

56 Puede pedir ejecucion el fiador contra el deudor principal, por lo que pagó por él voluntariamente; ó apremiado despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, tenga ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad; pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra él la accion de mandato que le compete por haber hecho su negocio (*c*), para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria, á causa de no estar obligado á su favor ejecutivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada la ejecucion; bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa.

57 Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion

(*a*) Leyes 1 y 7, tit. 11, P. 4. (*b*) Leyes 2 y 4, tit. 10, P. 6.

(*) Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero sino tiene tal instrumento se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la herencia y probarse el crédito.

(*c*) Leyes 11, 16 y 21, tit. 12, P. 5.

al fiador contra los confiadores, ni al mancomunado contra los compañeros, ya se formalice con fe de entrega del dinero, ya con confesion de su anterior recibo y renuncia de la escepcion del dinero no entregado, porque basta que en el lasto confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los confiadores, puesto que ninguna ley manda que intervenga la fe de entrega, ni por intervenir la invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones (*), y para que los fiadores y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho que reusando el acreedor darles el lasto no tenga accion á exigir de ellos su débito, y que esta escepcion obste el percibo hasta que se le dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mandato ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo el suyo y no el de estos. Si renuncian la escepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos á prorata, ó por el todo á uno solo, y pagándole éste quedan libres los consocios; y si contrajeron fianza u obligacion por ciertas y determinadas cantidades; v. gr. el uno por 20 y el otro por 40, &c. y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no estan obligados sus consocios á pagar la parte de éste; pero si se contrajo simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos, porque es visto haberse obligado así y tomado á su cargo la insolvencia del consocio.

58 Disuelto el matrimonio puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió, y por las arras que le prometió, contra sus herederos; como asimismo por la que se le ofreció y no entregó á su marido, contra el ofrecedor. Lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division y adjudicacion, porque le toca por derecho, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor sino al de su marido.

59 El procurador ó apoderado, tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su virtud (*a*); mas no cobrar la deuda, sin que en él ó en otro conste de esta facultad, y si solo pretende se asegure, hasta que su dueño acuda á su cobro (*b*). Tampoco puede pedir la ejecucion de cosa juzgada, sino tiene poder especial para ello, ó el general carece de esta especiali-

(*) No es necesario en este caso que conste de la verdadera entrega, porque la cesion no es sospechosa.

(*a*) Ley 7 tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 9 tit. 9 P. 7.

dad, por lo que en los poderes para pleitos conviene poner la cláusula: »de que defienda el poderdante hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, sin que para seguirla necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para cuanto intente en su utilidad."

60 La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa* y otra *extinctiva* ó *abdicativa*. La primera es aquella, por la que el cedente abdica y se priva del derecho que tiene transfiriéndole en el sugeto, á cuyo favor hace la cesion. Y la segunda es por la que se estingue el derecho de quien la hace sin traspasarle en otra persona, de suerte que es una privacion y renuncia mas bien que cesion, de lo cual se trata mas latamente en la I. P. cap. 7 y 23. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del cesionario, y se conocerá á la del cual de los dos se hace, atendiendo á quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de éste pertenece principalmente; bien que á veces suele efectuarse por utilidad del cedente y con riesgo del cesionario, y al contrario. En este supuesto digo, que si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, puede éste, aunque sea despues de hecha, transigir el débito, confesar su paga, liberar de él al deudor, ó parecer en juicio y exigirle de él ejecutiva ú ordinariamente. Y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario no conservando ningun derecho el cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practicáre, podrá repelérsele por la escepcion de cesion de acciones que es legítima y como tal admisible.

61 Asi como el cedente puede pedir ejecucion por lo que se le debe, aun despues de hecha la cesion, asi tambien el cesionario por el importe de lo que le ha cedido, ya sea en virtud de donacion, ya en la de venta, aunque no podrá pedir mas de lo que dió al cedente. Pero es de advertir que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder; y asi cuando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho el pago, sino que se hará. Tambien es de advertir que para pedir ejecucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla cuando la pide, con el documento del débito; y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro

papel simple, no solo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, porque puede haber substraido otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso, ni por consiguiente ser parte legítima para repetir contra el deudor; y si se le opone esta escepcion, se enervará la ejecucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya espedido. Sobre si es ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que se le hizo, hay variedad de opiniones; pero en mi concepto no tiene obligacion de liquidar antes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea ó no justa, gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar cuando se le demande en su virtud pasado el plazo, á lo cual puede ser compelido por el cedente ó legítimo cesionario; y solamente le competirá la escepcion de si es ó no reprobada por derecho, y de si fue hecha á persona cabilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, á causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

62 Puede ser ejecutado el heredero del que contrajo la obligacion acreditando serlo realmente y no de otra suerte (*); pero si éste aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo con pureza, y acredita haberle formalizado asi, como debe hacerlo (pues no le basta protestar que le hara) se le ha de ejecutar solo por su importe; y si la aceptó sin esta cualidad, puede ser ejecutado por mas de lo que permita la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito (*a*).

63 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; mas no puede ser compelido á hacer el reconocimiento si no quiere; porque es cosa inicua obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia, y porque ademas puede ser supuesto, para lo cual no faltan perfectos imitadores de letras que debieran ser severamente castigados.

(*) No basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar, es hijo ó pariente del deudor difunto, aunque si compareciere en juicio como heredero, ó hiciese como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba.

(*a*) Leyes 10, 11 y 12 tit. 6 y 7 tit. 19 P. 6. Véase la I. P. y esta II. cap. 1 nn. 39 y 40.

Asi que, no reconociéndole en la forma espuesta deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

64 Habiendo dos ó mas herederos del deudor ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos: de modo que aunque éste los hubiese obligado, ó alguno no tenga de qué pagar su cuota, no se debe exigir de los coherederos, escepto que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta que se estingue, puede proceder insólidum contra el que la posea, sea heredero, ó sucesor singular, sin que necesite hacer escusion ni division, quedándole la repeticion contra los demas partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfiteusis y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo cual que es corriente en la práctica, véanse los AA.

65 Tambien puede ejecutarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, sépase al tiempo de la particion, ó despues cuales son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante (*a*), y esto podrá practicarse en tres casos: el primero, cuando acepta la herencia, y se le adjudican ésta y la mejora: el segundo, cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda escusion en los herederos (*b*); y el tercero, cuando se pide á un tiempo la ejecucion contra los herederos y el mejorado.

66 El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que están obligados sus bienes, provenga éste de la institucion, háyase impuesto el censo ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituidor; y cuando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él y los herederos del fundador á un propio tiempo (que es lo que se debe hacer como mas seguro) se ha de continuar sin embargo la via ejecutiva para evitar el rodeo dilatorio y perjudicial de demandar primero á

(*a*) Ley 5 tit. 6 lib. 5 R. ó 5 tit. 6 lib. 10 N. R. Véase la L. P. cap. 1 n. 115.
(*b*) Estos dos casos son los de la ley 21 de Toro.

aquellos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo cual basta para compelerle á pagar.

67 No solo pueden ser ejecutados los herederos instituidos espresamente, sino tambien los que en su lugar poseen la herencia del deudor, que llaman herederos *anómalos*, y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco que sucedió en los del delincuente ó del que falleció sin dejar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representacion del religioso, ó los testamentarios universales á quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines; pues éstos hacen veces de herederos y están obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

68 Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, sea el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real ó personal, y aun cuando se hubiese enagenado á clérigo despues de empezado el litigio, puede el juez secular proceder contra él y ejecutar en ella la sentencia, hasta que se efectúe el pago, porque á cualquiera parte ó persona adonde vaya, lleva el gravamen con que está afecta mientras no se liberte.

69 La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que contrajo durante su matrimonio juntamente con su marido, ó este solo en cuanto alcance su mitad de gananciales, y si ambos se obligaron por el todo insólidum, se puede pedir á ella toda la deuda hasta en su importe; mas no si los renunció al tiempo ó antes de casarse, ó despues de casada (*a*). Pero esto se limita, cuando el marido se constituyó fiador de otro, y tuvo que pagar por él; pues una vez que no está obligada á la fianza, tampoco lo estará la mitad de sus gananciales (*b*).

70 Habiéndose despachado ejecutoria contra ella antes de contraer matrimonio se puede hacer ejecucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando á su marido, porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberle entregado á este por dote. Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, pues por la ley están obligados á su solucion, como

(*a*) Leyes 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real y 9 tit. 9 lib. 5 R. ó 9 tit. 4 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 7 tit. 3 lib. 5 R. ó 2 tit. 11 lib. 10 N. R.

tambien los de su actual marido (*a*) (*).

71 Del mismo modo se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el cual 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 á éstas únicamente son responsables los suyos (*b*).

72 El deudor del deudor principal puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, con tal que concurran tres circunstancias: la primera, que aquel confiese el débito, ó conste por otro medio legal que es deudor del deudor principal: la segunda, que éste sea condenado á su solucion; y la tercera, que á consecuencia de todo preceda escusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el pago total.

73 La escusion *es un juicio en que se averiguan exacta y diligentemente las facultades del deudor principal, para que si está insolvente en todo ó parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague contra los fiadores ú obligados secundariamente.* Es necesaria la escusion en los casos siguientes. El primero es, cuando el deudor principal está presente (*c*), escepto que renuncie este beneficio. El segundo caso es, cuando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entonces no puede éste regularmente ser reconvenido, sin que se haga la escusion en los bienes del principal (*d*), aunque sea por dote; bien que acerca de esto véase lo que se dirá en el n. 82. El tercero es, cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. El cuarto, cuando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues éstos han de hacer escusion en los paternos para reconvenir al que posea los maternos enagenados (*e*). Y el quinto, cuando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo. Y es de notar que en una misma demanda y juicio se pueden intentar y seguir la causa hipotecaria y la de escusion.

(*a*) Leyes 23 y 24 tit. 13 P. 5, y 5 al fin. tit. 16 P. 6.

(*) »Esso mismo decimos que se haria, si muriesse el marido de alguna muger de quien oviesse fijos, é teniendo ella en guarda á ellos, é á sus bienes se casasse otra vez, que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados á sus fijos, é aun los de aquel con quien casó, fasta que hayan guardador, é que les den cuenta, é recabdo de lo suyo.» Ley 26 cit.

(*b*) Ley 16 tit. 10 P. 5. (*c*) Ley 9 tit. 12 P. 5. (*d*) Ley 14 t. 1 P. 3. (*e*) Ley 24 tit. 13 P. 5.

74 En los casos espresados en la I. P. cap. 19, nn. 7, 8 y 9: en el de que el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona ó del lugar ó privilegio; y en el de que el fiador se haya obligado con juramento á satisfacer la deuda, consintiendo en que se le reconvenga antes que al obligado principal, se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer escusion en los bienes del deudor.

75 Lo mismo puede practicarse, cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la escusion por la utilidad general y buena fe que aquel debe tener y observar; como tambien cuando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y éste no se halla obligado á esperar ni recibir sus bienes en pago por la tasa. Y debe tenerse presente que la sentencia dada contra el deudor principal puede ejecutarse sin nueva citacion, nuevo juicio, ni proceso contra su fiador de pagar lo juzgado, no contra el de contrato ni el de comparecer en juicio, como afirman los AA. Tambien es de tener presente que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado principal y á prorata á los confiadores, y hasta que se le dé, no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por ejecutoria.

76 Por las deudas del concejo se debe hacer ejecucion en sus propios, cuando se convirtieron en su utilidad y el ayuntamiento las contrajo en su nombre, segun parece, no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel. Mas sin embargo véase á Rodriguez que controvirtiendo este punto afirma con varios AA. que conviértanse ó no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios, y no contra los bienes de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas sino como individuos de él y en su nombre; y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y éstos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos á falta de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata y podrán ser ejecutados, segu se observa.

77 No ha lugar á la ejecucion contra el comprador de la herencia, á menos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor; ni contra el donatario, escepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa universal.

78 Contra el usufructuario singular no ha lugar tampoco á la ejecucion, pero sí contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se debe seguir y sustanciar, porque se trata del perjuicio de ambos; aunque Salgado dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á éste todas las acciones activas y pasivas del testador, y sucede en ellas *).

79 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar á la ejecucion contra él ni sus bienes, á menos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta escluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que conste el alcance líquido, escepto que se obligue en su propio nombre (*a*). Y si el menor no tiene curador, se le debe dar para seguir el pleito, nombrándole él en caso de haber entrado en la pubertad, ó el juez, si se resistiere á nombrarle, ó el que nombre no admitiere el encargo por escusa legítima que le exima de ello. Pero acabada la tutela no habrá lugar á la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que éste de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, á que aquellos no se constituyeron responsables.

80 Lo propio milita en los administradores, factores y procuradores que como tales se obligan por sus principales; pues se puede proceder contra ellos durante su encargo y no despues, porque incontinenti que cesaron en él espiró su obligacion, aunque no la de éstos.

81 Regularmente hablando no tiene lugar la ejecucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados; esto es, del que los hubo por título de venta, donacion ú otro singular, ya se pretenda por cosa juzgada u otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, ó ya se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose escusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en via ordi-

(*) Si el usufructuario satisface la deuda, porque no se vendan los bienes, acabado el usufructo podrá retenerlos hasta que se le pague.

(*a*) Ley 17 tit. 16 P. 6.

naría, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él (*a*); y le basta probar su posesion sin necesidad de presentar el título de ésta que es suficiente alegar.

82 He dicho *regularmente hablando*, porque hay trece casos en los cuales se puede proceder ejecutivamente contra el tercero poseedor, citándole préviamente para todas las diligencias ejecutivas, porque se trata de su interés, sin ser necesario hacer escesion en los bienes del principal, ni citarle, aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero. El primero es, cuando la cosa que posee se halla hipotecada especialmente á la deuda: el segundo, cuando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la escepcion de nulidad como notoria para poder seguir la ejecucion: el tercero, cuando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo *ipsojure*, aunque no siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe recindir ó suplir su justo precio por el engaño que hubo en él, y esto ha de ser en via ordinaria: el cuarto, cuando el deudor se obligó á no enagenarla sino con el gravamen del debito, hipotecándola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió ó enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun se ha sentado en la 1. P. (*b*), mas no si faltó el pacto, porque entonces debe preceder la escusion en los bienes del obligado principal, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero (*c*): el quinto, cuando el deudor no ha entregado los bienes enagenados, pues antes de su tradicion ó posesion verdadera ó ficta se puede trabar en ellos la ejecucion, porque hasta que se entregan al tercero, no se hace dueño ni verdadero poseedor (*d*); escepto en las deudas y acciones en que con solo el título y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio: el sesto, cuando el tercero tiene en mutuo, comodato ó depósito la cosa hipotecada, porque la posee en nombre del deudor y no en el suyo, y asi la sentencia en que se condena á éste, se ha de ejecutar con su citacion en la cosa contra su tenedor: lo cual procede tambien cuando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento, ni la accion personal del arrendador impide el uso real de la

(*a*) Leyes 1 y 3, tit. 17 P. 3, y 7, 14 y 38, tit. 13 P. 5. (*b*) Cap. 20, n. 31, y cap. 28 n. 33. (*c*) Ley fin. tit. 5 P. 5. (*d*) Ley 14, tit. 13 P. 5.

enagenacion de la cosa arrendada, bien que los frutos pendientes son suyos; pero si en la escritura de arrendamiento anterior á la obligacion hipotecaria se pactare que durante el tiempo de él no se ha de poder gravar ni enagenar la finca hipotecándola á la observancia de este pacto, tendrá lugar la ejecucion en aquella y en sus rentas, y hasta que espire el arrendamiento, no podrá ser despojado el arrendador: el séptimo, cuando la muger contrajo la deuda antes de casarse; pues se puede proceder por su importe contra sus bienes dotales y contra su marido que los posee en su nombre, subsidiariamente, y á falta de los parafernales y de otros estradotales, por no ser justo que por haberse casado perjudique á sus acreedores: el octavo, cuando el deudor enagenó la finca despues de ejecutada, pues se puede continuar en ella la ejecucion, por haber sido dolosa su enagenacion: el noveno, cuando el tercero adquirió la cosa litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó cuasi dominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por haberse hecho tambien con dolo la enagenacion, lo cual se presume, cuando se hizo á conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos ó la mayor parte de sus bienes pendiente el pleito, de modo, que no dejó con qué pagar; el décimo, cuando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó estos estan ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque se hallen presentes, no puede el deudor ser reconvenido, ó es notorio que no puede pagar; en cuyos casos basta acreditar la escusion en el principal para repetir contra el tercero, aunque no haya dolo ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la escusion en sus bienes sino tambien probar haber sido dolosa la enagenacion: el undécimo, cuando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó ficta constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó (*a*): el duodécimo, cuando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer escusion en los demas bienes de éste para ejecutar al suyo: y el decimotercio por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion u otro los bienes de este, puede el fisco usar contra él como

(*a*) Ley 14, tit. 13 P. 5

su poseedor de la via ejecutiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arrendamiento con el Rey, esten especial ó generalmente obligados, respecto no distinguir la ley, lo cual se prueba del cap. 11 de la 27, t. 11, lib. 9 R. que dice: El derecho de la via ejecutiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieron en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro cualquier título.» Pero no se amplia su disposicion á otros casos, fuera del de arrendamiento de rentas reales, como afirma Noguerol (*a*).

83 Para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga título ó causa del deudor contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de ejecutar. Se dice tener título suyo, no solo cuando hubo la cosa de él mismo, sino tambien de otro ú otros que la hubieron de él, por lo que justificándose que el deudor la poseia al tiempo que contrajo la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa suya, y se puede proceder contra éste aunque se hayan pasado muchos años y mediado diversos poseedores, y reconvenirle en el lugar y fuero que al deudor principal, porque se le transfiere *ipso jure* la hipoteca con este gravámen.

84 Cuando ha lugar la ejecucion contra el tercero poseedor no debe oponer como tal otras escepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que sucede en el de alguno debe usar del mismo derecho que éste, el cual no puede transferirle mas que el que tiene; pero podrá usar de los que por su propia persona ó por otra le sufraguen. Y si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es clérigo, y basta citar solamente al deudor.

85 En la I. P. (*b*) traté, aunque ligeramente, de las clases ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en éste con estension. Los bienes se dividen en *muebles, semovientes y en raices*: muebles y semovientes son los que segun su naturaleza y sin deshacer su forma se mueven por sí mismos ó pueden ser movidos; y raices los que ni se mueven ni pueden ser movidos.

(*a*) Sobre si el tercero poseedor con título y buena fe los bienes hipotecados á la seguridad del censo puede prescribir su hipoteca, véase la I. P. cap. 20, n. 44, y cap. 30, n. 20. (*b*) Cap. 23, n. 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; ó aunque se puedan, estan metidas en la tierra; mas no si no lo estan y se pueden mover sin deshacer su forma (*a*). Lo mismo se ha de decir de las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos y demas cosas metidas en la fábrica de una casa, ó quitadas para volverlas á meter: como asimismo del molino, sus rodeznos, muelas y demas aperos tocantes á su edificio, hallándose puestos en él ó quitados para volverlos á poner, porque todas estas cosas son de la casa y molino, se contemplan parte necesaria de ellos y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque esten preparadas para este efecto, ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se tienen por muebles (*b*).

87 Se reputan igualmente bienes raices los colmenares, palomares y estanques de pescados estando incorporados ó metidos en la tierra, y muebles, si se hallan separados y son movibles, ó cuando se mencionan solamente las abejas, palomas y pescados (*c*). El hato de ganado si se considera con el sitio en que está, se tiene por cosa raiz, y si separado de éste, por semoviente (*d*). Lo propio milita en los frutos, los cuales estando pendientes en los arboles, viñas, olivos y heredades que los producen, como son parte del fundo, se consideran raices, y si estan cogidos y separados de ellas, se consideran muebles.

88 Los derechos y acciones hacen cuarta especie de bienes, y cuando es necesario guardarlas se tienen por muebles y raices, segun la clase á que competan, en cuya atencion las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, la siguen siempre, y se puede hacer ejecucion en ellas á falta de otros bienes.

89 Los censos y oficios publicos, aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos que pueden ser hipotecados y admitir gravámen, son raices, y en cuanto á los réditos de censos distinguen los AA.: si se trata de los anuales y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices; y si de los corridos, entre los muebles; como tambien si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles; pero yo siempre los tendré á todos por muebles.

(*a*) Ley 29 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 28 tit. 5 P. 5. (*c*) Ley 6 tit. 20 P. 2. (*d*) Ley 3, tit. 21, P. 2.

90 En los mandamientos ejecutivos se pone la cláusula *hacedla conforme á derecho*, que es decir, que el alguacil no trabe la ejecucion en bienes que no deben ser ejecutados; pues aunque regularmente hablando se puede hacer ó trabar ejecucion en todas y en cualquiera de las tres clases de bienes espresados, hay varias escepciones que se espresarán.

91 Se puede hacer ó trabar la ejecucion en la finca dada en enfiteusis, dejando salvo para el señor del dominio directo su pension anual; pero si se concedió, no para los herederos, sino para los hijos y nietos como tales; no puede embargarse ni venderse, ni el dominio útil para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse se perjudica á sus sucesores; si bien se podrán secuestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al sucesor.

92 Tambien se puede hacer en la cosa afecta á servidumbre y venderse con ésta, y en los frutos y comodidad de alguna finca que corresponden al usufructuario (*a*). Igualmente se puede hacer por contrato ó delito en los bienes castrenses y cuasi castrenses del hijo que está bajo de la pátria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no toca á su padre; mas no en la propiedad de ellos cuando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, escepto que sea por deuda privativa del padre.

93 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles, compeliendo al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Soberano los renuncie á favor del comprador, en términos que no queriendo hacer la renuncia ha de darla el juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como se ve diariamente. Pero si no son renunciables y se acaban con la muerte del concesionario, no se puede hacer ejecucion en ellos, á menos que sea únicamente por la vida de éste; pues entonces se puede trabar en su comodidad y frutos.

94 En la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio, se puede hacer y trabar la ejecucion igualmente que en otra cualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar y dar en pago al acreedor por el total de su débito ó en parte de pago de él, si su precio no alcanzare á cubrir-

(*a*) Ley 8, 20 y 21, tit. 31, P. 3.

le, porque en estos reinos se conceptúa y estima como cosa patrimonial por ser hereditaria, pero no, si está aneja á algun título ó dignidad, como ducado, condado ó marquesado.

95 Del propio modo puede trabarse en los bienes dotales de la muger y en sus frutos por la deuda que contrajo antes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas, las cuales se deben satisfacer de los del verdadero deudor, mas esto se entiende no habiendo otros que le pertenezcan; pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la ejecucion, porque es justo no se cause detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales para sostener las cargas matrimoniales. Asimismo puede trabarse en los frutos dotales por el débito que durante el matrimonio contrajo el marido, ó ella misma por su hecho propio y con su licencia, si en ésta puso la cláusula espresada en la l. P. (*a*), escepto que escedan de lo necesario para la manutencion de ambos y de su hijo, de quien era tutora; ni tampoco su segundo marido, ó que el débito se hubiese contraido precisamente para mantener á la muger é hijos, pues en estos tres casos se podrán ejecutar los frutos referidos.

96 Gozan de esencion y privilegio para no ser ejecutadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto divino (*b*). En órden á las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos dicen absolutamente que no pueden ejecutarse, á menos que se comprendan en el total de bienes: y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la iglesia reservó en sí el patrono el derecho del sepulcro (lo propio se ha decir de la capilla) se puede hacer ejecucion en él, porque es mero temporal, y profano, y cuando hizo la reserva no estaba consagrada la iglesia: y si le adquirió despues de la ereccion, tambien, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal, y como tal puede venderse y transferirse, al modo que cuando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anejo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con el total de los bienes.

97 Está esceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no se transmite á otro; y lo propio milita por la misma razon, cuando el deudor tiene el mero uso (*c*). Tambien

(*a*) Cap. 28, n. 52 al fin. (*b*) Leyes 3 tit. 13 P. 5, y 7, tit. 2, lib. 1 R. ó 3 tit 5 lib. 1 N. R. (*c*) Leyes 20 y 21, tit. 31 P. 3.

lo están los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, (escepto que se haga igualmente en estos la ejecucion) porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad. Asimismo lo están las servidumbres reales que son las que unas fincas son rústicas ó urbanas, deben á otras, á menos que se haga juntamente en las propias cosas, porque no se pueden separar de ellas (*a*).

98 Aunque segun varias leyes (*b*) no debe trabarse ejecucion sino por débitos reales en la morada, armas, caballos y mulas que tuvieren, y en que anduviesen los caballeros é hijosdalgo, solamente se observan respecto de la morada, y aun si carecen de otros bienes, se traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito que de justicia y en conciencia se le debe, mayormente cuando el deudor puede buscar y alquilar otra para vivir; pero si estuviere hipotecada especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo ú otro crédito, y el deudor vendiere éstos ocultando el gravámen y quedándose solamente con la casa, yo aconsejaria que en todos se trabase, porque la obligacion sigue á la hipoteca, y el comprador debe mirar con quien contrata; y aun cuando en este caso se trabe en la cosa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravámen.

99 Tampoco debe trabase en las armas y caballo de otro cualquiera, aunque sea por deuda real ú otra privilegiada y carezca de otros bienes (*c*), ni en las yeguas de vientre, sus crias y caballos que tuvieren los criadores, pues no se debe contar en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto (*d*); ni en los libros de estudiantes y abogados, aun cuando carezcan de otros bienes, porque se equiparan á las armas.

100 No deben ser ejecutados el estipendio, sueldo ó salario del oficial publico, soldado y togado sino á falta de otros bienes; ni el de los doctores que enseñan publicamente, ni el de los curiosos (*e*); porque no se distraigan del ministerio publico, regio ó eclesiastico,

(*a*) Ley 12, tit. 31 P. 3 (*b*) Las 6, tit. 17, lib. 5 ó 13, tit. 31, lib. 11 N. R, 9, tit. 1 ó 1, tit. 9, lib. 6 N. R. y 3, 4, 5, 13 y 14, tit. [illegible], lib. 6 R. ó [illegible], 9, 13 y 15, tit. 2, lib. 6 N. R. y 23, tit. 21 P. 2. (*c*) Leyes 27, tit. 21, lib. [illegible] y 9 al fin tit. 1, lib. 6 R. ó 14, tit. 17, lib. 9 y 1, tit. 2, lib. 6 N. R (*d*) Leyes 3 y 5, cap. 6, tit. 17, lib. 6 R. ó 2 y 5, tit. 20, lib. 7 N. R. y 43. Pragm. 3 cit. nn. 18, 22 y 23. (*e*) Ley 3, tit. 27, P. 3 verb. Ni en Soldada, y cap. 3 de Solutionib.

faltándoles con que mantenerse, ni tengan que mendigar en desdoro y oprobio del estado, oficio y empleo; y asimismo por la reverencia debida á la Iglesia, al Rey y á la República, mayormente cuando de lo contrario serian de peor condicion que los menestrales. Asi pues, se les ha de dejar cóngrua sustentacion á arbitrio del juez segun su clase, estipendio y familia precisa, por lo que en esta corte se acostumbra embargarles la tercera parte del sueldo, escepto que sea tan crecido que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que éste la ceda al acreedor. De las dos partes que se les deje para alimentarse han de pagar alquiler de casa, criados y demas cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, y la tercera es para acreedores de otra clase, sino es que sufrague para todos, lo cual he visto ejecutoriado por el Consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

101 En los instrumentos con que los menestrales ó artesanos ejercen sus oficios no debe trabarse ejecucion, porque son precisos para adquirir el alimento diario, y se consideran privilegiados como las armas y libros.

102 No debe hacerse ejecucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables para el uso cuotidiano de cualquiera persona, las cuales se espresaron en la I. P. (*a*), porque no se comprenden en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad se les deben dejar (*b*), escepto que sean por débitos reales; bien que si el deudor tiene v. gr. cuatro colchones y otras cosas duplicadas, como que parte de estas no son precisas para su uso diario, se le pueden secuestrar dos colchones, &c. dejándole las necesarias, aunque el débito toque al Rey, como lo he visto practicar y practicado, y se ha aprobado en juicio.

103 En los bienes de mayorazgo ó sujetos á restitucion no se debe trabar ejecucion; pero sí en sus rentas como pertenecientes al deudor, dejándole lo necesario para su decente manutencion, caso que esté aneja al mayorazgo alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, como mas latamente se espone en el cap. sig. escepto que el fundador los haya gravado, pues entonces se pueden embargar y vender, porque no es justo instituya mayorazgo en perjuicio de los acreedores; no habiendo dejado aquel bienes libres, en los cuales se debe hacer escusion, y esto es lo que se observa. Lo mismo se practica cuando el

(*a*) Cap. 28, n. 11. (*b*) Ley 3, tit. 13, P. 5.

poseedor los gravó con facultad real, porque aunque sin embargo de ellas quedan libres y separados del mayorazgo hasta en la cantidad del gravámen, esto se entiende siempre que no haya bienes libres, ó no alcancen estas á su solucion. Sino hubo facultad real, tendrá el acreedor derecho solamente á cobrar los réditos durante la vida del instituidor, y si éste carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, le perderá. Pero es de advertir que concedida facultad para obligar genéricamente los bienes de mayorazgo por cierta cantidad, si ésto no se paga, se pueden vender, aunque no se especifiquen, sin nueva facultad: asi como concedida licencia al tutor por el juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin ninguna otra solemnidad venderlos tambien; por manera que los acreedores á quienes con licencia real están obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir ejecucion contra los frutos ó rentas de éste, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la cantidad competente, porque quedan libres.

104 En el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, no debe hacerse ejecucion, porque es personal, y de consiguiente no renunciable ni transmisible, aunque sí puede el alimentario ceder y traspasar por su vida y no mas la comodidad ó frutos que le corresponden, como tambien el hijo los alimentos que tiene devengados.

105 Tampoco debe hacerse ejecucion en el pan ó trigo del pósito por las deudas del pueblo (*a*), ni en cuerpo muerto, el cual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor ha de impedir que se le sepulte (*b*): ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan, ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuyan entre sus hijos, porque no son suyos sino de éstos que los adquirieron del testador ó renunciante.

106 Por las deudas del concejo no deben ser ejecutados los bienes de sus vecinos, ni las casas de cabildo, pósitos ó alhóndigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga: y careciendo de ellos deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento segun el caudal de cada uno (*c*).

107 Las naves estrangeras que traen á estos reinos mercaderías ó bastimentos, tampoco deben ser ejecutadas por las deudas de sus due-

(*a*) Ley 16, tit. 21, lib. 4 R. ó 2, tit 20, lib. 7 N. R. (*b*) Leyes fin. tit. 19. P. 1 y 12 y 13, tit. 9 P. 7. (*c*) Leyes 16, tit. 21, lib. 4 y 7, tit. 17, lib. 5 R. ó 2, tit. 2, lib. 7 y 9, tit. 31, lib 11 N. R.

ños, sino que éstos las consignen para su pago (*a*). En órden á los bueyes, mulas y aperos de labrador, y privilegios de los labradores, véase la Prim. Part. (*b*) en donde esplico latamente, si pueden ó no ser ejecutados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo.

108 Están discordes los AA. por falta de decision legal sobre si habiendo intentado el acreedor la via ordinaria podrá dimitirla, y pasar á la ejecutiva. Algunos dicen que sí, con tal que pague al reo las espensas que hizo en la ordinaria, pero Carleval con cuyo dictamen me conformo, pone dos casos. El primero es; cuando el acreedor que la eligio, pudiendo usar de su derecho en la ejecutiva, se aparta de aquella y pide por ésta; en cuyo caso resuelve con mas de 30 AA. que cita, que no puede y que le obsta la escepcion de litispendencia, á menos que el deudor se conforme, lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria estando en su mano intentar la ejecutiva es visto haber renunciado ésta: lo otro, porque carece de la facultad para eludir el juicio que empezó y está trabado con el deudor, sin que éste lo consienta, pues una vez contestado pasó á casi contrato; y lo otro, porque lo que se principia solemnemente, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia.

109 El segundo caso es, cuando el reo temiendo ser reconvenido por el actor previene á éste en via ordinaria con demanda que llaman de *jactancia*, alegando competirle escepcion contra el instrumento ó sentencia que trae aparejada ejecucion y pretendiendo que el juez lo declare asi. En este caso es de parecer Carleval que la via ordinaria no impide la ejecutiva, y que por lo tanto se ha de seguir ésta, sin que obste la escepcion de la litispendencia, porque ningun derecho autoriza ni da facultad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio ejecutivo que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de aquel su voluntad y consentimiento. Amplia esto Carleval, aun cuando la via ordinaria se haya principiado ante un juez eclesiástico esponiendo ser lícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la ejecutiva ante otro; y lo limita en caso que lo escepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar á su admision y obstará pedir la ejecucion; porque asi como la accion que compete en su virtud es guarentigia, lo es tambien la escepcion que incluye, y como tiene igual fuerza,

(*a*) Ley 12, tit. 17, lib. 5. R. o 4, tit. 31, lib. 11 N. R. (*b*) Cap. 28, nn. 45 y 46.

se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo antes que el pretendido por el actor.

110 Y si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa á la ordinaria, de cuyo caso no trata Carleval, podrá dejar la segunda y volver á la primera pagando al deudor las costas causadas en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias, la ejecucion está introducida en su favor, por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, escepto que lo esprese, y al reo no se causa perjuicio, mediante que le paga las costas.

111 Lo mismo procede, cuando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y cuando éste intentó la ordinaria con lo protesta de volver á la ejecutiva siempre que quisiese. Ademas si el acreedor hubiese ejecutado al deudor ante un juez, no le impide la litispendencia volver á ejecutar ante otro y dejar la ejecucion empezada sobre la misma cantidad; pues la via ejecutiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y asi en ningun caso obsta dicha escepcion (*).

112 Teniendo accion el acreedor contra varios co-reos, fiadores, ó mancomunados, no puede, pendiente el pleito y contestado con uno de ellos dejarle é intentarle contra alguno de los otros, y así primero debe hacer escusion en los bienes de aquel que dirigir su accion contra los demas.

§. III.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion, con qué orden y en qué dias podrá hacerse: qué personas pueden ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento: por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes ejecutados; y cuándo y cómo se ha de citar de remate al reo ejecutado.

113 Para que se pueda proceder ejecutivamente deben concurrir, y ha de tener presente el juez seis circunstancias. La primera es, que el ejecutante sea parte legitima para pedir la ejecucion y no tenga pro-

(*) Parladorio es de contrario sentir fundado en que lo dispuesto acerca de litispendencia en los juicios ordinarios debe tener lugar en los ejecutivos, por haber la misma razon para ello: y Salgado le impugna, porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes sin apoyar la suya en ningun fundamento ni autoridad. Pero sin embargo, como Salgado y los intérpretes no se fundan en el derecho pátrio sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguir-

hibicion de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, pídala por sí propio ó en nombre de otro; y que si es cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante, ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la ejecucion, oponiendo éste la escepcion de ilegitimidad de persona, por no acreditar sea cierta la cesion y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado. La segunda circunstancia es, que si se obligó á hacer antes por sí alguna cosa, la haga; pues conveniéndola el instrumento no ha de despacharse la ejecucion hasta que la cumpla por deber proceder siempre el cumplimiento de parte del actor. La tercera es, que si se pide en virtud de confesion, sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar; y que si la pide en fuerza de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte sustancial, ni preescrito el tiempo prefinido por la ley 63 de Toro para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ó defecto esencial; v. gr. ser traslado sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original ó no éstar ésta suscripta, como debe estarlo, por el que le hizo, sino dada por concuerda con el protocolo, &c. en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha, es nula. La cuarta es, que si el instrumento incluye plazo ó condicion, estén cumplidos; pues si antes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no ha de ser oido, debe el juez condenarle en costas y prorogar á alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavia que no ser deudor (*a*); para lo cual debe reconocer las escrituras, por si son ó no ejecutivas, y no fiarse de escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la ejecucion, cualquiera que sea el motivo, se diese por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con el cuatro tanto y las costas á las partes (*b*), no pudiendo

se la sentencia de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reino procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleitos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via ejecutiva no puede causar instancia, por procederse en ella sumariamente.

(*a*) Leyes 25, tit. 2 P. 3 y 2, tit. 21, lib. 4. R. o 1, tit. 28, lib. 11 N. R.

(*b*) Leyes 12, tit. 4, 24 y 25, tit. 22 P. 3, 4, tit. 15, P. 7, y 34 y 35, tit. 4, lib. 3 R o 8, tit. 28 y 11, tit. 30, lib. 11 N. R.

condenar en éstas al ejecutante, como algunos lo hacen, imputándole la culpa que ellos tienen en no examinar como deben las escrituras, ó por no saber su oficio; en cuya atencion lo que debe hacer es: *declarar no haber lugar á despachar la ejecucion, y mandar al actor que pida conforme á derecho*; ó comunicar traslado liso y llano al reo ó deudor, ó mandarle pagar dentro de tercero dia con el aditamento *de que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo cual se seguirá el pleito ordinariamente, como en dichos casos se debe hacer. La quinta es, que el juez antes de entregar el mandamiento al acreedor le reciba juramento de cuánto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide con malicia la ejecucion, segun lo manda la ley (*a*); ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y surte el propio efecto; sino es que sea heredero del acreedor el que pide, pues no está obligado á ello por la razon espuesta en el núm. 63; bien que por omitir el juramento no se vicia la ejecucion, porque la ley no le pone por forma sino por solemnidad, como dicen algunos AA. aunque otros sienten lo contrario. Y la sesta circunstancia es, que para no incurrir en la pena de otro tanto como importe la demasía que la ley 9, tit. 21, lib. 4. R. impone al acreedor, por pedir mas que lo que legítimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusala: *y protesto admitir en cuentas legítimas y justas pagas*; pues muchos acreedores habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos piden el todo con malicia ó por no haber sentado lo recibido y no acordarse (*) (*b*).

114 Muchos jueces inferiores indulgentes, porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar, y no se le cause estorsion, suelen, aun concurriendo las circunstancias espresadas, mandar: „Que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de escusion;" y otros le dan *traslado sin perjuicio*, con término breve y perentorio que le prefinen para responder á él, con lo cual no se priva al acreedor de su derecho de ejecutar: pero lo cierto es que siguiendo, como tienen obligacion de hacerlo, el rigor de la ley, deben despa-

(*a*) La 9 tit. 21 lib. 4 R. ó 6 tit. 28 lib. 11 N. R.

(*) Si el acreedor sabe con certeza qué cantidad cobró, no queda libre de la calumnia con protestar recibir en cuenta legítimos pagos, aunque no podra imputárselo, sino sabe á punto fijo cuánto fue lo cobrado.

(*b*) Sobre cómo han de proceder los jueces en virtud de sumision á su jurisdiccion de las personas que se hallan ó no dentro de ella, véase la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. ó 7 tit. 29 lib. 11 N. R. citada en la I. P. cap 28 n. 30.

char mandamiento ejecutivo por escrito contra sus bienes, especialmente contra los que estén así obligados, y tambien contra su persona, á menos que goze de esencion, ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor por la cantidad pretendida, su décima y costas sin pedir fianza al acreedor ni citar al deudor; escepto que sea heredero del que contrajo la deuda cedida por el acreedor, pues entonces debe ser citado, porque éste no podia principiar la ejecucion 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 estar obligado á mas, por lo que no se puede proceder contra su persona (*a*). El mandamiento de ejecucion se ha de entregar al mismo acreedor y no al alguacil pena de nulidad de ella, como lo manda la ley (*b*), y lo mismo deben practicar los alcaldes de Corte (*c*); pero la practica es entregarle al escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la ejecucion, porque con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal.

115 Tres requisitos deben concurrir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias. El primero es, que no se haga en dias festivos, por estar prohibido, á menos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entonces lo dispensa la necesidad; ni tampoco en los feriados, escepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio que le concede en estos el derecho, como antiguamente se hacia en las escrituras; si bien muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden esceptuados los dias feriados, y por consiguiente se puede hacer en ellos la ejecucion, mas esto solo se practica precediendo habilitacion de unos y otros dias con causa, ni el escribano debe hacerlo sin este requisito. El segundo es, que pudiendo ser habido el deudor se le requiera con el mandamiento ejecutivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagándola señale bienes en que trabar la ejecucion, y se trabe en ciertos, determinados y suficientes á cubrir la deuda, su décima y costas, y no general é indistintamente en todos los del deudor sin especificar los que son. Y el tercer requisito es, que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los cuales se comprenden los semovientes segun derecho (*d*), aunque la ley recopilada no hace men-

(*a*) Ley 19, tit. 21, lib. 4 R. ó 12, tit. 28, lib. 11 N. R. (*b*) La 17, tit. 21, lib. 4, R. ó 10, tit. 28, lib. 11 N. R. (*c*) Auto 7, tit. 6, lib. 2 R. ó nota 1, tit. 28, lib. 11, N. R. (*d*) Ley 10, tit. 33 P. 7.

cion de éstos, no habiéndolos, en los raices, y á falta de todos, en las deudas y derechos del deudor, no habiéndose pactado lo contrario en el contrato: cuyo orden se requiere por forma segun estas palabras de la ley 9 tit. 21 lib. 4 R. "Porque por no estar declarado por leyes de estos reinos la forma que se ha de tener en las ejecuciones.." Sigue especificando el órden referido, y mas abajo dice: "Y por esta forma se haga la ejecucion, &c." de modo, que si se invierte dicho órden, como es sustancial, se vicia el acto y puede apelar el ejecutado, aunque no apelando queda firme y no se anula. Tampoco se anula, cuando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó existente en poder de otro, ó en réditos ó pensiones anuales. Pero si el fisco ejecuta por sus rentas, no se observa el órden espuesto, como se dirá en el cap. 3 de este libro.

116 Este órden legal de hacer la traba que algunos dicen no es sustancial sino respectivo á la solemnidad del juicio, y que por lo mismo, aunque se invierta, no se vicia el acto, porque se debe atender á la verdad del hecho, tiene lugar, cuando la obligacion es meramente personal, ó general hipotecaria; pues si fuere solo hipotecaria especial, sin embargo de que el acreedor pida la ejecucion contra todos y cualesquiera bienes de su deudor, y se despache asi, se debe trabar en los afectos especialmente á su responsabilidad: ya porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda: ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que se trabase en ellos; y ya porque de lo contrario se pueda causar perjuicio, que por equidad se debe evitar, á otro de inferior grado, á quien no estén afectas, ó al tercero que las posea; y ademas se debe observar el órden de la obligacion. Si despues se ve que no son suficientes, se puede ampliar la ejecucion y embargo á otros bienes á instancia del acreedor, segun se practica en esta corte; pero si la escritura contiene tambien la obligacion general, y la ejecucion se despacha contra el que la otorgo, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo á la ley, é igualmente en los afectos especialmente á la responsabilidad del débito. Lo mismo procede, cuando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas espresadas en ella y no en otras sin esceder ni pasar de una á otra (a), como queda sentado, porque versa identidad de razon; bien que en uno y otro caso si la eje-

(a) Leyes 47 tit. 18 y 3 al fin. tit. 27 P. 3.

cucion se despacha contra todos, y en particular contra los hipotecados especialmente, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda no daña, y la ley real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique lo dicho.

117 Puede hacerse la traba de ejecucion en muchas cosas del deudor nombrándolas individualmente en la diligencia, lo cual es lo seguro; ó en una sola en nombre de las demas que conste pertenecerle al tiempo del remate, segun se practica en esta córte y otras partes, porque no hay prohibicion legítima; si bien esto es peligroso por lo que se dirá en el número 121; y aunque lo regular es que el deudor, si está presente, nombre y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, que se le compela á ello y prenda, pudiendo ser preso por deuda civil; no obstante, si no se deja ver, tiene facultad el alguacil ó ejecutor de trabarla en cualesquiera que halle en su casa, porque se presumen suyos, mientras su dueño no haga constar al juez que no lo son, en cuya atencion y en la de que la ley no habla de este caso, ni de consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la ejecucion por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso y en el de que el acreedor los nombre, como puede hacerlo, y no en otros se debe hacer la traba *por cuenta y riesgo de éste*, espresándolo así en la diligencia, para que si tocan á otro, lo cual ignoran los ministros, no se les impute á culpa su ignorancia, segun lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas, por declararse nula la ejecucion por este vicio; pero si el deudor le señala, se omitirá dicha espresion, para qee no sea gravado el deudor.

118 El alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba y embargo, cuando se oculta ó no parece, una vez que le abran la puerta espontáneamente, mas no allanarla con violencia sin espresa órden del juez, pues así se practica en esta córte, porque la ley no lo prohibe. Y aunque el ejecutado le manifieste recibo simple de haber pagado al ejecutante el todo ó parte de la deuda, no debe admitírselo ni dejar de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello.

119 Formando concurso de acreedores el ejecutado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes pertenecientes á otro, y que tiene en su poder por vía de depósito ú otra causa semejante, ó se trabó en ellos la ejecucion, debe acreditarlo el dueño ante el mismo juez del concurso, y como uno de los acreedo-

res seguir con los demas su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que se le secuestraron por creerse propios del concursante, ó éste dimitió en manos del juez y puso en su memorial.

120 Despachándose la ejecucion contra el fiador puede nombrar ó señalar bienes que tenga en su casa ó fuera de ella el deudor principal, en que se trabe, y resultando ser agenos debe el juez oir breve y sumariamente a su dueño, entregárselos precedida justificacion de su pertenencia, y hacer nuevamente la ejecucion en otros del deudor (*a*); pero el alguacil no debe dejar de embargarlos y depositarlos, aunque el mismo deudor y el que se llama dueño digan ser de éste, porque como mero ejecutor carece de facultad para declarar á quien tocan y entregarlos; por lo que se han de inventariar con separacion y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y haya dicho su dueño ó el ejecutado.

121 La traba de ejecucion 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 ejecutivo, como pudiendo ser habido debe hacerse. Si se hace en una cosa en nombre de las demas, lo cual no apruebo, porque se dá lugar á que el deudor oculte bienes, mientras se sustancia el juicio, y á que la sentencia de remate no se pueda dar ó sea ilusoria, por no haber que rematar, pues que no hay entonces todavia bienes secuestrados, ni de consiguiente sobre qué recaer el remate que por ella se manda hacer, en cuya atencion se debe abolir este abuso ó corruptela introducida en algunos pueblos por la ignorancia: si se hace, digo, en una cosa en nombre de las demas, ó en algunas, se puede mejorar ó ampliar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como se ha espuesto, sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas toquen á tercero; á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de »mejorar la ejecucion ó ampliarla en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor;" pues asi lo practican los inteligentes.

122 Dirigiéndose la ejecucion contra tercero poseedor que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, como el del mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa linea impuso, se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes li-

(*a*) Ley 3, tit. 27 P. 3.

bres propios del tercero, ni en los del otro mayorazgo que posea y no estén obligados, ni en sus rentas; y no haciéndose de esta forma es nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, de suerte que opuesto éste se volverá al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabare en ellos y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y asi quedará secuestrada ésta, y los demas bienes se desembargarán al punto que se pida: lo cual obtuve y se ejecutorió en este pleito.

123 Pero ya se haga la traba en la forma prescripta en el n. 121, ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad é individualidad, depositar á presencia de tres testigos en persona lega, llana y abonada del pueblo, y no llevarlos á su poder el alguacil ni dejarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley (*a*); y el alguacil puede apremiar á la que tenga dichas cualidades á que los reciba en depósito entregándoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa alguno, porque el ser depositario judicial es carga que comprende á todos, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus réditos, y los deudores consumirian los bienes embargados. Si son raices, ó juros, censos ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, escepto que sea de los frutos que tengan pendientes y rediruen, y lo que se debe practicar es: »Requerir á los arrendadores y demas que deben contribuir con sus rentas al deudor, las retenga á ley de depósito y á disposicion del juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, bajo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo." Los requeridos han de firmar, si saben, este requerimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y están debiendo, y el escribano ha de espresarlo en él, de modo que se traba la ejecucion en la finca, y se mejora en sus alquileres, réditos y pensiones; y asi á éstos como al depositario de los muebles debe dar testimonio espresivo é individual del embargo, si se le piden, para su resguardo sin necesidad de auto judicial.

124 Tambien puede el alguacil entregarlos al acreedor no en concepto de tal sino en calidad de depósito, otorgándole á disposicion del juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las

(*a*) La 7 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 30 lib. 11 N. R.

cualidades referidas, pues no hay prohibicion legal: ó si no, hará que aquel por su cuenta y riesgo busque quien lo sea, lo cual ha de espresar el escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que le eligió, y portándose en esto de suerte que ni él ni el alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias y otras semejantes ambos estan espuestos.

125 Manifestando la muger del deudor su carta de dote, si es legítima, por concurrir en ella las circunstancias espresadas en la I. P. cap. 13 n 45, é iguala ó escede al débito, y debe ser preferida á éste por los motivos allí espuestos y que espondré en el cap. 3 de este libro, se le ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del juez de la causa, no haciéndole la estorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada de ellos antes que el ejecutante; lo cual se entiende, esté ó no amparada, como se practica en esta corte, porque el amparo ningun vigor ni prelacion le da, y solo sirve para que los ejecutores no toquen á los conocidos de la muger que consten en el instrumento dotal y existan. Pero no siendo legítima la dote, ó aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato ejecutivo, ó éste debe ser preferido al dotal; no se le ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco cuando manifiesta instrumento, vr. gr. una hijuela ó adjudicacion en que constan los bienes parafernales que adquirió despues de casada, porque estos no son tan privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor se preferirá á ella por su crédito.

126 Hecha la traba se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la ejecucion, esté ó no preso, y haya dado ó no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento; pues es visto contener virtualmente el precepto de hacérsela sin nueva providencia, el mandamiento ejecutivo en aquellas palabras: *hacedla conforme á derecho*; y ademas de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria y consiguiente á la traba, y útil al acreedor, porque le escuse los gastos en nuevo pedimento y mayor dilacion; si bien lo mejor es que se ordene en el mismo mandamiento para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de ejecucion que son para lo mismo. Si no parece, se debe hacer saber á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos (a), para lo cual precedidas tres di-

(a) Ley 91 cerca del fin y 30 t. 21 lib. 4 R. ó 11 y 17 t. 30 lib. 11 N. R.

ligencias en su busca como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el ejecutante al juez, haciéndoselo presente, y pretendiendo se le deje memoria por escrito con espresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferir; y el escribano se la ha de dejar espresando en lo que estienda en los autos, el nombre y apellido que dijo tener la persona á quien la entregó, quién era, y á qué hora, (que pondrá tambien en la memoria) se la dió, para que desde ésta le pare el perjuicio á que haya lugar.

127 No pagando el deudor la cantidad porque se le ejecutó, dentro de las 72 horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion, que son tres dias naturales, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas (*a*), en donde hay costumbre de exigirla, y no de otra suerte; y si mostrare contenta del ejecutante dentro de 24 horas, ó depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana y abonada ante un alcalde, y por su ausencia ante un regidor y no ante otra persona, haciéndose saber á su costa el depósito al ejecutante dentro de tercero dia: queda libre de pagar décima y otro derecho de ejecucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no si la hay (*b*). Pero por esta contenta ó recibo de haber pagado que manifieste á los ministros ejecutores, no han de suspender la traba ni demas diligencias, pues no les toca conocer, si es ó no legítimo, por lo que ha de producirle á su tiempo en juicio, y si constase ser legítimo, y que el acreedor pidió indebida y maliciosamente, le condenará el juez en las costas y décima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa y llana para no incurrir en la pena de la décima: pues aunque consigne y deposite dentro del término referido su importe, si contradice su entrega y pide los autos, alegando tiene que escepcionar y probar, no se exime de su satisfaccion, á menos que pruebe escepcion que impida la ejecucion, porque la consignacion con esta cualidad no es la paga que solicita, sino solamente seguridad de ella, y así se le tendrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán á ambos litigantes los diez dias de la ley, sino que haya necesidad de citarle de remate, como se ejecutorió á mi instancia en un pleito que seguí; puesto que con la consignacion cualificada se quedan el deudor y el débito en el mismo estado que tenian antes de hacerla, y los autos en su

(*a*) Ley 30 tit. y lib. cit. (*b*) Leyes 22 y 23 tit. 21 lib. 4 R. ó 15 y 16 tit. 30 lib. 11 N. R.

fuerza y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciéndose llanamente, en cuyo caso se comunica al acreedor, y éste en su vista pide se le entregue el dinero consignado bajo de resguardo, y se acaban la vía ejecutiva y el motivo de continuarla con el reintegro de su deuda. Lo mismo procede, cuando al tiempo de requerirle con el mandamiento de ejecucion los ministros, les paga la cantidad porque se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las diligencias sino proseguirse del mismo modo que si no la entregara.

128 Para que el ejecutado mayor de 25 años no alegue ignorancia, tiene obligacion el escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiéndole con ella y con las costas, si no paga la deuda en el mencionado. Asimismo la tiene de espresar en la notificacion la hora en que se la hace, y no practicándolo así, debe pagar al acreedor el daño que se le cause, y es nula la ejecucion (*a*); pero si en el pueblo no se estila exigir décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

129 Al mismo tiempo ha de preguntar el escribano al ejecutado: »si da ó no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su término, ó que se den, ó si los renuncia tambien con su término;" y ha de poner la respuesta que dé. Si responde que renuncia los pregones y su término, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ó no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del término por pedimento ante el juez, con lo cual queda á cubierto el escribano, y no puede alegar el ejecutado que es supuesta la renuncia del término, pero en cuanto á la de los pregones, protestando gozar de éste, bien puede admitírsela el escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio sino beneficio en evitar los gastos de darlos, si paga dentro de él. El menor y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarlos, por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho (*b*), y así ejecutándose á alguno de ellos no se deben omitir los pregones para evitar la nulidad que puedan alegar por su defecto.

130 Los bienes ejecutados se deben vender en pública subasta ó almoneda por pregones segun la ley. Estos han de darse luego que se hace la traba y notifica el estado de la ejecucion, no habiéndolos renunciado el deudor, y deben ser tres en esta forma: si son raices,

(*a*) Ley 21, tit. 21, lib. 4 R. ó 14, tit. 30, lib 11 N. R. (*b*) Ley 5, tit. 19, P. 6.

en cada 9 dias uno, y si son muebles, en cada 3 uno (*a*), no contándose en estos dias los de los pregones, por haberlo introducido asi la práctica, de suerte que aquellos se dan en 30 dias ó en 12, segun sean los bienes. En los pregones y en los carteles ó edictos que se fijen, se han de especificar los bienes que se venden, y las posturas que se hacen á ellos. Si la ejecucion se despacha contra derechos ó acciones, se han de dar de tres en tres dias, ó de nueve en nueve conforme sean los bienes á que se tengan, porque las acciones siguen la naturaleza de aquellos á que competen, y se juzgan por las propias reglas. Todos los dias en que se den, han de ser utiles y no feriados, pues dándose en éstos son nulos, por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como se espuso en el cap. 1 de este lib. n. 7. Lo mismo digo de aquellos en que se fijen edictos ó cédulas para la venta, ó para emplazar ó llamar judicialmente en causa civil á parientes, acreedores ú otros, y de ello se debe poner fe espresiva é individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal ó de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien útiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo. (*b*) Y aunque de lo espuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, é inmediatamente que se notifica el estado de la ejecucion, pues ignorándose su valor nadie querrá hacer postura, no se observa en esta corte, porque durante el término de los pregones y el de los diez dias podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda ó acreditar no serlo, y no es justo gravarle con espensas de tasacion y pregones inútiles; en cuya atencion hasta que la causa se sentencia de remate, ni se tasan ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, y esta práctica como mas equitativa es la que se observará en la estension de las diligencias de este juicio. Los pregones se deben dar á las puertas del oficio del escribano originario, ó de la audiencia, ó en los parages públicos, donde se acostumbre hacer en el pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala; y sin embargo de que el pregonero es persona pública, y de que por esta razon parece bastaria su certificacion jurada y espresiva de cuantos dió, y en qué dias y parages; mejor es que los presencie el escribano para que pueda dar fe de ello, los estienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude

(*a*) Ley 19 tit. y lib. cit. ó 12 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 43 cerca del fin. tit. 13 lib. 8, y 17 y 18 tit. 7 lib. 9 R. Véase el cap. 3. n. 106.

de que se dieron, segun se practica en esta corte, porque ninguna autoridad reside en el pregonero como en el escribano, y por consiguiente no hace la fe que este.

131 Hallandose el ejecutado con sus bienes en otra jurisdiccion ó en pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar cuatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demas en el del juicio. (*a*) Si se dan en menor tiempo que el referido aun con consentimiento del ejecutado, es preciso que se vuelvan á dar de nuevo, y es nula la ejecucion; mas no, dándose en mayor parte.

132 Cuando se trabó la ejecucion en bienes muebles y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para estos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el término mayor se comprende el menor. Si se mejoró ó hizo de nuevo en otros que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean; y si se trabó en muebles, y amplió ó mejoró en raices, se han de dar en los 30 dias, porque esta mejora es continuacion de la traba ó embargo, y es lo mismo que si se principiara por ellos, de suerte que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente en los nueve dias: todo lo cual se entiende, aunque se haya trabado en una cosa en nombre de las demas que se embargaren y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate, porque como los pregones se dan para que llegue á noticia de todos la venta, y para llamar á los compradores, si no consta individualmente cuales son y sus tasas, mal podran moverse á comprarles, á ponerles precio, ni á pujarlos.

133 Aunque el ejecutado renuncie los pregones es preciso que se pase su término, si no lo renunció tambien, porque la ley 19, tit. 21 lib. 4 R. le pone por forma, segun se prueba de las palabra, *y dados los pregones*: lo cual procede, aun cuando se omita la protesta referida en el n. 129, porque esta se pone por estilo y para desvanecer cualquier escrúpulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cabilacion y dilatoria. Los dias de término se deben contar, como si dieran los pregones, y por consiguiente, han de ser útiles todos los 30, respecto querer gozar de ellos el ejecutado, que es lo que se practica en esta corte.

134 No hay para que darlos, cuando la ejecucion se trabó en dinero que tenia el deudor en su poder o estaba depositado en un ter-

(*a*) Ley 36 tit. 4, lib. 3 R. ó 13 tit 28 lib. 11 N. R.

cero, y asi se le ha de citar de remate incontinenti que se le notifique el estado de la ejecucion, sin preguntarle si los da ó no por dados, para que se oponga á ella, escepcione y pruebe en el término legal lo que le convenga, siguiéndose la via ejecutiva en igual forma á escepcion de la subasta y pregones. Lo mismo debe practicarse, cuando la obligacion del ejecutado es de pagar en especie determinada como trigo, aceite, &c. y la ejecucion se trabó en ella, pues se ha de hacer el pago en la propia especie, por lo que en la sentencia no se ha de mandar »que se haga trance y remate de los bienes ejecutados, sino que se prosiga la ejecucion y se haga pago al acreedor con los bienes ejecutados »

135 Si no hay pregonero en el pueblo, como sucede en muchísimos, basta fijar en los dias útiles referidos edictos ó cédulas en los parages públicos de el del juicio, y de aquel en donde están sitos los bienes ejecutados, poniendo el escribano ó escribanos fe de fijacion en los autos con insercion literal de la cédula y especificacion de los sitios en que se fijaron, y celebrándose públicamente á su tiempo con la solemnidad legal y sin fraude la venta y remate ante el juez del pueblo del juicio, si alli existen, y si no, en virtud de su comision especial y no de otra suerte, ante el del territorio en que estén, segun lo observan los inteligentes.

136 No solo se ha de hacer la traba y notificar al deudor el estado de la ejecucion, sino que antes ú despues de notificarsele debe requerirle el alguacil que afiance de saneamiento de los bienes ejecutados, aunque sean raices, y que no lo haciendo le pondrá preso. Es verdad que parece cosa muy dura que al que tiene bienes para pagar, se le prive de su libertad natural; pero sin embargo no se debe dispensar de la prision al que no sea privilegiado, porque lo manda la ley para evitar el perjuicio del acreedor, si los bienes no son tal vez del deudor, ó aun cuando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores, y por tanto si omite lo dicho el alguacil, se espone á ser condenado ó multado, como lo he visto ejecutoriar en esta corte, reservándole á el escribano la repeticion contra el deudor. El fiador ha de ser sugeto lego, llano y abonado que no goce de fuero, que pueda reconvenirse con facilidad, y de consiguiente que se halle en el pueblo del juicio, ó al menos dentro de la provincia: que tenga bienes conocidos, que no sea clérigo, noble, soldado, muger, menor, ni otro privilegiado (*a*), ni tampoco labrador sino por otro

(*a*) Ley 2, tit. 12 P. 5.

labrador (*a*); y finalmente que asegure »que los bienes ejecutados son libres y propios del deudor; que serán suficientes al tiempo del remate para la satisfaccion del principal, décima y costas: que en su defecto se obliga á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha escusion en los del deudor, y que no lo haciendo le apremie á ello por todo rigor de derecho y via ejecutiva el juez de la causa." Esta fianza es substancial en el juicio ejecutivo (*b*) para que no quede ilusorio, y no dándola el ejecutado ha de ser preso, aun cuando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó dé la de la haz ó de estar á derecho (*c*). De esta fianza se ha de hacer protocolo y poner copia en los autos, en vez de estenderse en ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. Y el fiador idóneo no ha de estar preso durante la ejecucion del deudor principal.

137 Hay personas, que si no dan la citada fianza, han de ser presas: hay otros que absolutamente hablando, ni deben darla ni de consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras que ademas de no deber darla ni ser presas, no se les puede recoavenir por mas de lo que pueden pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia. Las que deben darla ó de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza ú de otro que las exima de ello, sean mozas ó ancianas, porque la ley 19 citada habla indistinta y absolutamente sin esceptuar ninguna edad; pero al deudor no se ha de afligir ni molestar con prisiones, sino solamente detenerle en la cárcel sin ellas hasta que pague ó se le mande soltar; pues ademas de que seria iniquo semejante rigor, porque la cárcel solo se estableció para custodiar á los presos, mientras se substancian y determinan sus causas, lo prohibe la ley 34, tit. 4, lib. 3 R.

138 Los hijosdalgos y nobles constando estar recibidos por tales en el pueblo del juicio, ó en aquel en que viven, no deben ser presos por deuda puramente civil, ni de consiguiente tienen obligacion de dar fianza de saneamiento; mas podran serlo, si la deuda pro-

(*a*) Ley 28, tit. 21, lib. 4 R. ó 7, tit. 11, lib. 10 N. R. (*b*) Se prueba de la ley 19, tit 21, lib. 4 R. ó 12 tit. 28, lib. 11 N. R que dice: »Mandamos por él (habla del mandamiento de ejecucion) que se haga la ejecucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento, y que en defecto de las dichas fianzas sea preso del deudor." (*c*) De esta fianza, sus efectos, quién debe ó no recibirla, y de como se ha de estender, se trató en la P. cap 29, nn. 35 y 59.

cede delito ó cuasi delito: por ocultacion justificada de sus bienes y alzarse con ellos: por hechos y derechos pertenecientes al Rey y no á otro: por rescate suyo y de sus parientes cautivos (*a*): por haber negado ser nobles al tiempo del contrato; pues por el engaño no les sufraga el privilegio en este caso, y el que niega la cualidad ó privilegio concedido á su persona, le pierde: por deuda procedente de una mala y fraudulenta administracion de tutela si se prueba, porque es delito: por cometer hurto, ó ejercer algun oficio vil, pues mientras le usan, se conceptuan viles (*b*): ó por cometer delito de infamia, pues por ello, si se acredita, se pierden todos los honores y no pueden obtenerse otros (*c*). Algunos AA. son de parecer que si el noble fia á alguno en causa criminal, podrá ser preso por la condenacion aplicada al fisco; pero lo contrario es lo mas seguro en mi concepto, porque aunque este débito dimane de delito, no le ha cometido el fiador; y aunque los mismos dicen que la citada ley 19 exime al noble de la prision por la deuda y no por dar la fianza, debe despreciarse esta interpretacion como voluntaria y contraria á la misma ley: á mas de que sucederia que no debiendo ser preso por lo principal que es la deuda, lo era por lo accesorio que es la fianza, ó seguridad de ella (*).

139 La nobleza, esencion ó hidalguía de estos reinos de Castilla es de dos clases; á 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 (*d*), conceden á algunos en remuneracion de los méritos y servicios hechos á su Real Persona ó á su corona, para que la gocen en los términos contenidos en los títulos ó cartas que se les espiden, como lo dice la ley 7, tit. 2, lib. 6 R. »Es nuestra merced y voluntad que gocen de ellos, y las dichas hidalguías y esenciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos. »Estos títulos ó cartas se llaman *privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases. La primera es una esencion de determinados tributos y cargas personales, y una concesion de las franquezas y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones y restricciones (*e*): y los

(*a*) Leyes 4, tit. 19, lib. 5, y 4 y 6, tit. 2, lib. 6 R. ó 4 tit. 32, lib. 11, y 2, y 10, tit. 2, lib. 6 N. R. (*b*) Leyes 12 y fin. tit. 21, P. 2. (*c*) Ley 7, tit. 6, P. 7.

(*) Aunque el noble renuncie su privilegio, no puede ser preso por deuda, pues aquel se ha concedido á todo el cuerpo de la nobleza.

(*d*) Ley 6, tit. 27, P. 2. (*e*) Leyes 10, tit. 18, P. 3 y 7, tit. 2, lib. 6 R. ó 7, tit. 2, lib. 6 N. R.

que obtienen estas gracias, sus hijos y descendientes no son, ni se deben llamar hidalgos sino propia y adecuadamente esentos. La segunda clase es aquella en que los Señores concedentes dicen *que los concesonarios sean tenidos por hijosdalgo*, y asi gozan sus personas de todas las honras concedidas á estos. Y la tercera es, cuando dicen espresamente, *que los hacen hijosdalgo á ellos y á sus descendientes, y que sean tenidos por tales*, &c. con las demas firmas que se acostumbran poner en semejantes reseriptos, y los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legitima y natural gozarán de las inmunidades, distincion y franquezas que los hidalgos llamados *de sangre*, debiéndose sentarlos entre los hijosdalgo del pueblo en que habitan, y copiar en los libros de padrones el privilegio para que nunca se dude de su concesion.

140 Hay otra clase de privilegios de nobleza que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguía en que el Rey dispensando en uso de su potestad soberana las escrupulosas formalidades que la ley de Cordoba prescribe para probarla, espresa »hallarse certificado de que el padre, abuelo y demas ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener una exacta noticia de sus personas y nobleza, los declara por tales, mandando se les guarden las esenciones que les corresponde, &c." Esta declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian, para que no esté cubierta, oscurecida ni confundida como hasta entonces, segun sucede en la de muchisimos por su pobreza y otros acasos. Para conseguir dicha declaracion, lo cual es bastante árduo y dificil, debe el pretendiente presentar á S. M. en derechura por la via reservada de Gracia y Justicia, y no á la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren á lo menos por fama publica y oidas á sus mayores, y éstos á los suyos, que desciende de tal casa y familia por línea varonil legítima, sino tambien las partidas, testamentos y demas documentos que acrediten su descendia, y los testimonios de los empadronamientos de la nobleza de la familia y sugeto con quien quieren entroncar; sacado y hecho todo con citacion de los procuradores síndicos, del mismo modo que si litigara en la chancilleria; y si se le admite, ha de hacer el competente servicio, como si solicitara privilegio de nobleza por no tenerla, que segun el arancel actual es de 40@ reales por cada interesado, los cuales atendiendo a la mas ó menos justificacion é inmediacion del entronque, puede reducir á 30@ ó á 25@ la cámara, á quien S. M. lo remite todo para

que le consulte. Y ademas de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos (*).

141 La nobleza, esencion ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos á quienes se concedio, y en quienes tuvo principio, como se prueba de la ley 3, tit. 21, P. 2 que dice: »Fidalguía es nobleza que viene á los omes por linage: é por ende deven mucho guardar los que han derecho en ella, que non la dañen, ni la menguen: cá pues que el linage face que la ayan los omes assi como herencia, non deve querer el fidalgo que él aya de ser tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, é heredaron, mengüe, ó se acabe en él." Asi que, la nobleza obtenida en el dia y la heredada de mil años ha, como dimanada de una fuente y concedida por iguales prerogativas, es una misma substancialmente, y solo se diferencia en la antigüedad, en que para el sugeto á quien se concede, es de privilegio, porque no precediendo 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 los unos como los otros, puesto que gozan 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 legítimos y naturales; mas no al contrario, porque la muger es el fin de la familia y á nadie ennoblece por sí sola; y si la madre la tiene tambien, serán nobles como lo espresa la misma ley. »Pero la mayor parte de la fidalguía ganan los omes por honra de los padres: cá maguer (*porque aunque*) la madre sea villana, é el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasciere; é por fijodalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciesse de fidalga, é de villano, non tuvieron por derecho que fuesse contado por fijodalgo." Sin embargo el hidalgo y el noble no se diferencian en el goce de esenciones.

(*) »Cap. 25. Las legitimaciones estraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de caballeros profesos de las ordenes, de clérigos y de casados. Sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite." = »Cap. 35. Los privilegios de hidalguía. Sirvan con cincuenta mil reales, y se tendrán en consideracion las circunstancias y estado de familia del que lo solicite." = »Cap. 36. La declaracion de hidalguía ó nobleza de sangre. Sirva con cuarenta mil reales, y se tendrá igual consideracion de las circunstancias y estado de la familia del que la solicite." Real cédula de 21 de diciembre 1800.

142 Como no puede haber nobleza, esencion ó franqueza civil sin que el Soberano la conceda, no se presume sino se prueba, y así debe justificarla el que alega tenerla (*a*). La nobleza concedida se justifica con el título ó privilegio de su concesion, y de ésta no se debe dudar, porque el mismo título lo acredita. La prueba de la nobleza que llaman de sangre, cuya concesion no consta, se hace ó de *posesion local*, *ó de posesion general*, *ó de propiedad posesoria*. Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de 20 años (*b*), y al que lo justifica se manda guardar la posesion ó cuasi posesion de hijodalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro y local*, dando á entender que en saliendo de él ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, del pretendiente, su padre y abuelo por igual tiempo de 20 años continuos y cumplidos; y al que así probare, se manda amparar en la posesion ó cuasi de hidalguía, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en propiedad, porque este litigio se conserva al procurador fiscal y al Consejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente; como lo he visto hacer; pero entretanto en virtud de la sentencia primera de amparo goza de todos los honores é inmunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria (*c*). Y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de cuatro personas, del pretendiente, su padre, abuelo y visabuelo (*d*), hoy basta probarla de sí, su padre y abuelo, con tal que ademas se pruebe la inmemorial (*e*). En virtud de esta prueba se espide ejecutoria, por la cual se declara hijodalgo al pretendiente, no se debe dudar ya de de la posesion de su hidalguía y nobleza de sangre, pues impone perpetuo silencio, y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas, mientras conserven castidad y no se casen gozan de la misma hidalguía (*f*). Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser una posesion declarada de ella, no propiedad, porque para ésta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio espedido al primero que empezó á gozarla, el cual es el verdadero título de ella, y

(*a*) Ley 8 tit. 11 lib. 2 R. ó 4 tit. 27 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 8 cit. (*c*) Dicha ley 8. (*d*) Ley 2 cerca del fin, verb. E per esto, tit 21 P. 2. (*d*) Leyes 7 y 8 tit. 11 lib. 2 R. ó 3 tit. 2 lib. 6, y 4 tit. 27 lib. 11 N. R. (*f*) Ley 9 tit. 11 lib. 2 R. ó 2 tit. 27 lib. 11 N. R.

sin él solo puede haber una posesion de su goce, ó justificar descender de casa y solar conocido por nobles; cuyas dos clases de nobleza son las vedaderas, y no la de mera posesion, puesto que para adquirir ésta en los pueblos hay muchos arbitrios que la facilitan, mayormente con el dinero que hace valer toda las pretensiones del que le tiene; y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona ó ascendencia varonil, no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarian tantos daños en los pueblos como causan.

143 Estan comparados los hijosdalgo de ejecutoria en cuanto al goce de esenciones á los de *solar conocido*, *infanzones ó gentiles*, que son aquellos cuya nobleza ó hidalguia es notoria á todos los de la provincia en que habitan. La notoriedad se causa por ser descendientes de casa y solar que es conocida de todos por noble, y no se halla en tierra llana que poblaron los sarracenos, sino en la Montaña, ó en la Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra, adonde se refugiaron y reunieron las reliquias de los católicos para defenderse de los mahometanos, cuando hicieron su irrupcion en estos dominios, y se apoderaron de las Castillas y otras provincias; y aunque la concesion de su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y las calamidades que se padecieron hasta que se consiguió la total espulsion de los infieles, se presume hecha al que edificó el solar, por los servicios hechos á la corona y á la patria, y que como digno por ellos de remuneracion se le distinguió y permitió edificarle, poniendo en él sus armas y distintivo, lo cual no se le permitiria de otra suerte (*a*). El nombre de *solariego ó hidalgo* es mas antiguo que los de *infanzon ó gentil*, aunque se entienden por una misma cosa (*b*).

144 Aunque no consta del origen de esta palabra *solar*, de donde se deriva el nombre de *solariego*, sin embargo de no haber cosa mas comun en esta materia, se entiende por el suelo en que está edificada la casa del que sirviendo á su patria y esponiendo su vida por ella obtuvo la nobleza, y por la misma casa ó edificio primitivo cuyos dueños se denominaron *señores solariegos*, que quiere decir, *señores de vasallos*, y sus descendientes por línea masculina *hijosdalgo de*

(*a*) Garcia glos. 18, nn. 3, 4, 33 y 34. Otalor. part. 2, cap. 4, n. 6. Acev. in Rub. tit. 7, lib. 6 R. n. 198. Moren. discurs. 5, n. 1 y disc. 6, n. 2, al fin.

(*b*) Salazar de Mendoza. Origen de las Dignidades Seculares cap. 7 Moren. disc. 4, nn. 1, &c. y 10.

solar conocido, para denotar la nobleza de sus progenitores que en los edificios propios que habitaron, dejaron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes (*a*); pero han de ser poseidos por herencia y varonia, y sin particion, en cuya atencion sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se llamará noble (*b*).

145 De la nobleza del ejecutado puede conocer sumaria é incidentemente el juez que entiende en la ejecucion, y determinarla oyendo al ejecutante, mas su determinacion á nadie mas perjudica que á éste; y durante el litigio ha de ser suelto el ejecutado bajo la fianza de la *haz*, porque no dándola ha de permanecer en la cárcel, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo á los alcaldes de hijosdalgo de la chancilleria; pero si la nobleza del ejecutado es notoria y por tal la alega, entonces recibida informacion de su notoriedad y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna, y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

146 Aun cuando el ejecutado manifieste al escribano y alguacil que van á ejecutarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro pueblo; ó les conste por otro medio que es noble, no deben por eso dejar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniéndolos no afianza de saneamiento, á menos que exhiba mandamiento de amparo de algun juez de aquel pueblo (como en esta corte le solian dar los alcaldes de ella antes de habérseles prohibido), ó ejecutoria que haya obtenido, ó que conste publicamente estar admitido por tal en el mismo pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento ó ejecutoria, devolviéndoselos, y dar cuenta al juez suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero ha de poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon que diese la fianza.

147 Entre los fueros y leyes que hicieron antiguamente los vizcainos para su gobierno; es uno el de que todos los vecinos y domiciliados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguía, no solo dentro de el sino tambien en cualesquiera partes, lugares y provincias de estos reinos, con tal que los avecindados fuera de Vizcaya prueben que su padre o abuelo paterno nació

(*a*) García glos. 18 cit. nn. 10, &c. y 24. Moreno disc. 4, nn. 4 y 5.
(*b*) García glos. 18 cit. nn. 25, &c. y 29.

en él, y por fama pública que sus anteriores progenitores por línea paterna fueron por nacimiento vizcainos, y todos ellos tenidos y reputados por tales (*a*); en cuya atencion gozarán de las esenciones concedidas á los hidalgos, aunque haya renunciado su hidalguía (*b*). Estas inmunidades que ellos se concedieron ennobleciéndose á sí mismos, y otras que contienen sus fueros, las han confirmado los señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse estinguido la descendencia de su conde D. Lopez Diaz de Haro, décimo octavo Señor de Vizcaya, se entregaron al Señor Rey D. Juan el primero de Castilla con el pacto espreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos como hasta entonces y confirmar por los Señores Reyes sus sucesores: de manera que la nobleza de los vizcainos es un privilegio concedido al pais, y á los que nacen y descienden de él, y no otra cosa, escepto que acrediten como los de las demas provincias ser nobles y descender por línea legítima varonil de casas solariegas ó infanzonas (cuyo número es el menor), á lo cual se les precisa hoy justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya y Encartaciones.

148 Gozan del privilegio de nobleza para no ser presos por deuda puramente civil los jueces durante su oficio, los graduados de doctores ó licenciados en cualquiera facultad por universidad aprobada, y los abogados, aunque solamente tengan el grado de bachiller (*c*). Pero esto no es nobleza sino una esencion concedida al oficio, grado y facultad que no trasciende á la posteridad del que la ejerce, lo cual procede tambien en los oficiales militares, si no han nacido con ella; bien que acerca de éstos me parece (aunque no he visto declaracion Real) deberá limitarse á los subalternos, y no á los coroneles ni de mayor graduacion.

149 Los maestros de primeras letras aprobados en esta córte para dentro ó fuera de ella que obtuvieren título del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las esenciones personales que los que profesan alguna ciencia ó arte liberal así en quintas, levas y sorteos como en las demas cargas concejiles y oficios públicos de que se eximen los que profesan facultad mayor, segun Real cédula espedida á primero de septiembre de 1743.

(*a*) Ley 16, tit. 1 de los Fueros de Vizcaya. (*b*) Leyes 9, tit. 9, y 3 y 4, tit. 16 de dichos Fueros. (*c*) Leyes 3, tit. 10 y 8, tit. 31, P. 3, y 8 y 9, tit. 7, lib. 1 R. ó 14 y 15, tit. 18, lib. N. R.

Lo mismo se ha de decir de los que ejercen las artes de arquitectura, escultura y pintura, porque estan declaradas por nobles.

150 La muger no puede ser presa por deuda, (*) á menos que dimane de delito ó casi delito, ó que sea conocidamente deshonesta (a) (**). Si es casada goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga, y conservándose viuda del noble ó del oficial de casa real, y viviendo castamente, le competen los privilegios de su marido como cuando casada (b). En cuanto á las esenciones de los caballeros de las órdenes militares, criados y secretarios del Rey, labradores y otros, véase la I. P. (c).

151 El menor de 25 años no debe ser preso por deuda civil, sino que tenga la libre administracion de sus bienes. Asimismo no puede ser preso por deuda el enfermo hasta que sane, ni el pregonero mientras va pregonando, ni el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo en el término y con la pureza legal, y manifiesta todos los bienes de que se compone, aunque sí de lo contrario (d).

152 Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ó administrador por la deuda de su tutela y administracion, escepto que no manifiesten los bienes de éstas: ni los procuradores de corte durante el tiempo de su encargo, á menos que sea por contrato celebrado, ó delito cometido en la córte, ó por débitos reales, lo cual milita en los de los pueblos que vienen á ella á negocios de estos (e): ni el que tuviere 3 años continuos doce ó mas yeguas de vientre por deuda contraida despues de tenerlas, escepto que toque al Rey (f): ni tampoco los labradores, operarios de fábricas de estos reinos, ni demas artesanos segun la real pragmática de 27 de Mayo de 1786, inserta en el cap. 3, n. 8 de este lib. (***).

(*) No vale la renuncia que haga la muger de este privilegio á causa de haberse concedido por respeto y miramiento á su sexo.

(a) Ley 62 de Toro, que es la 10, tit. 3 lib. 5 R. ó 4 tit. 11 lib. 10 N. R.

(**) No es preciso para que la muger deshonesta pierda su privilegio que sea una meretriz ó ramera, y basta que esté amancebada públicamente siendo soltera. Si es casada, se requiere que el marido consienta en su deshonestidad. Covar. de Matrim. cap. 8, §. 11 n. 6.

(b) Leyes 9 tit. 11 lib. 2, y 18 tit. 14 lib. 6 R. ó 2 t. 27 lib. 11, y 4 t. 18 lib. 6 N. R. (c) Cap. 18 nn. 39 &c. y 46. (d) Leyes 5, 6, 7 y 10, tit. 6 P. 6 (e) Leyes 4 tit. 3 P. 3, y 10 y 11 tit. 7 lib. 6 R. ó 5 tit. 8 lib. 3, y 8 tit. 31 lib. 11 N. R. (f) Tambien goza de otras esenciones que le conceden las tres leyes del tit. 17 lib. 6 R. ó 1, 2 y 3 tit. 29 lib. 7 N R.

(***) En el dia fuera del holgazan y vagamundo apenas habrá quien pueda ser preso por deuda civil ó causa liviana, puesto que ademas de los muchos esen-

153 Los que no han de ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil que no pertenezca al Rey, debiendo dejarles congrua sustentacion segun su condicion y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni de consiguiente estan obligados á afianzar de saneamiento; y son, el clérigo de órden sacro, sea por lo que debe á otro clérigo ó á lego: el de menores órdenes, si tiene beneficio eclesiástico, y no de otra suerte (*a*): el sócio por la de su compañía singular ó universal, á menos que renuncie este beneficio (*b*): el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por la de unos contra otros (*c*): y aun cuando la madre y abuela salgan alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y hayan renunciado el ausilio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en cuanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta esencion se les concede por la reverencia que aquellos deben tenerles: el marido por la dote de su muger, ó por otra deuda de ésta, aunque renuncie este beneficio y pacte que pueda ser reconvenido por el todo (*d*), de cuyo privilegio gozan igualmente sus hijos y padre, ó suegro de la muger, porque no se acaba con la muerte del marido, aunque no sufraga á los herederos estraños de éste, ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagársela, pues por su dolo y malicia pierde el privilegio: el que por un infortunio accidental é inculpable, v. gr. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes el juez residenciado; y el donante por la donacion que hizo (*e*), pues de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad.

145 Tampoco debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á responder en juicio el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia; pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dejar congrua sustentacion de los que adquiera despues de la cesion (*f*), porque éste y los demas antes

tos no pueden serlo por dichos motivos segun la citada pragmática *los operarios de todas las fabricas de estos reinos, y los que profesen las artes y oficios, cualesquiera que sean.* Asi, lo que antes era un privilegio de varias, y de muchísimas personas, ha venido á ser una ley general que padece muy pocas escepciones

(*a*) Cap 3 de Solutionib. y ley 23 tit. 6 P. 1. (*b*) Leyes 15 tit. 10 y 11, tit. 15 P. 5. (*c*) Dicha ley 1 (*d*) Leyes últim. tit. 11 P. 4, y 1 cit. (*e*) Leyes 4 tit. 4, y 1, tit. 15 P. 5. (*f*) Ley 3 tit. 15 P. 5.

mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, escepto que tengan arte, oficio ú otro medio con que alimentarse, ó que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para mantenerse, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda (a).

155 Lo propio milita en los duques, condes, marqueses y otros señores jurisdiccionales, si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos reinos se les deben suministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar ó á ejercer ocupaciones indignas é indecorosas que cedan en oprobio y desdoro de su dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está aneja ninguna dignidad pública de título, baronía ó jurisdiccion, pues estos aunque sean nobles no tienen derecho á ser alimentados en el caso que los señores de jurisdiccion, porque la nobleza por sí sola no es dignidad sino una mera esencion, privilegio ó franqueza concedida para ciertas cosas, ó cuyo goce es permitido al que le tiene. Tampoco se deben de justicia á los sucesores inmediatos, y si se les conceden, es por gracia, equidad y en reconocimiento de su inmediacion, siempre que tengan conocida indigencia, y el mayorazgo lo permita sin privar de los indispensables y decentes al poseedor y su familia, escepto que el fundador lo mande espresamente.

156 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 reconvenido en mas de lo que pueda; ni cuando el uno le tiene genérico y el otro especifico: ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente á los deudores principales.

157 No incurrirá en pena el alguacil por ejercer con los privilegiados referidos el rigor de la ley, si el mandamiento ejecutivo se dirige contra sus personas y bienes, y solo es responsable el juez que debe mirar contra quien le espide; y si no gozando del privilegio espresado ni de otro los deudores, se despacha unicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos aunque carezcan de ellos, ó teniéndolos no afianzen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia, sino dar cuenta inmediatamente al juez de lo que ocurra para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra

(a) Ley 15 al fin, tit. 10 P. 5.

sus personas es visto no querer que se proceda contra ellas, y el alguacil como mero ejecutor carece de facultades para alterar y escederse de lo que espresa y literalmente le manda ó prohibe el juez.

158 Pasado el término de los pregones (pues mientras dura nada se debe hacer por lo dicho en el n. 133, escepto que se renuncie espresamente ó antes que espire, se oponga el ejecutado á la ejecucion, como se dirá despues), de mandato espreso y por escrito del juez á instancia del acreedor y no de otra suerte, residiendo el ejecutado en el pueblo del juicio y pudiendo ser hallado en su casa ó en el mismo pueblo, se le ha de citar en persona para dos fines: el uno para que se oponga á la ejecucion y escepcione contra ella, si quisiere, y el otro para proceder en su defecto á la sentencia, venta y remate de los bienes ejecutados y pregonados. Al mismo tiempo debe el escribano apercibirle con arreglo a derecho, (a) »que si dentro de los 3 dias siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita ó razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes ejecutados sin mas citacion, y por ello á sentenciar la causa por el importe del débito, su décima y costas causadas y que se causen hasta el efectivo pago de todo.» De haberle hecho este apercibimiento espresándolo ha de dar fe en la citacion; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para hacer ésta, no me conformo con este dictámen: lo primero, porque la ley 3 tit. 3 lib. 4 R. dice: »Y mandamos que de aquí adelante ningun escribano, ni portero, pregonero, ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar no sea osado de emplazar, ni emplace á persona alguna, sin que primeramente le sea espresamente mandado por nuestras justicias»: lo segundo, por no ser esta citacion consiguiente á la traba: lo tercero, porque el deudor puede haberse convenido con el acreedor, y así se ha de hacer á instancia de éste y en virtud de mandato judicial nuevo, ó puesto en el mandamiento; y lo cuarto, por estas palabras de la ley 36, tit. 4 lib. 3 R.» Y que despues un dia antes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar la parte para el dicho remate.»

159 No dejándose ver el ejecutado se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion, espresando en ellas no poder ser habido, y dejándole cédula ó memoria por escrito con la relacion competente y espresion

(a) Leyes 36 tit. 4 lib. 3, y 19 tit 21 lib. 4 R. ó 13 y 12 tit. 28 lib. 11 N. R.

de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por ciudad ni provincia para que le perjudique la citacion, como si se le hubiese hecho en persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó á su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita: siendo vagamundo, en el lugar adonde asi te con mas frecuencia; y constando por informacion hecha en el juicio su ausencia de la provincia, y la ignorancia de su paradero y regreso, se le citará por edictos, nombrándose defensor con quien se entiendan las diligencias de venta y remate, como se nombra cuando por no haber dejado heredero un difunto está yacente la herencia sin saberse á quién corresponde.

160 Hallándose fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entiende en los autos ejecutivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta debe ir documenta con insercion de la declaracion y sentencia ó ejecutoria que trae aparejada la ejecucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta ésta con la nota ó toma de razon de la oficina de hipotecas, para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria sin la nota no tiene fuerza ejecutiva si es especial, como se dirá en el núm. 228; y ha de ser no solo para trabar y mejorar la ejecucion, notificarle su estado, prenderle á falta de bienes equivalentes ó de fianza de saneamiento, y hacer depósito de estos á disposicion del requirente por cuenta y riesgo del requerido; sino tambien para citarle de remate á su tiempo, que es despues de haber espirado el término de los pregones y no antes, porque de lo contrario habrá que volver á citar, como lo he visto hacer, por no haberse observado el órden y forma de la ley, prefiniéndole en ella el competente segun la distancia, para que comparezca á escepcionar y probar lo que le convenga, bajo del apercibimiento insinuado como en el juicio ordinario (a); pues si no se hace todo esto en virtud de una sola requisitoria, se causan dilaciones y gastos superfluos, y asi se practica en esta córte. Y si la ejecucion se trabó en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones pertenecientes al ejecutado, convendrá citar á los deudores, como si estuvieran ejecutados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer al ejecutado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Asimismo tocante a los pregones se les ha de apercibir que corren tambien para con ellos, porque de

(a) Ley 7 tit. 3 lib. 4 R. ó 3 tit. 4 lib. 11 N. R.

esta suerte quedan espeditas las diligencias y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio, si el ejecutado no paga.

161 Cuando terceros ó acreedores conocidos poseen los bienes en que se trabó la ejecucion, se los debe citar tambien en sus personas pudiendo ser hallados, y si se ignora su paradero ó son inciertos, acreditándolo el ejecutante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos ó pregones, nombrando defensor con quien se practiquen las diligencias referidas para evitar su nulidad y la de la venta. Si el reo ejecutado es ciudad ó universidad, se ha de citar al procurador síndico y á un regidor de ella.

162 Compareciendo por sí en el juicio el ejecutado, ú oponiéndose antes que se le cite de remate, esté ó no pasado el término de los pregones, de que dijo queria aprovecharse cuando se le notificó el estado, es ociosa la citacion, y no se debe dar auto ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 30 al fin, tit. 4 lib. 3 R. en estas palabras: »y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate»; pues por su comparecencia es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino tambien que renuncia tácitamente el término de los pregones que falta que correr; y así se le ha de haber por opuesto, encargar á ambos litigantes el de la ley, á fin de que aleguen y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al ejecutado, como que este término se estableció para que no quedase indefenso, aunque es comun á los dos; y esto es lo que se observa en esta corte.

163 Si por no ser suficientes los bienes ejecutados para la satisfaccion de la deuda, su décima y costas se hiciere nueva ejecucion, ó la despachada se ampliare ó mejorare en otros, debe citarse segunda vez al deudor para el remate de estos, aunque la traba se hubiese hecho por todos los demas que pareciesen pertenecerle. Ademas, si el pleito se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro un año ó mas, se le ha de volver á citar, ó hacer saber por retardado el que tenga, sin cuyo requisito de ningun modo se han de proseguir las demas diligencias, 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 ejecutado y de las escepciones que se le deben ó no admitir; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion, y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

164 Hecha la citacion de remate y pasado el término prefinido en ella al deudor, puede oponerse á la ejecucion por sí ó por medio de procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. Si no acude á defenderse, podrá el juez sin mas citacion llamar los autos y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el ejecutante le acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 19 tit. 21 lib. 4 R. dice: »Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos 3 dias, mande el juez hacer remate, y pago á la parte."; esto se entiende pidiéndolo ésta, y no en otros términos; pero si ocurre entonces, como que su oposicion, la cual sirve de contestacion, surte el efecto de que se suspenda la sentencia y venta de los bienes ejecutados por 10 dias hasta que el juez declare que debe continuarse la ejecucion (*a*), se le tendrá por opuesto y entregarán los autos, aunque haya espirado el término de la citacion, y mucho mas en caso de no haberse dado la sentencia, para que se aclare la verdad y no se condene al inocente. 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, escepto que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá si comparece por sí mismo en el juicio, como se espuso en el n. 162, pues así se practica en esta córte.

165 Sin embargo de que algunos afirman que el ejecutado al tiempo que se opone á la ejecucion y pide los autos, debe especificar la escepcion que tiene para enervarla, á fin de que se le admita la oposicion, se observa lo contrario, por no haber ley que tal mande, y así basta que alegue generalmente que tiene que escepcionar y justificar, y pida los autos, pues se le mandan entregar, y ha por opuesto á ella encargando á ambos litigantes el término de la ley como comun.

166 Tres clases de escepciones puede oponer el ejecutado para eludir la via ejecutiva e impedir la sentencia de remate. La primera es,

(*a*) Dicha ley 19, tit. 21

de las que llaman *directas* por hallarse espresadas en la ley 1 tit. 21 lib. 4 R. y son seis, á saber: *pago, pacto ó promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza y miedo.* La segunda clase es de las *útiles*, cuyo nombre se les da, porque aunque no hace mencion especifica de ellas la ley, se coligen de su contenido y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley: »y tal que de derecho se deba recibir": y de la 2 del propio tit. y lib. »Salvo si dentro de 10 dias mostrare la tal paga ó legítima escepcion." Estas dos clases de escepciones se admiten en la via ejecutiva, y probándolas el ejecutado en tiempo y forma eluden la intencion del ejecutante. Y la tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mayor y mas escrupuloso exámen y conocimiento, y no se coligen de las leyes citadas, por lo que ni en este juicio ni en los demas sumarios se deben admitir, escepto que se prueben y liquiden incontinenti, que es en el término legal. De todas se tratará ordinalmente en este párrafo.

167 La prueba de la paga para impedir la ejecucion se ha de hacer segun prescribe la ley 19 cit. que dice: "Salvo si dentro de 10 dias mostrare la tal paga, ó legítima escepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura, como fue el contrato de deuda, ó por albalá que haga fe, ó por confesion de la parte, ó por testigos:" De aqui se deduce, que si por uno de estos cuatro medios no la prueba plenamente el ejecutado, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque cuando la ley prescribe cierto género de prueba no se defiere en él la que falta. Y es de advertir que si se pacta espresamente el pago en el mismo género de moneda que el deudor recibe prestada, debe cumplirlo asi, aunque se acostumbre pagar en cualquiera, pues mas debe seguirse lo que se capitula que lo que es costumbre.

168 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se reputa prueba completa, en cuya atencion si alguno manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes; é igualmente cuando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al menos haberle remitido el acreedor no solo la accion de pedir ejecutivamente contra él, sino tambien la misma deuda (*a*), no justificando

(*a*) Leyes 40, tit. 13, y 9, , tit. 14 P. 5.

éste la substraccion del instrumento. Y porque á veces suelen algunos hacer las pagas, y despues asegurando haberlas hecho indebidamente por yerro intentan repetir lo pagado, y su contrario lo niega: para saber cual debe probarlo, he aqui las palabras de la ley 29, tit. 14, P. 5. »Dubda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiesse á otro diciéndole que pagaria por yerro lo que non devia, si el otro dijesse que non era assí, qual de las partes debe probar lo que dice, el demandador, ó el demandado. E por ende decimos que si aquel á quien face la demanda, conoce la paga, diciendo qual fué fecha verdaderamente, é non por yerro; que estonce el demandador deve probar el yerro, é si lo probare, dévele ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negasse la paga, é el demandador probasse tan solamente que la avia fecho, maguer non probasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel paga; fueras ende si quisiesse luego probar que la paga le fuera fecha verdaderamente. E este departimiento que facemos en esta ley, ha logar entre todos omes, fueras ende en el menor de 25 años, é en la muger, é en el labrador simple, en el cavallero que vive con cavallo, é armas en servicio del Rey ó de la tierra: cá qualquier destos que demandasse á otro en juicio, que habia fecho paga como non devia, é el otro otorgasse la paga, estonce tenudo sería el que la paga recibiere, de probar que fue verdadera, é que la debe aver por derecho. E si ésto non probasse, tenudo sería de tornar lo que assí oviesse recibido.» Con esta ley concuerda la 6, tit. 14 P. 3.

169 El pacto ó promesa de no pedir la deuda que es respectiva ó á su total remision ó á cierto tiempo, es tambien una escepcion legitima que probada en forma legal impide el curso de la via ejecutiva; y dicho pacto pasa á los herederos, aunque ninguna mencion se haga de ellos, escepto que se pruebe que fue personal, porque en duda se presume real (*b*).

170 Para admitirse en la via ejecutiva la escepcion de falsedad, ha de ser contra lo sustancial del instrumento, pues no basta sea contra alguna cosa accesoria de él como la hipoteca ó pena (*c*). Lo propio milita si se opone la falsedad contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y antes de ésta nada se tocó de aquella, pues no obsta á le ejecucion, porque requiere mayor examen

(*a*) Sobre otras especies útiles véase el tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 11, t. 14 P. 5.
(*c*) Ley 111, tit. 18 P. 3, y cap. 6 de Fide instrum.

é indagacion, á menos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se ejecute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

171 La escepcion de usura ó de que el contrato fue usurario, impide tambien la ejecucion probándose en los 10 dias de la ley (*a*).

172 Anulan el contrato é impiden la ejecucion la fuerza y miedo que intimidan y acobardan á los hombres constantes, no á los niños, como si para que el deudor otorgarse el instrumento, le amenazó de muerte, mutilacion de miembro ó cosa semejante el acreedor, ó si hizo que le prendiesen injustamente, y le otorgó en la cárcel, en cuyos casos probando la fuerza ó miedo dentro de los 10 días de la ley, y no de otra suerte impedirán el curso ejecutivo.

173 De las escepciones de la segunda clase llamadas útiles lo es la compensacion, materia tan útil y difícil como frecuente en la práctica de los tribunales, de que se hablará con estension, por no haber tratado de intento de ella nuestros AA. ni en latin ni en castellano. La compensacion es *una mutua contribucion del crédito y débito entre sí*: ó un descuento y modo de satisfaccion con que el ejecutado ó demandado pretende enervar la ejecucion ó demanda que el actor le puso (*b*). La compensacion no es propia y simple ó pura escepcion, sino una mezcla de accion y escepcion, porque quien compensa es en algun modo actor, y asi su contrario debe responder á su oposicion como á una peticion. Se introdujo por equidad, pues mas nos interesa no pagar lo que realmente no debemos, que tener que repetir lo indebidamente pagado; como tambien por evitar pleitos y rodeos superfluos, de suerte que se haga á un tiempo lo que se habia de hacer en muchos (*c*). Pasa activa y pasivamente como escepcion real perentoria inherente á la cosa, á los herederos y sucesores singulares del deudor á prorata de lo que debia, y asi aunque éste no la haya opuesto, pueden oponerla por ello, mas no por su propia deuda. Tambien pasa contra los acreedores conjuntos, de manera que es recíproca entre todos. Estingue no solo la primera obligacion sino asimismo las accesorias, una vez hecha la oposicion judicial: se numera entre las especies de paga, y tiene el vigor y efecto de verdadera: impide *ipso-jure* el curso de las usuras ó intereses, débanse por una parte ó por

(*a*) Puede verse la I. P. cap. 26 donde se habla estensamente de la usura. (*b*) Ley 20, tit. 14 P. 5. (*c*) En el núm. 191, cap. 1 de este lib. se dice en qué se diferencia la compensacion de la reconvencion.

ambas: exime al deudor de la nota de moroso y disuelve la obligacion pignoraticia: produce accion pignoraticia contraria (*a*) para reivindicar la prenda que se halla en poder del acreedor, y produce otros muchos efectos. Asi pues, siendo la compensacion especie de paga, y esta una de las escepciones espresadas en la ley, se debe estimar como tal é impedirá la ejecucion de sentencia, instrumento ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar está líquido ó se liquida en los 10 dias de la ley, y no de otra suerte (*b*).

174 Para que tenga lugar la compensacion, se requiere primeramente que las cosas que se piden y pretenden compensar, consistan en número, peso, ó medida, y sean líquidas ambas, v. gr. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino, &c. (*c*) pues del dinero con la especie no se admite, á menos que ésta se pierda y se trate de su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal sino como cantidad: ni cuando ambas partes deben dinero, la una como cantidad y la otra como especie, v. gr. si en un bolsillo cerrado y sellado hay alguna sin contar; pues entonces mas será permuta que paga: ni de especie con especie, ni de género con especie (*d*), ni tampoco de género con género, como casa con fundo, caballo con mula, trigo con vino, &c. En segundo lugar se requiere que la cosa que se intenta compensar, tenga la propia estimacion y bondad que la que se pide, por lo que si uno debe cierta porcion, v. gr. de trigo á otro, y éste á él otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion: en cuya atencion, en la de ser incierto su valor y no poderse liquidar brevemente: y en la de considerarse ademas de esto la aficion á la cosa y otras circunstancias que hacen á la una mas cara que á la otra, no se debe compensar la especie con la especie, ni el género con otro género. En tercer lugar se requiere que el crédito y el débito concurran en una misma persona, de suerte que ambos litigantes sean acreedores y deudores, actores y reos, pues con el crédito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor, ni se puede obligar á éste á que contra su voluntad compense lo que debe á otro que á su deudor. En cuarto lugar se requiere que el crédito y el débito se pidan en nombre propio y no en el de un tercero, por lo que el tutor que es acreedor de alguno, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su pupilo, ni con el acreedor de

(*a*) Véase el núm. 12, cap. 28 P. I. (*b*) Ley 20, tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 21, tit. 14 P. 5. (*d*) Ley 21, tit. 14 P. 5.

éste lo que él mismo debe por sí. En quinto lugar se requiere que conste del crédito y esté líquido, ó se pueda liquidar en el término de 10 dias por confesion de la parte contraria, ó por otro medio legal, pues en otros términos no se admite compensacion de lo líquido con lo no líquido (a). Y en sesto lugar se requiere que el débito sea puro, y no alternativo si no hecha primero la eleccion: ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que éste llegue, y la condicion se cumpla, no se le considera ni tiene por deudor. Concurriendo estos requisitos, asi como el que tiene á su favor muchas prendas ó bienes obligados, puede elegir el que quiera para que se venda y se le haga pago, y el fiador reconvenido compensar el débito con su crédito, ó con el del deudor principal, como se dirá en el núm. 79; asi tambien el acreedor que lo sea por muchas causas, y que es deudor de su deudor por una sola, puede elegir el crédito que mas bien le parezca, y compensarle con su propio débito; y esto en cualquiera parte, aunque hubiese prometido pagarle en lugar determinado, porque no le está prohibido, y porque en este caso mayor efecto causa la accion mista de escepcion que la mera accion. Y es de notar que asi como no se admite reconvencion de reconvencion por las razones espuestas en el cap. 1 de este lib. núm. 188, tampoco compensacion de compensacion en todos casos.

175 No solo puede oponerse la compensacion antes de la sentencia en cualquiera parte del juicio, sea sumario ó plenario, sino tambien despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser escepcion perentoria que no la impugna y solo la modifica; y podrá hacerse la oposicion ante el juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromisaria y el mero ejecutor por via de escepcion, aunque estén pasados los 10 años que la ley 63 de Toro prescribe para pedir ejecutivamente, porque, lo que es temporal y limitado para demandar, es perpetuo para escepcionar; como tambien por via de reconvencion. Si el demandante la opone por escepcion, entonces como que alega no ser deudor, y pretende que asi se declare, y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, ha de admitirse y descontársele; pero sino la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego ha de seguirse el pleito recibiéndose á prueba por via de justificacion. Lo mismo se ha de practicar, cuando la pone por via de reconven-

(a) Dich. ley 21, tit. 14 P. 5.

cion como peticion (a). Y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta se haga, surta el efecto de reconvencion, ha de pretender que mediante la compensacion deducida se le absuelva de lo pedido por el actor. Y es de advertir que el que opone la compensacion, puede pedir se compela á su contrario á la manifestacion de los papeles ó instrumentos que se hallen en su poder, para probarla, cuando es intrínseca, esto es, cuando provine de la misma causa que la peticion ó demanda; pero no cuando es estrínseca.

176 Por pasar activa y pasivamente á los herederos la escepcion de compensacion, como se dijo en el n. 173, tiene facultad el heredero de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe á éste, si aquel le demanda por lo que el difunto le debia, porque la compensacion como escepcion real es inherente á la cosa y no á la persona. Si son muchos los herederos, ha lugar tambien entre ellos á la de los débitos hereditarios, como si uno posee la parte de herencia que corresponde al otro, y éste la que se debe dar á aquel, en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la escepcion de compensacion de la que retiene y pertenece al otro partícipe; pues aunque de la especie á la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las partes. Pero el coheredero no puede escluir á su acreedor porque éste debe á otro heredero, cuyo debito no dimana de parte de la herencia.

177 Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto, pues puede escepcionar la compensacion no solo de lo que este le debia, sino tambien de lo que el mismo heredero le está debiendo; porque despues de la adicion ó aceptacion de la herencia se confunde ésta con los bienes del aceptante, á cuya consecuencia los débitos de éste se consideran como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa y llana la aceptacion, pues siendo con beneficio de inventario es esto opinable, por no hacer entonces dicha confusion y no estar obligado el heredero á mas de lo que permita la herencia. Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el crédito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion á prorata de lo que el difunto debia á éste, mas no de la que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues esta no es admisible.

178 Carece de accion el sócio para compensar lo que debe á la

(a) Ley 20, tit. 14 P. 5 y 2, tit. 21, lib. 4 R. o 1, tit. 28, lib. 11 N. R.

sociedad, con lo que peculiar y privadamente le debe su consócio; y así ha de satisfacerle lo que resulte á su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consócio deudor suyo; bien que si el crédito y el débito pertenecen á la sociedad en comun, y no á otra en la que no todos son partícipes, no hay obstáculo á la compensacion. Los que tienen compañía ó poseen en comun alguna cosa, pueden descontarse mútuamente el daño y deterioro que por su negligencia se hayan causado, con tal que sea igual y el crédito de la sociedad no consista en especie; bien que si consiste en ésta, podrá apreciarse para aquel efecto; y si es desigual, pueden hacer el descuento con el lucro del que la haya causado, hasta la competente cantidad (*a*): lo cual no sucede con el que un socio hizo por su culpa y no por caso fortuito á la sociedad, pues no compensa con el lucro que adquirió en ella, porque éste pertenece á la compañía en comun, y el daño se atribuye á él solo que le causó.

179 Como á todos está permitido el usar de los derechos que corresponden á su autor ó causante (*b*), y á los fiadores competen las escepciones que á los deudores principales, especialmente si son respectivas á la obligacion de la causa, se sigue de aquí, que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la cantidad que el acreedor ó demandante le debe, sino asimismo á su eleccion la que éste debe al deudor principal, como se espuso en el n. 174 (*c*): lo primero, porque así como puede pagar por éste, puede tambien compensar: lo segundo, porque al modo que puede satisfacer con dinero de su principal, asimismo oponer la compensacion de la cantidad á que éste es acreedor, porque el fin y efecto de la compensacion es hacer la paga; y lo tercero, porque el fiador no debe ser condenado en mas que el obligado principal, y puesto que éste no debe serlo por la cantidad que se compensa, tampoco aquel, en cuya atencion puede escepcionar no solo la compensacion de su crédito, ó del deudor principal separadamente, sino tambien la de ambos á un tiempo, si el uno no alcanza á la total solucion de lo que éste debe, aunque lo resista el mismo deudor, porque la compensacion, segun se ha dicho, es escepcion real inherente á la cosa y no á la persona. Esto procede, aun cuando el crédito compensable fuese posterior á la fianza, ó á la condenacion del fiador ó deudor princí-

(*a*) Ley 22, tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 156, §. 3 ff. de Reg. jur. (*c*) Ley 42, tit. 14 P. 5.

pal, ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y aun en el caso de que el obligado principal esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño y no debe perjudicarle el delito de aquel; como tambien en el de que haya prometido pagar sin oponer escepcion alguna el mismo deudor principal, á menos que haya renunciado especificamente la de compensacion. Pero es de tener presente, que si el acreedor ejecuta al fiador simple antes de hacer escusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar cuentas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer á éste la escepcion de la escusion y no la de compensacion, porque ésta requiere mas examen y tiempo, no habiéndose liquidado y confesado la cantidad; y con el hecho de omitir la otra escepcion se constituye deudor principal no siéndolo: por lo que se sentenciará la causa de remate, y se le reservará su derecho para otro juicio acerca de la compensacion: lo cual se entiende, cuando el crédito y débito dimanan de diversos contatos, no si se derivan de uno mismo que tiene causa individua y connexa como la sociedad, tutela y otro género de administracion, de la que se pueden dar á entrambos las acciones *directa y contraria*, en cuyo caso la escepcion de compensacion impide la ejecucion de lo líquido recibido, hasta que se liquide la data ó descargo.

180 Lo esplicado en el núm. anterior no milita, cuando el fiador es deudor del deudor principal por igual cantidad que aquella porque le fió, y éste le demanda sobre su satisfaccion, pues la fianza no le presta accion para intentar la compensacion: lo primero, porque ésta es mutua contribucion del crédito y débito, de tal suerte que ninguno puede pretenderla sino es acreedor y deudor juntamente; y lo segundo, porque no hay débito ni cantidad antes que se pague, y el peligro á que está espuesto el fiador, no es razon suficiente para la compensacion, por lo que no es justo se permita ésta, ni la retencion al que todavía no es acreedor, de que se infiere que en caso que pague por él, debe admitirsele.

181 Como para los efectos civiles el padre y el hijo se tienen por una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro. Por lo que hace al padre, éste se halla obligado á admitir la de su crédito con el débito de su hijo que está bajo su poder en los casos siguientes. El primero es cuando le concedió peculio y trata de exigir el crédito del mismo hijo contraido con motivo del peculio, porque si el hijo es deudor de su deudor, podrá

oponer éste á su padre la compensacion, no solo por lo que impone el peculio sino tambien por toda la deuda: lo cual no sucederá, si el padre intenta recobrar su propio crédito, pues entonces se admitirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á éste y no mas. La razon de diferencia consiste en que cuando el padre intenta exigir el crédito que su hijo contrajo con motivo del peculio, es visto que le aprueba, y respecto usar de su derecho solo en virtud del mismo contrato es justo que por esta causa sufra insólidum la compensacion que le objeta; mas no cuando usa de él por su propio débito y no por el que proviene del contrato de su hijo. El segundo caso es, cuando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion del débito de éste dimanado del propio contrato, pues por el hecho de aprobarle se sujeta á las leyes de él sin consideracion ni limitacion á su importe. El tercero es cuando el padre mandó al hijo que contrajese con alguno y de este contrato resultó deudor el hijo; pues si el acreedor de éste fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato. El cuarto es, cuando el hijo con facultad del padre para contraer convirtió en utilidad de éste lo que recibió de su acreedor; pues tendrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque así como puede pedir y obtener el acreedor contra aquel en cuya comodidad se convirtió su crédito; así tambien compensar lo que se le debe. Y el quinto caso es, por los alimentos necesarios que alguno suministre al hijo estudiante, pues puede el padre ser reconvenido acerca de ellos por el prestador, y se debe admitir á éste la compensacion contra él hasta en su importe; bien que si el hijo se halla emancipado, no tiene obligacion su padre de pagar sus débitos, ni por consiguiente de admitir la compensacion, porque ésta es solucion. Y tocante al hijo que está bajo la patria potestad, si demanda á su deudor, es indubitado que éste puede compensar con él lo que su padre le debe hasta en el importe de su peculio; mas no lo que adquirió con su arte ó industria. Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el crédito de su padre, escepto que afiance de que éste lo aprobará y no reconvendrá á su deudor por ella: lo cual procede tambien cuando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderle sin su poder, y en otros, aunque no sean hijos ni parientes que sin su poder quieren defenderse judicialmente; pues precediendo dicha fianza pueden oponer la compensacion de lo que el

demandante debe al que intenta defender (*a*). La razon en cuanto al hijo es porque está impedido de comparecer en juicio por su padre, á menos se que lo mande; y como el que compensa, demanda y mueve pleito, respecto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion ó fianza de aprobacion.

182 Si el procurador es demandado para que pague la deuda del que le dió el poder, ó escepciona la compensacion del crédito de éste, ó del suyo propio: si del crédito de su principal, es incuestionable que se le debe admitir, afianzando de que éste lo aprobará (*b*), escepto que el mismo principal hubiese opuesto ante, la compensacion, en cuyo caso no necesita afianzar, porque solo la renueva; lo cual milita asimismo en los casos en que se hace *ipso jure*; y si escepciona la compensacion de su mismo crédito, aunque no falta quien afirme que puede hacerlo, obsta á este dictamen la razon legal de que para admitirse la compensacion deben ser ambos acreedores y deudores recíprocamente uno de otro. Lo mismo procede, cuando es demandado por su propia deuda, y opone la compensacion del crédito de su constituyente ó poderdante. Y por el ausente que no tiene ningun procurador, cualquiera del pueblo puede oponer la compensacion del débito, porque se procede contra él con el crédito del mismo ausente.

183 Tiene lugar la compensacion que oponga el acreedor á su deudor, cesionario de una deuda de aquel, porque éste es un verdadero acreedor por su propia persona, y no por la del que hizo la cesion: lo cual se entiende, aunque el cesionario no haga saber al deudor que no pague á otro; pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó que quien la hizo no pueda por algun motivo pretender su exaccion.

184 Dicen algunos que la renuncia del beneficio de la compensacion no vale, por ser contra la equidad y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella se debe admitir; pero otros afirman lo contrario, porque cuando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar á él, y la renuncia de la compensacion no es contra la equidad, una vez que la parte la hace espontáneamente, por lo que en pagando puede solicitar el cobro de su crédito. Lo propio milita en su heredero, quien se halla obligado á la observancia del contrato. Pero es de notar que

(*a*) Ley 25 tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 24 tit 14 P. 5.

porque el deudor haya pedido término, ó la ley se le conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion ni haber perdido el derecho de oponerla.

185 Como segun se ha dicho, para que tenga lugar la compensacion, es necesario que el crédito y el débito sean de un sugeto, y no de un tercero: de nada servirá al deudor demandado el oponer contra su acreedor la de lo que éste debe á otro que á él, para eximirse por este medio del pago de su deuda, aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta; ni aun cuando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensacion de la cantidad que éste debe al co-reo ó mancomunado.

186 Lo propio procede en el prelado, rector ú otro que gobierno ó administra los bienes de la iglesia, pues no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito, con el que el demandado debe á la iglesia; como tambien en el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de éste, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está bajo la administracion del poseedor, se asemeja al pupilo que vive bajo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su prelado (*).

187 Los créditos del tutor y curador no se deben compensar con los de su menor; pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensacion, aunque la tutela ó administracion esté dividida entre ellos, con tal que el crédito pertenezca al menor y no privati-

(*) Error craso y manifiesto. Entre el prelado ó el tutor y el poseedor de un mayorazgo hay suma diferencia sobre el punto de que se trata. Los créditos de la iglesia ó pupilo no pertenecen al prelado ó tutor, y sí los del mayorazgo á su poseedor, quien puede disponer de ellos y emplearlos en los propios usos. Por tanto, aunque no se deba admitir la compensacion del débito del prelado ó tutor con lo que el demandado debe á la iglesia ó pupilo, ha de admitirse la de la deuda del poseedor del mayorazgo con el crédito de este que lo es verdaderamente de aquel. Y en vista de una razon tan clara y poderosa ¿deberé detenerme á impugnar ó desvanecer las ridículas sutilezas en que fundan su opinion Salgado, Valenzuela, Castillo y otros muchos AA. de que *el mayorazgo que está bajo la administracion del poseedor, se semeja al pupilo que está bajo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su prelado*: de que el mayorazgo es el actor ó demandado, no la persona del poseedor que le representa, cuando reconviene ó es reconvenido como tal; y de que el mayorazgo del mismo modo que la iglesia como persona ficta ó representada, la cual nunca muere, tiene el dominio y posesion de las cosas y derechos pertenecientes á ella, y el poseedor ó prelado la administracion?

vamente al tutor, porque no obstante ser diversas las administraciones es una sola é individua la tutela. Lo propio sucede al tutor reconvenido por lo que el pupilo debe, con lo que el demandante está debiendo al mismo pupilo, y tambien con su propio crédito en favor de éste. Y al nominador de los tutores reconvenido por el pupilo á causa de no haberlos elegido idoneos se permite compensar con éste la cantidad que pagó ultimamente por él.

118 Si el vendedor instare por la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, no siendo el vendedor el fisco: lo cual se amplía á lo que el comprador pagó por razon de la cosa vendida, como si se vendió por libre y luego resulta gravada, aunque el vendedor no espresase que era libre, ó si éste prometió reintegrarle de lo que por su culpa y por razon de la cosa satisfaciese; pues asi como el comprador puede repetir las espensas, asi tambien compensarlas con el precio no pagado. Asimismo se amplia á lo comprado en pública subasta

189 El comprador á quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, puede oponer la compensacion de la que se le quitó por eviccion. Lo propio milita, si le reconviene por otra cantidad fuera del precio, á causa de haberse pagado antes que se le quitase la cosa. Y no solo por el precio sino tambien por el interes del que se obligó á eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó á aquella, solo tendrá lugar ésta por el precio que siempre se debe, á menos que se haya pactado otra cosa. Lo mismo procede en el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues éste podrá oponerle la compensacion del precio de ella que no le pagó.

190 Si el comprador hizo mejoras en la cosa ó finca, se le permite usar por ellas de la retencion de ésta contra el que la ha ganado en juicio, porque ceden en su utilidad y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; bien que en este caso podrá oponerse la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca: lo cual se entiende reduciendo los frutos á cantidad, mas no si existen, porque esta no se compensa con la especie.

191 Sin embargo de que la compensacion no se diferencia en el efecto de la paga verdadera, si en el retracto de consanguinidad manda la ley ó estatuto que le permite, que el retrayente pague real y efectivamente en dinero al contado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su crédito; pero si la ley ó esta-

tuto habla simplemente en cuanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones: la primera, porque ésta equivale á la verdadera paga y satisface á la restitucion del precio; y la segunda, porque el consanguíneo hace las veces del comprador, y éste las del vendedor, al cual se puede objetar la compensacion del precio que pide, como se ha sentado. Lo mismo procede cuando el crédito que se quiere compensar, fue cedido sin fraude al consanguíneo.

192 Para admitir ó no la compensacion debe tener presentes el juez cuatro cosas; á saber: si el débito es ó no compensable, si la obligacion es ó no válida, si la cantidad está ó no liquida, ó se puede liquidar brevemente, y si el que opone la compensacion, tiene ó no facultad para compensar. Ha de hacerla á pedimento de parte y no de oficio, escepto en los casos en que se hace *ipso jure*, en los cuales debe declararla hecha total ó parcialmente, segun sea el débito y lo que pretende compensarse. Si el demandado la deduce de mayor cantidad que la que le pide el demandante, ha de hacerla tan solo hasta la cantidad competente y no condenar á éste en el esceso, á menos que sobre él sea reconvenido por aquel, pues la recompensacion no es propiamente reconvencion, y asi no recae en ella la próroga de jurisdiccion que en ésta. Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, por ser contra equidad que esperimente incomodidad y detrimento quien hizo beneficio; no milita esto en la compensacion, porque esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha y admitida por el acreedor espontaneamente.

193 No tiene lugar la compensacion en el depósito, consista en especie, ó en cosa numerada, medida ó pesada, y asi el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el depositante sobre la cobranza de su crédito (*a*): ya porque se violaria la confianza y buena fe que debe haber en este contrato impidiendo la compensacion la restitucion del depósito que sin escepcion se debe hacer incontinenti; y ya porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe no pagar sino restituir, y el depósito debe ser restituido. Esto procede, aunque el dinero se deposite como cantidad, pues no varia la naturaleza del depósito: aunque éste sea irregular, es decir, que se constituya en términos que el

(*a*) Ley 27 tit. 14 P. 5.

depositario pueda usar de él y se le transfiera su dominio: aunque sea confesado, porque con la confesion se aprueba la verdadera entrega á menos que se acredite que ésta no se hizo ó que hubo fraude: aunque el depósito se deba por ambas partes; y aunque provenga de contrato anterior, como si uno debe ciento por razon de mutuo que con beneplácito del acreedor quedaron depositados en el mutuario; pues donde no falta lo sustancial de la obligacion, el débito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; y así no se debe admitir la compensacion contra el depositador ni contra sus herederos, porque éstos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato.

194 Tampoco tiene lugar la compensacion en el comodato, como que se hace de especie que se presta para usarse y se debe restituir, y no otra por ella, á no ser que por deterioracion de la cosa prestada se trate de su estimacion, porque ésta no se reputa especie sino cantidad. Mas sin embargo puede el comodatario retener la cosa por las espensas hechas en ella hasta que se le paguen.

195 Con los créditos pertenecientes al fisco por razon de alcabalas y otros pechos, derechos y contribuciones Reales, sean personales, prediales, ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor (*a*): lo cual se amplía al arrendador de las rentas de diversas provincias ó ramos, pues lo que anticipa por el arrendamiento de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion se confundirian los oficios en perjuicio de los oficiales y administraciones, escepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de cualquiera persona ejecutado por el alcance de una administracion, y así no se le admitirá compensacion de lo que resulte á su favor en otra administracion de la misma persona; pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas así en la cuenta como en la ejecucion. Igualmente se amplía á la exaccion del precio que el fisco pide de la cosa que vendió y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que debe por otra causa al comprador. Asimismo se amplía á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, para que los delitos no queden impunes, aunque no, á las que se aplican á la parte ofendida. Finalmente se amplía á lo que debe á otro que al compensante, escepto que aquel obtenga cesion de este contra el fisco.

(*a*) Ley 26 tit. 14 P. 5.

196 Tampoco admite compensacion lo que se debe á la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes ó fuentes, comprar armas, dar raciones á los soldados, ú otros que estan en el Real servicio ó en el del mismo comun. Lo propio milita cuando uno nombra á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara ó á dicho comun; ó le dá en confianza dinero ú otra cosa cierta para que se la entregue (*a*). Y asi en todos los casos espresados y otros semejantes debe pagar al fisco y á la república ante todas cosas lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su crédito.

197 Sobre si al demandado por los alimentos que está obligado á dar, deberá admitirse la compensacion, se ha de distinguir: si la demanda se ha puesto por los futuros, no es admisible, porque estos no sufren dilacion, á no ser que se deban bajo de condicion, v. gr. de que el alimentario ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las ejecute se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza del contrato que es recíprocamente obligatorio, no se da accion á una parte contra la otra, mientras ésta no cumple lo que debe. Pero los alimentos pasados son compensables, porque socorrido ya el alimentario cesa la razon de indigencia y no gozan aquellos de los privilegios que los futuros, en cuya atencion no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino tambien por lo que éste debió hacer y no hizo, y se admitirá á prorata. En órden á las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo dicho acerca de los futuros, porque hay la misma razon.

198 Como para la ejecucion de alguna obra ó hecho se consideran la industria de la persona electa y el lugar en que se debe ejecutar, no se ha de admitir la compensacion del hecho, ni la del ejecutado en otro lugar que en el convenido, aunque un tercero, v. gr. el fiador cumpla por el prometedor, porque el cumplimiento para dicho efecto debe ser personal; y lo propio milita de un hecho con otro hecho. Pero si se trata del interes por no haber cumplido la obligacion, ó por no haberle hecho en el lugar destinado ó del modo

(*a*) Dicha ley 26 tit. 14 P. 5.

estipulado, tendrá lugar la compensacion con el crédito del reconvenido por el interes, porque ya se hace de cantidad á cantidad y no de cantidad á especie. Lo mismo procede cuando por ambas partes consiste el débito en la obligacion del hecho, ó el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento ó por otro motivo se convierte el hecho en interes.

199 Si se trata ó intenta compensar el crédito con las obras ó servicios que alguno hace, aunque parece que éstas se consideran como especie, y la especie ni con otra ni con la cantidad se compensa; se compensarán sin embargo, porque quien ha de recibir las obras ó servicios, no las pide, sino su estimacion, y así se trata de cantidad como con el alimentario. Lo propio milita cuando el débito de ambas partes consiste en las obras, si hay similitud en ellas, de suerte que sea igual su estimacion.

200 No solo en los débitos y acciones ha lugar á la compensacion sino tambien en los delitos é injurias de una misma especie y no de diversa, cuando se trata de ellos civilmente por el interes de la parte, mas no cuando se intenta la accion criminal, porque en este caso quedarian impunes, y en perjuicio del público no se admite compensacion. Y aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fué condenado judicialmente á pagarle la pena que se le impuso (*a*. Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, ó si es diverso, con tal que aquel mire á un propio fin. Lo mismo procede en la culpa lata que se equipara al dolo, con otra igual, y en la leve y levísima con las que lo sean. Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata ó grave con la leve, ni ésta con la levísima (*b*).

201 Por no deducir la compensacion de su crédito el deudor de alguno, no es visto confesar que se le ha satisfecho, porque respecto de él es puramente voluntaria; mediante á que no se puede compeler a nadie a que use del privilegio que le está concedido, sino quiere, y así le queda salvo su derecho para repetir el crédito; bien que si sabiendo que puede compensar, paga no por error de hecho sino de derecho, pierde el beneficio de la compensacion, así como quien paga lo que sabe no debe, no puede exigirlo, escepto que sea menor (*c*); aunque al que paga, dudando si es deudor ó no, si prueba que

(*a*) Ley 27 tit. 14 P. 5. (*b*) Leyes 13 tit. 10 y 23 tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 30 tit. 14 P. 5.

no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque quien duda se equipara al ignorante (*a*) (*).

202 Para impedir la ejecucion se admite tambien por escepcion legítima en la via ejecutiva la transaccion hecha ante juez ó escribano público, lo cual impide sentenciar la causa de remate, acreditándose en bastante forma en los diez dias de la ley. Pero aunque en virtud de ella se puede despachar ejecucion, segun la ley 4, tit. 21, lib. 4 R. no perjudica, ni se debe estender á otra persona fuera de aquella con quien se hace ú otorga, como ni tampoco el pacto; ni aun á las que tienen derecho connexo; y asi la ejecucion se debe pedir por el mismo acreedor mencionado en el instrumento de transaccion y no por otro, aunque intervenga en ella, y contra el deudor principal y no contra un tercero.

203 La *novacion de contrato* (segun se llama, porque produce nuevos efectos y nueva accion) es translacion ó conversion del primer débito y obligacion en otra nueva sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda estincta, se disuelven la hipoteca y prenda afectas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses pactados, estando hecha legítimamente, por lo que se puede oponer con escepcion en la via ejecutiva, é impedirá su curso, si se acredita en forma en el término de la ley (*b*); bien que si en el segundo contrato se pone la clausula: »De que no sea visto innovarse el dia é hipoteca de la primera obligacion, ni su prerogativa," no se enerva ni debilita el primero.

204 Para que se entienda hecha la novacion, es preciso que las partes lo espresen claramente, y asi porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto apartarse del primer contrato ó violarle, ni mudar su causa, sino corroborarle mas añadiendo obligacion á obligacion; pues la pluralidad de actos ó instrumentos no induce la de contratos, cuando las cosas esenciales y substanciales son las mismas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera aunque

(*a*) Dicha ley 30 verb. E otrosí.

(*) Puesto que como se dijo al principio, la compensacion se introdujo por equidad, y para evitar pleitos y rodeos superfluos, soy de parecer que los jueces deben admitirla, siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni hay ningun motivo poderoso que se oponga á su admision. Por tanto, yo la admitiria en varios casos que la rehusa Febrero, no apoyado en buenas razones ni en la utilidad de los litigantes sino en el derecho romano y sus interpretes.

(*b*) Ley 15, tit. 14, P. 5.

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.

205 En consecuencia de lo espuesto no se hace novedad por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte espresamente, y antes bien se ha de interpretar de suerte que se escluya, con especialidad si la obligacion segunda contiene menor cantidad, es mas nociva al acreedor, los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio. Tampoco se hace, cuando la obligacion segunda se constituye por cautela y mayor seguridad: ni en la accion de dote, porque ésta es privilegiada entre otros acreedores que acerca de ella no se puede hacer novacion ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido y muger á quien compete: ni por la mutacion de la finca hipotecada ó acensuada, pues permanece la obligacion primera y no quedan libres los fiadores que haya: ni por la estipulacion inútil, porque de ella no se origina nueva obligacion, y así no es visto haberse apartado de la primera: ni por el segundo contrato irrito, nulo ó rescindido, mediante á que aunque por él conste espresamente la novacion, no estingue la obligacion primera; pues lo que por derecho no surte efecto no causa impedimento: ni por la modificacion del contrato, porque está lejos de acreditar su estincion supone su esistencia; ni por la próroga del término pactado para la paga no estipulando obligacion nueva: ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el de acreedor, ni por la dacion en pago de algun vale, crédito, libranza u otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si se puso la cláusula ó protesta de que no se había de innovar en los derechos de la primera obligacion; hipoteca y fiadores, ú otra semejante; pues en este caso es visto no haber tomado á su riesgo el acreedor la deuda ó cosa cedida; y lo mismo procede, cuando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva y esequible, porque en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda y obligacion primera para repetir contra el deudor por ella. Finalmente no se hace tampoco novacion en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto ni perjudicar al primero.

206 Mas sin embargo se induce la novacion en los casos siguientes. El primero es, por la intervencion de nueva persona, es no cuando se delega el crédito, y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante la cual se entiende en

los términos que se dirá despues: el segundo, porque la adicion ó imposicion de nueva pena ó remision de la puesta en el primer contrato: el tercero, cuando el hecho ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligacion segunda se prefine mayor término para la paga: el cuarto, cuando se calcularon y redujeron á un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo reduciéndolas á cantidad ó partida menor: el quinto cuando el primer acto ó contrato era imperfecto y el segundo es perfecto: el sexto, cuando se altera la naturaleza del negocio en las cosas substanciales, como si se añade ó disminuye el precio, ó si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad y modo de satisfacerla: el séptimo, cuando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra ó libranza, y acerca del residuo le fió, ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo y tiempo de pagársele: el octavo, cuando la cosa arrendada se subarrendó ó enagenó á otro, pues el fiador del primer arrendador queda libre de su obligacion: el noveno, cuando acerca de la solucion de la pension se variaron los pactos primeros, como si éstos fueron de pagar en grano y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso queda libre tambien el fiador: el décimo, cuando concluido el arrendamiento continua tácitamente en el arrendador, pues en cuanto á este segundo quedan libres los fiadores dados para el primero, escepto que presten nuevo consentimiento: el undécimo, cuando el contrato finalizado se renovó tácita ó espresamente, pues entonces debe proceder en virtud de éste y no del primero el acreedor, sino es que en él se diga: »que quedan salvas las prerogativas del primero, y del dia é hipotecas, y que no se entiendan renovadas:" porque aunque el contrato se haya novado, subsiste todo lo dicho como si no se hubiese hecho; y el duodécimo, cuando los contratos son incompatibles, perplexos y contrarios, pues se presume novacion, escepto que se hubiese puesto la cláusula, *sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó cuando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce.

207 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien este quiera, otro deudor, del cual exija su crédito, ó novacion hecha con intervencion precisa de nueva persona* (a). No se hace novacion por ella, á menos que concurran cinco requisitos: el primero, que con-

(a) Ley 15, tit. 14, P. 5 verb. E aun decimos.

sienta el acreedor, porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro sus veces; ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan sea mas idóneo : el segundo, que consienta el deudor delegado: el tercero, que no solo consienta éste, sino que se obligue espresamente á favor del acreedor: el cuarto, que constituya la obligacion y promesa por mandato del delegante; y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontánea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *mavero*, y en latin se llama *expremisor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste (*a*).

208 De lo espuesto se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á menos que se esprese, ó que haya contestacion del pleito entre el cesionario y el deudor, ó por haberle empezado éste á pagar la deuda, notificándole la cesion y aceptándola; en cuyos casos queda libre el delegante ó cedente, y no puede pedir ejecucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario la facultad de exigir el débito; y así en estos casos se debe limitar la ley 15, tit. 14, P. 5 posterior á la 3 Cod. de Novationib. porque la ley nueva que habia generalmente, no corrige los especiales de la antigua (*) Y si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que tenga recurso contra el deudor que se le concedió, pues quedó libre de su pagamento por la cesion (*b*): por lo que si el deudor da á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado le acepta, impedirá esta escepcion el curso de la via ejecutiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante ó 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. Tambien se infiere que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; mas no cumpliéndose la condicion ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estar en juicio, v. gr. por haberse hecho siervo ó religioso, ó vuelto loco ó mente-

(*a*) Leyes 2 y 15, tit. 14 P. 5.
(*) Si esta es la ley, y la 3 cit. no lo es entre nosotros.
(*b*) Ley 15, tit. 14, P. 5.

cato, ó sido deportado ; no se desata la obligacion, primera, y por lo mismo , aunque se verifique la condicion , no hay novacion ni el delegado queda obligado (*a*) Y finalmente se infiere que si en la segunda obligacion interviniesen fiadores , no se libertan los de la primera, escepto que se esprese , por cuya razon no se estingue la prerogativa de la primera, y antes bien se debe observar ; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera.

209 Si estando uno obligado bajo de condicion á pagar á otro cierta cantidad , ó á hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion , no vale la novacion no cumpliéndose la condicion , á menos que el segundo diga espresamente que , cúmplase ó no , quiere quedar obligado , y que el primero no lo quede (*b*).

210 No puede hacer novacion la muger , porque es especie de fianza , la cual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los casos espresados en la I. P. (*c*) la podrá revocar, y revocandola queda firme en el primer contrato (*d*) ; y aunque el acreedor exima á la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y liberta al deudor principal y verdadero , no quedará libre éste. Tampoco puede hacer novacion el menor de 14 años sin otorgamiento de su curador , y si lo hiciere , á nada quedará obligado , ni el primer deudor, por lo que perderá su debito el acreedor (*e*).

211 Se admite tambien en la via ejecutiva la escepcion de *nulidad* del contrato, sentencia ó instrumento en cuya virtud se pidió la ejecucion, porque el que es nulo, no debe ejecutarse , sea por falta de facultad del que le otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó por otra causa; entendiéndose ésto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; por manera que constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor ; ó aunque no conste , si se prueba dentro de los diez dias , impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere exámen y conocimiento mas prolijo , se ha de llevar á debido efecto la ejecucion.

212 Otra escepcion de las que se pueden oponer en la vía ejecutiva, es la *simulacion* de contrato , y especificándose con claridad y justificándose en los diez dias de la ley , impedirá sentenciar la causa

(*a*) Ley 15 cit. (*b*) Ley 16. tit. 14, P. 5. (*c*) Cap. 29, n. 3. (*d*) Ley 17, tit. 14, P. 5. (*e*) Ley 18, tit. 15 P. 5.

de remate, porque el simulado y hecho en fraude de la ley, es nulo. La simulacion se comete de dos modos. El primero es, cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro. Por egemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecará su seguridad tal finca fructífera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dejar percibir los frutos de ésta; y para que no suene usura, ni se le obligue en juicio á compensar aquellos con la cantidad principal, como debe hacerlo, ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma cosa: en cuyo caso el que alega y escepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fue celebrar el contrato pignoraticio, no otro, y que asi se pactó entre los dos, sino que por los motivos espuestos, y estimulado de la urgencia que tenia, convino en que se finglese el de venta; como asimismo que éste se formalizó incontinente sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer convenio. Y el segundo modo que se comete la simulacion, es cuando se finge un contrato que real y verdaderamente no hay, porque el ánimo de los contrayentes es no celebrarle, y si únicamente por sus fines particulares que suene celebrado. En estos casos, aunque el perjudicado manifiesta su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla no para fundar su intencion sino para coadyuvaria contra el cómplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño y este de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del fisco ó de otro tercero. Pero si el ejecutado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la escepcion de simulacion.

213 La escepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide ejecutivamente, *no contiene la causa de deber*, impide tambien la ejecucion, aunque el obligado jure el contrato; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere espresion de la causa de la obligacion: lo cual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley 8n, tit. 13 P. 3. »Otrosí decimos, que si algunos conocen fuera de juicio, que deben dar diez maravedis, ó otra cosa a otri, é non dice señalada razon, porque deben dar aquello que conocen, tal conocimiento como éste non empece (*perjudica*) á los que los facen, ni son tenudos de pagar aquella deuda, si non quisieren. Fueras ende, si aquel a quien

ficieron la conociencia , probare guisada (*justa*) razon , porque ge lo debian dar." Y si la obligacion proviene de mercaderias , éstas y su precio deben especificarse por menor , de modo que se entienda que es lo que se vende y la cantidad que se da por ello (*a*).

214 Y aunque la ley 2, tit. 18, lib. 5 R. ó 1, tit. 1, lib. 10 N. R. posterior á la de Partida inserta manda, que en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro , quede obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto lo substancial de la obligacion sino la fórmula ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun, sin las cuales no nacia accion; por cuya razon y por otras careciendo la obligacion de la justa causa de deber y no probándola el ejecutante , parece no nacerá accion para pedir, é impedirá el curso de la ejecucion la escepcion del dolo malo; pero Parladorio dice que no es necesaria la causa; si bien los mas AA. siguen la opinion que he sentado (*). Lo mismo digo , cuando es falsa y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

215 La usurpacion ó prescripcion es una adquisicion de dominio ó algun otro derecho por la posesion ó transcurso del tiempo prefinido de la ley. Se introdujo ya para que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto en perjuicio del público : ya para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario podian originarse : ya para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que disfrutaban con buena fe; y para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes; por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ello.

216 Pero hablando de la prescripcion que hace á mi propósito, diré que segun la ley 63 de Toro, que es la 6, tit. 25, lib. 4 R. y se insertó y esplicó en la I. P. (*b*) el derecho y accion de ejecutar por obligacion personal prescribe por diez años, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan , parece que

(*a*) Ley 4, tit. 11, lib. 5 R. ó 2, tit. 12, lib. 10 N. R.

(*) Solo el prurito de sutilizar, de controvertirlo y de confundirlo todo, como asimismo de recurrir á las leyes muchas veces oscuras de los romanos para interpretar las nuestras ha podido hacer que se dude sobre si para la validacion de un contrato es necesario que se esprese en éste la causa de deber despues de la citada ley 2, y así además de Parladorio, Pichardo y Ayllon otros varios AA. afirman con razon, que no es menester espresar dicha causa en los pactos.

(*b*) Cap. 28, nn. 15 y 16.

no correrá la prescripcion pendiente la dilacion convencional: que podrán renunciar dicha ley los deudores, por haberse establecido en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie; que de consiguiente en este caso no habrá prescripcion, y en cualquier tiempo se les podrá ejecutar; y que lo mismo procederá si la escritura de obligacion contiene la cláusula »de que antes de cumplirse cada diez años ha de ser visto revocarse el contrato, como si entonces se formalizára, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de ejecutar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en cualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro y demas que tratan de las prescripciones para no aprovecharse de su ausilio.» Mas nunca he visto practicar lo dicho sino lo contrario en los censos, en que se suele poner esta cláusula.

217 Milita y procede lo dicho, tenga buena ó mala fe el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de aquel, en la del derecho ejecutivo no es precisa, aun cuando se haya dado sentencia que le constituya en la mala, porque no se quita el acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via ejecutiva, castigando la negligencia y omision que tuvo en dejar pasar los diez años sin usar de su derecho, de suerte que le queda la via ordinaria para pedir en ella la solucion de lo que se le debe, y asi corre la prescripcion, no solo contra los legos, sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas (*a*).

218 No se admite la prescripcion contra los hijos de familia mientras estan bajo del dominio paternal, escepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé: ni contra la muger casada para recuperar su dote y arras, sino es que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho, aunque sí por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el juez apremie á su marido á que le dé la licencia (*b*); ni contra los menores de 25 años, interin lo son, á menos que sean sucesores de algun mayor, contra el cual haya empezado a correr; bien que pueden ser restituidos pidiendo restitucion de la menoria dentro de los cuatro años siguientes al dia en que espiro. Lo propio milita en el Rey, iglesias, concejos y comunidades, pretendiéndola dentro de los cuatro siguientes á su cumplimiento (*c*),

(*a*) Cap. 2, 3, 4 y 6 de Prescription. (*b*) Ley 3 tit. 29 P. 3. (*c*) Ley 9 tit. 19 P. 6.

y en el ocupado en servicio del Rey, concejo, escuelas, cautiverio ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los cuatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los cuatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ella (a).

219 Dicha prescripcion tiene lugar, sea de setencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de ejecutoria dada por tribunal superior, ó de instrumento público, puro, condicional, ó á 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 *ejecutoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y del *condicional ó á dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo ó verificó la condicion, porque desde los espresados tiempos compete la accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y tiene obligacion de pagar el deudor bajo la pena de ser ejecutado no lo haciendo.

220 Pero si el instrumento es de censo ó de satisfacer en su virtud legado, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente los caidos pasado el término de los 10 años, y asi es preciso recurra el acreedor á la via ordinaria para su ejecucion; pues como todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no ha tenido ser: lo cual no sucede en los demas instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir ejecutiva y ordinariamente segun el tiempo. Por tanto, en las obligaciones anuales, provengan de contrato ó disposicion última, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de cualquier año, como se observa inconcusamente en los tribunales, no obstante el sentir de algunos AA. que afirman, que en estos contratos si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente no solo las pensiones caidas en ellos sino tambien las sucesivas, pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictamen.

221 Sobre si en los chirógrafos ó papeles simples se han de contar los 10 años desde su fecha, ó desde su conocimiento judicial, estan diametralmente opuestos los AA., Gutierrez y Vela defienden que

(a) Leyes 7, tit. 29, P. 3 y 10, tit. 19, P. 6.

los 10 años empiezan á correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no antes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir ejecutivamente, y donde no hay accion ejecutiva mal puede hacerse uso de ella ni haber prescripcion. Larrea, Acevedo y otros afirman que se deben contar los 10 años desde el dia en que se hizo el vale ó papel, al cual se retrotrae el del reconocimiento, porque desde aquel se halla obligado el deudor, y pasados solo podrá el acreedor usar de la via ordinaria. Mas procurando Olea conciliar ambos pareceres, es de sentir, que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los 10 años, empiezan á correr y contarse estos desde él, puesto que el acreedor no fue moroso, por haber preparado en tiempo hábil la via ejecutiva: y así como cuando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los 10 años renovando la obligacion, ó dando fianza ó prenda, empiezan á contarse estos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion segun derecho (*a*), así tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público. Y si el deudor reconoce el vale pasados los 10 años de haberse hecho, distinguiendo afirma por corriente en la práctica que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no tiene lugar la via ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa, y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria. Pero si le reconoce y al mismo tiempo confiesa el débito, lo cual ha de pedir el acreedor cauto, se le debe ejecutar en virtud de la confesion pura, sea por el todo si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, á cuyo dictámen me inclino; porque aunque el vale y la accion para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescriptos, no lo están el débito ni la confesion de él, y así en virtud de ésta, como que es del dia, se debe espedir el mandamiento ejecutivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga trae aparejada ejecucion, lo cual he visto practicar como legal y justo.

222 No procede lo dicho en el fiador, que habiendo sido ejecutado, y pagado por el deudor principal intenta contra éste la via ejecutiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los 10

(*a*) Ley 29 tit. 21 P. 3.

años desde que el obligado principal contrajo la deuda ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la prescripcion de los primeros 10 años, por haber pedido la ejecucion el acreedor (*).

223 Hay notable diferencia entre la interrupcion y la perpetuacion de la accion. La primera no es otra cosa que un obstáculo ó impedimento que hace cesar el curso de la prescripcion incoada, y para que haya despues prescripcion es preciso que empiece á correr de nuevo. En la via ejecutiva se interrumpe por siete actos. El primero es por la comparecencia del actor en juicio pidiendo la ejecucion dentro de los 10 años y despachandola el juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó éste no quiera contestar la demanda; y por su citacion ó cuasi citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sino lo otro segun la mas segura opinion, aun cuando la ejecucion se hubiese despachado y seguido mal; pues este defecto del juez ignorante no debe perjudicar al actor, á quien basta haber ocurrido en tiempo hábil á pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion. El segundo es, por la captura del reo, que es citacion real. El tercero es, por oponerse á la ejecucion ó proponer sus escepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia como la citacion. El cuarto, por haber satisfecho dentro de los 10 años parte del débito (conste el pago en su respaldo ó por otro medio) ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal (*a*); bien que en este caso si el deudor le niega y opone esta escepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobro de él á cuenta ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, escepto que el mismo deu-

(*) Para probar que los 10 años que competen al fiador para ejecutar al deudor cuyo débito satisfizo no deben empezar á correr desde que éste se contrajo, sino desde que el fiador le pagó y le dió lasto el acreedor, son superfluas ó por mejor decir no vienen al caso las dos razones que siguiendo á Parladorio trae Febrero. La verdadera razon consiste en que hasta que el fiador paga al acreedor no es el deudor deudor del fiador, y así hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los 10 años en que éste podrá proceder ejecutivamente contra aquel. El crédito del acreedor es diverso del crédito del fiador, aunque sea de igual cantidad, y el primero se acaba al comenzar el segundo, por cuyo motivo es una crasa equivocacion confundir el tiempo de ejecutar por el uno, con el tiempo de ejecutar por el otro.

(*a*) Dicha ley 29, tit. 19, P. 3.

dor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor á quien incumbe la prueba como fundamento de su intencion que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sesto, por haber renovado espontáneamente la obligacion sin coartarla. Y el séptimo caso es, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos ó mediadores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion y empieza á correr de nuevo desde el dia en que se celebró cualquiera de ellos (*a*).

224 La accion ejecutiva se perpetúa hasta 40 años por oponerse ú objetar sus escepciones el reo, ó por su contumacia, que se reputa contestacion del pleito, pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuacion (*b*).

225 De todo lo dicho se infiere que si el acreedor pide la ejecion pasados los diez años, no se debe despachar sino antes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria, y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su crédito es necesario la via ordinaria que dura 20 años contados unos y otros segun se dijo en la I. P. (*c*), escepto para con los criados de servicio, boticarios, joyeros, especieros, abogados, procuradores, agentes de negocios y otras personas, pues á estos se conceden solamente tres años para pedir ejecutivamente lo que se les debe, como se dijo asimismo en la I. P. (*d*).

226 Si el actor pide la ejecucion dentro de los 10 años por los créditos de un censo vencidos en su intermedio, cita al reo, este se opone escepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en virtud del cual se espidió; convirtiéndose por esta causa la via ejecutiva en ordinaria; y por sentencia dada en ésta y ejecutoriada se declara legítimo y válido el instrumento, mandándoseles que pague; podrá despacharse la ejecucion no solo por los caidos en los 10 años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario: lo primero, porque como el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y no fue moroso, no hubo prescripcion ni se le debe

(*a*) Dich. ley 29. (*b*) Car. Quien quiera saber por qué tiempo se ganan y pierden las cosas muebles y raices, propias ó agenas, corpóreas ó incorpóreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseidas con buena ó mala fe entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29. P. 3. (*c*) Cap. 28 nn. 15, &c. y 18. (*d*) Cap. cit. nn. 20, 21 y 22.

imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria movió el óbice que el reo objetó al instrumento ejecutivo, ó por mejor decir, declaró que no la tenia: y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio ejecutivo incoado y de intentar otros en los años sucesivos por la escepcion maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos, á cuya consecuencia aun cuando pasen 10 años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la ejecucion por el importe de todos, pues su mala fe no debe aprovecharle ni ceder en detrimento del actor. Mas para que no se le oponga el reparo de no estar líquidos los réditos, debe ante todas cosas pedir se liquiden 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, porque pidió la ejecucion solicitando ampliacion á causa de su imposibilidad por el de los posteriores.» En órden á los réditos caidos pendiente la via ejecutiva, he visto ejecutoria en esta corte, revocando la sentencia de un alcalde, por la cual habiendo pretendido el ejecutante que la sentencia de remate y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el ejecutante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior, atendida la verdad, defirió á la ampliacion.

227 Impide tambien la ejecucion la escepcion de que el instrumento en cuya virtud se espidió no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente; en cuyo caso, hasta que se compruebe con la matriz, precedida citacion del reo, no hace fe ni es exequible, y si el que le produce no le comprueba dentro del término legal, no podrá sentenciarse la causa de remate (*a*); bien que si le autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no mande el juez darle, hará fe en juicio.

228 Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque, especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas es consignacion de paga en ellos que hipoteca, como cuando es vinculada, y asi no hay que registrarla), y el acreedor antes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas

(*a*) Ley 115, tit. 18, P. 3.

de la cabeza del partido en donde se halla sita, segun lo disponen la pragmática de 31 de Enero de 1768 y la real cédula de 10 de Marzo de 1778 que se estiende á las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar ejecucion en su virtud ni juzgar por ella, puesto que no hace fe para el efecto de perseguir la finca; y aun cuando esté tomada y registrada, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á menos que se pierda ó destruya, ó por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva. Pero sin embargo de esto he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad y no detenerse en sutilezas legales (*); como asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas y posterior por haber registrado éste su escritura antes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse pare registrar la escritura ó por otros motivos, suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la ejecucion contra el deudor, para que por él no se le irrogue detrimento, me parece muy útil que

(*) Con el pretesto de deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, y de llamar asi varias formalidades de las leyes para la mas esacta observancia de sus disposiciones, se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en el caso que refiere Febrero, se violó la citada pragmática de 31 de enero de 1768, pues en ella se leen estas palabras. "Espresando al fin de ellos (de los instrumentos) que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion." Asi que, no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática, esto es, dentro de los 6 dias siguientes al de la fecha de escritura é instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes si fue otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescriptas por las leyes son superfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse: si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales.

en la escritura se ponga esta cláusula: „Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que se hallan los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellos, segun lo ordenado por la ley, auto acordado y pragmática espedida últimamente á este fin, dentro del término y bajo la pena que imponen; pero sin embargo de que no esté tomada quiere el otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general: que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos: que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas; y que mientras no se tome, se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de osbstáculo á la espedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni ésta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ambas, como le convenga." Con esta cautela no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon por no mandarlo la pragmática.

229 Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado (*a*), escepto que por la espresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuario, como 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 ó verifique el uso.

230 Se admiten en la via ejecutiva las escepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, como si es menor, muger casada, hijo de familia ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ó está escomulgada, no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de potestad para pedir, y otras de que se trató latamente en el §. 2 de este cap.

231 Del mismo modo se admite en la via ejecutiva la *declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo y en los términos espresa-

(*a*) Ley 2 tit. 1 P. 5 al fin. "E si el plazo non fue puesto, dévegela dar á voluntad del que la prestó 10 dias despues que fue prestada."

dos en el cap. 1 de este libro, n. 155; y nunca se entiende escluida esta escepcion, aunque otras lo sean, pues es necesario que la ley la escluya espresamente.

232 Impide la ejecucion la escepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que le competia en su virtud, y asi no se debe ejecutar.

233 Es escepcion legítima la del juramento que el lego hace en las obligaciones que por no requerirle para su validacion y por otros motivos está prohibido hacerle; y lo propio milita cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, como lo ordena la ley 11 tit. 1 lib. 4 R. "Defendemos, dice, que ningun lego cristiano, judío ni moro no haga obligacion, en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba, so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fe ni prueba. Y mandamos á todas y á cualesquier justicias que no la ejecuten ni hagan pagar." Y ademas de ser nula la escritura incurre el escribano que la autoriza en graves penas que dicha ley le impone y se han espresado en varios lugares de la I. P. diciendo en qué contratos se puede interponer juramento sin que el escribano incurra en pena por admitirle, ni se anulen por haberse hecho. En el n. 39 de este cap. se dijo qué contrato debe tenerle para ser ejecutivo.

234 Estorban la ejecucion las escepciones anejas ó inherentes al contrato, como en el de compra y venta la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó no haber pagado éste su precio; pero ésto se limita en cuatro casos; el primero, cuando los contrayentes pactan otra cosa: el segundo, cuando el ejecutado debe cumplir el contrato antes que el ejecutante: el tercero, cuando en él no consta cual de los dos ha de cumplir primero, esto es, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la cosa, ó por el contrario, en cuyo caso debe mandar el juez se ponga en depósito aquel y ésta; y el cuarto, cuando la cosa no entregada es el importe de alcabalas ú otros derechos reales que el ejecutado tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salga fallida; ó se le retarde su cobro por culpa de tercero y no del ejecutante, si cobra

la mayor, no ha lugar á la escepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via ejecutiva (*a*).

235 Impedirá la continuacion de ésta la ejecucion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion, ó si el ejecutante confiesa de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene contra el ejecutado; pues fuera de estos dos casos, como exige mayor inspeccion y conocimiento, no se admite (*b*).

236 Sobre si la escepcion del dinero no entregado es ó no admisible en la via ejecutiva, sin embargo de que 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 término legal; pero el deudor no habiéndola renunciado debe oponerla dentro de los 2 años siguientes al contrato, en cuyo caso, aunque puede recibir y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; y si la renunció ó han espirado los 2 años que para su oposicion prefine el derecho (*c*), es de su obligacion y no de la de aquel justificar en los 10 dias de la ley no habérsele entregado el dinero, precio ó cosa que se le pide; y en ambos casos, si lo prueba debe ser absuelto: todo lo cual milita, no solo en el dinero, sino tambien en otra cualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9 tit. 1 P. 5 citada lo comprende todo.

237 Y ultimamente, impide el curso de la ejecucion la escepcion que puede originarse de ella misma, v. gr. por no haber puesto el escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21 tit. 21 lib. 4 R. ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó cuando se invirtió el órden y forma legal en hacer la traba, ó si escedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal, en cuyos casos y otros semejantes debe admitirse la escepcion, no contra el contrato ó sentencia en cuya virtud se espidió, sino contra el mismo hecho de ésta.

238 Procediendo á tratar de la tercera clase de escepciones, que son las que no se admiten en la via ejecutiva, digo, que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio que es *discrecion*, *astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y evitar ser perjudicado*, por lo que

(*a*) Ley 34 tit. 5 P. 5. (*b*) Véanse las dos notas del n. 209 cap. 1.
(*c*) Ley 9 tit. 1 P. 5.

es permitido: sino del malo, propio y verdadero que es *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro lucrándose con su detrimento*, y por lo mismo está reprobado. Pero lo dicho se entiende cuando el dolo es superveniente é incidente, pues si se prueba haber dado causa al contrato, por ser este nulo, no se debe ejecutar.

239 De varios modos se comete el dolo: el primero, cuando el mismo dolo dá causa al contrato: el segundo, cuando aunque al principio no le haya cometido el doloso, demanda al obligado y sigue la instancia sabiendo que goza de escepcion, pues si la ignora, no se presume que le comete; y el tercero, despues del contrato, como si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar. Y es de notar que cuando se procede civilmente, se compensa un dolo con otro, mas no si se procede criminalmente.

240 Se puede oponer la escepcion de dolo contra el que le comete, sea varon ó hembra, y mayor ó menor capaz de cometerle, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo puede oponerse contra el actor por el suyo sino tambien por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel, por el cual está obligado el actor, como por el del difunto que daña á su heredero; y de parte del que le opone, es escepcion real, de tal suerte que á cualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la escepcion; v. gr. cuando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, si no si se cometió en la que se pretende en juicio.

241 No se daña, regularmente hablando, al sucesor singular, ni pasa contra él la escepcion del dolo que su causante cometió, mas esto se limita en tres casos: el primero, cuando quiere usar de la escepcion de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó cuasi é intenta su accion: el segundo, cuando la cosa ha de volver incontinenti al que le cometió, ó la escepcion está aneja á ella misma; y el tercero, cuando se cometió en la adquisicion de la accion, pues á cualquiera sucesor que use de ésta, obsta la escepcion. Y es de notar que el dolo del sócio daña al consócio, aunque éste puede repetir contra aquel.

242 Si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo no obstante éste oponer la escepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el

segundo, y que le hubo para obtener la confirmacion de aquel: siendo de advertir que puede remitirse la escepcion de dolo y el de pretérito, mas no el de futuro.

243 No es admisible en la via ejecutiva contra el instrumento público la escepcion de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio* que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes compete al leso por derecho (*a*), porque exige mayor examen é indagacion, á no ser que se pueda liquidar y probar en el término legal, pues entonces se admitirá, y probada se impedirá el curso de la ejecucion.

244 En cuanto á la escepcion de error de cálculo ó número se distingue: si es material y propiamente numérico; como si en lugar de decir que debia ciento, dijese doscientos, se debe admitir, porque facil y claramente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, como cuando los apreciadores ó partidores aprueban la que deben reprobar ó por el contrario, ó le dan mas ó menos estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mayor conocimiento, y no se puede liquidar en el término legal (*b*).

245 Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la escepcion de division de la deuda entre los mancomunados, porque hoy estan tan claras y terminantes nuestras leyes recopiladas que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata sin renunciar ley ninguna; como se dijo en el cap. 29 P. I. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion, podrán escepcionarlo, y probada la escepcion impedirá el curso de la ejecucion.

246 Obligándose dos ó mas de mancomun insólidum por el todo, si el acreedor ejecutare á cualquiera de ellos, y el ejecutado escepcionáre que la ejecucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra él por su cuenta y á sus espensas; no se debe admitir esta escepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos; pues esto es bueno para que el ejecutado pagando primero al acreedor use del suyo, con el lasto contra su consócio ó co-reo, segun le convenga.

247 Sobre si en este juicio se debe admitir la escepcion de resti-

(*a*) Ley 1 tit. 11 lib. 5 R. ó 2 tit. 1 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 19 tit. 22 P. 3.

tucion por entero por lesion ó menor edad, están discordes los AA.; pero lo cierto y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la esclusion general del beneficio de restitucion no se entiende escluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la ejecucion de la sentencia ó instrumento, cuya lesion consta de autos, ó se puede probar incontinenti, que es en el término legal, se debe admitir tambien, y no de lo contrario.

248 Ninguna escepcion que por no ser legitima despreció el juez inferior en primera instancia, debe admitir el tribunal superior en la causa de apelacion; pero sí la que no admitió siéndolo, tal vez por causar estorsion al reo ejecutado.

249 Si el reo comparece y se opone á la ejecucion antes que se le cite de remate, ó en cualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y ha de encargarse á ambas partes el término perentorio de los 10 dias que prefine la ley, para que en ellos aleguen y justifiquen lo que les convenga: lo cual se observa incuestionablemente en la práctica, sean uno ó mas los ejecutados por un acreedor, y comprendidos en un mandamiento ejecutivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen tan solo los 10 dias para justificar sus escepciones, y no 10 cada uno en este caso.

250 No estan conformes los AA. sobre desde cuándo ha de empezar á correr el término de los 10 dias, y la opinion mas recibida es que se cuente desde el de la oposicion, segun lo declara la ley 3 tit. 21 lib. 4 R. ó 2 tit. 28 lib. 11 N. R. que dice: »Declaramos y mandamos que los dichos 10 dias corran desde el dia que se opusiere á la tal ejecucion en adelante." Mas sin embargo se ha introducido en algunos tribunales que no empiece á correr dicho término hasta el dia en que se notifica á entrambos litigantes, asi como en la via ordinaria sin diferencia: lo cual debe seguirse como mas equitativo, segun se practica en esta corte, porque seria cosa dura y aun inicua que por no poder, ó no querer el escribano dar cuenta de la oposicion al juez, ó notificar el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado éste, quedase indefenso el ejecutado y fuera condenado sin ser oido: en cuya atencion hasta que el término se notifica á los dos litigantes, no ha de correr, debiendo entenderse la ley recopilada cesante toda imposibilidad y fraude; y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, y se han de reponer los autos y diligencias posteriores en el estado que tenian, cuando se admitió

la oposicion é hizo el encargo de los 10 dias, como lo he visto practicar para evitar nulidad en las diligencias. Y se advierte que las notificaciones se han de hacer á costa del reo incontinenti que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia.

251 Si los 10 dias empiezan á correr en feriados como los de pascuas ú otros, y espiran en ellos, ó se consume su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen, lo cual he visto practicar siempre, porque de lo contrario sería ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al ejecutado.

252 No se debe prorogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarle enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á su vuelta, mientras dura, ni entregarse á éste antes, aunque acuda á tomarlos, porque el acreedor tiene hecha su probanza con el instrumento, sentencia ó confesion que traen aparejada la ejecucion, y no necesita término por no tener que probar, siendo asi que el reo necesita ver, si le compete alguna escepcion contra el documento ejecutivo, para cuya probanza se le conceden solamente 10 dias perentorios, término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir.

253 A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que él y el reo son correlativos, que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: ya porque no se causa ningun perjuicio al deudor sino comodidad en tener mas tiempo para preparar y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito, y ya porque habiéndose prefinido tan breve en utilidad del acreedor para que no se retarde mas la exaccion de su crédito, y en pena del deudor para que tenga mas cuidado de pagar, y no se perjudique al acreedor, puede renunciar legítimamente este beneficio y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho (*).

254 Mas para que se prorogue á instancia suya, han de intervenir precisamente dos circunstancias. La primera es, que pida la pró-

(*) Asimismo como el término de los 10 dias se ha concedido por beneficio del reo, podrá este renunciarlos, pues en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introdujeron.

roga dentro de los mismos 10 dias, y si necesita mas prórogas, antes que espire la concedida, para que se entienda ser todo un mismo término; bien que para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mayormente despues de pasados, pues sin motivo gravísimo y justificado no se debe prorogar, porque el ejecutante cuando pide la ejecucion, lleva ó debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir en tiempo á pedir la prorogacion; y mucho menos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, mediante á que se presume haber visto ó tener noticia de lo probado por el ejecutado. Y la segunda circunstancia es, que ni él ni su abogado haya visto la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, segun se observa en la via ordinaria (*a*). Y así el término de los 10 dias como el de las prorogaciones son comunes á ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prorogaciones se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia cualidad que el encargado en los 10 dias.

255 Pueden hacer las partes sus probanzas por testigos, instrumentos y demas medios legales, aunque la ejecucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las escepciones por otro tambien público. Los testigos que el reo presente, no solo han de ser juramentados antes de deponer sino asimismo examinados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley; pues si está pasado, ó falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que esten juramentados, y la prueba será ineficaz: lo cual procede igualmente en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un parecer que por sí solo no prueba. Los instrumentos han de ser presentados tambien antes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por el juez sino prefinido por la ley carece de facultad para alargarle á instancia del reo y para admitir la probanza que quiera hacer fuera de él, aunque lo contrario sucede en el juicio ordinario, como se dijo en él.

(*a*) Leyes 34 tit. 16 P. 3 y 5 tit. 6 lib. 4 R.

256 Lo espuesto no tiene lugar, cuando por omision ó imposibilidad del juez ó escribano se pasa el término, pues entonces como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar; y ashes muy útil la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision ó imposibilidad, con cuya cautela, aunque espire el término, si los testigos fueron juramentados dentro de él, podrán ser examinados despues, como lo he visto practicar.

257 Intentando el reo probar sus escepciones por testigos, debe nombrarlos, espresar donde viven, y jurar que no procede de malicia (*a*): y si se hallan en otro territorio, ha de pretender y se ha de librar requisitoria al juez de su domicilio, como se practica en el juicio ordinario (*b*); pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de ésta á él. En este juicio como ni aun en los demas sumarios no se admiten tachas, ni de consiguiente se concede término para probarlas.

258 Aunque haya espirado el término de los 10 dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia y posiciones en cualquier tiempo, con tal que sea antes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72, tit. 4, lib 3 R. y se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los adelantamientos de Burgos, Castilla y Leon en cuyo título está; pues no se hacen cargo de que fue creada muy posteriormente á la 2, tit. 21, lib. 4 R. ó 1, tit. 28, lib. 11 N. R. de que no manda que ésta quede en su fuerza y vigor en los demas parages, ni escluye ni prohibe que se puedan aprovechar de ella los que no residen en los adelantamientos; y de que la confesion de la parte no es prueba sino relevacion de ella, por lo que no hay término prefinido para hacerla, y se puede recibir fuera de el de la ley: porque cuando el Soberano manda á un presidente cierta cosa, se entiende por consecuencia mandarla á todos los de sus dominios en igual caso, por militar idéntica razon. Lo mismo procede, cuando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe deferir al cotego por ser pasado el término.

259 Sobre si el término, ya que no prorogar, podrá suspenderse á instancia del ejecutado, duda que no he visto tocada en ningun au-

(*a*) Ley 2, tit. 21, lib. 4. R. ó 1, tit. 28, lib 11 N. R. (*b*) Leyes 1, tit. 7, P. 3 y 20, cap. 2, tit. 21, lib. 4 cit. ó 7, tit. 29, lib. 11 N. R.

tor, debo decir que siempre que acredite causa justa, como estar enfermos ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar pronto su recobro ó regreso, no poder el escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud, y otras semejantes puede suspenderle el juez; lo uno, porque no lo prohibe la ley, ni habla de ello, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: lo otro, porque no se viola su mandato, pues siendo éste el que la prueba se haga y presente dentro de los diez dias, en examinando los testigos en los que concurran despues de la suspension, ó presentando el instrumento antes que espiren, se cumple con él; y lo otro, porque con la demora de poco tiempo no se causa detrimento notable, y seria cosa inhumana que por no esperar algunos dias mas se gravase al reo, con la satisfaccion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima y otros perjuicios irreparables que son consiguientes al mandamiento de pago: mayormente cuando no ha padecido culpa ni omision, ni se perjudica al actor, justifique ó no en el reo su escepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo no debe dársele sino castigársele por litigante de mala fe; y sino, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor de la ley; bien que la suspension en estos casos como de equidad y no de justicia será arbitraria en el juez (*).

(*) Esta doctrina parece contraria á la citada ley 2, tit. 21, lib. 4 R. que dice lo siguiente. »Y para probar tal paga, i escepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quien son, i donde viven, i jure que no trae malicia: y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, ó obispado aya plazo de un mes para traer sus dichos; y si allende los puertos por todo el reino, que aya plazo de dos meses; i si los nombrare en Roma, ó en Paris, ó en Jerusalen, fuera del reino, que aya plazo de seis meses: pero es nuestra merced, que el deudor que alegare la tal paga, ó escepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias, en la manera que dicha es, dijere que los testigos, que tiene, estan fuera del arzobispado, obispado, como dicho es, que pague luego al mercader, ó al acreedor, dando el tal mercader, ó acreedor luego fianzas que, si el deudor probare la paga, ó otra escepcion, que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el doblo, por pena en nombre de interesse; y el reo asimismo dé fianzas que si lo no probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pago, &c." Si segun esta ley en el caso de decir el ejecutado que están ausentes los testigos con quienes puede probar su escepcion, se ha de hacer el pago dando la espresada fianza, como dice despues Febrero, (n. 274,) ¿por qué no ha de observarse lo mismo, cuando esten enfermos o ausentes algunos de los testigos, cuando el escribano no pueda compulsar con prontitud el instrumento, o en otros casos semejantes, y se ha de recurrir á la suspension del término de los diez dias, esto es, á la contravencion de la ley? Y en el caso de la ley inserta, dice Hevia Bolaños, en la misma senten-

260 Pero es de advertir en primer lugar, que esta suspension se ha de notificar al actor á costa del reo: en segundo lugar, que el escribano debe poner nota en el pedimento en que se solicite, no solo del dia sino tambien de la hora de su presentacion, para que si se defiere á ella, como que corre de momento á momento, no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento á la hora de audiencia ó antes; y en tercer lugar, que durante la suspension ningun testigo se examine, sino despues dentro del término que falta, y de lo contrario es nulo como hecho fuera de él, aunque se cite previamente al acreedor, porque la suspension no es para tener mas término y que en éste justifique su escepcion, lo cual seria prorogacion que el juez no puede conceder á su instancia, sino para que los testigos vengan fuera ó sanen y declaren en el término restante.

261 Lo mismo procede, si el reo pide declaracion al ejecutante, y en caso de negativa que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras evacua la declaracion, se suspenda el término; pues debe hacerlo, ya porque aquella declaracion no es prueba sino relevacion de ella, y ya porque de no suspenderse podia ausentarse ú ocultarse maliciosamente el ejecutante hasta que espirara, para que el ejecutado no pudiese justificar, y se le cause la estorsion de ser condenado, tal vez sin deber lo que le pedia. Por tanto, el juez debe suspender el término hasta que evacue su declaracion, y evacuada se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde ésta continúe el curso del término que falte; pues no se infringe por esta suspension la ley, ni es visto prorogarse por ella el término, ni hacer prueba en él el reo, y sí únicamente cortar al ejecutante su malicia de querer tal vez dejar indefenso al reo. Ademas, si antes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como se ha sentado en el n. 258, y se debe deferir á su solicitud; con mayor razon se deberá suspender el término que todavia no espiró para que declare: todo lo cual he visto practicar repetidas veces en esta córte como equitativo y justo, por no ser abuso, corruptela, ni infraccion de las leyes (*).

cia de remate se suele recibir la causa á prueba, y de la sentencia dada en ella, por ser ordinaria ha lugar apelacion.

(*) El señor Salgado dice que cuando por impedimento del actor no pudo el ejecutado hacer las probanzas, no se concede de nuevo todo el término, sino que se cumple el de que no se usó por razon del impedimento.

262 Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado é informar al juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de cuando se encargan los diez dias de la ley para probar. Tambien se les han de entregar para alegar de su derecho segun el órden del juicio al modo que en la via ordinaria, y de lo que uno alegue y haya probado, se ha de dar traslado al otro con calidad de *sin perjuicio*, que hace no mude la causa su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados. Hecho esto debe llamar el juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio, señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello, citar á entrambos, por si quieren asistir á informar verbalmente de su derecho y justicia, y si no se acostumbra señalar dia ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el ejecutado, ó resultando del documento ejecutivo la escepcion y alegándola; pues si no la hizo, ó no resulta, ó no se opuso á la ejecucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate, y no hay cosa nueva ni motivo para volverlo á hacer: en cuya atencion ha de llamar los autos y sentenciarlos, lo cual como corriente se observa en la práctica; si bien algunos quieren que aunque no se haya opuesto, pida el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia, la cual práctica no repruebo, sin embargo de no ser necesaria en dicho caso, cuando en el pedimento en que el actor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

263 Como no siempre ejecuta la sentencia el juez que la pronuncia, sea ordinario ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el ausilio de otro, me parece conveniente esplicar por conclusion de este §, si todas las escepciones que se permiten oponer contra la ejecucion, se podrán deducir y alegar ante el requerido del mismo modo que ante el requirente; y si aquel podrá ó no conocer de ellas, y determinarlas como éste. Pero antes debo sentar para su mejor inteligencia lo siguiente.

264 Hay algunas escepciones que se alegan contra la misma sentencia como la de su nulidad. Otras no se oponen contra la sentencia sino contra su ejecucion, v. gr. la de que alguno no puede ser reconvenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su

muger, el donante respecto del donatario, y otros de que se hizo mencion en los nn. 153, 154 y 155; y estas escepciones no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su ejecucion, por lo que se pueden alegar y poner despues de ella: en cuya atencion la de las espensas hechas en la cosa que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones y otras semejantes, se pueden oponer despues de la sentencia ejecutoriada, porque solo se dirigen á modificarla, si bien esto se limita en caso que se hayan opuesto en la causa principal antes de la sentencia, y el juez las haya despreciado espresa ó tácitamente, porque este desprecio tácito ó espreso pasa á cosa juzgada juntamente con la misma sentencia, y produce escepcion de tal contra el que las opone (*a*). Y otras se oponen contra la accion intentada, cuales son las perentorias concernientes á los méritos de la causa principal, y éstas regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia, porque se dirigirian á recindirla ó revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que ejecutar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su ejecucion; bien que hay varias que se admiten, con la del Senado Consulto *macedoniano* de que trata la ley 22, tit. 11, lib. 5 R. ó 17, tit. 14 ó 10 N. R. (*b*) la cual fue establecida en odio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia y de sus padres (*c*): la del Senadoconsulto *veleyano* en favor de las mugeres, la de restitucion por entero en el de los menores y otras. Igualmente debo sentar que de los que ejecutan las sentencias por mandato, comision ó requerimiento de algun juez, unos se llaman *meros ejecutores* y otros *mistos*: los primeros son los alguaciles, porteros y otros sirvientes de la curia ó juzgado que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas; porque ya precedió, y están destinados solamente para cumplir el mandato del juez que entiende en ellas; y los segundos son jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio ó el delegado comete la ejecucion de su sentencia, antes que conozca de las escepciones respectivas á la misma ejecucion.

265 En esta suposicion digo, que los meros ejecutores no deben admitir regularmente ningunas escepciones contra la ejecucion, ni pueden conocer de ellas por defecto de jurisdiccion; pero los ejecu-

(*a*) Cap 15 de Sentent. & re judicat. (*b*) E inserta en el n. 36, cap. 28, P. I. (c) Véanse los motivos en el n. 6, cap. 26 P. I.

tores mistos pueden entender en las tocantes á los méritos de la causa, y podrán oponerse despues de la sentencia, no para difinirlas sino para ver si obstan ó no á la ejecucion; pues obstando deben suspender ésta y remitirlas al juez requirente para que las decida; y si se oponen calumniosamente y no la impiden, han de proceder á ejecutar la sentencia.

266 De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer sino tambien difinirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su ejecucion es visto cometerles tambien todo lo que concierne á ella. Y de las que impugnan la sentencia como la de nulidad, restitucion, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, han de proceder á su ejecucion; mas siendo legítimas deben remitirlas bien instruidas al juez requirente, para que las decida, y no decidirlas por sí, porque de hacerlo se verificaria que el juez menor ó igual en jurisdiccion revocaba la sentencia del igual ó mayor, lo cual es opuesto á derecho: pues en el negocio de que se trata, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Pero lo dicho procede en caso que el juez inferior imparta el brazo y ausilio del superior para ejecutar su sentencia, pues entonces como éste es mayor, puede, aunque suene ser requerido, conocer y decidir la escepcion de nulidad, y conceder al menor la testitucion contra la misma sentencia del requirente.

267 En cuanto el tercero poseedor supuesto como cierto é indubitado que puede oponer sus escepciones ante el juez requerido, y éste conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirlas, se distinguen dos casos. El primero es, cuando alega que posee los bienes en que el juez requerido trabó la ejecucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone á ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta escepcion sino tambien determinarla sin tener precision de remitirla al requirente, porque modifica la sentencia de éste y no la impugna como injusta. Y el caso segundo es cuando la escepcion toca á la sentencia y causa principal, como si el tercero alega ser nula, ó nulo el instrumento en cuya virtud se despachó la ejecucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y entonces puede el juez requerido conocer de la oposicion y escepcion, no para decidirla sino para instituirla y remitirla al requirente para su determinacion como juez, á quien incumbe legítimamente conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste.

FIN DEL TOMO IV.