

SIGUENZA, Pedro de

Tratado de clausulas instrumentales : util, y necessario para jueces, abogados, y escribanos... / ahora nuevamente añadido por... Pedro de Siguenza... y emendado... en esta ultima impression. -- En Madrid : En la Imprenta, y Librería de Don Antonio Mayoral..., : A costa de la Hermandad de San Geronymo, 1767

[8], 520 p., [1]4, A-Z4, 2A-2Z4, 3A-3T4 ; 4°

Antep . -- Apostillas marginales

1. Contratos 2. Kontratuak 3. Derecho civil 4. Zuzenbide zibila I.

Título

R-4997 R.100108. -- Enc. perg.

**SIGUENZA
DE CLAUSULAS
INSTRUMENTALES.**

R- 100 108

1870

1871

1872



1873

TRATADO
DE CLAUSULAS
INSTRUMENTALES,

UTIL, Y NECESSARIO PARA JUECES,
Abogados, y Escribanos de estos Reynos,
Procuradores, Partidores, y Profes-
sores en lo de Justicia, y
Derecho.

AHORA NUEVAMENTE AÑADIDO

POR EL LICENCIADO PEDRO DE SIGUENZA,
*vecino, y Abogado del Lugar de Tevenes, y natural
de la Villa de Ajofrin:*

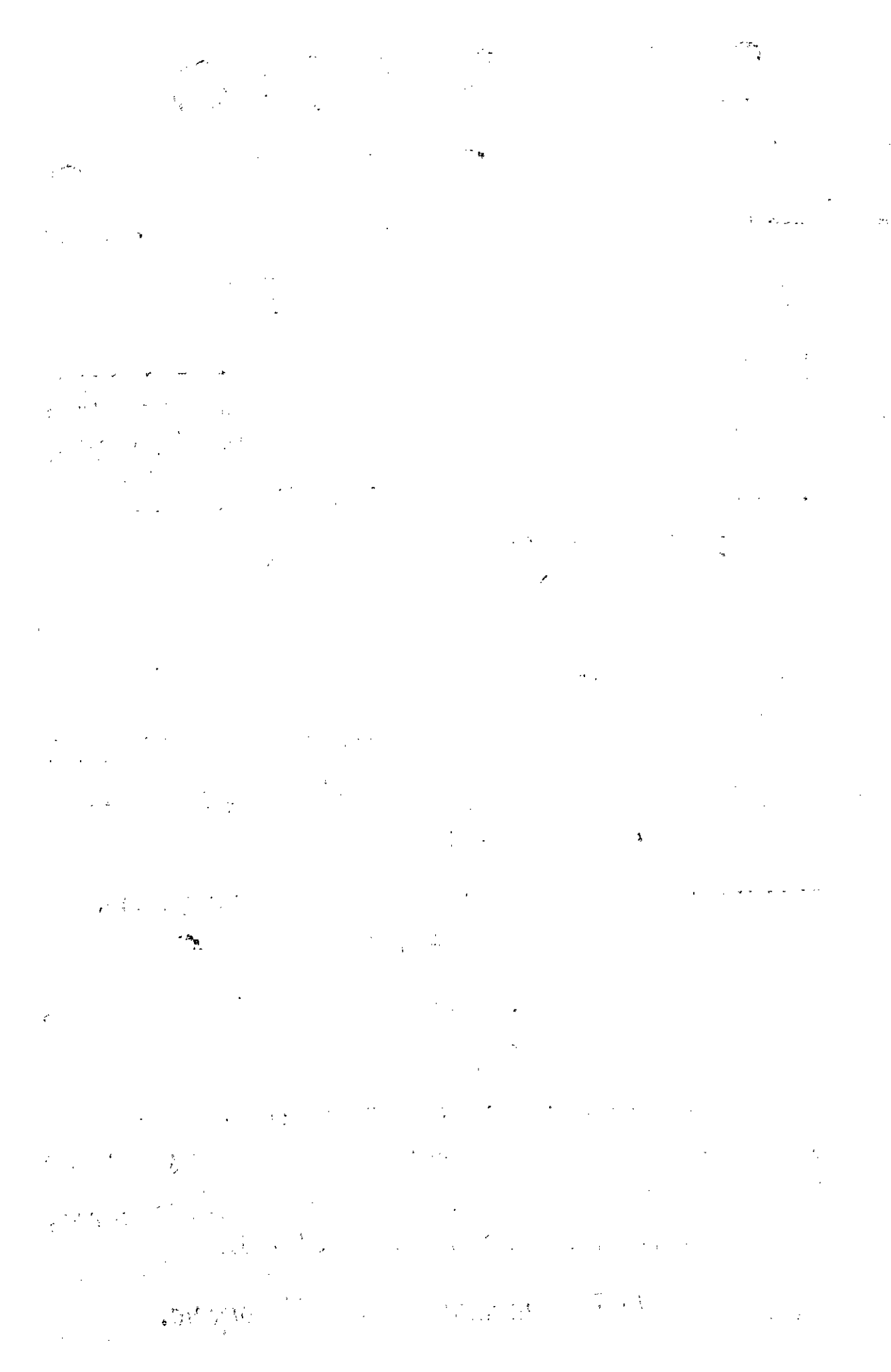
Y EMENDADO DE ALGUNOS YERROS
en esta ultima Impresion.



CON LAS LICENCIAS NECESSARIAS:

En Madrid, en la Imprenta, y Libreria de Don ANTONIO MAYORAL,
Plazuela del Angel. Año de M.DCCLXVII.

Acosta de la Hermandad de San Geronymo.



*APROBACION DEL LIC. DON FRANCISCO DE PAZ
Valboa, del Consejo de su Magestad, en el de la Gran Vica-
ria del Reyno de Napoles, y Consultor del Santo Oficio.*

HE visto con particular atencion este Libro, que me co-
metió el señor Doctór Don Juan de Mendieta, Vica-
rio General de esta Villa, y que el Licenciado Pedro de Si-
guenza llama: *Clausulas Instrumentales*, debaxo de cuyo ti-
tulo me parece que la modestia del Autor agravia su doctri-
na; pues siendo tanta, y tan grande, que puede instruir al
Juez mas docto, y al Abogado mas experto, se contenta con
decir, que enseña solo al Escribano, si yà como llave del
comercio de la Republica, no los tiene por la parte mas
essencial de ella. La doctrina de este Libro es muy confor-
me al Derecho Civil, Canonico, y Real; aqui la libertad
Eclesiastica, y buenas costumbres no reciben ofensa, antes
con ajustado derecho quedan ilustradas, y defendidas. De-
besele la licencia que pide: este es mi parecer. En Barcelona
á 10. de Diciembre de 1705. años.

*El Lic. Pedro de Paz
Valboa.*

A P R O B A C I O N.

POR comission de los Señores del Consejo he visto este
Libro, intitulado: *Clausulas Instrumentales*, compuesto
por el Licenciado Pedro de Siguenza; y la utilidad de la
materia, y el cuidado, y diligencia con que su Autor la
trata, justifica la licencia que pide para sacarle à luz. En
Barcelona á 18. de Diciembre de 1705. años.

Lic. Don Diego Altamirano.

AR-

ARGUMENTO DE ESTE LIBRO.

ESTE es un breve , y compendiofo Tratado, adonde sumariamente se refieren las Clausulas mas principales, y ocurrentes , assi en contratos, como en testamentos, y ultimas voluntades, donde por el tenor de sus palabras se traen à la memoria todas las condiciones justas , è injustas, pactos , y convenciones, renunciaciones , y juramentos , que de Derecho se juzgan por aprobadas , ò reprobadas , fundadas en varias Leyes Reales , y del Derecho Comun , y autoridad de muchos , y graves Doctores. Y adonde asimismo se refieren en su consecuencia los puntos mas prácticos , y notables que hay en el Derecho , que de obligacion han de saber los Escribanos, para exercitar , y usar sus officios , especialmente en el saber dividir , y partir los bienes de un testador , y difunto , sin que à sus herederos se les haga perjuicio , y agravio. Todo lo qual està ordenado con suma distincion , y claridad, con dos Tablas de lo mas notable que en el dicho Tratado se contiene : una para el primer Libro de Contratos , y otra para el segundo de Testamentos , y ultimas voluntades.

ES tan invencible la envidia, y censura en el hombre, que entre los mortales, dixo Salustio, era difícil vencerla con la gloria: *Inter mortales, itaque difficillimum est gloria invidiam vincere.* Y es tan incurable su remedio, que su daño no se templa, sino es cesando los dichosos, y felices efectos de la virtud, segun Tulio: *Virtutis comes est invidia.* De que es cierto, que à no tener, como de su parte tiene, tan segura la defensa, obscureciera, y destruyera los humanos ingenios: de que para mí, quando entre mis confusos sueños me huviera imaginado embidiado por el favor, y premio de mis obras, me fuera de alivio, y consuelo el traer à la memoria los amagos, y golpes de la censura; pues no puede haver cosa mas triste, que carecer de ella, segun los sabios Proverbios: *Miserrima est fortuna, quæ inimicis caret, nondum felix est, si nondum turba deridet.* De que con tales sentencias es cierto han de cesar temores, pues otros, despues de bien afortunados, y vencedores por sus obras, la temieron; si bien se trae à la memoria aquella antigüedad de Germanico, que despues de haver vencido à Ariménio entre los dos ricos, Reno, y Albis, sobre grandes dificultades, y dilaciones, levantaron un monte de armas en la campaña, en la qual para su memoria escribieron este mote: *Debellatis inter Regnum, & Albim nationibus exercitum Tiberii Cæsaris ea monumenta Marti, & Jovi, & Augusto sacravisse.* Diciendo, que de Naciones vencidas entre Reno, y Albis, el Exercito de Tiberio Cesar consagrò à Marte, y à Jupiter estos despojos, no trayendo à la memoria el vencedor, ni diciendo de sí nada, ò porque entendió despertar embidiosos, ò porque le pareció tener la verdad de su parte. De que es cierto, que de la mia puedo assegurar la verdad de lo que en este Libro se trata, siendo, como son, sentencias verdaderas; sus notas, y advertencias aprobadas, y experimentadas de muchos, y graves Doctores, de que mi voluntad solo ha sido traer à la memoria lo que no es justo el Escribano ignore: y para que de las notas, que otros Autores escribieron, no se cause confusion, para que siempre se juzgue con la equidad de la justicia, segun Tulio: *Judicis est semper in causis verum sequi;* y fin que se pueda dar lugar à aquella sentencia de Ciceron: *Nemo deo pauper est, nisi qui justitia indiget.* Y así no se espante el Lector, que haya tomado la pluma en

la mano , pues solo me mueve , quàn triste , y miserable cosa es , que en el ayre de la fuya penda la vida ; honra , y hacienda del hombre , como dixo Solon : *Quod si ad Tabelliones Ministros convertas oculos , quàm facile sic corrumpuntur , & veritatem sepe- liunt*. Cosa que tan aborrecible es à Dios , y à todo corazon humano , y que por el vicio del interès estè sujeto , y à peligro de morir para siempre , especialmente siendo , como es , el Escribano el fundamento de la justicia , à quien el Derecho llama Fieles publicos de la Republica , de que era justo , que por el autoridad del oficio estuvieran siempre iguales en la passion , sin la paga del vicio del interès ; pues el carecer de èl es nobleza en el hombre , segun dixo Seneca , à quien llama tanto bien en cuerpo humano , y digno de alabanza , que por premio , ni necesidad no se corrompe : *Fides est sanctissimum humani pectoris bonum , quod nullo præmio , nec necessitate corrumpitur*. Y asì , dice Seneca en alabanza de la fé , y verdad , que es mejor ofender con ella , que complacer , y dár gusto con la fabula , y mentira : *Maloveris offendere , quàm adulando placere*. Y esto es , porque la malicia del hombre , segun Fulgencio , es dañosa en tres maneras , y es mas fuerte , por concebirse en el animo , segun sentencia de Tulio : *Quo major est vis animi , quàm corporis , eo graviora sunt mala , que animo concipiuntur*. Porque asì como la fuerza del animo es mayor que la del cuerpo , por el configuiente son mayores las malicias , y engaños que se conciben en el animo. Y finalmente , dirè lo que dixo cierto hombre docto , tratando de los Escribanos : *Quia Deus eos diligit , & boni semper vincunt : mali verò homines debent expelli ab omni honore , quia serviunt diabolo*. Y cierto , que darà Dios el premio à cada uno segun sus merecimientos : y desdichado del Escribano , que tuviere por oficio servir al diablo. Finalmente advierto , que para que los yerros , ò ignorancias del Escribano no se atribuyan à malicia , le suplico se desvele en conocer lo que por ventura para conocerlo el Abogado gasta tiempo , y hacienda. Reciba este trabajo con la benevolencia que espero , pues por èl significo mi voluntad : døre mis yerros , disculpe mi poco acierto , agradezca mi deseo , corrija , si sabe , y en fin , harà como quien es.



DE CLAUSULAS INSTRUMENTALES.

LIBRO PRIMERO.

CAPITULO PRIMERO.

ADONDE DEL TENOR DE LAS PALABRAS de la clausula de subscripcion, se refiere, con el decreto, y solemnidad, que las Escrituras de todos, y quales contratos se deben otorgar, y celebrar, para que en Juicio, y fuera de èl, hagan entera, y cumplida prueba, y fè, en observancia de la ley 13. tit. 25. lib. 4. *Novæ Recop.* con otras muchas anotaciones, è innumerables advertencias, dignas de ser sabidas, y de tener en la memoria: Donde assimismo se refiere el credito, y autoridad, que à los dichos Escribanos se les dà, en lo tocante à los dichos sus officios en estos Reynos.

SUMARIO.

- 1 **D**efinicion, y exposicion verdadera de este assumpto. Clausulas Instrumentales, quales sean.
- 2 Que autoridad, fè, y credito se les debe dàr à los dichos Escribanos.
- 3 El officio de Escribano, si es Público, y de dònde tomò su origen.
- 4 Si estos dichos officios son viles, ò si se deben juzgar por nobles.
- 5 Què personas pueden exercitar, y usar de estos dichos officios, y quales no.
- 6 Si los dichos Escribanos pueden tener trato de grangeria.
- 7 Y si pueden ser fiadores de los Jueces del Lugar de adonde usaren, y exercitaren de los dichos officios, y en què pena incurren.

8 *Y si pueden ser fiadores los dichos Escribanos de las Rentas Reales, y Alcaualas, ò si pueden obligarse al abasto de las carnes de los dichos Lugares, adonde tuvieron los dichos oficios.*

9 *Què fines se siguen por tratar verdad, y usar con fidelidad, y rectitud de los dichos sus oficios.*

10 *Y si para exercitar los dichos oficios de Escribanos, se requiere doctrina, y experiencia; y si tendrán obligacion à satisfacer el daño, que por su causa se siguiere.*

11 *Si los dichos Escribanos deben ser aprobados por su Magestad, para poder usar de los dichos oficios.*

12 *Si para que los Instrumentos, y Escrituras públicas hagan fè en Juicio, y fuera de èl, es necessario que se otorguen ante los Escribanos del Numero de aquel Lugar.*

13 *Si los Instrumentos, y Escrituras públicas, otorgados ante los Notarios Apostolicos, en Causas merè legas, y profanas hacen fè.*

14 *En què pena incurren los Escribanos merè legos, que otorgan Escrituras, en las Causas, que proceden los Jueces Eclesiasticos.*

15 *Citar, si pueden los Escribanos merè legos à personas Eclesiasticas, por mandamiento de sus Jueces, assimismo Seglares.*

16 *Què solemnidad se requiere, para que el Instrumento, que se huviere de presentar en otra jurisdiccion, haga fè.*

17 *Si hace fè el Instrumento otorgado ante Escribano Público descomulgado.*

18 *Si se requieren testigos para la autoridad, y solemnidad de las dichas Escrituras, y què numero, ibi: Et num. 19.*

20 *Si es necessario, que los dichos testigos firmen las dichas Escrituras.*

21 *Fè, y credito, si se les debe dàr à los dichos Escribanos, quando por la antigüedad del Instrumento no tienen noticia los testigos.*

22 *Què numero de testigos se requiere para reprobare un Instrumento.*

23 *Si la Escritura signada por el Escribano, como persona particular, hace fè.*

24 *Y en caso de duda, si se debe dàr credito à la declaracion de los dichos Escribanos.*

25 *Si en los Autos, y citaciones se les dà fè à los dichos Escribanos.*

26 *Retraçtion de testigos, ante quièn, y en què tiempo se debe hacer.*

27 *Obligacion, si tienen los dichos Escribanos à exercitar su oficio contra su voluntad.*

28 *Deben los dichos Escribanos ordenar las dichas Escrituras en la forma que entre los dichos otorgantes fue tratado, sin dexar cosa en blanco.*

29 *Si hace fè el traslado, como el original, siendo autorizado, y signado por el mismo Escribano, ante quien passò.*

30 *Segundo traslado, si se puede sacar del original, y con què solemnidad.*

31 *De què efecto serà el firmar los dichos originales, y registros en fin de cada un año.*

32 *Si probandose por testigos el Instrumento perdido, hace entera fè, y prueba.*

33 *No queriendo el Escribano manifestar sus registros, y protocolos, si puede ser puesto à question de tormento, hasta que los manifieste, y diga adonde estàn.*

34 *Si los dichos Escribanos tienen obligacion à hacer diligencia en conocer las Partes otorgantes.*

35 *Y no deben los dichos Escribanos ordenar las dichas Escrituras con mas circunstancias de lo que al tiempo de otorgarlas fue tratado.*

36 *Y para mas satisfaccion de las Partes, deben repetir las dichas notas, para mas noticia de la verdad de los dichos contratos.*

37 *Si hacen prueba las congeturas, especialmente no siendo contra Derecho.*

38 *Y si en caso de duda se ha de tener presente atencion al natural del contrato, para que siga el efecto à que fue otorgado.*

39 *Si en diferentes sentidos se prefiere el de mayor propiedad al natural del contrato.*

40 *Si para hacer las dichas interpretaciones hà lugar, uso, y costumbre.*

41 *Y en caso que haya lugar interpretacion, se debe hacer de manera, que no se destruya su forma.*

42 *Si se debe tener atencion antes à la voluntad presumpta del Testador, y Partes otorgantes, que à lo dudoso escrito.*

43 *Si havrà lugar la dicha interpretacion, si de ella resultar puede algun perjuicio, y daño à las dichas Partes otorgantes.*

44 *Si havrà assimismo lugar la dicha interpretacion, quando de ella ofenderse puede la voluntad del Testador.*

45 *Si las Partes otorgantes deben firmar las dichas Escri-*

turas, para solemnidad de los dichos contratos.

46 Si será lícito añadir mas de lo que fuere hallado, y escrito en el registro, y protocolo de los Escribanos ya difuntos, ó que han dexado los dichos sus officios. Et ibi, numero 47.

48 Y si los dichos Escribanos podrán emendar sus mismos errores de su misma autoridad.

49 Y si despues de otorgados los dichos contratos, havrà assimismo lugar la dicha emienda.

50 Si habiendo sido omisso, y olvidado el signo del Escribano, se podrán ex post facto firmar, y autorizar las Escrituras de adonde faltò, y se olvidò.

51 Si por omisson de la fecha, dia, mes, año, y nombre de los testigos, assimismo havrà lugar despues la dicha su emienda.

52 Si en caso de que el Escribano no tuviere entera noticia de las dichas solemnidades, podrá justamente hacer las dichas emiendas, sin consentimiento, y voluntad de los dichos otorgantes.

53 Si no resultando perjuicio, y daño à los dichos otorgantes, se podrá en todo tiempo hacer la dicha emienda.

54 Si despues del traslado de las dichas Escrituras, se podrán justamente hacer las dichas emiendas.

55 Si consintiendo las dichas Partes otorgantes en la dicha emienda, será necessario decreto judicial.

56 Qué prueba se requiere para emendar los dichos errores, en caso dudoso.

57 Si por confession de las dichas Partes otorgantes, se pueden probar los dichos errores.

58 Y si será suficiente prueba la declaracion de los testigos instrumentales.

59 Y si dos testigos harán entera fè, consintiendo los dichos errores en lo substancial del contrato.

60 Fé, y credito, si se les debe dár à los Escribanos de todo aquello que fuere escrito, y ballado en sus registros, y protocolos.

61 Clausulas, quáles sean, que sin voluntad de los contrayentes, pueden de voluntad de los dichos Escribanos ser escritas, y ordenadas, aunque entre los dichos otorgantes no se haya tratado.

62 Si siendo omissas, y olvidadas las dichas Clausulas, se juzgan por escritas, y ordenadas en los dichos contratos, y Escrituras.

63 Siendo la clausula ordenada en fin del Testamento, y Escritura, es visto referirse à las demás precedentes.

64 Si havrà assimismo lugar, siendo ordenada en medio de las dichas Escrituras.

65 Si mirando cada una de las dichas Clausulas à diferentes fines, será visto referirse à las demás precedentes, ò siguientes.

66 Y constando por congeturas de los otorgantes lo contrario de lo suso dispuesto, no es visto referirse las dichas Clausulas à lo que assi parece contrario.

67 Clausula general, si es visto referirse à la especial.

68 Clausula ordenada para un fin, no es visto estenderse à otros contrarios, y diferentes.

69 El Legado que fuere dexado debaxo de condicion, no se debe estender à los demás puros, y condicionales.

70 En caso de duda, sobre Clausulas dudosas, se ha de estar al juramento, y declaracion del Escribano que las ordenò.

71 Si faltando el signo del Escribano, se anula el dicho contrato.

72 Si despues de otorgados los dichos contratos, podrá el Escribano de su autoridad signarlos, y autorizarlos.

73 Si la dicha doctrina assimismo se debe entender en testamentos, y codicilos.

74 Acumulacion, quando, y en què forma se debe hacer.

75 Si en caso que hà lugar la dicha acumulacion, se han de entregar los Autos originales.

76 Signar, si puede el Escribano sus Escrituras, interponiendo assimismo, como Juez, su autoridad en los casos que de Derecho hà lugar.

Utrum, y porque los fines, y efectos de materia tan importante en estos Reynos, se aseguren con mas entera, y cumplida execucion, mayormente siendo tan necessario, y conveniente el prevenir el daño, malicia, y agravios, que cada dia se causan en razon de los dichos officios de Escribanos, me pareció desentrañar las cautelas tan mal fundadas, y permitidas en contratos, y ultimas voluntades, con distincion de otras permitidas en Derecho, que por ser tan justas, no se les debe dár título, y nombre de cosa fingida, sino claridad, y reglas generales para destruir lo injusto, y mal recibido, en restauracion del estilo perdido, concordante al Derecho Comun, y Real, en particular en el orden, y forma, de dár à qualquier contrato la fuerza de su natural, con una breve, y sumaria Clausula, de que,

si no se previenen sus inconvenientes, de la tardanza se puede temer su remedio. Y assi, para que los dichos Escribanos estèn advertidos en lo tocante à los dichos sus oficios; y para que de sus errores no se dè lugar à ignorancia, se notaràn las clausulas mas importantes, y contingentes en contratos, y ultimas voluntades, para que de su orden se conozca, quáles sean justas, ò injustas, y que de Derecho se debian cumplir, y executar, sin temor de pena, y seguridad de conciencia, y sin que de ninguna manera resultar pueda perjuicio, y agravio à las partes otorgantes, siendo escritas, y ordenadas de su consentimiento, y voluntad. Y assi, para que con mayor fundamento se trate de la dicha materia: ibi: Se duda lo primero, qual sea la verdadera exposicion, y definicion de nuestro titulo, y assumpto de Clausulas Instrumentales. Y assi digo, que este nombre Clausulas, no es otra cosa, sino una sumaria, y breve oracion, que por el orden, y fuerza de sus palabras reciben ley, y quedan obligados los dichos otorgantes à cumplirlas, y guardar con el vinculo de el Derecho, de que precisamente se deben observar, particularmente quando por ley, ò nuevo precepto nõ consta lo contrario, *ut in leg. 1. §. Si conveniat, ff. de Posit. cum vulgarib. & notat gloss. junct. text. in l. Si convenerit, de Re judicat.* Y esto se colige assimismo, considerando bien su propria significacion, que tan solamente nos dà à entender ser condicion por orden: y fuerza de palabras, las quales tienen lugar de Derecho, quando por ley consta estàr inducida, y mandada guardar, aunque de los mismos preceptos, y leyes no conste de què genero de acciones sea: con tanto, que sea possible, justa, y honesta, y no se repunte por torpe, y contra Derecho, y buenas costumbres, *ut in leg. 1. & per totum ff. de Conditionib. & Demonstrationibus. Hostiens. in Summa in Rubric. de Condit. opposit. num. 4. fol. 203.* Y assi, me parece verdadera, y cierta definicion, y exposicion, esto atento, que no solamente tenemos de tratar, con qué palabras han de ser ordenadas las dichas Clausulas; pero tambien especular, y desentrañar sus condiciones, que por sus glossas se verà, si son justas, ò contra Derecho.

2 Y assi, quanto à lo segundo, se notarà qual sea la autoridad, y credito de los dichos Escribanos, con lo demàs tocante à su oficio, por la clausula siguiente, scilicet:

Formatur
1. Claus.

„ Y yo Fulano, Escrivano *a.* que presente fui, *b.* juntamente

„ con

„ con los testigos, c. al otorgamiento de todo lo contenido en „ esta dicha Escritura, d. de pedimento de los dichos ororgan- „ tes, de que doy fé los conozco, e. la ordenè, f. firmè, y signè.

3 „ Y yo Fulano, Escribano, a. Y segun nos dà à entender, y se colige del *Autentica de Tabellionib. collat. 4.* el oficio de Escribanos es pùblico, y de gran consideracion, y confianza en la Republica; y llamanse por Derecho Comun *Tabelliones*, aut *Tabellarii*; y assimismo son llamados *Librarios*, *Catholicianos*, *Esriptores*, *Notarios*, *Libelenses*, *Memoriales*, *Pragmaticas*, *Epistolares*, *Exceptores*, *Logographos*, *Escribas*, *Botbeos*, *Logistas*, *Medo-Grammatheos*, *Diastoleas*, que son nombres Griegos, que cada uno toma el nombre conforme el oficio que tiene de Escribano, *ut in leg. 1. & in Rubr. & in leg. fin. Cod. de Tabul. lib. 10.*

4 Y muchos los llamaron siervos pùblicos de la Republica, de donde el vulgo tomò fundamento, y causa para decir, que el oficio de Escribano era vil, *ut ita affirmat gloss. in leg. Universos, & ibi Bart. & Platea, C. de Decurionibus, Greg. Lopez in Proemio, tit. 19. part. 3. gloss. Escribanos.* De que no es justo, à mi parecer, se les haga este agravio à los dichos Escribanos, pues no puede haver cosa mas noble, que un Escribano, supuesto, que el Derecho los llama Fieles pùblicos de la Republica, como diximos en el Proemio, y Censura de este Libro; y assimismo son llamados Ramos del Reyno, *ut in l. 3. tit. 19. part. 3.* Y de donde yo infiero, que el oficio de Escribano es noble, y no vil, es, que para usar del dicho oficio, no ha de ser infame, ni hombre de mala vida, y fama; luego siguese, que por el mismo hecho no debe ser infame, y vil el que antes era noble, *ut in leg. 2. dist. tit. 19. gloss. Buena fama; & in leg. 1. tit. 25. lib. 4. Nov. Recop.* Lo qual assimismo yo entiendo, y se debe entender, sin distincion de oficio Real, ó Numerario, de que algunos Doctores hicieron, diciendo, que en quanto à los Reales, havrà lugar la opinion de que son viles; y en quanto à los Numerarios, de que son nobles.

5 Para cuyo oficio ninguna persona hay prohibida de usar, salvo los incapaces por Derecho, que son los siguientes: El Moro, el Judio, el reconciliado por el Santo Oficio, y sus descendientes, hasta la segunda generacion por linea masculina, que son los nietos, hijos de hijos varones del reconcialiado, condenado, ò quemado; y hasta la primera, por via de hembra, que son

son los hijos de hijas, segun la *ley 3. tit. 3. lib. 8. Recopilat.* Y en las mismas sentencias se declara, como yo lo he notado, en que dicen: „ Y declaramos por inhabiles, è incapaces à los hijos, „ è hijas del dicho fulano, y à sus nietos por linea masculina, „ para poder haver, y poseer Dignidades, Beneficios, y officios, „ assi Ecclesiasticos, como Seglares, que sean públicos, ò de „ honra; cuyas palabras notò assimismo *Molin. de Just. & Jur. tract. 2. tom. 3. disput. 658. num. 29. vers. 7.* Y assimismo no lo puede ser el esclavo, y el que fuere menor de veinte y cinco años, ni el Frayle, ni el Clerigo en las Audiencias Seglares, *ut hæc omnia probantur in leg. 2. tit. 19. part. 3. & in leg. 1. d. tit. 25. lib. 4. Recop. & in leg. 10. tit. 3. lib. 1. Recop.*

6 Y por quitar toda ocasion de delinquir à los dichos Escribanos, ordenó el Derecho, que no pudiesen tener trato de grangeria, y mercaderia en el Lugar adonde residieren, pena de privacion, *ut in leg. 20. tit. 3. lib. 7. Recop.*

7 Y assimismo no pueden salir por fiadores de los Jueces de los Lugares, donde residan, cuya pena es de la dicha privacion, *ut in leg. 13. tit. 5. lib. 8. Recop.*

8 Y por el consiguiente, no pueden ser fiadores, ni abonadores de rentas de Proprios, ni de rentas Reales, ni obligarse al abasto de la carne, pena de privacion del dicho su officio, con mas, la quarta parte de sus bienes, aplicados segun la *ley 3. tit. 5. lib. 7. Recop.*

9 Lo qual solo es, porque en todo acontecimiento no falte la verdad, pues puede resultar faltar el fundamento de la justicia, cuya causa es para ser aborrecidos, no solo de los hombres, pero tambien del mismo Dios; pues por el mismo hecho *serviunt diabolo, & sunt sine conscientia*; ut notat *Bald. in leg. 2. column. 3. ff. de Senatorib. in d. Proæmio, tit. 19. part. 3.*

10 Y assimismo se requiere, que los dichos Escribanos sean doctos en sus officios, porque de otra manera serán nocivos en la Republica, *ut in cap. Nostrum, ut Eccles. ben. optim. leg. 2. d. tit. 19. part. 3. & ibi Gregor. Lopez.* Y es la razon, porque no hay cosa mas torpe, y aborrecible al noble, y al que tiene officio público, que ignorar lo que professa, *ut est text. in leg. 1. §. Servius autem, ff. de Origin. jur.* Porque de qualquier manera, que por ignorancia de un Escribano, se les siguiesse à las partes algun daño, tiene obligacion, assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia, à su satisfaccion; mayor-

mente, si el error fue en lo substancial; ut ita docet Abb. in cap. 1. de Instit. Oruscus in leg. Barbarius, col. 394. ff. de Offic. Præc. Y assi por temor de estos errores, y restitution de sus intereses, primero que exercen el dicho oficio, estudian el Derecho en Escuelas, como en Valencia, y Aragon. Y quando no fuera mas de que por defender sus errores, muchos Doctores han puesto sus conciencias en gran peligro, de que era justo, que por lo menos supiesen las leyes necessarias del Derecho, ut ita notat Bald. in cons. 103. lib. 3.

11 Finalmente, se ha de notar en esta primera parte, que para que los Escribanos puedan exercer, y usar del dicho oficio, han de ser aprobados por el Consejo de su Magestad, en especial en los Lugares de Señorío, con informacion de suficiencia, y habil, que para el dicho examen se ha de presentar, para que conste de donde es vecino, y de la calidad de su persona, y condicion, ne fortè, sea infame, ò estè privado del dicho oficio, ò sea de las personas, que no lo pueden ser, como assi se usa, y practica, y segun se colige de la ley 2. tit. 25. lib. 5. Recop.

12 Ibi: „ Que presente fui b. Y para que los instrumentos, y obligaciones, que ante los dichos Escribanos se otorgaren, hagan entera fè, es necessario que se celebren, y otorguen ante los del numero, y que por tales estuvieren aprobados; porque de otra manera no haràn fè, aunque los dichos Escribanos sean reales; sino es por causa de ausencia, ò impedimento, ó en las Aldeas, ó Campos, adonde no los haya, ó para las cosas à que fueron creados, ò deputados, ut ita declarat leg. 1. & 2. d. tit. 25. lib. 4. Recop.

13 Y el instrumento, que fuere ordenado, y signado por los Notarios Eclesiasticos, por las cosas profanas, y merè legas, y del Fuero Secular, de ninguna manera hace fè en juicio, ni fuera de él, salvo en las cosas tocantes, y pertenecientes à Clerigos, y Fuero Eclesiastico, ut ita constat ex l. 32. tit. 3. lib. 1. & in l. 19. d. tit. 25. lib. 4. Nov. Recop.

14 Y el Escribano merè lego, que hiciere Escritura, ó otro qualquier acto, en Causa que proceda el Juez Eclesiastico contra lego, siendo causa profana, y secular, demàs de ser nulo lo que assi se hiciere, y causare, será infame, y ha de ser desterrado por diez años; y mas, pierde la mitad de todos sus bienes, segun ordena la ley 2. tit. 8. lib. 1. Recop.

15 De aqui se sigue, que ningun Escribano Seglar podrá, à

pedimento de su Juez, citar à ningun Clerigo, para ningun acto judicial, ni extrajudicial, sino es con mandamiento de su Vicario, sino es en caso, que havindose de hacer inventario de los bienes del difunto, con citacion de herederos, y acreedores, y legatarios, fuesse el Clerigo uno de ellos, ut ita docet Girond. *de Gabel. 4. part. §. 1. n. 8. Greg. in leg. 5. glos. 7. part. 6.* Y assimismo havrà lugar la dicha citacion para interpolarle, ò constituirle en mala fè, y le perjudicarà, ut docet Marant. *de Ordin. Jud. 4. part. dist. 11. n. 36.*

16 Y para que el instrumento, que se huviere de presentar en otro Fuero, adonde el Escribano no fuere conocido, haga entera fè, serà buena advertencia, que el dicho instrumento vaya comprobado de dos, ó tres Escribanos, con authoridad, y decreto del Juez del dicho Lugar adonde fue otorgado, certificando, que el dicho Escribano ante quien passò, es el mismo, y contenido en el dicho instrumento, ó informacion, ut ita docet Felinus *in cap. Post cessionem, de Probationib. fallen. 6. Boer. decis. 154. num. 4. 5. & 6. Ceph. cautel. 54.* Y de otra manera, el dicho instrumento, ò informacion, no harà fè, siendo redarguido de falso, hasta que se compruebe por parte del que le presenta en su favor, probando, que el Escribano, que le siguiò, era público, y numerado al tiempo que se otorgò, ut *in leg. 115. tit. 18. part. 3. & ibi Greg. Lopez in leg. 118. ejusdem tit. vers. ,, E si por ventura ; & ita docet Bald. in Authent. Sed novo jure, C. Si certum petat. Alciatus de Præsumptionib. regul. 3. præsumpt. 13. num. 8. quos sequitur, & refert Rodrig. Amat. in unic. tract. de Exerc. cap. 1. art. 4. num. 25. per tot.* Y mientras el dicho instrumento, ò pruebas no estuvieren comprobadas, havindose redarguido de falso, como dicho es, no se debe hacer trance, y remate de los bienes executados, ni en las Causas ordinarios se debe pronunciar sentencia, hasta que se comprueben, proveyendo Auto de suspension, hasta que conste de la verdad de lo dicho, ut ita notat Avend. *in declar. l. 4. & 5. Ordinam. num. 26. vers. Ideòque. Mexia in declar. leg. Regiæ Toleti, 1. part. num. 25. quos etiam refert idem Rodrig. ubi supr. num. 26. in fin.*

17 Finalmente se concluye en esta segunda parte, que el instrumento, que fuere otorgado ante Escribano, ò Notario público descomulgado, no hará fé en juicio, ni fuera de èl, ut *in cap. Decernibus, & ibi gloss. de Sentent. excommun. in 6.* Ni assimismo la hace el que hiciere en favor suyo, ó de su muger, padre, ó hijos,

jos, yerno, ò suegro ; como siendo contra si, ó contra los dichos, la hace, ut ita notat Parlad. *lib. 2. Rer. quotid. cap. 20. num. 23.* Villadieg. *in sua polit. cap. 1. num. 41. fol. 12.* aunque lo contrario me parece con Bart. *in l. Si pater, ff. de Falsis, & in leg. Uxor. ff. eod.* adonde nos enseña, que los que fueren otorgados en favor de todos los dichos, serán validos, y haràn fé, salvo el instrumento que fuere ordenado en favor del dicho Escribano, ut ita notat etiam Felin. *in cap. de Fid. instrum.*

18 Ibi : ,, juntamente con los testigos. Y requierese en tanta forma la presencia de los testigos á los dichos instrumentos, que serian nullos, si de otra manera se otorgassen, como de la ley 13. se colige, y prueba, ibi : ,, E que assi como fueren escritas las ,, tales notas, los dichos Escribanos las lean presentes las partes, ,, y los testigos ; & ita porvatur in leg. *In contractus, Cod. de Fid. Instr. in Authent. de Instr. caut. & fide, §. Sed, & si instrumenta, verb. Adjiciatur, Paul. de Castr. in dict. leg. Contractus, col. 3. & in leg. 54. & III. tit. 18. part. 3.*

19 Y es necesario, para que las dichas Escrituras hagan fé, sean celebradas con dos, ò tres testigos, aunque en el numero hay diversidad de opiniones en especial, fundadas en dos leyes de Partida contrarias ; en que la una dice, que son necesarios tres testigos ; y la otra dice, que son suficientes dos, ut in l. III. & in l. 54. tit. 18. p. 3. Pero lo que mas se practica, es, lo que el doctissimo Covar. lleva por opinion, en que dice, son necesarios tres testigos, ut ita affirmat in *Pract. Quæst. cap. 2. num. 4. & est leg. 1. lib. 2. tit. 9. Fori.* Aunque Acevedo sublimitò, y concordó estas dichas opiniones, y dixo, que en estos casos se juzgarà segun el estilo, que cada lugar tuviere, y guardare, ut ita notatur in leg. 13. tit. 25. num. 17. lib. 4. *Recopil.* Y sin distincion alguna, quando la escritura es otorgada en poca cantidad, assi como de cien reales, son suficientes dos testigos, ex gloss. in *Authentic. Sed novo juro, C. Si certum petat. & ita notat Villadieg. in sua Polit. c. 2. num. 12.*

20 Y aunque es verdad, que su presencia se requiere, como dicho es ; pero con todo esso no es necesario, que los dichos firmen los dichos contratos : porque segun el Derecho, es suficiente, que tan solamente se haga mencion, como se hallaron presentes, refiriendo sus nombres, ut ita tenet Covar. *ubi sup. num. 4. in leg. 3. dict. l. III. tit. 18. part. 3.* Y assi parece nos dio á entender la dicha ley 13. tit. 15. lib. 4. *Recopilacion.* ibi:

Las lean , presentes las partes , y los testigos.

21 Y en todos los casos , que por antigüedad de la Escritura los dichos no se acordaren , y tuvieren entera noticia de su substancia , se ha de estàr al juramento del Escribano , siendo de buena opinion , y fama , no se probando lo contrario por los dichos testigos : porque en tal caso , se ha de estàr á su juramento , *ut ita probatur in leg. 115. dist. tit. 18. part. 3. & ibi Gregor. Lopez, Rodrig. Amat. in tract. de Forma examin. processum in Caus. civilibus , cap. 7. num. 16. per totum.*

22 Y para reprobar un instrumento son suficientes dos testigos , aunque no sean los instrumentales ; y esto ha lugar , quando juntamente con el instrumento no se presentò testigo alguno ; porque si se presentò alguno , son necesarios tres ; y si se presentaron dos , son menester quatro para reprobar el dicho instrumento , *ut ita docet Covarr. lib. 2. Variar. cap. 11. num. 10. et 11. Paz in Prax. 1. tom. 1. part. 8. temp. n. 5. usq. ad 10. et in leg. 17. tit. 18. part. 3.*

23 Y el instrumento signado , y ordenado por el Escribano , como por persona particular , no hace fè ; y aunque le ordène como Escribano público , firmandole como persona particular , y no signandole , por ser el caracter Real , que le da fuerza , y ser de substancia , y solemnidad , faltando assimismo , no hará fè el tal instrumento en juicio , ni fuera de èl , *ut ita tenet Parlad. Rerum quotidian. cap. fin. 1. part. §. 12. n. 21. et 22. et etiam probatur in leg. 12. et 13. tit. 25. lib. 4. Recop.*

24 Y quando alguna de las partes niega , que la Escritura no es hecha , ni otorgada del Escribano de quien parece por ser diferente su letra , y firma , si el dicho Escribano fuere vivo , y lo negàre , diciendo , que aquella no es su letra , ha de ser creído , y se le dá entera fè , y credito , pero si confessa haverlo ordenado , y signado , con mas justa razon ha de ser creído , y se le ha de dàr fè. Y si dixere , que ante èl mismo passò , pero que fue falsa no se le dà credito , sino es en caso que contestan los testigos instrumentales con el juramento del dicho Escribano. Y si fuere muerto el dicho Escribano , ò ausente , para averiguar la verdad , han de corregir , y cotejar la letra de la dicha Escritura con la del Escribano yà muerto , de quien se afirma , que fue suya ; y conforme la comprobacion , se juzgarà , segun la *ley 118. glos. 5. tit. 18. part. 3.* Y de qualquiera manera que el instrumento se quiera comprobar , ò redarguir de falso , ò por causa de haverse perdido,

do, se puede hacer por prueba de testigos, *ut in leg. 1. dist. tit. 25. lib. 4. Recop.*

25 Y en todas las citaciones, que se deben hacer à las Partes litigantes, precediendo mandamiento del Juez, se le dà credito al Escribano, ó Alguacil, que dice, y afirma hizo la dicha citacion; y si no precedió el dicho mandamiento, ni era Escribano el que hizo la dicha citacion, negandolo la Parte, será necessario que se pruebe haverlo sido con dos, ò tres testigos, y de otra manera no valdrà, *ut ita affirmat Villadieg. ubi supr. c. 1. n. 7. vers. Si la citacion:* adonde dice, que si la citacion se hizo por mandado del Juez superior, que bastará un testigo; y assi aconseja, que los Escribanos pongan en las dichas notificaciones, quando son de importancia, uno, ò dos testigos.

26 Y en quanto al examinar los testigos en las Causas Civiles, se ha de notar, que si despues de haver jurado el testigo, leyendole, y refiriendole su dicho, dixesse no haver dicho tal, y ser lo contrario de lo que depuso, no debe el dicho Escribano dàr lugar al dicho retracto, ni emendar, y corregir lo que antes havia jurado, y dicho, sino es en presencia del Juez, como siempre es justo que lo esté; y con lo que ultimamente dixere, se ha de juzgar, siendo incontinenti la dicha emienda, y retracto; por que si fue *ex intervallo* por el temor de soborno, no se le debe dàr credito; y assi se ha de estàr à su primer juramento, *ut ita docet Greg. Lop. in leg. 30. tit. 16. part. 3. gloss. 2.* Pero en las Causas Criminales, siempre se ha de dàr credito à la retractacion del testigo, antes que à la fè, y authoridad del Escribano; sino es que éste dicho testigo tenga firmado su dicho, reconociendo su firma, ó si consta lo contrario por prueba de testigos, porque depuso ante los dichos; y assi en estos dos dichos casos, no obsta su retractacion, y se le debe dàr credito al dicho Escribano, y no al testigo; y esto corre con mayor, y mas justa averiguacion, si el examen de los dichos testigos fue en presencia del Juez, *ut ita notat Author. Curiaæ Philip. 3. part. §. 15. num. 7.* Y assi conviene, que los Jueces assistan al examen de los testigos, ora sean Civiles, ò Criminales, siendo de consideracion, sin dàr comission para lo dicho; porque demás de que no cumplen los Jueces con su conciencia, son castigados los Escribanos gravemente, que examinarenen algun testigo, sin presencia del Juez, cuya pena por la primera vez es de dos mil maravedis; y por la segunda doblados; y por la tercera privacion de oficio, segun la ley

ley 28. tit. 6. lib. 3. Recop. Yhase de notar , que no por esto se causa nulidad de las dichas informaciones; porque todas las veces, que se probáre, ò constáre, que la nulidad se causáre por descuido, ò malicia del Escribano, ò Juez , no será justo que lo padezcan las Partes , ora sea en Causas Civiles , Criminales , ò Executivas, ut ita notat Acev. *in dict. leg. 28. n. 6. in fin.*

27 Ibi: ,, al otorgamiento de la dicha escritura *d* Y es de advertir, que en qualquier tiempo, sino es por causa de justo impedimento , tiene obligacion el Escribano à exercitar su oficio , aunque sea contra su voluntad ; y para ello puede ser apremiado , *ut ex text. in leg. Quaedam personæ , §. 1. ff. de Edendo, Avend. in cap. 2. Prætorum , n. 14. vers. Neque excusatur, & in leg. 18. tit. 25. lib. 4. Recop.*

28 Y para que mas claramente se pueda averiguar la verdad de las Escrituras , que ante los dichos se celebraren , y otorgaren, tienen obligacion à ordenar por extenso las dichas Escrituras , de la forma que se otorgaron , sin dexar nada en blanco porque de otra manera no hará fè mas de aquello que se hallare escrito , como consta , y se colige de las palabras de la dicha *ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop.* ibi: ,, Mandamos , que cada uno de los Escribanos ,, haya de tener , y tenga un Libro de protocolo , enquadernado, ,, de pliego de papel entero, en el qual haya de escribir, y escriba ,, por extenso las notas de las Escrituras , que ante él passaren , y ,, se huvieren de hacer , en la qual dicha nota se contenga toda la ,, Escritura , que se huviere de otorgar , por extenso.

29 Y no solo hace fè el original , pero tambien el traslado, siendo escrito, y sacado por el tenor del dicho original, siendo autorizado del mismo Escribano ante quien passò , aunque sea despues del oficio : la qual autoridad no se le concede al successor en èl , sino es que la dicha Escritura se saca con citacion de la otra Parte, como en efecto es necessario; sino es en caso, que se le otorgaren todos los protocolos , y registros por Inventario , y autoridad de Juez : *ut hæc omnia probatur in leg. 24. tit. 25. lib. 4. Rec. Et ita docet Bald. Paul. & Jass. in auth. Si quis in aliquo documento, Alex. & Jass. in l. Si quis, ex argentariis, §. Cogit. ff. de Edend.*

30 Y haviendose sacado un traslado de su original, no se puede sacar otro, sino es probandose haverse perdido otro , citada la Parte, y con authoridad , y mandamiento de Juez: *ut ita probatur ex l. 17. dict. tit. 25. l. 4. Recop. & in l. 11. & 12. tit. 19. p. 3.* Y si el Escribano diere el dicho traslado en otra forma , será castigado

con el interés, y daño de la Parte: *ut ita declaratur in dict. l. 17. tit. 25. l. 4. Nov. Rec.* Y dice Azevedo en la misma ley, n. 2. que para que conste, que al acreedor se le dió traslado de la Escritura, que los Escribanos hagan mencion sobre el original de ella, como se le entregó à la Parte, y que la firmen de su nombre; y lo mismo se debe hacer perteneciendo á ambas Partes la dicha Escritura, salvo, si de darsele à alguna de ellas resultar puede algun perjuicio à la otra; por que forte, consistia en dár ò hacer, especialmente haviendose cumplido la obligacion, de que le podia aprovechar à la otra Parte: *ut ita provatur, & colligitur ex dict. l. 17. tit. 25. lib. 4. Recop.*

31 Y es obligacion del Escribano signar sus registros, por lo menos en fin de cada un año; por que de otra manera no harán entera fè, y prueba; demás, que serà condenado en diez mil maravedis, y suspesion de oficio por un año, como assi se prueba en la ley 12. *dict. tit. 25.* la qual ley, aun que parece rigurosa, considerando bien su decission, hace muy en favor de los dichos Escribanos; pues signando sus registros en la forma dicha, suple todos los signos, que faltaren en todas, y qualesquier Escrituras, que en el dicho registro se contienen, secundùm Abb. *in cap. 1. de Fide instrum. n. 3.* Covar. *Pract. q. cap. 19. n. 2. in fin.* quos sequitur, & refert Aceved. *in dict. l. 12. n. 12.* adonde tiene por opinion no se viciará la Escritura, que se huviere de sacar, siendo signada, aunque el registro no lo esté; aunque en quanto à la pena, no se escusará el Escribano, que signó el registro: *ut ita sequitur Rolando à Valle cons. 44. num. 40. vol. 1:*

32 De donde se puede inferir, que de qualquier manera, que al Instrumento perdido se probasse su tenor, y substancia por testigos, hace prueba, y fé, aun que el mismo original no esté firmado, y signado en la forma que dicho es; y esto procede, aunque los testigos, que depusieron, no sean de los instrumentales; porque basta que juren, y declaren de haverlo oïdo decir à la Parte contra quien se ha de presentar. Y hase de advertir, que aunque los dichos testigos (aunque sean de los instrumentales) declaren el tenor de la dicha Escritura perdida, no se ha de entender traer aparejada execucion, sino es confessandolo la misma parte; sino solamente en quanto prueba por Via Ordinaria: *ut ita infero ex doctrina Aceved. ubi supr. n. 7. & 8. ex doctrina Alex. inc. 14. n. 18. vol. 6.*

33 Finalmente se concluye en esta tercera parte, que si el Escribano no quisiere dár, ni manifestar sus registros, y protocolos, pue-

puede ser puesto à question de tormento, hasta que los manifieste, y diga la verdad, salvo probando el dicho Escribano, que se perdieron, ò se quemaron los dichos registros, secundùm Gregorium Lopez *in l. 9. gloss. 2. tit. 19. p. 3.* Y assi es bien, que luego que el Escribano muere, ò dexa el oficio, se mande por los Corregidores, Alcaldes, ò Governadores se le entreguen los dichos registros al successor en el dicho oficio, ò se pongan en un Archivo, haciendo primero inventario de todos los papeles de los dichos registros. Todo lo qual se debe entender, sin perjuicio del interès, que de los dichos registros pudiere resultar à los herederos del Escribano yá difunto: *ut constat ex leg. 25. lib. 4. Recop.*

34 Ibi: ,, De pedimento de los dichos otorgantes, de que doy ,, fè los conozco. Y ha de tener especial cuidado el Escribano en conocer las Partes otorgantes; porque de no hacerlo assi, le harán que con facilidad incorra, y cayga en una falsedad, salvo si los dichos otorgantes presentaren testigos, que digan, y afirmen, que los conocen: de lo qual ha de hacer especial mencion el dicho Escribano en fin de las dichas Escrituras, assi en los originales, como en los traslados, escribiendo los nombres de los dichos testigos, y de donde son vecinos. Y si el dicho Escribano los conociere à los dichos otorgantes, dè fè de ello antes de la subscripcion, *ut ita affirmat Joan. And. in Add. ad Spec. tit. Inst. edit. in Rubr. column. 4. vers. Secundò, & in leg. 14. tit. 25. lib. 4. Recop. & ibi Aceved. adonde dice; que aunque falte el requisito, y forma dicha, no se viciará la dicha Escritura; porque tan solamente será causa de castigar al Escribano con pena de falsario. Y dice assimismo, no se viciará, aunque el dicho Escribano yerre en el nombre de alguno de los dichos otorgantes.*

35 Y ha de notar el Escribano, que no debe ordenar las dichas Escrituras con mas circunstancias de lo que convenido, y tratado fuere entre los dichos otorgantes, secundùm Innoc. *in cap. Fraternalitatis, de Hæret. & ita docet Bald. in Rubr. de Fid. instrum. quos sequitur Abb. in cap. Servi, de Testib. n. 2. & in leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recop.* ibi: ,, Especificando todas las condiciones, y ,, partes, clausulas, renunciaciones, y sumisiones, que las dichas Partes sientan.

36 Deben assimismo tener atencion los dichos Escribanos, que antes que las dichas Partes otorgantes firmen las dichas Escrituras, para mas satisfacion suya, lean, y repitan las dichas notas, para que de su tenor, assi los dichos otorgantes, como los testigos

instrumentales tengan entera noticia de lo que fuere escrito, y otorgado: *Ut ita probatur in leg. Contractus, C. de Fid. instrum. & in §. In his, Inst. de Contrab. emp. & vendit & iatè per Covar. in cap. 1. de Test. num. 1. col. 3. in princip. & in dict. leg. 13. ibi: ,, Y ,, que assi como fueren escritas las tales notas, los dichos Escribanos las lean presentes las Partes, y los testigos. Y esto es por que regularmente, siendo ordenadas las dichas Escrituras con palabras dudosas, de forma, que no se pueda dàr verdadero entendimiento à su substancia, se ha de tener mas atencion à la verdad del caso, que à lo dudoso de lo escrito, *ut est text. in l. Sed celsum, §. Si fundus, ff. de Contrab. empt. & in l. 1. & 2. Cod. Plus val. quod agit, & in l. fin. in princip. ff. Quæ rei pign. oblig. poss.* Y esto se ha de entender, si por manifiestas congeturas consta lo que dicho es de la voluntad de los dichos otorgantes, salvo si assi no constare; porque entonces, se ha de estàr, y juzgar segun lo escrito, sin tener atencion à la voluntad de los dichos otorgantes, no expressada: *Ut in l. Si alii in fin. ff. de Usufruct. legat. & ita affirmavit Bart. in l. In ambiguo, ff. de Rebus dubiis. Et est ratio, quia propositum in mente retentum nihil operatur, ut ita colligitur in l. Si repetendi, C. de Cond. ob casu. & non sufficit testatorem voluisse, nisi disponat, ut in l. Quidam cum filium, & ibi Bart. & communiter DD. ff. de Hæredib. instituend.* Y si de una manera, ó de otra, en caso de contradiccion, no se le pudiere dàr verdadero sentido, è interpretacion, se juzgarà tacitamente lo que, segun el natural del contrato, con mas propiedad diere à entender, no siendo contra Derecho el dicho su natural, ò la dicha interpretacion, *ut ita notat Bald. in l. Cum quid, ff. Si certum petatur, & iterum in leg. Stipulatas, ff. de Verb. oblig.**

37 De aqui se infiere, que todas las veces, que de la voluntad de los contrayentes se pudiere congeturar, segun la calidad de la cosa sobre que se litiga, se ha de juzgar segun lo que juntamente se congeturare, siendo justo, y no contra Derecho; *ut ita notat Bart. in l. 1. §. Qui superficiem, ff. de Superficiebus, in verbo Agendo,* adonde dice, que de la calidad del precio se colige, si el contrato fue otorgado por titulo de arrendamiento, ò de venta, *ut ita notat idem Bart. in l. Patronus, §. 1. ff. de Legat. 3.*

38 Y en todos los casos, que por la significacion de las palabras dudosas, no se pudiere dàr sentido verdadero, se deben aplicar segun la materia, y natural del contrato: de forma, que de su interpretacion siga el efecto del dicho su natural, *ut ex text. in l. Si*

uno in princip. ff. *Lucuti*, ubi Bart. dicit: *Quod verba accipiuntur secundum subjctam materiam*, ubi diem Bart. alleg. text. in leg. *Stipulatas*. ff. *de Usuris*, & etiam notat Bald. in *Rubr. C. de Contrab. empt.* Abb. in cap. *Exhibita*, de *Judic.* Aret. in cons. 14. Alex. cons. 86.

39 Y todas las veces, que de orden de palabras, y clausulas del dicho contrato, se le pudiere dàr dos sentidos diferentes, se prefiere el que con mayor propiedad se congetura el dicho su natural, teniendo siempre atencion á las palabras de los dichos contratos, y voluntad de los dichos contrayentes, como dicho es: *Et ita probatur in cap. Rodulphus, de Rescriptis.*

40 Y si lo que la dificultad tan facilmente, no pudiere ser declarado, è intrepetado, havrà lugar su interpretacion, segun el uso, y costumbre del Lugar, y jurisdiccion de donde fueron otorgados los dichos contratos, siendo sobre materia, que licita, y justamente la puede recibir: *Ut est text. in l. Vel universorum, de Pign. & in l. Quod si nolit, §. Quia assidua, ff. de Ædil. edict. & in l. Si fundus, de Evict. & notat Bart. in l. fin. in princip. ff. Quæ in fraudem cred.*

41 La qual dicha interpretacion se debe hacer en los casos, que de Derecho se deban, y puedan hacer; de manera, que no se destruya su forma, y acto de que al principio se tratò, *ut est text. in l. Quoties in actionibus, ff. de Rebus dubiis, text. in l. 3. de Test. Milit.* Bald. in l. *Si quis filio*, ff. *de Legat. 1.* Y assi para que siga su efecto, se ha de hacer de manera, que aunque sus palabras se reciban impropriamente, se le dè su natural, *ut notat in hac forma Bart. in l. Si tibi, ff. Si certum petatur.*

42 Pero si de congeturas constar puede lo contrario de lo que escrito, y ordenado fuere en las dichas Escrituras, que segun sus palabras estuviere dudoso, se tendrà atencion antes à la presumpcion, y voluntad de las Partes, que à lo assi dudoso, aunque la interpretacion contraria sea permitida, ò no contra Derecho, mayormente si lo que assi se interpreta no fuere tratado, ni pensado: *Ut in l. Multum interest, C. Si quis alteri, vel sibi, & in cap. Cum sup. de Officio Delegat.*

43 Debe assimismo notar, que quando de las dichas interpretaciones ha de resultar algun daño, y perjuicio à alguno de los dichos contrayentes, en especial si el contrato fue otorgado por causa lucrativa, assi como de donacion, ò promission; y assi, no se debe admitir, y siempre en duda se juzga por inutil la dicha

interpretacion en semejantes causas, ut ita docet Fulgos. *per text. in l. 3. §. Si quis insulam, ff. de Ro, quod certò loco.*

44 De aqui se sigue, que quando de la fuerza, y validacion del dicho contrato, que se le dà por causa de la dicha interpretacion, y de ella ofenderse puede la voluntad del Testador, no havrà lugar, como dicho es, ut notat Paul. de Castr. Alex. *in l. Verbis Civilibus, ibi: Ne fiat contra voluntatem, ff. de Vulg. & pupil. subst.*

45 Y volviendo à la solemnidad de los dichos contratos, y Escrituras, se ha de advertir, que los Escribanos deben hacer, que las Partes otorgantes firmen las dichas Escrituras; porque de otra manera seran malas, y no haràn fè en Juicio, ni fuera de èl, ut ita notat Oros. *in l. Si quis, §. Tabularum, fol. 143. in princip. ff. de Edend. Avend. in c. 16. Prætorum, lib. 2. n. 2. & est text. in l. 32. tit. 11. p. 6. & in l. nostra 13. tit. 15. lib. 4. Rec. ibi: „ Y si las Partes las otorgaren, las firmen de sus nombres; y si no „ supieren firmar, firmen por ellos qualesquiera de los testigos, ò „ otro que sepa escribir; el qual dicho Escribano haga mencion, co- „ mo el testigo firmó por la Parte que no sabia escribir. Y si en le- „ yendo la dicha nota, y registro de la dicha Escritura, fuere algo „ añadido, ò menguado, que el dicho Escribano lo haya de salvar, „ y salve en fin de la tal Escritura, antes de las firmas; porque des- „ pues no pueda haver duda, si la dicha emienda es verdadera, ó no.*

46 Demàs de lo susodicho, se ha de considerar, que los dichos Escribanos, al tiempo de la saca de las dichas Escrituras, no pueden quitar, ni añadir mas de lo que fuere escrito en el registro, y protocolo de donde fueren sacadas las dichas Escrituras; porque de otra manera serà castigado con pena de falsario, secundum, Bald. *in l. fin. C. de Edend. Alex. in consil. 89. col. 1. lib. 3. quos sequitur, & refert Didac. Perez in l. 2. tit. 5. lib. 2. Ordin. fol. 435. quæst. 8. adonde dice, que sus mismas notas, y clausulas no pueden mudar, ni quitar, ni assimismo su mismo error no puede emendar, sin citacion de partes, y autoridad de Juez: ut hoc modo, si militerque docet Addition. Abb. in cap. Ex litteris, de Fide instrum. n. 3. Vitalis de Cambanis in tractatu Clausularum, §. Res-tat videndum, n. 4. pag. 314. in parvis, & in dict. l. 13. tit. 25. lib. 4. Recop. ibi: „ Y que en las Escrituras, que assi dieren sig- „ nadas, ni quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuviere „ en el registro: & ita probatur in leg. 12. tit. 19. part. 3.*

47 La qual doctrina assimismo debe preceder, quando del re-

gistro, y protocolo del Escribano yà difunto, ò que haya dexado el dicho oficio, se huviere de sacar alguna Escritura, secundùm doctrinam Boer. *deciss. 21. in fin. & iterum in deciss. 36.* & Burg. de Paz *in leg. 3. Taur. n. 1174.*

48 Aunque si del error (ut supra diximus) ningun daño, y perjuicio se les pudiese seguir à las dichas partes contrayentes, podrían licitamente los dichos Escribanos emendar los dichos sus errores de su misma autoridad, como se prueba en la *l. Imperator 1. de Statu hom. & in leg. Errore, C. de Testam. & in l. Ambiguitatis eod. tit. Fulgos. in cons. 133.* Y esto se debe entender en la forma siguiente: scilicèt si por decir *instituyò*, dixesse *restituyò*: ut ita notat Bald. *in leg. Si cum ante. C. de Donat. ant. nupt. in verb. Et per hac consului.* Y por el consiguiente, si por decir *de su legitima*, dixesse *de su falcidia*, Y assimismo, si por decir *renunciò el Veleyano*, dixesse *el Valeriano*: ut ita concludit idem Bald. *in d. leg. Imperator, vers. 1. temp. ff. de Stat. homin.* Y al fin, si por decir *constituyo por mi Procurador*, dixesse *substituyo*.

49 Y por ser casos, que por el dicho error no se vician los dichos contratos, havrà lugar la dicha enmienda *ex post facto*, como de ella no pueda resultar daño alguno contra alguna de las dichas partes, secundùm Bald. *in Rub. C. de Fide instrum. vers. Sed pone*, idem Bald. *in leg. Cum proponeretur, vers. ult. ff. de Legat. 2. & est text. in l. Actorum, ff. de. Re judic. Ang. in dist. l. Imperator in princip.*

50 Y procede en tanta forma que el Escribano pueda muy bien emendar el dicho error, que havrà assimismo lugar, aunque el error sea por omission del signo, que podrá despues muy bien autorizar la Escritura adonde faltò, y signarla, como si verdaderamente al principio lo estuviera, ut infrà en la ultima parte diremos.

51 Y aunque el Instrumento estè borrado, ò cancelado, y le falte alguno de los requisitos del Derecho, assi como los nombres de los contrayentes, ò de los testigos, firmas, cantidades, ò plazo, dia, mes, ò año, por ser errores, que pertenece su enmienda à los dichos Escribanos, acordandose, y teniendo memoria de todo lo dicho, podrán muy bien hacer la dicha enmienda; pero no se ha de entender la dicha doctrina, quando el dicho error pertenece à las partes, ò que de èl pueda resultar nulidad contra el dicho contrato: ut ita tenet, & docet Bart. *in l. Si librarius, ff. de Reg. jur. Greg. Lop. in l. 54. tit. 18. gloss. 2. part. 3.* Lo qual assimismo pro-

cede, quando de las palabras dudosas no se pudiere dar verdadera significacion, por estar ordenadas las dichas Escrituras con mal Romance, ó mal Latin: ut ita tenet Bart. *ubi sup.* & est *text. reg. in l. 111. d. tit. 18. part. 3. & in l. 7. & 12. tit. 25. lib. 4. Recop.*

52 Y todas las veces que los dichos Escribanos no tuvieren entera noticia de los casos, que por su autoridad (como dicho es) pueden ser corregidos, y enmendados, no lo pueden, ni deben hacer sin consentimiento de las partes, ó con prueba, y autoridad de Juez: ut ita docet idem Bart. *ubi sup.* & Greg. Lop. *in d. l. 54. gloss. 2. p. 3.*

53 Pero debese limitar toda la dicha, y referida doctrina, quando de los dichos errores resultar puede perjuicio, y daño à alguna de las dichas partes; como dicho queda; sino es con la dicha prueba, y solemnidad de Juez: ut ita docet Ang. & Bald. *in d. l. Imperator, ff. de Statu hom.*

34 Y de qualquiera manera que el dicho error proceda, ora sea de substancia, ó no lo sea, haviendose entregado à la parte el traslado de ella, no hà lugar la dicha emienda del protocolo, y original, sino es con el dicho decreto judicial, y prueba, ó voluntad de las dichas partes, ut notat Bald. *in Rub. C. de Fide instrum.* & Bald. *in dict. leg. Imperator, & in leg. fin. vers. Sed quid si notarius, ff. de Tabulis exhibend. idem Bart. in l. Ambiguitatis, in fin. C. de Testam. & in d. Rub. de Fide instrum. & in leg. fin. in vers. Quando C. de Edendo.*

55 Pero si las dichas partes concordaren, mutuo consensu, en la dicha enmienda, ora sea el dicho error de substancia, ó no lo sea, no es necessaria la dicha prueba, y decreto judicial; y assi es bueno, que si huviere algun error, se procure su emienda incontinenti; porque si es ex intervallo, no havrà lugar, sino es en la forma que queda dicho, ut ita notat Angel. *in d. leg. Imperator, in princip. Bald. in d. Rub. de Fide instrument.*

56 Y en todos los casos, que para deshacer el dicho error, ó engaño, se requiere prueba, lo primero que se debe hacer, es, corregir el traslado con el original, y registro; y segun su tenor, se corregirà el dicho error, y se harà la dicha emienda: lo qual ha de ser citada la otra parte à quien toca, con decreto, y autoridad de Juez, ut ita notat Bart. *in leg. Sempronius Proculo, ff. de Legat. 2. & in l. Si quis ex argentariis, §. Prætor ait. ff. de Edendo, cum similibus, ut ibi tradit Alex.*

57 Lo segundo, se puede probar el dicho error, por confession de las dichas partes contrayentes, como dicho es, ó si lo que se duda es, y consiente en declaracion del testador, en particular en lo que pendia de su propria voluntad, ut ita docet *in d. leg. Si liberarius*, ff. de Regul. Jur. circa fin. & *in leg. Cùm proponeretur*, ff. de Legat. 2.

58 Asimismo se pueden probar estos dichos errores por los testigos instrumentales, ó por otro qualquier genero de prueba, como dicho queda. Y para probar conjeturas en contratos, ó en ultimas voluntades, son suficientes dos testigos, siendo algun error, ó solemnidad, ó palabras dudosas, que se haya olvidado, y por Escribanos fueren omissas, secundùm Angel. *in d. leg. Ambiguitatis*, C. de Testam. Alex. *in leg. Errore eod. tit. in fin.*

59. Lo qual se debe limitar, quando la dicha emienda se ha de hacer en lo substancial del contrato, de que se trata probar; assi como si fuera en la institucion de heredero, ó otra voluntad, que de todo punto fuere omissa, y se huviere de declarar; porque en tales casos, es necessario tanta prueba, como en la dicha disposicion principal, de que se trata, ut notat Bart. *post. gloss. in d. leg. Cùm proponeretur, cùm aliis similibus*, ff. de Legat. 2. & ita trad. Alex. *in d. leg. Error. circa fin. de Testam. Socin. cons. 51. in fin.*

60 Ibi: ,, La ordenè f. La qual clausula tan solamente servirà de quitar toda presumpcion, y duda, que en las dichas Escrituras se pueden ofrecer; porque de Derechos, sin embargo de las dichas palabras, se les debe dàr entera fè, y credito à los dichos Escribanos, por la presumpcion que siempre se tiene, de que para ordenar las dichas Escrituras fueron rogados, y llamados: y assi se juzga, que todas sus condiciones, clausulas, y sumisiones, fueron escritas, y ordenadas à pedimento, y de consentimiento de las partes otorgantes, siendo en especial las dichas clausulas del natural, y calidad del dicho contrato, ut ita docet Baldus *in leg. in Errore*, C. de Errore Advocato. idem Bald. *in leg. 1. col. fin. ff. Solut. matrimon. Add. Abb. in cap. Et litteris*, num. 3. versic. Circa hoc, Fide Instrument. Molina de Primogen. H sp in. lib. 4. cap. 2. num. 51. Covarr. *in rub. de Testament. n. 14. colum. 2. in medio.* Didacus Perez *in l. 2. tit. 5. quæst. 17. fol. 437. lib. 2. Ordin.* Y assi se advierte à los dichos Escribanos, por lo que se ofreciere, tengan particular atencion à lo que las partes dixeran; porque de ninguna manera deben quitar, ni añadir mas clausulas, y condiciones de las contenidas

entre los dichos otorgantes , como dicho queda : lo qual procede aun en las clausulas accidentales : ut ita refere Jacob Menoch. *in cons.* 37. num. 130. & *etiam in cons.* 17. num. 24.

61 Y aunque es verdad (como dicho es) que por accidentales que sean las dichas clausulas , no se deben ordenar , ni escribir en ningunas Escrituras , sin consentimiento , y voluntad de los dichos contrayentes ; debese entender despues de otorgadas , y celebradas las Escrituras de los dichos contratos ; pero no en las que de Derecho se pueden escribir , y ordenar antes del dicho otorgamiento , que son las siguientes. Primeramente , si alguno de los dichos otorgantes fuere menor de veinte y cinco años , y mayor de catorce , que se debe jurar el dicho contrato. Lo segundo , obligar al que compra , vende , trueca , cede , à la eviccion , y saneamiento. Lo tercero , ordenar todas , y qualesquier Escrituras con la clausula guarentigia. Lo quarto , hypotecar , y obligar los bienes de los dichos otorgantes , para seguridad de los dichos contratos. Lo quinto , renunciar la Epistola *Divi Adriani* , siendo en obligacion de fianza. Y si se obligaren dos , ò muchos , como fiadores , y principales pagadores , renunciar la constitucion *de Duobus reis* , que es la *authentica Hoc ita* , *C. de Fidejutoribus* , como de cada una de estas dichas clausulas adelante mas copiosamente iràn declaradas , & ita Bart. *in l. Ex ea parte* , ff. *de Verb. obligat. per leg. Quod si nolet* , §. *Quia assidua* , ff. *de Edil. edict.* & *in leg. Si prius* , ubi idem Bart. ff. *de Aqua pluvia arcenda* : Bald. *in l. Si prædium* , col. 3. vers. *Deinde* , num. 21. *C. de Edil. edict.* Alex. *cons.* 105 lib. 2. ante fin. Paul. *in l. Hujusmodi* , num. 5. ff. *de Leg. 1.* Gutierr. *Pract. Quæst. lib. 3. quæst. 94. n. 7.* Dec. *cons.* 483. col. 3. vers. *Et venditor* : Matienz. *in leg. 7. glos. 3. n. 34. tit. 11. lib. 5. Novæ Recop.* Anton. de Feno , *de Pign. 1. membro* , 3. part. n. 24. fol. 65. & Tiraquel , *de Utrouque retract. 2. part. §. 3. gloss. unic. n. 6.* Gutierr. *de Juram. confirmat. 1. part. cap. 23. n. 9.* & idem Gutierr. *in cap. 62. ibi num. 25. 26. & 27.* adonde dice , que de ninguna manera podrá el Escribano de su propria autoridad jurar los contratos sin consentimiento de los otorgantes : y esto ha de ser en los contratos , que para su validacion se requieren , ut infrà en el capitulo siguiente dirèmos. Y en conclusion , havrà lugar todo lo susodicho en las demàs clausulas , que se acostumbra à poner en los dichos contratos , segun la costumbre del lugar , y region adonde fueren otorgados , como en las referidas es de cos-

tumbre, y estilo en este Reyno de Toledo; y esto ha de ser teniendo atencion, que si se huviere de sacar alguna Escritura del registro, y protocolo del Escribano ausente ò yà difunto, no se debe sacar mas de aquello, que se hallarè escrito, aunque le falten las dichas clausulas acostumbradas, como queda dicho, & ita notat idem Gutierr. *ubi supr. n. 25.*

62 Y es en tanta forma en que las clausulas acostumbradas à poner en los dichos contratos hayan de preceder, y ser ordenados con ellas, que si fueren omissas, y olvidadas por los dichos Escribanos, se deben juzgar por escritas, como si verdaderamente lo estuviessen: *argum. text. in l. Quod si nolit, §. Quia assidua, ff. de Ædific. edit. & in l. fin. & ibi gloss. C. de Fidejussor.* Y esto es por la presumpcion que siempre se tiene de que los dichos Escribanos fueron rogados à que ordenassen los dichos contratos con las dichas clausulas, y consentimiento de los dichos contrayentes, ut ita defendit Bald. *in l. fin. C. de Fidejussor.* Dec. & Cagnol. *in l. Semper stipulationib. ff. de Regul. jur. & ita notat Paul. de Castr. in l. Argentarius, ff. de Edendo, n. 7.* Covarr. *in Rub. de Testam. 2. p. n. 14. latissimè cum infinitis allegationibus Anton. Gabr. in tract. Commun. opinion. lib. 6. de Consuetud. cap. 3. Thom. Grammat. decis. 62. Menoch. cons. 37. n. 31. lib. 1. Mascard. de Probat. 2. part. conclus. 1103. Mantie. in tract. de Conjecturis ultimar. voluntat. lib. 1. tit. 9. n. 1. Socio. in l. Gallus §. Idem credendum in fin. ff. de Liber. & postum. Jason. in l. Argentarius, n. 8. ff. de Edendo, in l. Certi conditio, §. Si nummos, ff. Si certum petatur: Socin. Jun. in l. Hæc verba. n. 44. ff. de Legat. 2.*

63 Y porque en esta materia no falte lo que es contingente suceder, de que se pueda dudar, y con dificultad se pueda hallar su decision, y determinacion, se ha de considerar, que si las clausulas de los dichos contratos en alguna forma estuvieren dudosas, de que segun sus palabras se requiere declaracion, è interpretation, se advierte, que si la clausula, de que se duda, fuere ordenada en fin de la Escritura, ó Testamento, es visto referirse à todas las demàs clausulas, y capitulos precedentes, como no resulte absurdo, è inconveniente, por entenderse en aquella forma: *ut in l. Talis scripturas in fin. ff. de Legat. 1. & ibi communiter DD. & in l. fin. C. de Liber. præterit. & in cap. 2. Ubi Canonistæ, de Apellat. Jas. in l. Prædia, n. 1. C. de Fideicom. Jacob. Menoch. in cons. 130. n. 5.*

64 Siguese de aqui, que la misma doctrina procederá, si la dicha clausula fuere ordenada en medio de la dicha Escritura, por que por la consecuencia es visto referirse á las demás que procedieron: *ut ita docet idem Jas. in d. l. Talis scriptura, ff. de Legat. 1. & in leg. Si mihi, & tibi, ff. de Legat. 1. n. 6. ff. eod. tit. & in l. Pepercerit, §. Filius autem, num. 22. ff. de Liben. & Posthum.*

65 Todo lo qual se debe distinguir, y limitar en la forma siguiente, scilicet: que si la Escritura tuviere dos, ò mas clausulas, y que cada una de ellas mirasse á diferentes fines, y efectos, teniendo de por sí su propria, y especial significacion, y determinacion, no será visto referirse la ultima á la precedente, ni la precedente á la ultima, que cada una estará clara, y especificada: *ut est text. in l. Cum vulgari, ff. de Date prælegata, & in l. Cohæredi, §. Qui patrem, ubi Imol. Alex. & Jas. ff. de Vulgar. & pupil. subst.*

66 De aqui se infiere, que quando la clausula es ordenada en cierta parte de lo que se dispone, no se ha de entender se refiere á la otra, que de voluntad de las partes, ò testador, se conjetura no quisieron assi se entendiesse, ni refiriesse, sicut scribunt Alex. & Jas. *in l. Si idem cum eodem, §. ultimo, ff. de Jurisdictionib. omn. Jud. Craveta in cons. 81. n. 19. & apertius in cons. 142. num. 28. lib. 3. Jacob. Menochius cons. 181. n. 7.*

67 Para cuyo fin se ha de notar, que si la clausula es general, no es visto referirse á la especial, que tuviere su propria significacion, por el privilegio que siempre tienè lo especial á lo general, como en los legados se verifica, *ut in d. l. Talis scriptura, ff. de Legat. 1. & in l. Doli clausula, ff. de Verbor. obligation. & ibi Jas. & etiam in l. Qui discretas, n. 8. ff. de Vulg. & pup. subst. salvo quando debajo de sus palabras generales se puede conjeturar, que en aquella clausula quiso que se incluyessen todas las demás: *ut ita docet Menochius in cons. 156. n. 26.**

68 Y demás de lo susodicho, se ha de tener atencion, que si de las palabras de las dichas clausulas consta, que tan solamente fueron ordenadas para solo un fin, no se deben, ni pueden estender á otros fines, que con evidencia parece fue contra la voluntad de los otorgantes, especialmente teniendo su propria, y determinada significacion: *ut ita docet Jas. in l. Si duorei, n. 6. ff. de Verbor. obligation.*

69 Cuya doctrina se verifica en los legados simples, condi-

cionales ; porque si el primer legado es dexado debaxo de alguna condicion , ò á dia cierto , con clausala , que assi lo declare ; y despues por el orden del testamento fueren dexados otros simpliciter puros , y sin condicion : el primero , y precedente condicional , no se debe estender al segundo , ni per el contrario , el segundo al primero , y precedente : atento , que cada uno se debe juzgar segun su propria , y especial significacion , y determinacion , *ut ex text. in l. Filium, ff. Quando dies legat. cedat Bart. in l. fin. ff. de Rebus dub. & ita docet Gregorius Lopez in l. 9. glos. 4. ante fin. tit. 7. p. 6.* adonde dice , no es visto referirse , quando de su relacion , y significacion dudosa se ha de anular la primera , y precedente disposicion.

70 Finalmente , para conclusion de esta penultima parte , que todas las veces , que las dichas clausulas estuvieren dudosas , de que assimismo los contrayentes no están ciertos de su verdadera significacion , se ha de estar al juramento del Escribano que las ordenó , y escribió ; y por su confesion constará la verdad de lo que se dificulta ; y assi , quando hay dificultad , y diferencia en la declaracion de la voluntad del testador , ò de los contrayentes , particularmente quando consiste en conjeturas , se le ha de dár credito al Escribano que presente fuè al otorgamiento de las dichas Escrituras : *ut ita tenet Imola in cap. Cum, Joann. num. 7. de Fide instrument. Aretin. in l. Domitius, ff. de Testament. Jacobi Menochius in cons. 145. n. 17. & 24. & etiam in cons. 37. n. 153. & 154.*

71 Ibi : „ Y signè g. Cuya solemnidad se requiere en todas , y qualesquier Escrituras , y contratos públicos , que se otorgaren ante Escribanos Públicos , y Numerarios , y de otra manera , de ninguna suerte hará fe : *ut ita probatur in l. 10. tit. 19. & 54. tit. 18. part. 3. & in l. 3. tit. 8. lib. 3. Fori, & ibi glos. & ita tenet Bartol. & communiter DD. in Repetitione, §. Si initium, & in l. Si quis, n. 32. ff. de Edend. Covarr. in Pract. Quæst. cap. 2. n. 3. & ita colligitur ex l. 13. tit. 25. lib. 4. Recop. ibi : „ Y que en las „ Escrituras que assi diere signadas.*

72 Y aunque es verdad , como dicho es , que el dicho signo de Escribano se requiere en todas , y qualesquier Escrituras públicas , se ha de notar , que si la Escritura que se huviere de sacar del registro , y protocolo del Escribano ante quien passò , no estuviere signada , podrá muy bien en qualquier tiempo signarla , y autorizarla , aunque sea despues de haver dexado el dicho ofi-
cio ;

cio; pues como dice Covarrubias, y basta qualquier tiempo para esta dicha solemnidad: *ut affirmat ubi sup. cap. 19. n. 9. & ita notatur in glos. fin. l. 45. tit. 6. p. 1. Bern. Diaz. in Pract. ver b. Tabellionatus officium.*

73 Y no solo há lugar la dicha doctrina en contratos celebrados entre vivos; pero tambien en contratos otorgados por causa de muerte, assi como en testamentos, y codicilos, y otras ultimas voluntades; porque aunque el dicho signo se haya olvidado, no por esso se viciará el dicho testamento; porque (como dicho es) en qualquier tiempo tiene lugar su emienda: *ut ita colligitur ex doctrina, & Glos. & Doctoribus relat. per Covarr. in Pract. Quest. cap. 19. n. 8. & in glos. fin. l. 45. tit. 6. part. 1. & ita refert Aceved. in l. 13. tit. 25. lib. 4. Nouæ Recop. n. 48.*

74 Y en quanto á la acumulacion de los Autos, que passaron, y fueron signados por algun Escribano, se ha de tener atencion, que tratandose de la dicha acumulacion, en especial quando es entre dos, ò mas Escribanos de diferente Fuero, se ha de hacer en el Escribano del Juez, que debe conocer de la causa; pero si la dicha acumulacion se trata entre dos Escribanos, que son de un mismo Lugar, y jurisdiccion, pertenece al Escribano que primeramente conoció de la causa, aunque á pedimento de parte; ò de oficio de Juez, se trate, ò empiece aquella causa: y lo mismo se debe entender en la excepcion de la cosa passada en cosa juzgada, ó en la causa de eviccion, por ser derecho que pertenece á los dichos Escribanos de adonde primeramente tuvo su principio: *ut ita affirmat Parladorius lib. 2. Rer. quotid. cap. 9. n. 6. cum aliis sequentibus.*

75 Y en todos los casos, que lugar huviere la dicha acumulacion, tiene obligacion el Escribano á entregar los Autos originales, sin que se le paguen mas derechos de los que se le debieren hasta el estado que los remite, y se le piden; pero debese limitar, que si la dicha acumulacion no se debiere hacer por causa justa, no tendrá el dicho Escribano obligacion á entregar los dichos Autos originales, ni á ello puede ser compulsado, ni apremiado: *ut ita tenet Bald. & Jas. in leg. Apud. quem 15. Cod. de Edendo.*

76 Finalmente, para conclusion de este primer capítulo, digo, que no solamente puede el Escribano signar todas, y qualesquier Escrituras, como tal Escribano, y persona pública; pero tambien las puede autorizar, y decretar interponiendo su de-

creto judicial, como Juez; pues el uno, y otro oficio son compatibles, y pueden ser exercitados por una misma persona, como se colige ex doctrina Alexand. cons. 157. vol. 2. col. 1. 2. en que en efecto dice, que en las insinuaciones de las donaciones, siendo assimismo el mismo Escribano Juez, que podrá muy bien, como tal Escribano, signarla, y como Juez insinuarla. Y esto se ha de entender en caso de necesidad, quando no hay otro Escribano que lo pueda hacer.

77 Y en quanto los derechos de los Escribanos, solo advierto, que todo aquello que llevaren mas de lo que esta tassado por ley, tienen obligacion à restituirlo, aun que sean diligentes en el despacho, sin haver opinion en contrario: ut ita notat Medin. de Rest. quest. 2. art. 2. §. Contingit. Covarr. Reg. peccat. 2. part. §. 3. num. 1. & 2. Navar. in Man. c. 18. n. 33.

CAPITULO II.

Adonde por orden de las palabras mas principales de aquella clausula, tan celebrada en el Derecho, y repetida en contratos, que de su misma naturaleza requieren sean jurados, se notaràn quales sean estos dichos contratos, y obligaciones, en que licitamente, se podràn interponer los dichos juramentos, en declaracion de la ley 12. titul. 1. lib. 4. de la Nueva Recopilacion.

SUMARIO.

- 1 Juramentos, si pueden ser interpuestos en todos, y qualesquier contratos, y con què clausulas.
- 2 Si los dichos juramentos tan solamente tendràn lugar en los contratos, que para su validacion se requieren.
- 3 Contratos de menores, si pueden ser jurados.
- 4 Y si lo pueden ser los de las Iglesias, y Prelados de ellas.
- 5 Què contratos son en los que no se requieren los dichos juramentos, & ibi n. 6.
- 7 Si por causa de baverse jurado los dichos contratos, pierde el Actor la Via Ordinaria para alcanzar su justicia.
- 8 Si por Censuras podrá el Juez Seglar ser apremiado à cumplir, y executar los dichos contratos.
- 9 Penas en que incurren los Escribanos por las dichas causas,

sas , quales sean , y qual sea assimismo la pena en que incurre el reo , que pide remision de estos contratos ante el Juez Ecclesiastico , ibi n. 10.

11 Competer , si puede el Juez Seglar al lego , à que remita el juramento illicito.

12 Relaxacion , ad effectum agendi , ante que Juez se ha de pedir.

13 Si por el mismo hecho , no usando de esta relaxacion , que de proprio motu le fue concedida al jurante , quedará el contrato por nulo.

14 En que forma , y con que circunstancias ha de ser ordenada la petition , adonde se pidiere esta dicha relaxacion.

UTrùm , y porque no es licito , ni seguro à la conciencia quebrantar la Religion divina de el juramento , adonde à Dios se trae por testigo , ordenò el Derecho , que los juramentos , que por su autoridad confirman los Autos , à que son interpuestos , se guardassen inviolablemente , especialmente en los contratos , que de su misma naturaleza son licitos , y à Derecho conformes salvo en los que assimismo por el contrario de su natural son ilicitos , leoninos , y por Derecho reprobados , y que por guardarle seguirse puede detrimento à la salud eterna , que es el bien del alma , *ut ex text. in cap. Cum contingat , de Jurejurando , & in cap. Quambis pactum , de Pactis.* Y assi , si por ventura estos dichos juramentos pueden ser interpuestos en todos , y qualesquier contratos , de qualquier condicion , y calidad que sean ; y porque es dificultad , adonde se requiere mas autoridad , que en otras qualesquier materias , se notará lo mas dificultoso , y util para la materia de nuestro Tratado , por las palabras más principales de la clausula siguiente.

„ Y para mayor firmeza , y abundamiento de este dicho contrato , y obligacion , juro por Dios , *a.* y su Santissima † de no ir , ni contravenir contra todo lo otorgado , y contenido en esta dicha Escritura , pena de perjurio , y quebrantador de la Religion divina del juramento , de cuyo juramento en ninguna forma pedirè absolucion à nuestro muy Santo Padre , ni à su Delegado , ni à otra qualquier persona , que relaxacion me pueda conceder : *b.* y si de su proprio motu se me concediere , de el no usarè en manera alguna : *c.* y por el mismo hecho quiero , que el dicho juramento se quede en su fuerza , como si otra hu-

*Formatur
alia clausula.*

viessse jurado , sin ser absuelto , y relaxado.

1 Ibi : ,, Júro por Dios. *a.* Y naturalmente en reverencia de nuestro Dios , y Redemptor , que nos criò , tenemos obligacion à cumplir el juramento prometido , especialmente pudiendose guardar , sin peligro de la salvacion : ut dicit Sanct. Thom. 2. 2. *quest. 89. art. 9. ad 2.* Y en caso que el dicho juramento no se pueda guardar sin el dicho peligro , no es vinculo de iniquidad , que puede obligar á lo malo ilícito , injusto.

2 Y porque , en realidad de verdad , demàs del peligro de la salud eterna , y culpa mortal , se siguen otros inconvenientes , por causa de interponerse los dichos juramentos á los dichos contratos , ordenò el Derecho Real , que de ninguna manera se interpusiessen los dichos juramentos , sino tan solamente en los contratos , que para su validacion se requieran , como se prueba en la dicha *l. 12. tit. 1. lib. 4. Recop.* Y aunque la decission de esta dicha ley està dudosa , y que por muchos Doctores se ha dificultado la dicha su decission , concordando todos es justa , y que inviolablemente se ha de usar , y guardar , aunque en diferente forma ; pero siguiendo lo mas cierto , y verdadero , digo : Que considerando el Legislador las simulaciones , y dolos , que por razon de los dichos juramentos se seguian en los dichos contratos , cuya causa assimismo havia sido haverse seguido grandes daños , costas , è interèsses à las partes , de que todo resultaba en gran peligro de las almas , y conciencias ; ordenò , y mandò , que la dicha se guardasse , y de ella se usasse : y advirtiendo el principal intento ; que los Christianissimos Reyes , Don Fernando , y Doña Isabèl , tuvieron en la institucion , y ordenanza de la dicha ley , se colige , no fue instituida contra la libertad Ecclesiastica , ni fue visto derogar el Derecho Canonico , en quanto los dichos juramentos , ut ibi : ,, Y assimismo nuestra voluntad no fue de quitar el juramento en los contratos , que para su validacion se requeria ; por cuyas palabras està clara la dicha su decission , limitandola en los contratos celebrados con dolo , y simulacion ; porque en éstos , no obstante el juramento , por Derecho Canonico , no presta fuerza , antes anula los dichos contratos , y obligaciones , si con el dicho dolo , y malicia fueron otorgados , *ut in dict. cap. Quambis pactum , de Pactis : Covar. & alii relati per Didacum Per. in l. 6. tit. 1. lib. 3. Ordinamenti , fol. 795.*

3 Y assegurando mas esta materia , para que los dichos Escribanos puedan con mas seguridad , assi de sus conciencias , co-

mo sin temor de pena, otorgar los dichos contratos, y obligaciones jurados, que de voluntad de las partes en los dichos se interpusieren; se advierten, demás de otros, muchos contratos, que en este Tratado iràn declarados, que en las obligaciones que los menores otorgaren, no teniendo Curadores, se podrán interponer los dichos juramentos, sin temor de pena: ut ita notat idem Didac. Per. ubi sup. fol. 793. Segura in Repet. l. 1. §. Si vir uxori, n. 183. ff. de Adquirenda possession. Paul. Rub. in cap. Per vestras, de Donat. inter vir. & uxorem, §. 12. n. 30. Covarr. in Rep. cap. Quamvis, de Pactis, §. 3. n. 8. fol. 23. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 14. n. 22. ad fin. Greg. Lop. in l. 6. tit. 4. glos. Por no puesta, part. 6.

4 Lo segundo, no procede la dicha ley, en quanto à las Iglesias, Monasterios, Prelados, y Clerigos de ellas; porque en estos dichos casos bien permite que intervengan los dichos juramentos en los tales contratos; y assimismo descomuniones, y censuras, si las partes las consintieren al tiempo que se celebran los dichos contratos, ut in l. 11. del mismo titulo, lib. 4. ibi: „, Y „ permitimos, que los contratos de las rentas, que se arrendan „ ren de las Iglesias, Monasterios Prelados, Clerigos de ellas, „ que puedan intervenir juramentos, y ponerse en ellos censu- „ ras, si las partes las consintieren al tiempo que hicieron los „ recaudos.

5 Y los contratos, en que no pueden intervenir los dichos juramentos, son aquellos, que para su validacion no se requieren, como en los de compra, y venta, arrendamiento, cambio, donaciones, y compañías, por ser contratos bonæ fidei.

6 Y assimismo no hà lugar en la possession de no révocar el testamento, ò que morirà ab intestato, ò lo que se promete, en caso que por heredero no sea instituido: ut haberetur in leg. Stipulacio hoc modo, ff. de Verbor. obligationib. Y por el consiguiente, no hà lugar en la donacion de todos los bienes futuros, y presentes. Y en la pena puesta en el matrimonio entre los esposos con el dicho juramento, es assimismo nulo, y no hà lugar en Derecho, ut in cap. Gemma, de Sponsalib. Y como de todos estos dichos contratos, y de cada uno en particular, en el discurso de este Tratado iràn declarados.

7 Y si fuera de estos dichos casos, fuere interpuesto el dicho juramento, de que huviere dificultad si se han de executar, ò no, no por esso es visto perder el Actor el remedio de la Via

Ordinaria : ut ita probat Didacus Perez *ubi supr. fol. 796. vers. Quid verò.*

8 Y para que assimismo el Derecho de el dicho acreedor no padezca excepcion alguna , en especial quando el contrato fue jurado contra el tenor de la dicha ley 11. serà buena advertencia, para que el Juez Seglar cumpla , y execute el dicho contrato , se pida al Juez Ecclesiastico, siendo de estilo de aquella Audiencia, se le concedan Censuras, y Cartas de Excomunion, para que el dicho Juez Seglar cumpla , y lleve á debida Execucion , los dichos contratos , y obligaciones : ut ita probat Alex. *cons. 39. volum. 4. Bald. in l. 1. in fin. C. de Rebus cred. & tenet etiam Avend. 1. part. in Commercio terrestre , & Naval. cap. 27. n. 14.*

7 Y para que estos fines se assegurassen con mas cumplida execucion , assí por la dicha ley , como por otras leyes Reales de este Reyno , se les puso pena à los dichos Escribanos , que recibiesen los dichos juramentos , que fue : el que por el mismo hecho pierda el oficio , y que las dichas Escrituras no hagan fè en juicio , ni fuera de èl ; y mas , pierda la mitad de sus bienes : la una parte para el denunciador , y las otras dos para el Fisco.

10 Y aunque es verdad , que el Juez Ecclesiastico, por razon, y causa de los dichos juramentos, adquiere jurisdiccion en el otorgante seglar , *secundùm cap. fin. de Foro competenti, lib. 6. & Abb. in cap. fin. de Sepult.* pero para que esto no proceda assi , y que los dichos Jueces Ecclesiasticos no adquieran esta jurisdiccion, ordenel Derecho en pena de los reos , que fueren citados, y llamados ante sus mismos Jueces Seglares , y declinaren la jurisdiccion seglar , siendo assimismo ellos seglares , y pidieren remission de la Causa para el Juez Ecclesiastico , que por el mismo hecho deba perder , y pierda los oficios, razones, y mercedes que de su Magestad tuviere ; y assimismo todos sus bienes , aplicados para la Camara Real , *ut in l. 13. tit. 1. lib. 4. Recop. Perez in l. 9. tit. 1. lib. 3. Ordinament.*

11 Ibi : ,, De cuyo juramento en ninguna forma pedirè absolucion à nuestro muy Santo Padre , ni á su Delegado , ni à otra ,, qualquier persona que relaxacion me pueda conceder. *b.* Y aunque el contrato jurado se puede conocer en el Fuero Secular contra el lego , para que remita el juramento que se hizo torpemente , y en contrato illicito , y de Derecho reprobado : ut ita refert Covar. *lib. 1. Var. res. cap. 4. num. 5. vers. Verum.* Y assimismo, en caso que justo sea , compeler al dicho Legado jurante à

su observancia, *ut in cap. Licet mulieri, de Jurejurando*; y sobre si el dicho juramento, y su relevacion para el uno, y otro caso es valido, *secundum Anchar. cons. 382. num. 6.* Pero tratandose de si es licita, ò no, su validacion, ò relaxacion, se ha de conocer en Fuero Ecclesiastico, por causa de la jurisdiccion que por el dicho juramento adquiriò, como si fueran las dichas partes assi mismo Ecclesiasticas *ut ita sequitur Aufrer. de Potestate Secular. reg. 4. f. 4. Selva in Tractatu de Jurejurand. 2. part. quest. 5. Fortun. de Ult. fin. n. 325.*

12 Donde se sigue, que la relaxacion, *ad effectum agendi, & excipiendi*, que tan solamente es para tratar en Juicio, sin temor de pena, se ha de pedir ante el Juez Ecclesiastico, el qual la puede conceder, siendo Nuncio, sin licencia de parte contraria; y en caso que se pida ante el Obispo, ò su Vicario, ha de ser citada la parte adversa: *ut ita notat Paz in Pract. 2. tom. 2. praelud. num. 58.*

13 Ibi: ,, Y si de su proprio motu se me concediere, de el no usare en manera alguna. c. Y hasè de notar en esta ultima parte, que aunque la clausula esté ordenada con estas dichas palabras, siendo el contrato de su misma naturaleza nulo, no solo por la relaxacion, quita la pena del perjuro; pero no conforma el Auto à que fue interpuesto, de que por el mismo Derecho, quando no quiera usar de la dicha relaxacion, queda sin fuerza el dicho contrato, por la nulidad que al principio se causò. Y si el contrato fue tal, que, como dicho queda, se confirmò por el dicho juramento, solo servira su relaxacion para quitar la pena de el perjuro, no quitando la virtud, y fuerza que por el se diò: *ut ita notat Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 14. n. 24.*

14 Para cuyo efecto es necessario, que en la peticion que se pide esta relaxacion, se haga mencion del juramento que se hizo, haciendo relacion, como se jurò de no la pedir, aunque le fuesse concedida de su proprio motu, para no usar de ella, y demàs circunstancias con que se hizo, y ordenò el dicho juramento; de forma, que por su omission no se cause subrepticia impetracion: *ut ita docet Felinus de Rescriptis, cap. Constitutus, 1. tom. n. 14. fol. III.*

CAPITULO III.

Adonde se trata de los efectos de la especial, y general hypoteca, por el orden de su clausula.

SUMARIO.

- 1 **Q**Uántos generos hay de bypoteca, y qué efectos se sigan de ella, y con qué clausula ha de ser ordenada.
- 2 Persona del deudor, si puede ser preso, no estando obligado en la Escritura. & ibi n. 3. & 4.
- 5 Si por la casa, ò heredad, especialmente hypotecada por arrendamiento, puede, siendo vendida, ser echado de ella.
- 6 Clausula de Non alienando, de qué efecto sea en estos dichos arrendamientos.
- 7 Si por la ciencia del comprador, de que la casa que compra, estaba arrendada, podrá ser echado de ella.
- 8 Frutos pendientes al tiempo de la venta, à quièn pereteneçen, y à quièn se ha de pagar la pension de la cosa arrendada.
- 9 Si renunciando el derecho de su favor, el señor de la casa, podrá, por precisa necesidad, echar al arrendador de ella.
- 10 Qué efectos se siguen bypotecandose la cosa vendida al fiador.
- 11 Si por la especial hypoteca se deroga la general, y qué clausula se requiere, para que esto no proceda assi.
- 12 Si se tiene privilegio de antelacion en la cosa comprada con dineros prestados.
- 13 Derechos, y acciones, qué genero de bienes sea, y quando se comprehenden los demás generos de bienes, y con qué clausula, & ibi n. 14.
- 15 Si el segundo acreedor será preferido en estas acciones al primero, siendo omissas en la clausula general.

UTRUM, si por la especial, y general hypoteca de los bienes del deudor, otorgado en todos, v cualesquier contratos de enagacion, y obligacion, seguirse puede utilidad, y provecho, con seguridad de su deuda al acreedor, que al tiempo de otorgarse, y celebrarse el dicho su contrato, y obligacion, hizo que los bienes de el dicho su deudor fuessen especial, ò generalmente obligados, è hypotecados á la dicha su deuda,

da, y obligacion. Y para que mejor se entienda la doctrina de nuestra question, se ha de advertir, que hay quatro generos de hypoteca, y tres especies de bienes. La primera es, la convencional expressa, que se hace por palabras, obligandose especial, ò generalmente los bienes de el deudor, como en los contratos de empeño, y otras qualesquier obligaciones: La segunda es, la tacita legal, *ex legis dispositione*: La tercera es, la pretoria, que es, quando por contumacia, y rebeldia del deudor se hace entrega de sus bienes à su acreedor, como se hace en el assentamiento: La quarta, y ultima es, la judicial, que en virtud de Escritura pública, se diò sentencia de remate contra los bienes del deudor: y de ellos se hizo pago al dicho su acreedor. De cuyos quatro generos tan solamente se tratará de la expressa, especial, y general obligacion, è hypoteca, en quatro exemplos, por el tenor de las palabras de la clausula siguiente, scilicet: „ Para cuyo cumplimiento, y paga obligo mi persona. *a.* „ y bienes, havidos, y por haver, muebles, y raices, *b.* derechos, y acciones. *c.*

2 Ibi: „ Obligo mi persona. *a.* En cuya parte se puede dudar si la persona del deudor, en caso que no se haya obligado en el instrumento, podra ser pressa, y encarcelada, hasta que enteramente pague la dicha deuda. Y segun consta por la *ley 19. tit. 21. lib. 4. Novæ Recop.* no hay duda, sino que siendo executado, ha de ser preso, hasta que dè fianzas de saneamiento: *ut ibi in d. l. 19.* „ Y que en defecto de las dichas fianzas, sea preso. Y por otra parte parece cosa rigurosa, que los acreedores tengan derecho en la persona de su deudor, no habiendo obligado su persona, supuesto, que por Derecho Comun los dichos acreedores no adquieran este Derecho, sino es en defecto de no tener bienes el dicho deudor, *ut in l. fin. in fin. ff. de Lib. hom. exhib. & in leg. A Div. Pio. §. In vendit. ff. de Re judic. & in cap. 1. Extra, de Pignoribus.*

3 Y para conclusion de nuestra question, digo, que la persona del dicho deudor no fue obligada en el dicho instrumento, protestando no poder ser preso, y encarcelado, que en este caso se ha de estàr à los terminos del Derecho Comun, de que haciendo informacion como tiene suficientes bienes, no será preso: aliás *secùs*, no probando tenerlos, lo ha de ser, como si en realidad de verdad se huviera obligado personalmente: *ut ita docet Aced. in d. l. 19. n. 75. cum alii seqq.*

4 Y en caso que en la dicha forma no se haya protestado, aunque en la dicha obligación no se haga mencion de la persona, porque fortè se olvidò de obligarse en el dicho instrumento, entences podrá ser preso el dicho deudor, no siendo de los privilegiados, que no lo pueden ser, ut ita asserit Rebuf. *in tit. de Liter. obligat. art. 11. glos. 3. num. 5. & 6. Avend. in Diction. verb. Almoneda, quos sequitur & refert. Aceved. ubi suprà, num. 76.*

5 Ibi: ,, Muebles, y raices. *b.* Y tiene efecto en tanta forma la hipoteca, especialmente siendo en bienes señalados del deudor, que si al tiempo del arrendamiento, que se otorga de una casa, ò heredad, en el instrumento de la dicha obligación se hypotecò la dicha heredad, ò casa, y en el discurso del dicho tiempo de arrendamiento, la dicha casa, ò heredad fuesse vendida, y enagenada, en virtud de la dicha especial hipoteca, el dicho arrendador no podrá ser inquietado, ni removido de la dicha possession, y arrendamiento, hasta tanto que se le satisfaga de los daños, è interesses, que por causa de la dicha enagenacion se le siguieren; ut probat Bart. *in l. Emptorem, C. Locat. & conduct.* & idem Bart. *in l. Qui fundum, ff. Eo, & ibi communiter DD. Negus. de Pign. 2. part. col. 3. Covar. lib. 2. Var. res. cap. 13. num. 15. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 3. num. 9.*

6 Y si al tiempo del dicho arrendamiento fuè tratado, que durante su tiempo, la dicha casa, ò heredad no havia de ser vendida, ni enagenada, y del dicho instrumento constasse esta clausula de no poder ser vendida, ni enagenada, juntamente con la especial hipoteca, de ningunã manera el tal inquilino, ò arrendador podrá ser inquietado del dicho su arrendamiento, aunque el comprador, ò vendedor se obliguen á pagarle los daños, è interesses, à tento, que por la dicha clausula de Non alienando, se impide la possession, y translacion de su dominio ut ita docet Jas. *in l. Quoties. C. de Rei vindicat. 7. col. num. 29. text. in l. Si cred. §. fin. ff. de Distract. pig. Anton. Gom. ubi sup. vers. Quartò limita.*

7 Y caso que todo lo suso dicho cesse, y que en la dicha Escritura no se haga mencion de esta dicha hipoteca, y obligación, probando el dicho arrendador, que el comprador era cierto, y sabidor de la cosa vendida por el vendedor, llevandola arrendada, no será inquietado en la possession de ella, hasta que cumpla el dicho tiempo del arrendamiento: ut tenet Veroi. *cons. 2. num. 15. volum. 4. Petrus Surd. decis. 264. n. 7. quem refert Hieron. Cevall.*

lib. 3. Comm. opin. q. 756. à n. 44. & vide Molin. de Just. & Jur. 2. tract. disp. 369. n. 9.

8. Teniendo, pues, accion el comprador por alguna de las supra referidas causas á la cosa arrendada , y que no tenga obligacion á estár , y passar por el arrendamiento , hay opiniones , que estando los frutos pendientes en este tiempo , los ha de gozar el dicho arrendador , y pagar la pension al comprador , segun *Parlad. Rer. quot. 4. part. §. 5. num. 13. in fin. por la ley fin. ff. de Jure Fiscis: à quien refiere Rodrig. Amat. in tract. de Execut. cap. 4. n. 55. vers. Ex qua vera doctrina: Bald. in l. Emptorem, C. Locat. Author Curixæ Philip. 2. p. §. 11. num. 4. in fine.* Lo qual contradixeron otros muchos Authores , y dixeron , que assimismo le pertenecian al comprador los frutos pendientes , sin tener obligacion à recibir la pension contra su voluntad ; pues los frutos son parte de la misma heredad , y como tal , le pertenecen al señor de ella , *per l. Fructus pendent. ff. de Rei vend.* y de esta opinion fue *Bart. en la dicha ley fin. ff. de Jur. Fiscis* ; y en la ley *Si filio fam. §. Si vir , ff. Solut. matrim.* y *Greg. Lop. en la ley 19. glos. Dos casos, post princip. Covar. lib. 2. cap. 15. n. 4. de Var. res.* adonde todos dicen , que aquella *ley fin. & ibi §. fin.* tan solamente se ha de entender en favor del Fisco , y no mas ; y assi lo entendió *Mol. de Just. & Jure. 2. tract. disp. 490. n. 9.* Y esta es la mas practicable , y mas conforme á Derecho. Y esto se debe entender todas las veces que se tratáre de la revocatoria , *ut in l. 16. tit. 13. p. 5. & ibi Greg. & vide infra c. 32. n. 17.*

9. Y para que el arrendador de la casa no pueda ser echado de ella , por precisa necesidad que de ella tenga el señor , sera buena clausula la siguiente :

De que de ninguna manera el dicho fulano arrendatario tratará de quitarle la casa , por precisa necesidad que el susodicho , ó sus descendientes de ella tengan , porque desde luego , para mayor abundamiento , renuncia la ley *Ædem , C. Locati* , y demás leyes de Partida , que hablan en su favor : *ut ita tenet Mol. de Just. & jur. 2. tract. disp. 499. n. 8.*

10. El segundo caso , y exemplo , que al proposito se puede traer , es , quando en la venta , y enagenacion de la cosa que se dà al fiador , ó siendo censo fundado sobre bienes especialmente hipotecados à su paga mayormente siendo la cosa que se vende al fiador , especialmente hipotecada. Y assi , por esta causa serán preferidas estas dichas deudas á todos , y qualesquier acreedores , por anteriores que sean , y aunque sea dote , ó fisco ; pues por la especial

cial hypoteca en la cosa que se dá al fiado, no se transfere el dominio en el comprador, y mediante èl en sus acreedores: y lo mismo es, si en la dicha Escritura de venta se dixesse, que el comprador la tuviesse precariamente, hasta que se pagasse su precio, ò dixesse que la tuviesse nomine conducti, id est, como arrendador de la cosa vendida al fiado. Y quando los bienes son hypotecados por causa de imposicion de censo, como al principio diximos, se ha de entender, siendo enfiteosi fundado sobre la heredad del acreedor estimada; porque si es censo de venta, ut hodiè, serà preferido el acreedor anterior, segun el tiempo, y lugar en los bienes del deudor; y de faltar esta dicha especial hypoteca, segun, y de la forma que dicho es, serà al contrario, habiendo otros acreedores anteriores: ut hæc omnia probat Covarr. lib. 1. Var. res. cap. 7. n. 2. Matienz. in l. 7. tit. 16. glos. 5. n. 68. lib. 5. Novæ Recop. Grego. Lopez in l. 28. tit. 13. glos. 1. p. 5. Gutierr. Pract. Quæst. lib. 3. c. 98. n. 6. idem Gutierr. in allegat. 5. num. 2. Parlad. lib. 1. Rerum quot. c. 8. Bolañ. en Comercio terrestre, y naval, lib. 2. cap. 12. n. 8. idem Covarr. ubi sup. lib. 3. cap. 4. num. 4. & est text. in l. Cum venderem ff. Locati.

11 El tercer caso, y exemplo es el que es especial, concurriendo la clausula que adelante se dirà: y es à saber, que si el acreedor que por su deuda, ò censo tuviere especial, y general hypoteca de bienes de su deudor, oponiendose otro tercero acreedor, que assimismo tiene obligacion general, è hypoteca en los bienes de su deudor, se ha de hacer primeramente excursion en los bienes especialmente hypotecados, que en los demás generales se ha de admitir la dicha excepcion, y ha de ser preferido el dicho segundo acreedor en los bienes generales, siendo suficientes los especiales para la paga del primer acreedor: y assi: en alguna forma se tiene por mejor la general, que no la especial hypoteca, por la presumpcion que hay de que serán suficientes para aquella primer paga, y deuda. Y para que esto no proceda assi, y que en todos los bienes, assi especiales, como generales, sea preferido el primer acreedor, sin embargo de la dicha excepcion, se diràn en la dicha Escritura las palabras siguientes: „ Y que por la especial hypoteca de los

*Formatur
alia claus*

„ dichos bienes no seà visto derogar la hypoteca general, ni „ por la dicha general la especial: ut ita sequitur Covar. ubi sup. cap. 18. n. 22. Villadiego in sua Politica forma de lib. n. 76. littera B. vers. Tes de notar, fol. 225. & idem in cap. 2. n. 111. vers. T puede, & vide infr. cap. 32. n. 11.

12 Finalmente , se ha de notar , que si el deudor , despues de tener obligados todos sus bienes con dinero prestado , comprasse alguna casa , ò heredad , y à la dicha paga se huviesse hypotecado especialmente la dicha heredad , ó casa , será preferido este ultimo acreedor , que prestò el dicho dinero , à otro qualquier acreedor , por anteriores , y privilegiados que sean ; y fuera lo contrario , si no se huviesse hypotecado , como consta de la *ley 30. tit. 13. part. 5. ibi :* „ Otrosi , decimos , que si un ome oviesse „ obligado todos sus bienes , tambien los que havia entonces , „ quando fizo la obligacion , como los que havia dende adelante , „ si despues de esto tomasse maravedis prestados de otro ome para „ comprar alguna cosa , haciendole pleyto , que aquella cosa que „ comprasse de los maravedis que le prestaba , que le fincassen „ obligados por ellos , fasta que los cobrasse , entonces mayor derecho havrà el postrimero en la cosa assi comprada , que el primero , à quien fuesse fecho el pleyto de la obligacion general sobre todas las cosas del comprador : & *ibi Greg. Lop. glos. 4. Magister , & dominus meus Doctor Pichardus lib. 4. Institut. tit. 6. art. 5. num. 73. & in l. Quod quis , & ibi glos. ff. de Privileg. cred. & in l. Interdum , verb. Credidero , ff. Quæ pot. in pign. hab. & ibi Bart. & in l. Licet , C. Quæ pot. in pig. hab. Gutier. de Pract. Quæst. lib. 3. quæst. 98. n. 3. Castell. Controv. Juris , cap. 8. n. 24. cum allis sequentib. lib. 3.*

13 *Ibi :* „ Derechos , y acciones. *c.* Y como arriba diximos , que las especies de bienes eran tres , segun parece , las acciones , y derechos es una de ellas. Y es à saber , que en la obligacion general de los bienes del deudor , vienen , y se comprehenden las dichas deudas , y derechos , haciendose simplemente la dicha obligacion de todos los bienes ; assi como se dixesse : „ Para cuyo cumplimiento , y paga obligò su persona , y bienes , havidos , y por haver. Y no solo en esta general obligacion se comprende esta dicha tercer especie de bienes ; pero tambien los demás , que son , la obligacion de los bienes muebles , è inmuebles , *ut in l. 3. & ibi Bart. Bald. Salicer. C. de Hæred. vel action. idem Bart. in l. Nomen C. Quæ res pig. oblig. poss.*

Formatur alia clausulaextra ordinem.

14 Y si la Escritura fuere ordenada , diciendo tan solamente : „ Y para cuyo cumplimiento , y paga obligò su persona , y bienes „ havidos , por haver , muebles , y raicès : no es visto comprehenderse las acciones , y derechos : *ut ita affirmat Negusan. de Pign. 2. part. memb. 2. n. 8. 9. Sylv. in Summ. verb. Pignus , q. 4.*

Formatur alia clausulaextra ordinem.

15 De adonde se saca, que si la segunda Escritura estuviere ordenada, y otorgada con la clausula simple, y general, ó con la especifica de bienes muebles, è inmuebles, acciones, y derechos, y la primera no estuviere otorgada, sino tan solamente de bienes muebles, y raíces, como dicho es; entonces será preferido el dicho segundo acreedor, en quanto à las deudas, y acciones del mismo deudor, por ser, como dicho es, tercer especie de bienes, *ut supr. Doctores relati.* Y assi he oído haverse practicado en el Consejo de su Magestad, que reside en la Villa de Madrid.

CAPITULO IV.

Adonde se trata de la clausula de Non alienando, y sus efectos.

SUMARIO.

1 **T**ODA enagenacion de bienes hypotecados por especial hypoteca en tercero poseedor, con clausula de Non alienando, es nula, y con què palabras ha de ser ordenada esta dicha clausula.

2 Si havrà lugar la dicha enagenacion, si la dicha clausula fuere ordenada en otra forma.

1 **U**TRUM, y porque muchas veces se han ofrecido, y ofrecen algunas dificultades, demàs de las referidas en el capitulo precedente, sobre, y en razon de la especial, y general hypoteca: si por ventura, siendo vendida, y enagenada en tercero poseedor, será nula la dicha venta, y enagenacion; y de que lo sea, no hay duda, si con la especial hypoteca concurriò clausula de Non alienando: ordenada en la forma siguiente.

„ Por la qual, el dicho deudor prometió, obligandose de no vender, ni enagenar, trocar, ni cambiar, ni donar la dicha casa, ò heredad en esta Escritura referida, y especialmente hypotecada, en ninguna forma, y manera, ni por otro qualquier titulo de enegacion, à ninguna persona, de qualquier estado, y condicion, que sea, sin que primero, y ante todas cosas, se le haga notorio al señor, y acreedor de la dicha heredad, ó casa hypotecada, hasta que de su deuda, ó censo enteramente esté pagado, assi reditos, como el principal; y que si de otra manera se hiciere la dicha enagenacion, que por el mismo hecho sea ninguna, y de ningun valor, y efecto. Y de esta

Formatur
alia clau-
sula

for-

forma se podrá muy bien executar al tercero poseedor de la casa, ò heredad especialmente hypotecada, à que haga reconocimiento de los dichos bienes. Porque, en realidad de verdad, dexandolos, como poseedor de ellos, puede muy bien, como interesado, oponerse à la dicha execucion; y de Via Executiva hacerla Via Ordinaria, hasta la primer sentencia, que forzosamente ha de ser de remate; y en esta forma se ha determinado en los Tribunales Supremos, no solo estando los dichos bienes en poder de persona seglar, sino tambien estando en poder de persona Eclesiastica, de que en virtud de la dicha clausula, en la una, y otra persona adquiere jurisdiccion el Juez Seglar: *ut hæc omnia probat Bart. in l. 3. n. 23. C. de Pignor. & in l. fin. C. de Jur. emphyt. & in l. fin. tit. 8. p. 5. & in l. Nuda, ff. de Contrahend. empt. Bald. in l. Executorem, col. 2. C. de Execut. Parlad. Rer. quotid. cap. fin. 5. part. §. 11. num. 12. cum aliis sequentib. & hæc omnia sunt ad effectum, quando tertius possessor rem possidet, sine causa, & justo titulo, & in nostra clausula, probat Bart. in d. l. 3. C. de Pign. n. 25. Covar. lib. 3. Var. res. cap. 5. n. 5. vers. Hinc etiam, in fin. Suar. ad leg. Toleti, limitat. 1. Gutier. in l. Nemo potest, n. 38. 39. de Leg. 1. Parlad. ubi sup. 1. p. c. 10. n. 29. l. fin. tit. 5. p. 5. Gom. de Leon centur. 59.*

2. Y porque muchos Escribanos, de comun estilo, ordenian la dicha clausula en otra forma, diciendo, que los dichos bienes hypotecados no se enagenaràn en persona mas poderosa, ni en persona Eclesiastica, ò en otra de las prohibidas, teniendo por cierto, que por la dicha clausula pueden ser executados, no solamente las personas prohibidas, sino tambien otras qualesquier personas particulares; se advierte, que si la dicha clausula no fuere ordenada en la dicha forma, *ut suprà*, no se podrá executar, siendo enagenada la cosa especialmente hypotecada en tercer poseedor, sino es siendo el que posee persona poderosa, ò Eclesiastica, segun la dicha segunda clausula. Y para que esto no proceda assi, sino que derechamente se pueda executar à qualesquier persona, de qualquier condicion, y estado que sea, se ordenarà la dicha clausula en la forma que dicho es: y entonces, aunque estèn en poder de persona Eclesiastica podrá ser executado por el Juez Seglar, como dicho queda: & ita sequitur *Parl. lib. 2. Rerum quot. cap. fin. 2. p. §. 1. n. 11. & 18. Author Curixæ Philip. 1. p. §. 5. n. 21. Villadieg. in sua Polit. form. de libelar. n. 24. vers. T assi el censo, fol. 284. idem Villad. fol. 285. vers. Ten caso que el pafio.*

CAPITULO V.

Adonde se trata con qué solemnidad, y clausulas deben, y han de ser otorgados todos, y qualesquier contratos de menores, para que de Derecho sean válidos.

SUMARIO.

- 1 **M**Enores de veinte y cinco años, si pueden ser obligados, y en qué forma, y con qué clausulas, y juramentos.
- 2 Y si quedarán obligados por la enormissima lesion.
- 3 Y si lo quedará el hijo de familias, que enagenò los bienes adventicios, en que el padre gozaba de su usufructo.
- 4 Y si es válido el contrato de venta, y otra qualquier enagenacion, otorgada en favor de su Curador.
- 5 Y qué solemnidad ha de preceder, para que las dichas enagenaciones sean válidas.
- 6 Y si habrá lugar, siendo valde leso, el dicho menor, aunque sean juradas las dichas enagenaciones.

1 **U**Trùm, si los menores de veinte y cinco años varones, y mayores de catorce, y mugeres mayores de doce, que sin gobierno de Curadores, administran sus bienes, podrán contraer, y celebrar todos, y qualesquier contratos de venta, y enagenacion. Y aunque es verdad, que es materia muchas veces por los Doctores repetida; pero por ser tan importante á nuestro proposito, y considerando los tan excessivos gastos, que por causa de los dichos contratos se han ofrecido, y que assimismo se pueden ofrecer, demás de responder á nuestra question por la parte afirmativa, por la clausula siguiente, se tocará por su orden lo mas útil, y necessario para el dicho oficio de Escribanos; scilicet :,, y para mayor firmeza, y abundamiento, juro por Dos,

*Formatur
alia clau-
sula.*

,, y à su bendita,† que por razon de la menoridad, lesion, ó en-
 ,, gaño, de más, ó menos del justo valor, y precio, y aunque
 ,, exceda su mitad, ò por otra qualquier causa, ò razon, de no
 ,, venir, ni contravenir contra esta dicha Escritura, ni contra lo
 ,, en ella contenido, en todo, ni en parte, ni pedirá rescision, ni
 ,, restitucion del dicho contrato, aora, ni en tiempo alguno, re-
 ,, nunciando, como renuncia, la ley 2. C. de Rescind. vendit.
 ,, pena, si lo contrario hiciere, de caer en perjuro, è infame, de

,, cu-

„ cuyo juramento no pedirá absolucion, &c. Por manera, que si los dichos menores se obligaron con esta solemnidad, aunque es verdad, que regularmente sus obligaciones ipso jure, son de Derecho ningunas; pero con todo esso, precediendo el dicho juramento, especialmente si juraron, que por razon de la menoridad no vendrian, ni contravendrian à los dichos sus contratos, quedarian de Derecho obligados en tanta forma, que sin embargo de absolucion, y relaxacion, que en este caso pidan, todavia será inviolable el dicho contrato, porque tan solamente sirve aquella relaxacion para el efecto de poder tratar en Juicio sin temor de pena, salvo, si los dichos contratos no fueron jurados, por razon de la menoridad; porque aunque lo estèn, como los demás contratos jurados por personas particulares, no se guardaràn, ni executaràn, sino antes se daràn por nulos, como assi se ha de entender el *authent. Sacramenta puberum, C. Si adversus venditionem, & probat Philippus Corneus cons. 6. litera I. vol. 1. Covar. lib. 1. Var. res. cap. 4. n. 6. Anton. Gom. 2. tom. cap. 14. num. 21. idem Covar. de Pact. in 6. 2. part. §. 1. num. 7. fol. 70. Socin. cons. 32. n. 1. & 8. vol. 3. Tell. Fernand. in l. 17. Tauri, num. 111. Alciatus in cap. Cum contingat, num. 82. de Jurejurando: Arias Pinel. in Rep. l. 2. 3. part. cap. 1. n. 9. C. de Rescind. vendit. Roland. à Valle cons. 59. n. 22. lib. 1. Marcel. cons. 79. n. 19. lib. 2. Aymon Crav. cons. 114. n. 9.*

2 Lo qual se ha de limitar, si el dicho menor fue valde lesado, assi como en el dos, ò tres tanto mas, ó menos de la mitad del justo valor, estimacion, y precio; porque entonces, aunque los contratos estèn de qualquier manera jurados, ordenados, y otorgados, se daràn por ningunos los dichos contratos: ut ita probat Covar. *ubi sup. num. 3. 4. 5. & cum aliis Pinel. ubi sup. n. 7. 8. Gutier. in Repetit. authentic. Sacramenta puber. C. Si adversus vend. num. 98. & vide infr. cap. 13. n. 8. per totum.*

3 Cuya doctrina assimismo se ha de limitar en el menor hijo de familias, que sin licencia, y expreso consentimiento de su padre, vendió los bienes adventicios, de que el dicho su padre gozaba el usufructo; porque aunque sean juradas las dichas obligaciones, y enagenaciones; serán nulas, y de ningun valor, y efecto, por ser en daño de tercero; lo qual assimismo procede en los menores, que sin autoridad de sus Curadores otorgaron, y celebraron los dichos contratos; pues sin ella no se pueden obligar, y han de ser restituídos, siendo en alguna manera lesos, ut

est text. in l. fin. §. Filius autem, C. de Bon. quæ liber : & ibi Bald. Ang. & Salic. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 14. num. 4. per totum.

4 Y lo que se puede dudar assimismo en limitacion de la doctrina suprà referida, si el contrato, y enagenacion otorgado por el menor en favor de su Curador, de la venta de algunos bienes, será válido el dicho contrato, ó si el dicho menor ha de ser restituído. Y de que el dicho contrato, venta, y enagenacion ha de ser nulo, consta por la decision de la *ley 23. tit. 11. lib. 5. de la Nueva Recop. ibi: „ no pueda, ni deba comprar ninguna cosa „ de sus bienes, è si la comprare pública, ò secretamente, pu- „ diendose probar la compra que assi fue hecha, no valga, y „ sea deshecha.*

5 Lo qual se limitará quando la venta, y enagenacion fue celebrada en utilidad, y provecho del dicho menor, siendo con conocimiento de causa, y decreto judicial, segun, y con la solemnidad de la *ley 4. tit. 5. part. 25.* que sus palabras son las siguientes: „ Fuera ende, si el guardador comprasse del que tie- „ ne en su guarda, con otorgamieto del Juez, ó de algun otro „ que le huviesse otro, si en guarda tambien como èl. Y assi en este caso, como en los demás semejantes, se requiere que estas dichas enagenaciones sean celebradas, y otorgadas en utilidad, y provecho de los dichos menores, y no en su daño, y perjuicio; porque de otra manera serán restituídos contra los dichos contratos hasta veinte y cinco años, y quatro despues, segun la *ley 5. & 8. tit. fin. part. 6. & ibi Greg. Lopez.*

6 Y para que esta dicha venta, y enagenacion, ò otro qualquier contrato, celebrado en favor del dicho Curador, quede válido, y perfecto, se advierte, que jurando el dicho menor los dichos contratos en la forma, y modo ut suprà, aunque sea leso en mas de la mitad del justo valor, y precio, como lo sea enormissimamente, será valida la dicha venta, y enagenacion, y otros qualesquier contratos, que en la dicha forma se otorgaren, como dicho queda, & sequitur Menoch. *de Succes. creat. §. 28. num. 9. Gutier. de Juram. confirm. cap. 4. num. 3. 1. part.*

CAPITULO VI.

Adonde por el orden, y fuerza de cierta clausula se declara, si las renunciaciones, y demás contratos, celebrados, y otorgados entre padres, è hijos, serán válidos, ò se juzgaràn por Derecho reprobados.

S U M A R I O.

1 **R** Enunciaciones otorgadas por los hijos en favor de sus padres, si son válidas, y con què clausulas, y juramentos deben ser ordenadas.

2 Si los padres, è hijos se reputan por una misma persona.

3 Si en la dicha renunciacion se comprehenden los demás bienes, que à los dichos sus hijos le pueden pertenecer, & ibi num. 4.

5 Si por causa del juramento quedaràn los susodichos obligados,

6 Y si seguirá su efecto, siendo valde lesos los dichos hijos.

7 Y si perjudicará esta dicha renunciacion à los nietos, hijos del renunciante.

8 Y si por faltar descendientes sucederá el dicho renunciante.

9 Y si procederá renunciando en favor de persona particular.

10 Renunciacion entre hermanos, ò de consentimiento del padre, si es válida.

11 Si en perjuicio de los descendientes puede el padre dar licencia à alguno de sus hijos para disponer, y hacer testamento.

12 Si èsta licencia podrá ser revocada en todo tiempo por el dicho su padre, y con què clausulas han de ser ordenadas, para que de ninguna manera se puedan revocar.

13 Y si se pueden renunciar en perjuicio de acreedores.

14 Frayles, en què tiempo deben renunciar.

15 Y si las donaciones otorgadas antes de la Profession, serán nulas.

16 Contratos celebrados entre los dichos padres, è hijos, si han obligacion por Derecho Civil, y Natural à su cumplimiento.

17 Si por la dote prometida por el padre quedarà civilmente obligado.

18 Y assimismo lo quedarà por causa de haver becho particion entre los dichos sus hijos.

19 Si en los bienes castrenses puede caer entre los dichos civil, y natural obligacion.

20 Y si serán válidos los contratos otorgados por los hijos emancipados.

1 **U**trum, y aunque es verdad, que regularmente entre los ascendientes, y descendientes no nace de Derecho Civil, ni Natural obligacion, ni tienen vinculo de fuerza todos, y qualesquier contratos, que unos en favor de otros se otorgaren, ó pareciere haverse otorgado; pero con todo esso muchas veces permite, y dà lugar el Derecho à que en alguna forma estos dichos contratos entre los dichos se confirmen. Y assi, lo que se puede dudar, es, si havrà lugar, y de Derecho será licita, y permitida la renunciacion, que muchas veces los hijos hacen de los bienes, y hacienda que de su legitima, y herencia les pertenece, y de parte de sus padres, ò madres les puede pertenecer. Y aunque la dificultad, y question es en gran manera dudosa; pero trayendo á la memoria lo que el Derecho nos enseña, y oy se practica, no será tan dificultosa, notandose con atencion las apostillas, que por las palabras más principales de la clausula siguiente (que es la fuerza de los dichos contratos) irán escritas, y ordenadas.

*Formatus
alia clau-
sula.*

„ Por tanto el dicho fulano su hijo, que presente està al otorgamiento de esta dicha Escritura, se dà por entregado, y realmente pagado de los dichos dos mil ducados, con los quales dice, y confessa estarle enteramente entregada, y pagada la legitima del dicho su padre, c. ò madre, y de ella declara no debersele cosa alguna; y caso que en alguna manera al presente constare, ò adelante pareciere pertenecerle, ò tener accion á los bienes del dicho su padre, y madre, ora sean en los adquiridos, ó en los que en adelante se adquirieren, desde luego, y para entonces, en la mejor via, y forma que mas lugar haya en Derecho, renunciaba, y renunciò los dichos bienes, y hacienda de los dichos sus padres, d. en su favor, ò en favor de fulano. Y para mayor firmeza, y abundamiento, jurò á Dios, y á su Santissima † y pena de perjuro, que por razon de menoridad, ni lesion, ni por causa de ser contrato celebrado entre padre, è hijo, que el Derecho declara por nullos, ni por otra qualquier razon, y causa, no ira, ni contravendrá contrz el dicho contrato, y renunciacion, ni del dicho juramento pedirá absolucion, &c.

2 Ibi: „ Renunciaba, y renunció los dichos bienes, y hacienda de los dichos sus padres, e. Y dar lugar el Derecho, ut

suprà diximus, que los contratos otorgados entre los dichos padres, è hijos fueran válidos, fuera dár ocasion á fraude, malicia, y engaño; y que por el mismo hecho se diera causa á que se perdiera el respeto, especialmente adonde con tan justa razon se requiere: y assi, quitando de enmedio toda ocasion de poder delinquir, por causa de los fraudes que se pueden seguir, y considerando assimismo á. que el padre, y los hijos se reputan, y juzgan por una misma persona; pues lo que adquiere el hijo, se adquiere para el padre; y siendo todos notables inconvenientes, ordenò, que los dichos contratos fuessen nulos, y de ningun valor, y efecto, *ut probat text. in l. 1. §. Si pater filio, ff. Pro donat. Idem probat text. in l. 2. C. de Inófic. donat. & in l. Donationes quas parentes, C. de Donat. inter virum, & uxor. quib. jurib. consonat. l. 3. tit. 4. part. 5. vers. Mas si el padre, & in l. Qui sic solvit, & in l. Si quis pro eo, ff. de Fidejussor.* Anton. Gom. qui plures allegat *in l. 17. Taur. n. 4. & tenet Bart. in l. Frater à fratre, n. 57. ff. de Condit. indebiti, & ibi communiter DD.*

3 Cuya regla padece muchas limitaciones, que de Derecho se admiten, como en particular es la una la renunciacion que el hijo otorga en favor de su padre, de los bienes que de su legitima le pertenecen; y assi, en consecuencia de la question que arribase propuso, si en este pacto, y renunciacion será visto comprehenderse tan solamente lo que se recibe, ó lo demàs que de derecho le puede pertenecer, y de que en todo se ha de entender, respecto de haver renunciado todos los demás bienes, que de la succession del dicho su padre le pueden pertenecer, no hay duda, segun parece por la *ley 6. tit. 8. par. 6.* que sus palabras son las siguientes:

4 Ibi: „ En qualquier manera que torgasse, ò consintiesse, se el hijo, ò el nieto en el testamento que le huviessen desheredado, assi como si le huviessen dexado manda en èl, ò à su hijo, ò á otro alguno, que fuesse en su poder, è la recibiesse, ò consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante de estas, no podria despues querellarse para quebrantar el testamento, ni debe ser oído. Por cuyas palabras parece consta la conclusion de nuestra question, pues el Derecho Real claramente nos enseña no tener accion el hijo renunciante à los demás bienes, que de derecho le pueden pertenecer. Pero no obstante todo lo susodicho, se ha de tener lo contrario, en quanto lo dispuesto por la dicha ley Real; atento que aquella renunciacion se ha de entender pagandole su deuda, que es la legitima que de De-

recho Natural se le debe ; aunque en este caso no tendrá accion el dicho descendiente à quebrantar , y romper el dicho testamento , por aquel consentimiento de ser desheredado ; porque en realidad de verdad , ha de valer en quanto las mandas , y legados , como no exceda del quinto entre estraños , y tereio entre descendientes ; y de esta forma se ha de cumplir , y executar el dicho testamento , sin perjuicio de las demás legitimas , que al dicho su hijo , y descendiente le pudiere pertenecer ; y assi se ha de entender *la dicha ley 6. tit. 8. part. 6.* de adonde se infiere , que en la general renunciacion no se comprehende tacitamente la futura succession , *ut in l. Si quando , §. Illud , & §. Generaliter , C. de Inofficioso testamento. Covar. de Pactis , 3. part. §. 1. n. 2. Rodrig. Suarez , in l. Quoniam in prioribus , in 16. ampliat. n. 3. C. de Inofficios. testam. Anton. Gom. in l. 12. Taur. n. 3.*

5 Pero en quanto al orden de nuestra clausula , por haverse renunciado la dicha legitima con el dicho juramento , ora sea especial , ò general , se ha de entender , assi de los bienes presentes , como de los por venir , y ha de tener efecto , sin tener accion à la querella de Inoficioso testamento : *ut ita sequitur Greg. Lopez , in dist. l. 6. tit. 8. part. 6. glos. 5. Ubi dicit, quod requiritur specificare renuntiationem legitimæ , ut à querella repellatur.*

6 Pero debese notar , que aunque es verdad , que de esta dicha renunciacion se sigue el dicho efecto en virtud del dicho juramento , como dicho es , se ha de entender quando el hijo , ó descendiente no fue gravemente leso , y damnificado por causa de la dicha renunciacion : *ut ita sentit Padilla cum aliis in l. 2. num. 44. C. de Rescind. vend.*

7 Y assimisino se debe notar , que esta dicha renunciacion no perjudica à los nietos , hijos del renunciante ; porque sin embargo de la dicha renunciacion , han de succeder à su abuelo en lo demás que constáre pertenecerles de su legitima , fuera de lo que verdaderamente huviere recibido el dicho su padre : y es la razon , porque aquella renunciacion sigue , y tiene tacita condicion , *scilicet, si ei deferretur hæreditas.* Y assi , muriendo antes el renunciante , cessa aquella dicha renunciacion , y succederán los nietos , por consideracion de su misma persona , *ut in l. Si ex patrim. §. fin. de Bon. libert. Aymon. cons. 4. 84. 5. Ripalib. 1. respt. cap. 6. n. 3. Gram. in decis. cap. 57. n. 11. Cuman. & Paul. in l. Qui superstitis , ff. de Acquirend. hæred. Alex. & Corn. in l. Pactum , C. de Collat. quos sequitur , & refert Tell. Fernand. in*

l. 6. Tauri, n. 61. per totum : Ant. Gom. in l. 22. Taur. n. 10.

8 Demàs de lo susodicho se ha de considerar , que el padre en favor de quien se hizo , y otorgò la dicha renunciacion , no dexò descendientes legitimos al tiempo de su muerte ; no obstante el juramento interpuesto al dicho contrato de renunciacion , succederà el dicho renunciante al dicho su padre , tàm ex testamento , quàm ab intestato , & contra testamentum ; y es la razon , porque siempre que esta dicha renunciacion se hace , y otorga , se presume es en favor de los demàs descendientes presentes , y por nacer : ut ita etiam notat Ant. Gom. ubi supr. n. 12. Lo qual , y con la misma distincion se debe entender en favor de los Conventos , que tienen Privilegios , è Indultos , y Bulas para succeder , mediante la persona , ó personas de sus Religiosos ; como assimismo deben succeder en todas las herencias , y mandas , que son dexadas à sus Religiosos , salvo siendo condicionales , ò con gravamen de restitucion , como Fideicomissos , Vinculos , ò Mayorazgos : ut ita notat , & docet Molina de Just. & jur. 2. tract. disp. 140. n. 15. & 16. adonde dice , que no siendo condicionales los dichos Vinculos , ó no teniendo jurisdiccion , siempre se ha de juzgar en favor del Convento.

9 Y en caso que el renunciante otorgasse la dicha renunciacion en favor de sus hermanos , ò otra qualquier persona particular , no podrá venir contra la dicha renunciacion ; antes el padre puede muy bien mandar , ò mejorar al hermano en favor de quien se renunciò el tercio de sus bienes ; y si fuere en favor de estraño , el quinto : ut notat Rod. Suarez in Rep. in l. Quoniam in priorib. C. de Inoff. test. num. 70. col. 4. vers. 5. quem refert Anton. Gom. ubi supr. n. 31 adonde dice , que si la dicha renunciacion se otorgò en favor de otro hermano solamente , no seguirá su efecto , aunque sea jurada ; sino es que el padre lo quiere , por juzgarse pacto de futura succession , respecto de los hermanos ; y respecto del padre se juzga por pacto de Non succedendo , el qual se confirma por el juramento ; y no succederá el renunciante , sino es que el padre quiere ; y assi dice haverlo determinado por Consejo entre los herederos de cierto Soldado.

10 De aqui se infiere , que si qualquiera de los hermanos , con expressa licencia de su padre , renunciare la succession de su padre , ò madre , que por su fin , y muerte les pudiera pertenecer , y la dicha renunciacion fuesse otorgada en favor de qualquier persona , y el dicho su padre no perserverare en la dicha

licencia, y consentimiento, será nula la dicha renunciación, por juzgarse siempre virtualitèr, & effectivè, por pacto de futura successión, salvosi el padre huviere jurado la dicha licencia; porque entonces seguirá el efecto à que se interpuso; ut ita notar Anton. Gom. *in dict. l. 22. Tauri n. 30. & 31. Gutier. in Repetitione, cap. Quambis pactam, de Pactis in 6. n. 6. 7. 8.*

11 Sigüese mas, que todas las veces que el padre, à pedimento de alguno de sus hijos, le concediere, y prestare licencia, para que de sus bienes, y hacienda pueda libremente disponer, y hacer testamento de los bienes que al hijo de su legitima le pertenecen, ò ganados, y adquiridos, tiene por algun titulo, y causa, y el dicho testamento fuere otorgado en virtud de la dicha licencia en favor de hermano, ò otro qualquier extraño, no podrá, muerto el hijo, el dicho su padre venir contra el dicho su testamento, aunque en todo sea desheredado, sin embargo que los dichos ascendientes tengan otros legitimos descendientes: ut ita notat Tello Fernand. *in l. 6. Taur. num. 65. Gutier. ubi sup. n. 50. Aceved. in l. 1. tit. 8. n. 24. lib. 5. Novæ Recop. & etiam in n. 76. usq. ad n. 79.*

12 Y aunque es verdad, segun muchos Doctores, que el padre hasta que muera el dicho su hijo, puede muy bien revocar esta licencia, segun Tello Fernandez ubi supr. y otros Doctores tuvieron lo contrario, en que dixeron, que una vez habiendo dado, y prometido licencia al dicho su hijo, en virtud de la qual el susodicho huviesse testado, no podrá despues revocar la dicha licencia, sin autoridad, y consentimiento del dicho su hijo testador; pues mediante el dicho consentimiento fuè instituido el tercero; en cuyo perjuicio nose puede revocar, sino es con el dicho consentimiento del hijo, segun que dicho es; y esto procede, aunque la dicha licencia no esté jurada, sino es en caso que el hijo murió sin hacer el dicho testamento, salvo siendo jurada, que entonces, aunque no haga testamento, no podrá revocar la dicha su licencia: ut ita docet Gutier. *Pract. Quæst. q. 75. lib. 3. n. 6.* Y para que estas dos opiniones cessen, será buena advertencia, que estas dichas licencias sean ordenadas con la clausula siguiente: „ Por tanto, en la mejor via, y forma que mas largamente haya en Derecho, debia conceder, y concedió, dando, y dió licencia al dicho fulano, su legitimo hijo, para que su legitima, y herencia, assi de lo que de mi parte le puede pertenecer, como lo que de parte de su madre le perte-

*Formatur
alía clau-
sula.*

„ ne

„ neciò, ò lo de otra qualquier parte heredada, ò adquirida, de
 „ ello pueda testar, y disponer en favor de la persona, ò perso-
 „ nas que quisiere, ó por bien tuviere; y aunque de los dichos
 „ bienes no haya de haver parte alguna, y en el derecho de la
 „ succession sea desheredado; porque en quanto à esto renúncio
 „ los bienes, que legitimamente me pueden pertenecer; y para
 „ mayor firmeza, júro á Dios, y á su Santissima f, y pena de in-
 „ fame, y perjúro, de que por razon de ser contrato, y obliga-
 „ cion, celebrado entre padres, è hijos, que el Derecho tiene,
 „ y dá por nulo; ni por razon de tener otros hijos, y descen-
 „ dientes, ni por otra qualquier causa, que de Derecho me sea
 „ concedida, no irè, ni contravendrè contra esta licencia, ni en
 „ ningun tiempo la revocarè, pena de que por el mismo hecho
 „ incurrirè en la dicha infamia, y caso de menos valer; y del
 „ dicho juramento no pedirè absolucion, &c. Por manera, que
 „ siendo la dicha licencia ordenada, y jurada en esta forma, en nin-
 „ guna manera los dichos sus padres podràn revocar la dicha licen-
 „ cia: ut ita tenen Tellus Fernand. *ubi sup. n. 65. & 66.* Anton.
 Gom. *in d. l. 22. Tauri, num. 3. vers. Dico.* Molin. *de Primog.
 cap. 3. num. fin.*

13 Lo qual no solo procede en perjuicio de los dichos des-
 cendientes, pero tambien en perjuicio, y daño de acreedores, aun-
 que sean hypotecarios. Y es la razon, porque el dominio de
 los bienes hereditarios no se transfiere, hasta que se acepta: y as-
 si, el que ha de succeder en los dichos bienes, puede muy bien,
 y justamente repudiarla, no haviendola aceptado. Y dixe justa-
 mente; id est, en quanto el fuero de la justicia; pero no en quan-
 to el fuero de la conciencia: *ut in primo casu est text. in l. Qui au-
 tem, ff. Quæ infraud. credit. Tell. Fern. in l. 4. Taur. n. 55. Vicen-
 de Franc. decis. 100.* el qual dice haverse determinado en esta
 forma en el Senado Neapolitano; aunque Gregorio Lopez afirma,
 haverse determinado lo contrario en el Consejo Real contra un
 delinquente, que por no pagar dos mil ducados, en que fue con-
 denado, aplicados á la parte querellante, repudió el hacienda de
 su madre, que à la sazón le supervino: *ut ita notatur in l. 12.
 glos. 2. part. 3. tit. 10. & in secundo casu de Foro interiori af-
 firmat Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 435. n. 10. in fin.* Y
 en quanto los legados, por transferirse luego su dominio en los
 legatarios, no se podrá renunciar en perjuicio de qualquier acree-
 dor: *ut in l. 7. tit. 15. part. 5. & in l. 34. tit. 9. part. 6.*

14 Y para conclusion de esta primera parte, es necesario manifestar, si las renunciaciones de los Frayles, ò Monjas, que hicieron antes, ò despues de la profession, serán validas, ò no. Para lo qual se responde con esta distincion. Es assi, Que si antes de entrar en Religion, ni en tener esperanza de recibir el Habito, ni professar, hizo el Frayle, ò Monja la dicha renunciacion por testamento, ò por otro qualquier contrato entre vivos, de todos, ò de alguna parte de sus bienes, es cierto, que de ninguna manera se podrá revocar; pues en este caso no se juzga ser en fraude de su Convento: ut ita docet Bart. & Paul. & alii, quos sequitur, & refert Mol. *ubi sup. disp. 139. n. 11.* Molin. *de Primog. cap. 9. n. 49. lib. 2.* Navar. *in cap. Non dicatis, n. 81. 82.* Covar. *de Test. cap. 2. n. 4. & 5.*

15 Pero en caso que los dichos Frayles, ó Monjas hicieron las dichas renunciaciones en la forma dicha, con intencion de entrar en Religion, no ayuda, sino que ipso jure se anularàn las dichas renunciaciones, y testamentos, por ser en fraude de los dichos Conventos: ut colligitur ex doct. Bart. *in authent. Si qua mulier, C. de Sacros. Eccles.* quem sequitur Molin. *ubi sup. n. 12. per Concilium Tridentin. in Decreto de Irregularib. cap. 15. & 16.*

16 Y aunque es verdad, que la dicha doctrina se ha de entender en las donaciones, y otrosqualesquier contratos otorgados entre vivos, ut supra, se limitará el caso, que las dichas renunciaciones, y contratos fueron otorgados en favor de descendientes, ò ascendientes; porque aunque entren en Religion, no pueden estar en favor de sus Conventos, siendo, como es, en perjuicio suyo; sino es en lo que por leyes se les concede, que es el quinto, teniendo descendientes, y tercio, teniendo ascendientes, cumpliendose de alli el alma, segun la ley 28. *de Toro, hodie l. 1. 7. 8. & l. 12. tit. 6. lib. 1. Novæ Recop.* Y esso es en lo que los Conventos pueden suceder, y no mas, sino es con licencia expressa de los dichos ascendientes, y descendientes. Y en caso que los ascendientes quieran professar, han de hacer particion con sus hijos, y nietos, y se les ha de entregar enteramente, sin esperar la muerte natural. Y esto es lo mas seguro en el uno, y otro Fuero, segun Covar. *in cap. 2. de Test. n. 7. 8.* aunque lo contrario tienen los Legistas: ut ita notat Greg. *in l. 17. tit. 1. part. 6. glos. 9.*

Ibi: „ Entre padres, è hijos. Y no hay duda, sino que en

algunos casos habrá lugar la obligacion entre padres, è hijos, como son los siguientes.

17 Primeramente, queda el padre obligado por la dote prometida, siguiendose el matrimonio, *ut ex text. in l. Promp. Philadelph. ff. de Famil. erciscund. & ibi communiter DD. & in l. 22. Taur. bodie l. 6. tit. 6. lib. 5. Nov. Recop. & ibi communiter Glosatores.*

18 Y assimismo queda el padre obligado, en caso que haya dividido sus bienes, y hacienda entre los dichos sus hijos, sin tener accion à partirlos, ni dividirlos otra vez: *ut ita tradit Rodrigo Suarez in repetit. l. Quoniam in priorib. n. 1. C. de Inofficioso test.* Y esto se limita, sino es que el padre alegue, y pruebe, que tan solamente les diò, y entregó los dichos bienes en pago, y cuenta de su legitima: *ut ita sequitur Avend. resp. 25. per totum. Burg. de Paz in l. 3. Taur. 1. part. n. 113. Ayo- ra 3. part. de Partitionib. quæst. 16. fol. 140.*

16 Y assimismo el hijo emancipado por el matrimonio, queda de Derecho obligado civil, y naturalmente, *ut in l. 47. Taur. bodie l. 8. tit. 1. lib. 5. Novæ Recop.*

20 Finalmente se advierté, que si el hijo fuere mayor de catorce años, quedará obligado al dicho su padre por qualquier contrato, y obligacion, especialmente siendo los dichos contratos jurados, como queda dicho, *& ex text. in cap. Cum jurament. de Homicidio, & Bart. in dict. l. Fratrem à frater, litt. B. Gutierr. Juramento confirmatorio, 1. part. cap. 41. n. 5.*

CAPITULO VII.

Adonde se declara, si el hijo de familias, por causa de emprestitos, ó por otros qualesquier contratos, puede quedar civil, y naturalmente obligado; y con qué clausulas deben ser otorgados estos dichos contratos, para que queden potencialmente obligados.

SUMARIO.

SI por los contratos de emprestitos, los hijos de familias quedan obligados, especialmente renunciando el beneficio del Macedoniano, *& ibi n. 2.*

2 Si por el mismo hecho, y renunciacion, yá que no puedan

actualiter, quedaràn obligados potentialiter.

3 Si por negar sus hijos de familias al tiempo de dicho contrato, quedaràn obligados.

4 Si en los bienes castrenses, vel quasi castrenses, baurá lugar la dicha obligacion.

5 De qué edad ha de ser el hijo de familias, para quedar civil, y naturalmente obligado.

6 Comprar fiado, ò recibir fiado, si puede el dicho hijo de familias, dilatando la paga para el tiempo de la succession, ò del matrimonio, y si estos dichos contratos se confirman por el juramento.

1 **U**Trúm, y ante todas cosas se supone, que cierto hijo de familias tomó prestada cierta cantidad de maravedis, de cuyo entrego fueron otorgadas, y celebradas Escrituras, ordenadas con renunciacion del Macedoniano, en la forma, y con la clausula siguiente: „ Para cuyo cumplimiento obligo mi persona, y bienes, havidos, y por haver, muebles, è inmuebles, „ derechos, y acciones, renunciando, como desde luego renuncio, el beneficio del Macedoniano, *a.* y demás leyes de Partidas, que hablan en mi favor, Y para mayor firmeza, juro á „ Dios, y á su Santissima †, y pena de infame, y perjuero, que „ por razon de minoridad, ni por ser hijo de familias, que niego „ serlo, *b.* ni por otra razon, y causa, no iré, ni diré, ni contravendré contra el dicho contrato, ni del dicho juramento pe- „ diré absolucion, &c.

*Formatur
alia clau-
sulas*

2 Ibi: „ Renuncio el beneficio del Macedoniano, *a.* Y assi, lo que se viene à dificultar es, si por la tal renunciacion quedaràn obligados los dichos hijos de familias; y parece, que por ser derecho introducido en su favor, y ser contra la pública utilidad, se ha de enseñar por la parte negativa, en que, sin embargo de la dicha renunciacion, aunque sea en la dicha forma ordenada, no quedaràn obligados.

3 Y la verdad sea, segun probable opinion, que el hijo de familias obligado en ésta forma, aunque al presente actualmente no pueda, quedará obligado potencialiter, estando fuera de la patria potestad; y si acaso el dicho beneficio se renunciò simplemente, sin el dicho juramento, no quedará obligado civilmente: *ut hæc omnia probantur in glossa; §. Item Sacramenta, verb. sup. Contractibus, in vers. Quid si filius familias minor renuntiaverit, Macedoniano, de Pace, & juramento firmado in usibus feudor: &*

ita tenet Abb. in cap. *Cum contingat*, n. 22. de *Jure jurand.* Et ibi obligatur, maxime, quando factus fuerit sui juris, probat Faber. in §. *Qui diximus*, *Instituta Quod cum eo*, n. 4. Anton. Gom. 2. tom. c. 6. n. 2. col. 2. & ibi: *Si renuntiaverit simpliciter absque juramento, non civiliter, obligatur*, probat Covarr. de *Pactis* in 6. 2. part. §. 3. num. 4.

4 Ibi; „ Ni por ser hijo de familias, que negò serlo, b. Y demàs de otros casos por Derecho, en que se limita la dicha regla, aunque no haya renunciado el dicho beneficio, y jurado el dicho contrato, es en particular, quando al tiempo de otorgar la dicha Escritura de emprèstito, negò ser hijo de familias, que por el mismo hecho pierde aquel beneficio, y queda obligado civil, y naturalmente. Lo segundo se limita, si el dicho hijo de familias administraba algun Oficio público del Rey, assi como Arrendador de sus Rentas, ò Alcavallero. Lo tercero, se debe limitar, estando en tienda de mercaderia en nombre de su padre: y assimismo quedará obligado, si el tal hijo de familias era Hidalgo, ò Cavallero, como todo se prueba en la *ley 4. tit. 1. part. 5.*

5 Assimismo se limita la dicha regla en el hijo de familias mayor de catorce años, que administra, y tiene bienes castrenses, con que pagar, y cumplir el dicho contrato de emprèstito, puesto que sin autoridad de Curador, y Tutor puede vender, y donar los dichos bienes castrenses, sin ser necesario pedir venia, jurar, ni revocar el dicho emprèstito, ni contrate: ut ita notat Molina de *Just. & jure*, 2. tract. disp. 261. n. 2 & idem in disp. 277. n. 7. Y dice el mismo Molina, que prestando el padre licencia al hijo de familias, siendo mayor de catorce años, podrá muy bien obligarse, y contraher; aunque en la enagenacion de los bienes inmuebles, no siendo castrenses, es necesario, demàs de la licencia del dicho su padre, decreto, y solemnidad judicial, ut ibi in *dist. disp. 261. num. 3. affirmat.*

6 Y aunque es verdad, ut suprà diximus, que regularmente el hijo de familias no se podia obligar civil, ni naturalmente, hase de entender, siendo menor de veinte y cinco años, sino es con la solemnidad, y licencia, que assimismo queda dicho en los capitulos precedentes; pero siendo mayor de veinte y cinco años, puede muy bien obligarse, y por qualquier contrato queda potencialiter obligado; y en lo que pudiere cumplir, ha de ser executado, y apremiado à ello: assi como se obligò à servir à algun Sastre, Zapatero, ó Carpintero, y no puede el padre obligarle à que le
sir-

sirva él: ut ita notat Jas. in l. 1. §. Hujus studii, n. 16. ff. de Just. & jure, quem sequitur Gutier. de Juram. confirmat 1. part. cap. 5. num. 5. & 6.

7 Cuya regla se limita assimismo, segun Derecho Real, en que los dichos hijos de familias, no administrando bienes castrenses, vel quasi castrenses, no pueden comprar, ni tomar fiado por sí, ni interposita persona, cosa alguna, sin embargo de cualesquier contratos jurados, de venta, ò fianza; porque si de otra manera, ò de èsta fueren otorgados, serán ipso jure nullos: lo qual assimismo se ha de entender, quando los dichos hijos de familias compraren, ò tomaren fiado plata, joyas, ó otra qualquier mercaduria, cuya paga se dilata, y fia para quando los susodichos heredaren, ò secasaren, no obstante cualesquier clausulas, y juramentos, que por razon de lo dicho se interpusieron, pena, que si los Escribanos dieren lugar á ello, perderán los dichos susoficios, como assi se prueba en la ley 22. tit. 11. lib. 5. Noæv Recop.

CAPITULO VIII.

Adonde se manifiesta, con que clausulas, y palabras se han de otorgar, y ordenar las Escrituras de emancipacion, que los padres otorgan en favor de sus hijos, por las quales les dán por libres de la potestad paternal, para poder disponer, y libremente contraher.

SUMARIO.

Y **H**ijos de familias, si por la emancipacion salen de la patria potestad, y si pueden contraher, y con que clausulas han de ser otorgadas las Escrituras de las dichas emancipaciones.

2 Presencia del Juez, si se requiere en estas dichas emancipaciones.

3 Y si se pueden otorgar por persona de Procurador, y para un solo acto, y efecto, & ibi n. 4.

5 Y si se puede hacer contra la voluntad del hijo.

6 Y de que edad han de ser, para que haya lugar la dicha emancipacion.

7 Y que frutos se le conceden al padre en premio de la dicha emancipacion.

8 Si estos dichos frutos se han de entender de los bienes que el hijo adelante adquiriere.

9 Tsi es válida la condicion en que el padre reservó en si to- do aquel dicho usufructo.

10 Tsi podrá llevar algun interés, por razón, y causa de otor- gar la dicha emancipación.

11 Y por qué causas puede el padre ser apremiado à emanci- par à sus hijos.

12 El hijo Clerigo si puede ser emancipado ante el Juez Seglar.

13 Si por causas de ingratitud será nula la dicha emancipa- cion.

1 **U**trum, si por la emancipación que los padres hacen, y otorgan en favor de sus hijos, será visto otorgarles libre poder, y facultad para poderse obligar, y contraer, conforme à las Leyes Reales de Partida. Y que los dichos hijos de familias pueden desde aquel tiempo, y punto celebrar contratos, y en virtud de ellos quedar obligados, no hay duda, especial- mente siendo ordenados los instrumentos de los dichos contratos en virtud de la dicha Carta de Emancipación, y que contenga la clausula siguiente: „ Por tanto, en la mejor via, y forma, que *Formatur*
„ mas lugar haya en Derecho, el dicho fulano, estando presente *alia clau-*
„ el señor fulano, Alcalde a. Ordinario de este dicho Lugar, tomó *sula.*
„ de la mano al dicho fulano, su legitimo hijo, b. y dixo, y otor-
„ gò, que le daba por libre de la potestad paternal, que en el
„ dicho su hijo por Derecho tenia, dandole, como desde luego
„ le daba, libre poder, y facultad para otorgar, contraer, y ce-
„ lebrar todos, y qualesquier contratos, y obligaciones, que
„ antes de esta dicha emancipacion no podia celebrar: y assimis-
„ mo, para que pueda estar, y parecer en Juicio ante qualesquier
„ Jueces de su Magestad, sobre qualesquier Causas, y Pleytos,
„ Civiles, y Criminales. Y para que esto se execute con mayor
„ efecto, el dicho fulano, su padre, desde luego le concedió,
„ dió, y donò libremente, y sin condicion alguna, tales here-
„ dades, y tales bienes, c. para que con ellos pueda obligarse,
„ y contraer, &c.

2 Ibi: „ siendo presente el señor fulano, Alcalde a. Y para que esta dicha emancipacion sea otorgada con solemnidad, y per- fcción, es necesario, que intervenga la presencia del Juez Ordinario de aquel lugar, *ut in l. 15. tit. 18. par. 4. ibi.* „ Ca debe venir „ el padre con aquel hijo, que quiere sacar de su poder, ante el Juez, „ que es dado por todos los Pleytos, à que llaman en latin Or-

dinarius. Y assimismo se prueba en la *ley 93. tit. 18. part. 3. ibi*:
 „ como Diego Aparicio, estando delante Gonzalo Ibañez, Alcalde
 „ de Toledo, & *ex text. in l. fin. C. de Emancipationib. text. in l.*
Ab ea parte: & ibi gloss. ff. de Probationib. Bald. in l. Gesta in prin-
cip. C. de Re judicata.

3 Y hase de notar, que esta dicha emancipacion no se ha de conceder por persona de Procurador, como se prueba, y colige de la dicha *ley 15. ibi*: „ E seyendo ambos delante del Juez, el padre, el hijo, & etiam notat Bald. *in l. Neque absens, ff. de Adoptionib. & in l. Pœn. C. de Emancipationib.*

4 Y assimismo se debe notar, que esta dicha emancipacion no se puede otorgar tan solamente para un solo acto, y una sola cosa; y es la razon, porque la patria potestad es indivisible, y ninguna persona puede de Derecho ser constituída en uno, y otro estado de libertad, y servidumbre: *ut ita docet Bald. in l. 3. C. Qui testament. facere poss.*

5 *Ibi*: „ Tomò de la mano al dicho fulano, su legitimo hijo *b.* Y es en tanta forma necesaria la voluntad del hijo, que si de otra manera se otorgasse, é hiciesse la dicha emancipacion, seria nula, y de ningun valor, y efecto, como de la dicha *ley 93. se colige, y prueba, ibi: E dixo, è otorgò con placer de su hijo, & etiam probatur in l. 17. d. tit. 18. part. 4. ibi*: „ Bien assi como non debe apremiar el fijo para emanciparlo. Por manera, que es necesario, segun nos dán à entender las dichas leyes, que esta emancipacion ha de ser con voluntad, y expresso consentimiento de los hijos, & ita notat Bald. *in l. fin. C. de Testam. man. & in l. penult. in princip. C. de Adoptionib. Jas. in l. Utrum, ff. de Verb. oblig.*

6 Y en caso que los dichos hijos quieran ser emancipados, han de ser de edad, y tiempo de mas de siete años; y de otra manera no se puede hacer, sino es con rescripto del Principe, como se prueba en la *ley 16. del mismo tit. 18. par. 4. ibi*: „ O que fuesse „ menor de siete años, no le puede facer, á menos de pedir merced „ al Rey, que se le otorgue: & *ibi Greg. gloss. 1.* Y hase de notar, que aunque es verdad, que pueden los dichos descendientes salir de la potestad de los dichos sus padres por la dicha emancipacion; pero con todo esso no podrán administrar sus bienes, hasta haver cumplido catorce años, siendo varones, y doce, siendo mugeres, como en la enagenacion de los bienes castrenses, que arriba queda dicho; y hasta la edad de veinte y cinco años pueden pedir restitucion *in integrum* en lo que pareciere, y se probare

bàre ser lesos, y enagenados: ut ita notat Molina de *Justitia*, & *jure*, 2. *tratt. dispt.* 161. n.º 3. *vers. Ad, cap. Constitutus, littera E.*

7 Ibi: tales heredades, y tales bienes c. En premio de lo qual se le concede al padre la mitad del usufructo de los bienes adventicios, como assi se prueba en la dicha *ley* 15. ibi: „ E por „ esta razon, que le saca de su poder, puede el padre retener para si „ de los bienes adventicios del hijo la mitad del usufructo; sino es en caso que el dicho su padre assimismo se le haya dado, y concedido segun la *ley Cùm oportet*, §. *Cùm autem, C. de Bonis quæ liber. §. Hoc autem. Institut. Per quas personas nobis acquiritur.*

8 Y esta mitad del dicho usufructo no se ha de entender de los demás bienes, que despues de la dicha emancipacion se le adquieren al hijo, porque tan solamente se le adquieren al hijo emancipado, ut cum Alex. affirmat. Anton. Gomez in l. 48. *Tauri* n. 6. Y en quanto á la mitad del dicho usufructo, que de los bienes adventicios le pertenece al dicho su padre, se le adquiere assimismo al hijo por el subsiguiente matrimonio, segun, y conforme à la *ley* 48. *Tauri.*

9 Y si el padre en la dicha Carta de emancipacion sacàre por condicion, que el hijo tenga obligacion à darle, y entregarle todo el usufructo de los bienes, que de futuro adquiere, por el mismo hecho serà invalida la dicha condicion, ó retencion: ut cum Albert. lo tiene Gregor. Lop. *in d. l. 15. Gloss. 7.*

10 Y dice mas el dicho Gregorio Lopez en la dicha *ley* 93. *gloss. 5.* que podrá lícitamente el padre recibir interès, por razon, y causa de la dicha emancipacion, *per l. Utrum turpem, ff. de Verb. obligat.*

11 Dice assimismo la *ley* 18. *del mismo tit. 18.* que por quatro razones puede el padre ser compulsado, y apremiado à dar por libres de su potestad à los dichos sus hijos; de las quales, la primera es, quando el padre castiga al hijo con demasiada, y excessiva crueldad, y no le tiene aquella piedad, y amor, que de Derecho Natural se requiere se le tenga. La segunda, quando permitiò, y consintiò que sus hijas fuessen deshonestas publicas. La tercera, si por testamento, ò por donacion se le mandasse alguna cosa al padre, con condicion que emancipasse à sus hijos, aceptando el dicho legado, ò manda.

12 La quarta, y ultima es, si el prohijado se querellare de su padrastro, que le consume, y gasta sus bienes, y hacienda.

13 Y para que en esta dicha materia no quede punto que se

dificulte, se ha de notar, que si el padre quisiere emancipar á su hijo, siendo clerigo, lo podrá muy bien hacer, aunque sea ante el Juez Seglar, en la forma, y con la solemnidad suprà dicha: ut affirmat Decius *cons. 150. ubi allegat decisionem Rota*, quam refert & sequitur Gregor. Lopez *in d.l. 15. gloss. 5.*

14 Finalmente se debe advertir, que si los dichos hijos fueren ingratos despues de la dicha emancipacion, assi como tratar mal á los dichos sus padres de obras, ò de palabras, por el mismo hecho tornau á la dicha potestad de los dichos sus padres, como si verdaderamente no huviessen sido emancipados: ut hæc omnia probatur *in l. 29. dict. tit. 18. part. 4.*

CAPITULO IX.

Adonde se declara con què palabras deben ser ordenadas todas, y qualesquier donaciones, causa mortis, otorgadas por los adultos, mayores de catorce años, en testamentos, y ultimas voluntades, para que por su fuerza sean válidas, perfectas, è irrevocables.

SUMARIO.

1. **D**isponer, si puede el menor, sin licencia de su Curador de sus bienes, y hacienda, por titulo de donacion, causa mortis, y con què clausulas deben ser ordenadas.

2. Si el dicho menor podrá revocar ad libitum la dicha donacion.

3. Muger, sin licencia de su marido, si puede otorgar las dichas donaciones.

4. Concluyese, que siendo jurada la dicha donacion, quedará irrevocable, & ibi num. 5.

1. **U**Trúm, si la facultad concedida por Derecho á los adultos, mayores de catorce años, para testar, y disponer de su hacienda, y bienes ad libitum, y sin licencia, y consentimiento de sus Curadores, será visto assimismo estenderse la dicha facultad, para disponer de los dichos sus bienes por titulo de donacion, por causa de muerte, otorgada en testamentos, y ultimas voluntades. Y sin duda parece, que supuesto que los dichos testamentos son válidos sin la dicha licencia, que assimismo lo serán las dichas donaciones. Y para que la doctrina de nuestra dificultad mas claramente se conozca, se supone, que en el testamen-

mento del menor se otorgò la dicha donacion con la clausula siguiente: „ Y mando, que á los dichos mis herederos de la dicha mi hacienda, y bienes, se les den, y entreguen, y sin contradiccion alguna á fulano mil ducados, los quales quiero que los haya, y goce por titulo de donacion irrevocable, que el Derecho llama inter vivos; para cuya firmeza, y validacion juro à Dios, y á su Santissima †, y pena de infame, y perjuro, de que por razon de menoridad, ni porque la dicha donacion es otorgada en testamento, ni por otra razon, y causa, no irè, ni revocarè la dicha donacion, aora, ni en tiempo alguno, ni del dicho juramento pedirè absolucion, ni relaxacion, &c.

2 Ibi: „ Que el Derecho llama inter vivos. Y supuesto que el adulto, teniendo Curador, puede testar sin consentimiento, y autoridad suya; parece que por el consiguiente, assimismo podrá otorgar todas, y qualesquier donaciones, causa mortis; pues en caso que sea leso, puede, y tiene facultad para poderlas revocar, *ut in l. Non omnes, ff. Si cert. petatur: Jas. in l. 2. n. 13. 14. ff. de Legat. 1.* Y por otra parte parece que pelea, y hace fuerza, en que estas dichas donaciones siguen el natural de los demás contratos, otorgados entre vivos, en que sin consentimiento, y autoridad de los dichos Curadores, no se pueden celebrar: *ut ita tradit Covarrub. in Rub. de Testam. 3. part. § 15.*

3 Y esto parece debe proceder en las mugeres; porque assi como no pueden contraher sin licencia, y consentimiento expreso de sus maridos; por el mismo consiguiente no pueden otorgar las dichas donaciones sin el dicho consentimiento: *ut ita sentit Anton. Gom. 2. tom. Variar. resolut. cap. de Donationib. n. 16. versic. 4. infertur.*

4 Ibi: Y juro à Dios. Y segun la doctrina suprà escrita en los capítulos precedentes, menos obsta el juramento de los dichos menores, sin la dicha licencia, y consentimiento de los dichos sus Curadores; pues en qualquier tiempo se podrán revocar las dichas donaciones, *ut in l. fin. C. de Non numerat. pec.*

5 Pero sin embargo de las dichas razones, se ha de tener lo contrario en este caso. Y es assi, que las dichas donaciones fueren otorgadas en los dichos testamentos, segun, y con las palabras suprà escritas, jurando los dichos menores, ò mugeres, de no revocar las dichas donaciones por causa de la menoridad, y demás causas de la dicha clausula, segun la mas probable, y comu-

man opinion, quedaràn perfectas, é irrevocables, aunque sean celebradas sin la dicha licencia, y consentimiento de los dichos sus Curadores. Y fuera lo contrario en los demàs contratos, otorgados inter vivos: ut ita docet Gutier. in repet. authent. Sacramenta puerum, C. Si advers. vendit. n. 32.

CAPITULO X.

Adonde se trata con què solemnidad, y clausulas deben, y tienen de ser otorgados todos, y qualesquier contratos, celebrados por las mugeres, de qualquier condicion, y estado que sean, para que civil, y naturalmente queden obligadas.

SUMARIO.

- 1 **S**I para cumplirse, y executarse las Escrituras de fianzas, otorgadas por las mugeres, es necessario que renuncien el beneficio de los Emperadores Veleyano, y Justiniano; y en què forma, y con què solemnidad, y clausulas ha de ser renunciado el dicho beneficio, para que los dichos contratos tengan efecto.
- 2 Si por la honestidad, que las mugeres deben tener, es justo que se obliguen en la dicha forma.
- 3 Si renunciando el dicho remedio podrán ser executadas.
- 4 En què casos quedaràn obligadas ipso jure, aunque no hayan renunciado el dicho beneficio.
- 5 Si por la mitad del arrendamiento, en que de comun han vivido marido, y muger, quedará ipso jure obligada.
- 6 Y si por cedula particular, siendo en Juicio reconocida, quedaràn civilmente obligadas las mugeres.
- 7 Si por la renunciacion general es visto renunciarse tacitamente el dicho beneficio.
- 8 Si en el poder que las muger dàn para obligarse, es necesario hacer especial mencion de la dicha renunciacion, ó si será suficiente la general renunciacion.
- 9 Obligandose como principal, si es necesario hacer las dichas renunciaciones.
- 10 Muger casada, si puede otorgar las dichas Escrituras de fianzas.
- 11 Y si havrà lugar la dicha obligacion, obligandose como principal, juntamente con su marido.
- 12 Si es necesario en los casos, que las mugeres pueden ser obli-

gadas , hacerlas sabidoras del dicho beneficio de los Emperadores Veleyano , y Justiniano , y leyes de Partida , y de Toro.

13 *Y si por el juramento interpuesto à los dichos contratos , las dichas mugeres quedaràn obligadas.*

14 *Y si para executar estos dichos contratos , es fuerza que se juren como menores , siendolo las dichas mugeres , ò si bastarà interponer el dicho juramento , como en los demàs contratos.*

15 *Y si por causa de lesion , y engaño , y quedando la muger indotada , se rescindiràn , y retrañtaràn los dichos contratos , y obligaciones.*

16 *Y si serà causa bastante para anular los dichos contratos la fuerza , y miedo reverencial.*

17 *Renunciar , si puede la muger la tacita hypoteca , que en los bienes de su marido tiene.*

18 *Y si podrà renunciar el derecho de no poder ser presa por Causas civiles , y en què forma , y debaxo de què clausula lo podrà ser , & ibi num. 19.*

20 *Si para quedar las mugeres obligadas , es necessario expreso consentimiento de sus maridos.*

21 *Vàlida , si serà la enagenacion de los bienes de la muger , hecha por su marido , consintiendo en la dicha enagenacion.*

22 *Renunciando el marido el derecho de la licencia , no es baversela dado para obligarse en la dicha forma.*

1 **U**Trùm , si para cumplirse , y executarse los contratos , y obligaciones de fianzas , que las mugeres otorgan en favor de particulares , es necessario , que demàs de la renunciacion del beneficio del Veleyano , y Justiniano , se conozca manifestamente , si al tiempo de las dichas fianzas se les hizo notorio lo que por los dichos Emperadores , y Jurisconsultos en el dicho su favor fue instituido , y ordenado. Para cuya conclusion es fuerza que se noten , y consideren dos cosas ; si este favor fue à orden de las casadas , ò generalmente en favor de todas las mugeres , de qualquier condicion , y estado que sean. Y para fundamento de esta dicha conclusion , se notaràn las palabras de la clausula siguiente , de que por las partes mas principales de ella se declarará lo mas dificultoso , tocante , y perteneciente à esta dicha materia , que su tenor es el siguiente : „ Y para mas „ firmeza , la dicha fulana renunció las leyes del Emperador „ Justiniano , y Veleyano , y las Constituciones , y leyes de Par-

Formatur alia clausula.

„ tida, *a.* y de Toro, *b.* de cuya declaracion yo el presente Es-
 „ cribano le hize notoria, y sabidora, advirtiendolas no po-
 „ dian obligarse como fiadoras, siendo en su perjuicio, y daño,
 „ de que podian pedir restitucion, no renunciando el dicho be-
 „ neficio. Y havlendole entendido en esta dicha forma, *c.* de su
 „ voluntad, y espontanea libertad, renunciaron las dichas leyes:
 „ y para mayor abundamiento, jurò á Dios, *d.* y á su Santissima
 „ madre de que por razon de menoridad, *e.* lesion, ó engaño, *f.* fuer-
 „ za, ni miedo, *g.* ni por otra alguna razon, no irá, ni contra-
 „ vendrá contra esta dicha obligacion, ni lo en ella conteni-
 „ do, pena de perjura, è infame, y de caso de menos valer, de
 „ cuyo juramento en tiempo alguno no pedirà absolucion, &c.

2. Ibi: „ Y leyes de Partida, *a.* Y segun nos enseña la expe-
 riencia por la fragilidad de las mugeres, y por la facilidad
 con que pueden ser enagenadas, y por la honestidad que de-
 ben tener de no andar, ni ser convenidas, y demandadas en
 Tribunales, parece que no es justo, que se de lugar á que sus
 obligaciones, y fianzas se cumplan, y executen; pues hay ra-
 zon suficiente, como se colige de la *l. 2. tit. 12. p. 5. ibi: „* Otro si
 „ decimos, que muger ninguna no puede entrar fiador por otro.
 „ Ca no seria cosa guisada, que las mugeres andoviessen en pley-
 „ to por fiaduras que ficiessen, haviendo allegar á lograras do
 „ se ayuntan muchos omes á usar cosas que fuessen contra casti-
 „ dad, ó contra buenas costumbres, que las mugeres deben guar-
 „ dar.

3. Y aunque parece, segun las dichas causas, que se debe
 observar la decision de la dicha ley; pero con todo esso, renun-
 ciando este remedio, no hay duda, sino que quedarán obliga-
 das las dichas mugeres, y podrán ser compulsas, y executadas
 para su cumplimiento, como de la ley 3. siguiente del mismo ti-
 tulo se colige, y praebe, ibi: „ Si despues lo ficiesse, renun-
 „ ciando de su grado, è desamparando el Derecho que la ley les
 „ otorga á las mugeres en esta razon, & est gloss. 2. l. 1. & glos.
 „ ult. §. ult. ff. ad Vellei. gloss. in l. Tametsi, ff. ad Maced. glos. l.
 „ Sciendum, ff. de Verb. obligat. glos. ult. C. ad Vellei.

4. Cuya ley, no obstante que para la execucion de las di-
 chas fianzas se requiere la dicha renunciacion, se debe limitar en
 los casos siguientes. Primeramente, siendo fiadora por causa de
 libertad de esclavo. Lo segundo, por razon de dote prometida.
 Lo tercero, recibiendo la muger algun interès por causa de la

dicha fianza. El quarto , negando ser muger , disfrazandose , y vistiendose de hombre. El quinto , quando la dicha fianza se convirtiò en su provecho , y utilidad. El sexto , por razon , y causa de succeder en los bienes de la persona á quien fiò. Para los quales , y cada uno de ellos , no es necessario renunciar el dicho beneficio ; porque por el mismo hecho quedan obligadas , como se prueba en la dicha *ley 3. d. tit. 12. part. 5. & est text. in l. pen. C. ad Vell. text. in l. ult. C. Eo , text. in l. Antiq. C. Eo , text. in l. 2. & in l. Si decipiend. ff. ad Vell. & in l. Fæminæ , C. eodem , text. in l. Sed si eum , & text. in l. Aliquando , & in l. Debitrix , ff. ad Vellei.*

5 Demás de los dichos casos , quedará tacitamente obligada la muger por la mitad del arrendamiento de la casa , en que juntamentè viviò con su marido , pues fue aprovechamiento suyo ; y ora sea como fiadora , ò como principal , queda obligada á la mitad del dicho arrendamiento , pues sin habitacion no pudo vivir ; y esto procede assimismo en el emprestito que el marido recibì para sustentar á su muger , de que saliò por fiadora , puesto que en caso de pobreza , y necesidad esta obligada á sustentar á su marido ; y en el uno , y otro caso serán preferidas estas dichas deudas á la dote de la dicha muger , salvo si el dicho su marido tiene bienes de donde poderlos pagar : ut ita notat , & colligitur ex doctrina Palac. Rub. in l. 61. Tauri n. 11. vers. An , & quando. Castell. in dist. l. 61. n. 23. Quesad. Divers. qq. Juris , cap. 25. fol. 102. col. 3. vers. Contra quem tamen.

6 Y adviertase , que si la muger se obligare en una cedula particular , y en ella renunciase el dicho beneficio , no se ha de cumplir , y executar la dicha obligacion , aunque sea jurada , y reconocida en Juicio , y con los testigos instrumentales comprobada ; y oponiendo la dicha muger la excepcion del Veleyano , de que no pudo obligarse por especial derecho con Escritura particular , como dicho es , es nula , aunque la dicha cedula sea reconocida en Juicio , comprobada con los dichos testigos instrumentales , y en ella se haya renunciado el dicho Senado Consulto Veleyano , y Justiniano : ut ita docet Gutier. de Juram. confirmatorio , 1. part. cap. 10. n. 7. quem refert Molin. de Just. & jure , 2. tract. disp. 540. n. 5.

7 Debese assimismo advertir , que las generales renunciaciones , que las mugeres hacen en semejantes renunciaciones , son de ningun valor , y efecto , segun la dicha *ley 3. dist. tit. 12. p. 5.*

ibi: ,, Renunciando de su grado , è desamparando el derecho
 ,, que la ley les otorga.

8 De aqui se infiere, que si alguna muger diesse poder especial en pública forma à persona particular , para que en su nombre la obligasse por fiadora del otorgante , y en el dicho poder le huviesse dado facultad para renunciar todos , y qualesquier beneficios en su favor , de Derecho concedidos , sin expressar el beneficio del Veleyano , no será nula la dicha obligacion , y fianza , que en virtud del dicho poder el dicho Procurador huviesse otorgado , sin embargo que en ella se haya renunciado el dicho beneficio del Emperador Veleyano , y Justiniano. Y aunque se pruebe , que la dicha muger al tiempo de el dicho poder fue avisada , y sabidora del dicho beneficio , por no haverse expressado especialmente , assimismo no havrà lugar el cumplimiento de la dicha obligacion : *ut ita docet Gutier. ubi sup. cap. 20. n. 9. & in l. Diligenter, ff. Mandati, & in l. Si Procurator, C. de Procuratorib. & in l. 11. tit. 10. lib. 1. Fori, & in l. 19. tit. 5. part. 3. Molin. ubi sup. n. 9.*

9 Finalmente se concluye , que obligandose la muger como principal , no es necessaria la dicha renunciacion ; porque las dichas leyes tan solamente hablan , y disponen en las obligaciones de fianzas en favor ageno , de que con facilidad pueden ser engañadas , por razon de su flaqueza , como se prueba en la dicha ley 3. ibi: ,, Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras , ,, no les fue otorgado para ayudarse de èl en el engaño , mas por ,, la simplicidad , è por la flaqueza que han naturalmente , & ibi: ,, La setena razon seria , quando la muger ficiese fiadura por su fecho mismo , & est text. in l. Aliquando , & l. Si eum , & in l. Si vir uxori , §. fin. ad Vell. & in l. 2. C. eodem.

10 Ibi: ,, Y de Toro , b. Y es de advertir en esta renunciacion de las Leyes de Toro , y se resuelve por conclusion llana , que el contrato , y obligacion , ò fianza otorgada por la muger casada en favor de su marido , es ipso jure nula , aunque se pruebe haverse convertido en su utilidad , y provecho ; si la dicha fianza , ò otra qualquier obligacion , ò contrato , le huviere otorgado , juntamente con su marido , en su favor , ó de otra qualquier persona , assimismo es nula ; sino es en aquello que se probare haverse convertido en su utilidad , como se prueba en la ley 61. de Toro , bodie l. 9. tit. 3. lib. 5. Novæ Recop. ibi: ,, De aqui adelante , lante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido aunque

„ se diga , y alegue , que se convirtió la tal deuda en favor de la
 „ muger : *& etiam probatur in authent. Si qua mulier, C. ad Vellei.*
 Y no obstante el renunciar las mugeres en este caso las dichas Leyes
 de Partida , y de Toro , por ser especial en favor de las mugeres
 casadas ; porque estas renunciaciones tan solamente se ha de en-
 tender en las mugeres que no están sujetas al vínculo del ma-
 trimonio , ut *suprà* diximus.

11 La qual doctrina procede assimismo , aunque la muger
 se haya obligado como principal , y el marido como fiador ; por-
 que las tales renunciaciones , y palabras , solo es abundancia de
 superfluidad , que tienen por estilo los Escribanos ; y sin embar-
 go , todavía se tendrá por nulo el dicho contrato , por entender
 ser fiadora de su mismo marido , secundùm *Speculat. de Solut. §.*
1. vers. Sed pone , vir , & uxor , col. 3. Thes. decis. 232. n. 14. &
devis. 233. n. 3. in 2. ampliati. y assi parece que lo quiso la misma Ley
 Real , ibi : „ Y assimismo mandamos , que quando se obligaren
 de mancomun marido , y muger , que la muger no sea obligada
 „ á cosa alguna , porque de otra suerte se fraudaria la Ley. Por
 „ lo qual claramente se confirma hay prueba , que de qualquier
 manera que la muger se obligue por su marido , es como si no se
 obligasse , *ut in authent. Sive à me, C. ad Vell.* salvo por maravedis,
 ò deuda fiscal , ò pública : *ut ibi in dist. leg. 61.* „ Lo qual todo
 lo que dicho es , se entienda , si no fuere la dicha fianza , ò obliga-
 „ cion , ò mancomun por maravedis de nuestras rentas , ó pe-
 „ chos , ò derechos de ellas.

12 Ibi : „ Y haviendole entendido en esta dicha forma , *c.* Y
 es de notar , que todas las veces que las mugeres , ora sean libres,
 ò casadas , en los casos que se pueden obligar , renunciando las
 Constituciones , y Leyes de Partida , es necessario que estén cier-
 tas , y sabidoras para què efecto se renuncian las dichas leyes ; por-
 que de otra manera no quedaràn obligadas , como se prueba en
 la dicha *ley 3. disto tit. 12. part. 5.* ibi : „ La tercera es , quando
 „ la muger fuesse sabidora : de que se sigue , que por la simple re-
 nunciacion no se presume haver sido la muger sabidora del di-
 cho beneficio , como de Derecho se requiere : *ut ita probat Gre-*
gor. Lop. in glos. 4. & in l. ult. §. ult. ff. ad Vell. & in glos. leg.
Sciendum , ff. de Verb. obligat. Aunque muchos tuvieron por
 opinion , que para cumplimiento , y execucion de esta dicha
 obligacion , y fianza , basta que el dicho instrumento contenga
 la clausula siguiente : „ De que yo el presente Escribano hice sabi-

*Formatur
 alia clau-
 sula.*

„dora á la susodicha del beneficio de los dichos Emperadores Ve-
 „leyano, y Justiniano, que renunciado tiene. Lo qual se ha, y
 debe entender, no ignorando los dichos Escribanos el dicho be-
 neficio; porque en caso, que siendole preguntado por el Juez de
 su declaracion, y para que fin se constituyeron las dichas leyes, y
 no diera razon suficiente, se presume engaño, y no se dà entero
 credito, y fè, segun el doctissimo Covar. *lib. 2. Var. res. cap. 3.*
n. 2. Cinus, in l. fin. n. 4. C. ad Vell. Greg. Lop. ubi sup. glos. 4.
Padill. in l. fin. n. 13. C. de Juris, & facti ignorat. Aceved. in
l. 9. tit. 3. n. 16. lib. 5. Novæ Recop.

13 Ibi: „Juro à Dios, *d.* Aunque es verdad, que las pala-
 bras, assí de la referida ley 61. como de las demàs leyes, que ha-
 blan en favor de las mugeres casadas, parece ser prohibitivas, y
 negativas, y que por su decission es visto ser excluidas de toda
 potencia, y modo de obligarse; nihilominus tamen, si la Escri-
 tura de obligacion que la muger otorgó, juntamente con su
 marido, fue jurada en la forma acostumbrada, renunciando as-
 simismo el beneficio de los Emperadores Veleyano, y Justinia-
 no, y Constituciones, y Leyes de Partida, y de Toro, se ha de
 executar el dicho contrato, y obligacion, por virtud, y fuerza
 del dicho juramento *ut ita tenet Greg. Lop. in d. l. 3. verb. Re-*
nunciacion. Matienz. in l. 9. glos. 1. n. 8. & ibi Acev. n. 9. tit. 3.
lib. 5. Recop. & in cap. Cum contingat, & cap. Licet mulieres,
de Jurejurandos Gutier. lib. 1. de Juram. confirmat. cap. 1. &
in cap. 56. n. 6.

14 Ibi: „De que por razon de menoridad, *e.* Y aunque es
 verdad, que el dicho juramento tiene la fuerza, que dicho es, hase
 de entender, siendo mayor de veinte y cinco años, sino es en ca-
 so que jurò, que por razon de menoridad no vendria contra la
 dicha obligacion, y contrato: y si de otra manera fuere jurado
 sin hacer mencion de la dicha menoridad, serà nulo el dicho con-
 trato, y obligacion: *ut ex text. in authentica Sacramenta pube-*
rum. C. Si ad vers. vendit Abb. in cap. Cum contingat, de Jure-
jurand. Villad. in sua Pulitica de la Instrucion formal de libelar,
n. 15. fol. 279. vers. Todo lo qual.

15 Ibi: „Lesion, ò engaño, *f.* Cuyas palabras son de ningun
 valor, y efecto, puesto que la enormissima lesion es de Derecho
 prohibida, aunque no lo sea en lo que excediere de la mitad mas
 de su justo valor, y precio. Y aunque es verdad, que por razon,
 y causa del dicho juramento parece no havia lugar la lesion, y

engaño ; pero sin embargo que la muger haya jurado en la forma dicha los dichos contratos, y obligaciones, y assimismo haya renunciado las dichas Constituciones de los dichos Emperadores Veleyano, y Justiniano, y Leyes de Partida, y Toro, quedando la muger indotada, por presumirse haver sido opressa, y sujeta à su marido, y ser engañada en el hecho, y consejo, no queda obligada por derecho alguno, porque el miedo reverencial, juntamente con quedar indotada, es causa bastante para rescindir, y dár por nulos todos, y qualesquier contratos, y obligaciones, otorgados por las mugeres, por autorizados, y jurados que sean, sin ser necesario alegar, ni probar fuerza, ni violencia, sino solamente probar, que quedó indotada, y enormissimamente lesa, y damnificada de forma, que no le queden bienes para poder ser alimentada : ut ita concludit Paul. cons. 174. col. 2. lib. 1. Socin. cons. 263. n. 2. lib. 1. Capicius decis. 159. n. 34. Glos. & Doctores in l. 1. §. Quæ onerandæ, ff. Quarum rer act. non datur. Rodrig. Suarez in allegat. 24. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 14. n. 27. Covar. de Spons. 2. part. cap. 3. §. 6. n. 4. & in cap. Quamvis pactum, 3. part. §. 4. n. 7. Molina de Primog. lib. 2. cap. 3. n. 11. Gutier. in authent. Sacramenta puber. C. Si adversus vendit. n. 92. Spin. in Specul. testam. glos. 12. n. 119. Gomez Arias in l. 61. Taur. vers. Tamen dicere auderem. 16 Ibi: ,, Fuerza, ni miedo g. Assimismo serán de poco provecho las dichas palabras, pues precediendo miedo, y fuerza justa, por amenazas que le hizo muchas veces, diciendo, que la mataria, ò se ausentaria, y la dexaria desamparada, poniendo tambien las manos en ella, dandola muchos golpes, y azotandola, solo à fin, y efecto de que otorgasse la dicha Escritura, será causa bastante, para que assimismo se rescindan los dichos contratos, y obligaciones ; y esto procede, aunque los dichos contratos estén jurados en la forma que dicho es. Y es necesario que estas dichas amenazas no sean leves, sino que sean tales, que caer pudieran en qualquier constante varon, considerando los sugetos : ut ita colligitur, & probatur in cap. Cum contingat, de Jurejurando, & in cap. Verum, eodem tit. & in l. Metum, ff. de Eo quod metus caus. l. Interpositas, ubi Padill. C. de Transact. n. 10. Grego. Lop. in l. 56. gloss. Miedo, tit. 5. part. 5. Burg. de Paz cons. 3. n. 52.

17 Y es à saber, que si el marido enagenare sus bienes, y para mayor seguridad pidiesse el comprador, que la muger del dicho vendedor renunciase la hypoteca, que en los dichos sus bienes tenia, no obstante la dicha renunciacion de la muger, no teniendo

do bienes el dicho su marido, disuelto el matrimonio, para poder ser pagada, y satisfecha de su dote, no quedará de ninguna manera obligada, antes tendrá acción, y derecho contra qualquier tercero poseedor de los bienes enagenados del dicho su marido; salvo, si la dicha renunciacion fue jurada ut *suprà* in glossa queda dicho, & ita probat Bart. in l. *Mævia*, §. *Fundus*, n. 4. ff. *Solutio matrimonio* & ibi Paul. & commun. DD. Roland. à Valle cons. 70. n. 1. & 20. lib. 2. Gutier. 1. part. cap. 1. n. 18. de *Jurament. confirm. ubi probat dictam renuntiationem juramento firmari.*

18 De aqui se infiere, que aunque la muger quiera, y pueda obligarse en la forma *suprà* dicha, no podrá renunciar el Derecho, y privilegio de no poder ser presa por Causa Civil: ut ita tenet Aceved. in l. 10. n. 6. tit. 3. lib. 5. *Novæ Recop.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

19 Donde se sigue, que por el consiguiente la muger no podrá renunciar el Derecho de la Censura, y Excomunion, como no sea por deuda, y Causa Ecclesiastica, sino es en caso que la muger se obligue en la forma, y con la clausula siguiente: „ Y de no pagar, y cumplir la dicha fulana los dichos doscientos ducados al „ plazo, y termino dicho, siendo executada, y no obedeciendo „ el mandato de excomunion, que en virtud de la dicha obligacion, por dilacion de la dicha, se podia pedir, y dár, para mayor firmeza, se obliga en pena de lo qual à la pena, que por „ qualquier Juez, que de esta dicha Causa conociere, fuere condenada, y al Fisco de su Magestad aplicada. Y de esta forma quedará obligado, no solo al principal de la deuda, sino tambien à la pena que el Juez de la Causa quisiere condenarla, aplicandola al Fisco, y Camara Real; y puede ser presa, en caso que no sea obediente à la paga, y mandamiento executivo, pues por el desacato à que se obligò, cometió delito; aunque en este caso, por no incurrir en pena corporal, podrá ser suelta de la prision debaxo de la fianza de la haz: ut hæc omnia probat Aceved. in *dict. l. 10. n. 10.* Bobadill. in *sua Politica lib. 3. cap. 15. n. 3.* contra Gomez de Leon *centuria 14. dicentes: Quod licet verum sit, pro Ecclesia debito pecunario mulierem incarcerari non posse, nihilominus tamen excommunicari pro tali debito poterit & ita referet, & sequitur Rodriguez Amator in tractatum de Executionibus, cap. 5. n. 54. & ibi Judex poterit jubere, ut mulier solvat, aliàs de contemptu mandati sub pœna applicanda Fisco incarcerabitur, ut ita tradit Aceved. ubi *suprà*, n. 43.*

20 Finalmente, para confirmacion de todo lo *suprà* dicho,

se requiere expreso consentimiento del marido, lo qual se limita, que si el marido quisiere obligarse, y estando la muger presente al dicho contrato, y sin contradiccion alguna consintiesse que el dicho su marido la obligasse, quedara tacitamente obligada, y no serà causa para retratar, y rescindir el dicho contrato, y obligacion, aunque en la dicha Escritura no conste la dicha licencia, probando, que para aquel acto positivo fue llamado el Escribano de su consentimiento: ut ita docet idem Aceved. *in l. 2. n. 23. tit. 3. lib. 5. Novæ Recop.*

21 De aqui se sigue, que si el marido enagenare los bienes de su muger, consintiendo en la dicha enagenacion, y siendo el acreedor ignorante de aquel fraude, por no haver contradicho la muger, y no saber que los dichos bienes eran de ella, sino que el dicho acreedor tuvo por cierto que eran del dicho su marido, quedará obligada por el dicho fraude, y engaño, *per l. Si sine, C. ad Vellej. & ita docet Molina de Justit. & jure, 2. tract. disp. 540. n. 18. in fin.*

22 Y assimismo se limita todas las veces que el marido renunciare el Derecho de la dicha licencia, y consentimiento, pro se, de Derecho introducido, y es buena limitacion; assimismo este dicho consentimiento se puede dar, y prestar por Carta misiva, como todo conste de la verdad del hecho, secundum Castell. *l. 59. Tauri, n. 2. Suarez in tit. De las deudas, §. Queritur ulterius, fol. 56. Didac. Perez lib. 3. Ordinam. fol. 1036. vers. Utrum autem, quos sequitur & refert Acev. ubi supra, n. 24.*

CAPITULO XI.

Adonde sumariamente te traen à la memoria algunas condiciones, y clausulas, que de Derecho se reputan por nulas, usurarias, y reprobadas en Escrituras, y de consentimiento de las partes celebradas, y otorgadas en contratos.

SUMARIO.

- 1 **C**ontratos ilicitos, y usurarios, si son de Derecho reprobados.
- 2 Prestar la cosa con condicion de bolverla mejorada, si es pacto usurario.
- 3 Vender la plata à mas de lo que vale, si es pacto ilicito, con parecer del Autor acerca de lo dicho.

4 *Què tiempo se ha de considerar para pagar las deudas, en caso que se aumenten, ò se acorten las monedas.*

5 *En què genero de moneda tendrá obligacion à pagar el deudor.*

6 *Prestar dinero con pacto de bolverlo con ganancia, es usura, nisi ut ibi.*

7 *Y si se reputará por reprobado, teniendo el dinero destinado para redimir, ò imponer algun censo.*

8 *Si se puede llevar el lucro cessante de la dote prometida, mientras no fuere entregada.*

9 *Y si por no haverse entregado, siguiendose el matrimonio, tendrá obligacion el que la prometió, de dár los intereses licitos, è industria justa.*

10 *Suelto el matrimonio, mientras no se pagare la dicha dote, se han de pagar, y entregar los intereses, y frutos de los dichos bienes dotales, siendo inestimados.*

11 *Recibir cosa fructifera en prenda de la deuda, con pacto de gozar de usufructo, en el interin que no se pagare, sin computarlos en la suerte principal, es contrato ilícito.*

12 *Assegurar el capital, ò industria, sin peligro de la ganancia si es pacto licito, y reprobado.*

13 *Y si será reprobada esta condicion, trayendo à la compañía mas capital, que los demás compañeros.*

14 *Pagar quatro, cinco, ò seis por cada ciento, sin peligro de la deuda, si será usara.*

15 *Paga adelantada de la mercaderia, qué tiempo, se ha de considerar para su precio, & ibi num. 16.*

17 *Mercar trigo, adelantada la paga à menos precio de lo que vale en el tiempo de la cosecha, si será licito.*

18 *Y si procederá assimismo en las ventas de las lanas, valiendò à mas precio al tiempo de la esquila, y entrega.*

19 *Venta de ganado, con pacto de guardarlo à peligro del vendedor, si será contrato ilícito.*

20 *Recibir Mulas, y Cavallos con la misma condicion, si será usura.*

21 *Y si será pacto reprobado prestar dineros, con condicion de trabajar en su heredad, ò molino.*

22 *Si en el interès principal serán executibles estos dichos contratos, ò si se han de anular en todo.*

1. **U**TRúm, si todo genero de usara, y contrato ilicito es de Derecho reprobado. Y quanto á lo primero, se responde, que todos los contratos de grangería, adonde interviniere logro, que es lo mal ganado, no hay duda, sino que son pactos reprobados, con obligacion, assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia, de su restitution. Y para conocer quales sean estos dichos contratos, y que propriamente el Derecho reputa por usurarios, solo se ha de tener atencion, si lo que se recibe en empréstito, ò al fiado, es con gravamen, ò condicion de bolverlo, y pagarlo en mayor valor, ò precio de la suerte principal. Y aunque es verdad, que á estos dichos contratos no se les puede dár regla cierta, por ser infinitos los que le pueden contraer debaxo de labe de usura; pero con todo esso, se notarán los que ordinariamente se pueden ofrecer, por las condiciones, y clausulas, que en este capitulo irán declaradas, para que los Escribanos estén advertidos de ellos.

2. Primeramente, no se puede celebrar, ni otorgar obligacion de dár mejorada la cosa en genero, ó en especie que se fia, ò empresta, como si se dixesse en la dicha Escritura: „ Los quales „ docientos ducados os presto, con condicion, que para tal dia „ me los haveis de bolver en plata, ó oro: La qual condicion es injusta, y contra Derecho, por ser contrato al descubierto usurario, assi por interés que del trueco de la plata, ó oro se puede seguir por la estimacion, y mas valor, como por el dolo, y pacto ilicito que se sigue, dando lugar á perturbar las conciencias, y poner las almas en gran peligro de su salvacion: ut colligitur ex doctrina Hostiens. in Summa, de Usuris, §. In aliquo. Navarr. in Manual. cap. 17. n. 225. Mol. de Just, & jur. 2. tract. disp. 312. n. 11.

*Formatum
alia clau-
sula.*

3. Y si tan solamente el dicho interés fuera, segun la costumbre antigua, no fuera pagar tanto interés, que se conociera el agravio, que hoy se hace á los que han menester plata, por haver llegado á tanto extremo en el trueco que hoy hay, que publicamente se vende en muchas partes ciento en plata, por ciento y veinte, y doce, y catorce en moneda de vellon: de que veo, que no se guardan las leyes, pues por cada vez que se vende en mas valor de lo que está tassado, debia perder la plata, ò su valor, con mas el dos tanto, segun la ley 5. tit. 21. lib. 5. Novæ Recop. y otras muchas leyes del mismo titulo, y del titulo 22. y 23. Y tuviera por mejor, y mas seguro, que pues de este interés no participa su Magestad cosa alguna, que se le aplicará enteramente el dicho

trueco , pues de otra manera se ha de dár causa á contratos ilícitos , y ha de ser causa de que las mercaderías se vendan mas caras, y por el mas subido precio que el natural , de que han de resultar grandes inconvenientes. Y de aplicarse assi à su Magestad, no fuera de poco interès para quitar otras imposiciones , no consintiendo que plata alguna saliera de los Reynos de España ; porque en realidad de verdad los Estrangeros nos tienen perdidos , y ellos se han enriquecido , trayendo cobre , y mercaderías falsas, y de poco valor , que por llevarlo en plata , no reparan en dar la mitad mas por ello de lo que en España vale. Y aunque es verdad, que la Pragmatica, promulgada en Madrid en ocho de Marzo del año de 1625. es muy justa , por haver puesto tassa à la dicha plata , que son diez por ciento ; pero con todo esso, segun mi parecer , y arbitrio, tuviera por mejor, que éste mas valor se aplicàra, como dicho es, à su Magestad, supuesto que el que lo dá, no pierde nada, considerando estimar en mas la necesidad para que lo tomò , que por ventura lo que le costò en razon del dicho trueco, mayormente , siendo para el efecto de quitar otras imposiciones, como dicho es.

4 Y hase de notar, que si el valor de las dichas monedas en el discurso del tiempo, como muchas veces sucede, se aumentàre, ò disminuyere , y valiere menos , se ha de tener siempre atencion al valor del tiempo de la celebracion de los contratos : ut ita colligitur ex cap. Cum olim , & in cap. Cum canonici , de Censibus. Covarrub. in tract. de Collat. numismat. cap. 7. §. ult.

5 Y para cumplir, y pagar el deudor sus contratos, y deudas, bastarà pagarlas en qualquier genero de moneda corriente en el tiempo de la dicha paga , segun la ley 6. tit. 21. sup. citat. lib. 5. Novæ Recop. salvo , si entre los dichos contrayentes , fuere otra cosa tratada , y convenida , como la plata , ò oro no tenga mas valor del tiempo que fue tratado , y convenido , ut in l. 7. tit. 21. cit. Recop. Y como del trueco no resulte mayor valor de las mercaderías , que se dãn , ò por otra qualquier razon , especialmente en contratos , donde puede intervenir usura, y logro : y en confirmacion de esto , vino la dicha Pragmatica , de que arriba hicimos mencion en los contratos celebrados hasta su promulgacion , en que mandò, que el obligado à dár plata , cumpliesse con dár quartos , y mas diez por ciento, y que desde alli adelante no se pudiesen celebrar contratos con obligacion de dár la dicha plata , con las penas , ut ibi , & vide ad hanc doct. in Molina. de Justit. & jur. 2. tract. disp. 312.

6. Demàs de todo lo suprà referido , serà contrato illicito el prestar dinero con pacto de bolverlo con ganancia , ultra de la suerte principal , salvo si el dicho emprèstito fuesse dado , y celebrado con la clausula siguiente : „ La qual dicha cantidad os „ presto , y doy con condicion , que si para tal dia no me la pagaredes , me haveis de dàr , y restituír lo que se averiguare haver dexado de ganar con ello , por tenerlo ; como mercader , destinado , y señalado para grangear con ello . Y es cierto , que teniendo un mercader , ò otra qualquier persona , alguna cantidad de maravedis para grangear con ella , y à ruego , y persuasion de alguna persona se le entregò debaxo del dicho pacto , no serà usura , ni logro , lo que constàre dexò de ganar , por ser lucro cessante . Y assi , constando de esta dicha perdida , y lucro cessante , se le pagará , y seguramente se le puede recibir : ut ita notat Conrad. de Contract. q. 30. Mayor. in 4. dist. 51. q. 30. Med. de Rest. per usur. q. 3. caus. 2. Adrian. de Restititione : Quia contractum est de interesse. Navar. in Manual. cap. 17. n. 211. & in Commet. de Usuris 14. q. 4. n. 47. Covar. 3. lib. Var. resol. cap. 4. n. 5.

*Formatur
alia clau-
sula.*

7. La qual doctrina procede assimismo , teniendo el dinero destinado para redimir , ó comprar algun censo ; porque en este caso puede licitamente recibir el acreedor , no solo el danno emergente , pero tambien el lucro cessante . Y esto procede en la venta de qualquier genero de cosa vendida al fiado , con pacto , que de no pagarse al tiempo convenido , pagará el comprador los intereses licitos , segun Covar. lib. 3. Var. res. cap. 4. dist. n. 5.

8. Y en quanto à este remedio de lucro cessante se ha de considerar , que no serà contrato illicito el que se otorgáre con la clausula , y condicion siguiente , scilicet : „ Y que mientras el dicho „ fulano no diere , y pagáre al dicho fulano , su yerno , la dote „ prometida con la dicha su hija ; se obliga de dàr , y pagar al „ susodicho los intereses licitos de lo que vale la cantidad de la „ dicha dote , à razon cada un año de à veinte mil maravedis el „ millar . El qual no se reputa por contrato usurario , sino antes por muy licito ; pues es caso contingente perder el yerno , y dexar de ganar todo aquello , y mucho mas , segun su industria . Y si el suegro no se halláre con suficientes bienes para satisfacer la dicha dote , podrán muy bien convenirse à que , mientras no le fuere pagada , goce , y disfrute el dicho yerno el fruto de alguna heredad , con pacto de que no se computarán con la suerte principal : ut hæc omnia probatur Molina ubi supr. disp. 321.

*Formatur
alia clau-
sula.*

9 De aquí se sigue, que si la dote prometida no le fuere entregada al dicho yerno, siguiendose el matrimonio, siendo pedida, ha de ser condenado el dicho su suegro, assi á la dote, è interès principal, como á sus interesses: ut ita notat Cevall. *Pract. Quæst. cap. 394. n. 1. Molin. de Justit. & jur. disp. 322.*

10 Mas se sigue, que desde el dia que el marido, ò sus herederos, dissuelto el matrimonio, no entregaren à la muger, ò à sus herederos la dote que con ella recibió, teniendo assimismo obligacion à dár, y pagar el lucro cessante: v. g. Supongamos que el marido recibió los dichos bienes dotales inestimados, y que dissuelto el dicho matrimonio, no se le entregaron, siendo bienes raíces, è inmuebles, y los que fueron muebles, dineros, ò semovientes, passado el año, de que el marido, ò sus descendientes deben gozar, segun, y de la forma que en el *cap. 11. del lib. 2. §. Entrego, n. 127.* dirèmos: ò caso que los dichos bienes fueron estimados, y que el marido los recibió con aquella estimacion, que de derecho celebrò, y causò venta; porque entonces, habiendo obligacion de pagarse la dicha dote, dissuelto el dicho matrimonio, y con la dicha distincion que dicha es, se debe pagar el dicho interès, y lucro cessante, pues no es justo, que la muger, ó sus herederos lo padezcan, y pierdan aquel dicho interès: ut ita tenet *idem Molina de Justit. & jure, dist. disp. 322.*

Formatur
alia clau-
sula.

11 Item, demás de lo suprà referido, será pacto illicito, y no permitido; recibir en prenda cosa fructifera, con pacto de gozar en el interin de la paga de los frutos de ella, assi como si dixese la Escritura: „ Para cuya paga, y seguridad, el dicho fulano „ dió en prenda, è hypoteca tal viña, ó heredad, que está en tal „ parte, linderos notorios, de cuyo usufructo, en el interin que „ no se pagaren los dichos doscientos ducados, que al dicho fu- „ lano le està debiendo, por tal causa, y razon quiere que los „ haya, y goce, sin que se entienda computarselos en la suerte principal. Y no solo procede en este dicho caso; pero si el acreedor huviere recibido las dichas heredades, y casas, como no en cultivarlas, y sembrarlas, especialmente no siendo el dicho contrato celebrado en provecho, y commodo de entrambos: ut in primo casu probatur *inc. 1. & 2. de Usuris, & in c. Significante, de Pigmorib. & ibi commun. DD. Corn. de Contractib. quæst. 32.*

12 Demàs de lo dicho, será pacto illicito assegurar el capital, parte, ò industria en el contrato de compañía à ganancia, y no à pérdida: ut tenet *Franc. Otoman. lib. 2. de Osuris, c. 2. Felician.*

de Solis de Cens. lib. 2. cap. 2. n. 5. in fin. Covar. Var. resolut. lib. 3. c. 2. n. 4.

13 Lo qual se debe limitar , si el contrato fuere ordenado con la clausula siguiente ; scilicèt. ,, Con condicion , que de la dicha ,, pèrdida , ò ganancia , que de la dicha compañía resultare , tan ,, solamente le hayan de pertenecer las dos partes al dicho fula- ,, no , y la otra tercia parte à fulano , su compañero ; lo qual es ,, por causa , y razon de su mayor capital , è industria. Y es la ra- ,, zon , porque no fuera justo , que el que trahe mayor capital à la compañía , ó mayor industria , que llevèra menos gracia , y tanta pèrdida , como los demàs , que no traxeron tanto capital : *ut hæc omnia habentur Inst. de Societate in principio, vers. Nec enim , & §. de Illa , & l. Si non fuerit , & l. Mutius , ff. Pro socio.*

14 Assimismo se ha de limitar , en caso que el Mercader , ò otra qualquier persona , que trate de grangeria , recibiere cantidad de maravedis , con pacto , y condicion , de que por cada cien to ha de dâr quatro , cinco , ò seis , ora pierda , ò gane mucho el dicho Mercader , por ser contrato licito , y por tal estàr recibido en estos Reynos ; como assi lo aprueban Major. *in 4. q. 148. & 49. Navarr. in Manuali , cap. 17. à n. 254. & in Comment. cap. 1. 14. q. 3. à n. 3. Covar. Var. res. cap. 2. n. 3. & 4.*

15 Serà assimismo contrato usurario vender al fiado por mas del precio riguroso del supremo , infimo , y medio , sino es en caso que las dichas mercaderias estaban guardadas para vender al tiempo de la paga , de que verisimil se conoce , que ha de valer el precio por que se venden : *ut ita notat Covar. Res. lib. 2. cap. 3. n. 1. Gutier. lib. de Quæst. Canon. cap. 39. num. 1. cum aliis sequentib.*

16 Cuya doctrina assimismo se debe limitar , si la Escritura del contrato fue ordenada con la clausula siguiente ; scilicèt: ,, La qual dicha mercaderia el dicho fulano se obligò de entre- ,, garsela , cada vara , ò arroba por precio de los dichos veinte ,, reales , no obstante , que al presente no lo vale , por tener por ,, cierto , que al tiempo de la entrega , que serà dentro de dos , ò ,, tres meses , tendrà el dicho valor. Y aunque es verdad , que lo que se compra para el tiempo futuro , adelantada la paga , y que con evidencia està cierto el comprador , ò vendedor , que en aquel tiempo ha de valer mas , ó memos , serà injusto el dicho contrato , y de Derecho reprobado ; pero con todo esso , si el contrato fue celebrado en la forma dicha , serà justo , y válido , como

no se dê mayor , ni menor precio de el supremo de lo que la cosa vale al tiempo de la entrega , ò que se espera que havia de valer mas , aunque despues por caso contingente valiesse mas , y fuesse de mayor estimacion. Y es la razon, porque el contrato fue celebrado con aquella cierta esperanza , de que no havia de valer mas , ni menos , y que como vino el aumento en favor del comprador , pudo assimismo venir en su contra , y en favor del vendedor : ut cum Medina tenet Molina *ubi supra*, de *Justitia*, & *jure*, 2. *tract. disp.* 358. n. 2. adonde estiende esta doctrina en el trigo , y cebada ; pero hace de entender , valiendo menos que la tasa ; y no , si excede el precio de ella : y es la razon , porque bien puede uno vender el trigo à menos precio que la tasa , y no lo podrá vender à mas , sino es los Labradores , que lo tienen de su cosecha , segun la nueva Pragmatica , promulgada en Madrid el año de 1619.

17 De aqui se sigue , que será contrato ilícito , segun Ley del Reyno, mercar trigo, adelantada la paga, por menos precio, al tiempo de la cosecha , no siendo en la forma dicha : de que assimismo se infiere, no se puede dár trigo viejo por nuevo , valiendole mas lo nuevo al tiempo de la cosecha , sino es cada uno en su precio , como lo uno , y otro no exceda de la tasa ; y esto se entiende , aunque se compre en yerva , para despues de cogido, por militar la misma razon : ut ita probatur *in l.* 17. *tit.* 11. *lib.* 5. *Novæ Recop.* Gutier. *lib.* 1. de *Pract. Quæst.* cap. 39. n. 58. Rodrig. de *Ann. reedit.* *lib.* 1. *quæst.* 12. n. 40. cum aliis sequentibus.

18 Y en quanto à las ventas de lana , que se celebran, y otorgan en muchos Lugares de España , se ha de notar , que aunque sea anticipada la paga de cada arroba , y aunque se sepa, que ha de valer mas, como no sea en mucha cantidad , no será contrato usurario , ni por Derecho reprobado , como el precio de la venta sea entregado tres meses antes de la entrega de la dicha lana ; para lo qual ha de concurrir assimismo , que en aquel tiempo el vendedor tenga necesidad del dinero para pagar el pasto del ganado , y para conservarlo el tiempo adelante , considerando assimismo otras circunstancias , como si el que merca , por anticipar la paga de la dicha lana , dexò de ganar en otra mercaderia : ut ita tenet Soto de *Justicia*, & *jure*, *quæst.* 4. *art.* 1. & ita defendit Cordov. *in Summa Hispan. quæst.* 85. n. 6. *ubi hujus negotiationis praxim præmittit.*

19 Será assimismo contrato ilícito , y usurario vender ganado,

dó , con pacto que el vendedor tenga obligacion á guardarselo à su riesgo , y costa hasta tal dia , quedando assimismo reservados los corderos , lana , y queso para el dicho comprador : ut ita tenet Molin. *de Just. & jure* , 2. tract. disp. 362. litter. B.

20 Recibir mulas , bueyes , ò cavallos en alquiler , con pacto , que si por caso fortuito se murieren , ò deterioraren , que sea por cuenta del que los recibe en el dicho alquiler , es assimismo pacto illicito : ut ita tenet Navar. *in Manuali* , cap. 17. num. 260. Gaspàr Rodrig. *ubi supr.* n. 64.

21 Y el prestar dineros , con condicion que el que los recibe , ha de trabajar en su heredad , molino , ó jaboneria , es contrato assimismo usurario , sino es en caso que en el contrato se dixere : „ Los quales cien ducados os doy , y prèsto mientras anduvie- „ redes trabajando en mi molino. Y esto no ha de ser con intencion de obligarle á que trabaje en el dicho su molino , ó heredad : ut ita concludit Cajet. 2. 2. *quæst.* 78. *art.* 2.

22 Finalmente , todos los contratos celebrados en Escrituras pùblicas , en los quales interviene usura ; aunque es verdad , como dicho es , son de Derecho nulos , y reprobados , y que no trahen aparejada la execucion ; tan solamente se ha de entender , en quanto à lo que constàre ser usura , y ganancia ; pero no en quanto al interès , y suerte principal ; por que en quanto à ella son vâlicos , y executibles , y assì se practica , *secundùm l.* 31. *tit.* 11. *part.* 5. & ita notatur per Bolañ. *in Comercio Terrestre , y Naval* , lib. 2. cap. 1. num. 36.

CAPITULO XII.

Adonde se advierte en què forma , y con què clausulas deben ser ordenados los contratos comissorios , para que conforme à Derecho no se juzguen por nulos , sino antes por vâlicos , y perfectos.

S U M A R I O.

1 **P**acto comissorio , si es vâlico , ò de Derecho reprobado , y con què clausulas han de ser otorgados , para que sigan el efecto à que fueron celebrados.

2 Y si para la clausula referida se cumpliràn , y executoràn los dichos contratos.

3 Refierese cierta clausula , en virtud de la qual tienen efecto los dichos contratos.

4 *Y si este pacto, y condicion havrà lugar entre el fiador, y principal, obligado, y deudor.*

1 **U** Trùm, y supuesto, que los contratos que de Derecho se juzgan por nulos, no se deben executar, ni cumplir en eu la forma, y manera que dicho es, Resta ahora, que assimismo se declare, si el pacto que el Derecho llama comissorio, se juzgarà assimismo por nulo, y reprobado. Y porque este dicho contrato se suele otorgar, y ordenar con diferentes condiciones, y clausulas; supongamos (para que cada una de estas condiciones se declaren) que el dicho pacto fue ordenado con la clausula siguiente; scilicèt: ,, Con condicion, que si para el dicho dia de la
 ,, paga, el dicho fulano no huviere dado, y pagado los dichos
Formatur ,, dos mil ducados, que desde aquel dia quede, por el mismo pre-
alia clau- ,, cio, y cantidad, por el dicho fulano la dicha heredad, que
sula. ,, se le dà en prenda, è hypoteca, sin que en ella, passado el di-
 ,, cho termino, pretenda accion, y derecho alguno.

2 Y por ser contrato otorgado por titulo de venta, parece, que aunque la cosa empeñada valga mas, y sea de mayor estimacion, que lo que se diò por ella, serà valido el dicho pacto, y condicion, supuesto que el que vende puede dàr la cosa en menos de lo que vale, hasta la mitad menos de su valor, y justo precio, sin tener accion à pedir el mas valor, como adelante se dirà. Y por otra parte hace fuerza la simulacion con que los dichos contratos pueden ser celebrados, especialmente en empeños, adonde por las dichas causas son nulos, y por Derecho reprobados: *ut in l. 1. & ult. C. de Pactis pign. cap. Sgnificat, de Pign. & in l. 41. tit. 5. p. 5. & in l. 12. tit. 13. de la misma Partida*: adon- se prueba la conclusion de nuestra question, ibi: ,, E por en- de decimos, que si algun ome empeñasse su cosa á otro, tal
 ,, pleyto, diciendo assi: Si vos no quitareis este empeño fas-
 ,, ta tal dia, otórgo que sea vuestro dende adelante, por esto
 ,, que me prestàis, ò que sea vuestro dende en adelante com-
 ,, prado, que á tal precio como este non debe valer. Por mane-
 ra, que segun la decission de esta ley, nos dá à entender, que el contrato de empeño, otorgado con la dicha condicion, ora se haga mencion, que es por titulo de venta, ó por otro qual- quier genero de enagenacion, de ninguna manera se deben exe- cutar, y cumplir, por ser ilicìtos, y reprobados.

3 Y en quanto á la segunda condicion, que al principio di-

ximos, se advierte, que los dichos contratos se pueden celebrar, y otorgar; de forma, que por su orden es visto apartarse del natural de estos dichos contratos, sin que de ellos se pueda presumir fraude, ni labe de usura; y assi se dirá, para que se aseguren estos dichos contratos, las palabras siguientes.

„ Y si el dicho dinero no le fuere pagado al dicho fulano pa- *Formatur*
„ ra el dicho dia, que por el mismo hecho la dicha prenda que- *alia clau-*
„ de vendida por lo que fuere justo, y valiere, por aprecio de *sula.*
„ persona que lo entienda, y diga de su estimacion. Y de esta
forma, passado el dicho termino, queda celebrada la dicha ven-
ta, siendo apreciada por arbitrio de buenos varones: ut ita no-
tant Doctores *in dist. l. 1. & ultima, C. de Pactis pignor. & ita pro-*
batur ex l. 12. supra dicta, tit. 13. part. 5. ibi „ Pero si el pley-
„ to fuesse puesto de guisa, que si el empeño no le quitasse fasta
„ dia cierto el que lo empeñò, que fuesse suyo, vendido, è del
„ otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes
„ buenos: & ita sequitur Covarr. *lib. 3. Var. res. cap. 2. num. 8.*
Gutier. *de Juram. confirmat. 1. part. cap. 33. n. 4.* adonde con
muchos dice, que en el primer caso no se confirmen los dichos
contratos con el juramento, sino es con relaxacion de la otra
parte, *vide eum, num. 2.*

4 De aqui se infiere, que si entre el fiador, y principal deu-
dor, fue convenido, y tratado, que si el dicho deudor dentro de
cierto, y determinado tiempo no pagáre la deuda por lo que
está obligado, que por el mismo hecho la dicha prenda quede
vendida por cierto, y determinado precio; el qual contrato se-
rà justo, y permitido, siendo el dicho precio justo: ut contra Co-
varr. tenet Molina *de Just. & jure, 2. tract. disp. 314. num. fin.*
per l. ult. ff. de Contrab. emp.

CAPITULO XIII.

Adonde se dificulta, si por la renunciacion de la ley 2. *C. de Res-*
cindenda venditione, será excluido el vendedor, ò compra-
prador del remedio de la dicha ley, especialmente quando
fue leso, y engañado en la mitad, mas, ò menos del justo
valor, y precio de la cosa vendida, ó comprada, y debaxo
de qué clausula.

SUMARIO.

I **S** I por la renunciacion de la dicha ley 2. tendrá accion, y de-
recho al engaño, y lesion el vendedor à la cosa, en me-
L nos

nos de lo que vale vendida.

2 No há lugar la dicha renunciacion, habiendo lesion que exceda de la mitad de su justo valor, y precio, ibi n. 3.

4 Y si tendrá efecto la dicha renunciacion, habiendose becho ex intervalo.

5 Y assimismo tendrá efecto, habiendose renunciado con juramento.

6 Y si por la enormissima lesion havrá lugar el dicho remedio, no obstante el dicho juramento.

7 Y si el menor podrá pedir restitucion, sin embargo de la dicha renunciacion, y juramento.

8 En qué forma se ha de entender esta dicha lesion, ora se pida por parte del vendedor, ó del comprador, y en qué contratos, y tiempo se debe intentar esta dicha accion, y derecho.

9 Y si este derecho, y remedio se concede assimismo à los Oficiales de qualquier oficio.

10 Y si se podrá intentar este remedio contra tercero poseedor.

1 **U**Trùm, si por la renunciacion, y exceso de la mitad del mas, ó menos valor en venta, y otros contratos de enagenacion, será excluido el leso de la restitucion de la lesion, y engaño, sin tener accion, y derecho à los bienes vendidos, y enagenados; y para que mejor se responda á esta dicha proposicion, y se conozca el natural de este contrato, se notaràn las palabras de la clausula siguiente, que seràn fundamento de lo que se dificulta; scilicet: „ Y para mayor firmeza, y fundamento, el dicho fulano renunciò la ley 2. C. de Rescind. vendition. „ a. juró à Dios, b. y á su Santissima †, y pena de perjurio, è infame, que por razon de lesion, ó engaño demás de la mitad, ó menos del justo valor, y precio de la dicha heredad, ó cosa vendida, ò por otra razon, ó causa alguna, no irá, ni pretenderà accion, ni derecho contra el dicho contrato, y Escritura, haciendo, como desde luego hace, donacion al dicho fulano, c. de lo que constáre, y pareciere valer mas de la dicha cantidad, aunque exceda de la mitad mas de su justo valor, y precio, en la forma dicha; de cuyo juramento no pedirè relaxacion, &c.

Formatur
alia clausula.

2 Ibi: „ Renunciò la ley 2. C. de Rescind. vendit. d. Y porque en todos, y qualesquier contratos de ventás, y arrendamientos, y otras enagenaciones, suelen ser celebrados, y ordenados

con

con las palabras , y fuerza de esta dicha clausula , de que tienen por cierto los Notarios , y Escribanos , que es suficiente caute-
la ; y remedio para excluir á los dichos otorgantes del remedio
en la dicha lesion , y engaño , fundandose en algunas opiniones :
ut ita notat Covar. lib. 2. Var. res. cap. 4. n. 10. Padill. in dist.
l. 2. num. 42.

3 Pero siguiendo la mas probable , y comun opinion , di-
go : que este remedio de la lesion , y engaño , se podrá intentar , y
havrà lugar , aunque especialmente se haya renunciado la dicha
ley 2. segun el estilo comun de los dichos Escribanos : y assi se
advierte , que sin embargo de las dichas renunciaciones , serà res-
tituido el leso en el dicho engaño , que excediere de la mitad
mas , ò menos de su justo valor , y precio ; porque se considera
en semejantes casos , que con la misma facilidad que uno es en-
gañado , assimismo serà persuadido á hacer qualquier renuncia-
cion : *ut ita contra Covarr. sentit Anton. Gomez. 2. tom. Var. res.*
cap. 2. n. 26. Matienz. in Stylo Cancell. tit. 1. 4. par. glos. 4. Villad.
in Polit. form. de libelar. num. 138. vers. Porque se considera,
fol. 248.

4 Lo qual se limita en caso que esta dicha renunciacion se
haya hecho *ex intervallo* en otra diferente Escritura ; porque en
tal caso , no se podrá usar de este dicho remedio , aunque exce-
da la lesion de la mitad mas de su justo valor , y precio ; lo qual
se estiende á los menores , y mugeres , con la referida distincion ,
en especial jurando los contratos : *ut infra , & notat Gutier. lib.*
1. de Juram. confirmat. cap. 26. n. 3.

5 *Ibi :* ,, Juro á Dios. Cuya solemnidad es suficiente para ex-
cluir al engañado en la mitad mas , ò menos del justo valor , y
precio de la cosa comprada , ò vendida , y esto procede , aunque
no se haya renunciado la dicha ley 2. como assimismo lo tiene , y
sigue *Gutier. ubi sup. num. 5. contra alios contrarium sequentes.*

6 Aunque si esta lesion fuere enormissima , que excediere en
el triplo , ó quadruplo de la cosa vendida , serà restituido el en-
gañado , no obstante el dicho juramento : assi en caso que
no se restituya el dicho engaño , y lesion , se darán por nullos los
dichos contratos , pidiendo relaxacion del dicho juramento , ad
effectum agendi , & excipiendi , segun , y que queda dicho en el
cap. 2. de este libro , & ita notat Greg. Lopez in l. 56. glos. fin. tit.
5. part. 5. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 3. n. 16. Covar. ubi sup.
cap. 4. n. 5. Villad. ubi sup. vers. Y siendo : Bolañ. lib. 1. Comer-

cio Terrestre, y Naval, cap. 12. num. 33.

7 Todo lo qual, y con la misma distincion se debe tener en los menores de veinte y cinco años, y mayores de catorce, siendo varones, y mayores de doce, siendo mugeres, que no tuvieron Curadores, y juraren los dichos contratos, como tales menores, y que por razon de su menoridad no dirán contra los dichos contratos, segun, y que queda dicho en los contratos de menores, y se pruaba expressamente en la *ley 56. supr. citat. tit. 5. part. 5.* Lo qual no havrà lugar, en caso que el menor jurasse, teniendo Curador, ò en caso que no le tuviesse, no jurasse como tal; porque entonces ha de ser restituído, aunque el engaño no exceda de la mitad del justo valor, y precio, como sea considerable; y esto procede, aunque la venta se haya hecho en almoneda, ò con decreto de Juez, ó junta de parientes: ut ita notat Aceved. *in l. 1. tit. 11. n. 28. lib. 5. Novæ Recop. Molin. Theol. de Just. & jure, 2. tract. disp. 573. num. 12.*

8 Ibi: ,, Haciendo, como desde luego, hace donacion al dicho fulano, e. La qual clausula es de ningun valor, y efecto, porque solo sirve de abundancia, y superfluidad de palabras, que en semejantes contratos de estylo escriben, y ordenan los Escribanos: y es la razon, porque de la misma manera que el vendedor, ò comprador se facilitan à vender, ò comprar la cosa; de la misma suerte se sujetan á qualesquier clausulas, y condiciones ordenadas, y escritas por los dichos Escribanos, segun, y que dicho es: aunque si el vendedor, ò comprador fuere sabidor, que aquella cosa tiene mas, ò menos valor de la mitad de lo que justamente puede valer; y en otra diferente Escritura, qualquiera de los dichos contrayentes hiciesse, ó hicieren remission de aquel excesso, no havrà lugar el pedir la dicha restitution, por el remedio de la dicha ley 2. ut ita notat Matienz. *in l. 1. gloss. 8. n. 44. tit. 11. lib. 5. Recop. quem sequitur, & refert Aceved. ibidem num. 29.* Y en caso que el dicho remedio haya lugar de Derecho, se debe, y ha de intentar dentro de quatro años, desde el dia que se celebrò el contrato, ora sea de venta, trueco, arrendamiento, ó aprecios de bienes, segun la dicha *ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* Cuyo remedio assimismo se puede intentar despues de los dichos quatro años, en especial, siendo el engaño enormissimo, á arbitrio de Juez; y si es contra menores, que no huvieren jurado como el tal contrato, se les conceden treinta años; y si es Iglesia, Fisco, ò Comunidad, se les concede qua-

renta años, y mas quatro años, segun la *ley pen. y fin. tit. fin. part. 6.* & ita notat Aceved. *ubi suprà n. 32.* Molin. *de Just. & jur. 2. tract. disp. 80.* & nos *infra, cap. 42. n. 41.*

9 Debe assimismo notar, que aunque de parte del reo se pruebe lo contrario de lo que pretende el actor, se ha de estàr á lo que se probàre por parte del que pretende ser leso, y engañado: ut resolvit Pinel. *in d. l. 2. C. de Rescind. vend. 3. part. cap. fin. n. 43.* En cuya pretension se ha de tener atencion, si el vendedor pide restitution; porque entonces es necessario que pruebe, que lo que valia diez, vendió por menos de cinco; y si fuere el comprador, ha de probar, que lo que valia diez, diò por ello mas de quince; y en el uno, y otro caso basta probar uno mas de lo que dicho es; y con esto se rescindirà el dicho contrato, ò se suplirà el justo valor, y precio, lo qual queda en eleccion del reo; y mas se deben restituir los frutos, estando el poseedor en mala fé, aliàs no se deberàn restituir, sino es desde el dia de la contestacion, como contra otros lo tiene Acevedo, el qual se ha de entender en esta forma, *ubi suprà.*

10 El qual derecho no se concede, ni hà lugar en favor de Alarifes, y otros Oficiales, que toman à destajo las obras, *ut in l. 3. tit. 11. lib. 5. Recop.*

11 Cuyo Derecho no se puede, ni debe intentar contra tercero poseedor, por ser accion personalissima, de que no se dá; sino es contra el que comprò, ò el que vendiò, si no es que la cosa fue enagenada por titulo lucrativo, ò si es contra menores, con la distincion que dirèmos adelante en el capitulo 24. citado.

CAPITULO XIV.

Adonde se declara, por qué clausulas se transfiere el dominio en el comprador de la cosa vendida.

SUMARIO.

- 1 **Q**uien debe ser preferido en la cosa en diversos tiempos, y à diferentes personas vendida.
- 2 Y si por medir, ò gustar las cosas, se transfiere el dominio de la dicha cosa vendida, ò si se transfiere por el entrego de las llaves.
- 3 Y si assimismo se transfiere por los hierros, y señales, y entrego de Escrituras, & *ibi, num. 4.*

5 Y si por la clausula Constituti se transfirió assimismo.

6 Y si la hypoteca especial, con clausula de Non alienando, seguirà este efecto.

7 Y si por saber el segundo comprador de la primera venta, perderà este derecho.

Formatur
alia clau-
sula.

1 **U**Trùm, si por la possession, y translacion del dominio de la cosa, en diferentes personas, y diversos tiempos enagenada, y vendida, será preferido en la dicha venta, y enagenacion el que antes, verè, aut fictè, se le fue otorgada. Y para que esta dicha duda se especifique, y entienda con mas claridad, supongamos que en la venta de un fundo, ò heredad, que à diferentes personas fue vendida, se les hizo entrega de ella en la forma siguiente: ,, Y el dicho fulano vendedor, desde luego le hace ,, entrega de las llaves de la casa, y puertas del cerco de la dicha ,, heredad, de que yo el presente Escribano doy fè, que se las ,, entregaron, y pusieron à la vista. Y regularmente hablando, ha de ser preferido en la cosa vendida el primer comprador *per regulam: Qui prior est in tempore, potior est in jure, de Regul. jur. in 6. & in leg. 50. tit. 5. part. 5.* Lo qual se ha de entender, quando siendo vendida la dicha heredad, ò casa en diversos tiempos, y à diferentes personas, á ninguno de los dichos compradores les fue entregada, ò especialmente hypotecada, porque constando del dicho entrega, será preferido, aunque sea el ultimo comprador, *per l. Quoties, C. de Res vend. l. Qui tibi, C. de Hered. vel action. vendit. l. Si ancillam, C. de Action. emp. l. Qui tibi, C. de His qui à non dom. man. & in d. l. 50. tit. 5. ibi: ,, Otrosi, decimos, que si el ,, postrimero comprador passasse á la tenencia, è à la possession, ,, é pagasse el precio, que la debe haver, è non el primero: & ita afirmat Covar. 2. lib. Var. res. cap. 19. n. 1. Anton. Gomez 2. tom. Var. res. cap. 2. n. 20.*

2 Y si consistiere la dicha venta en peso, y medida, será necesario para trasferirse el dicho su dominio gustarlas, medirlas, ó pesar las dichas mercaderias, *ut probatur in l. 1. §. Si doctum, ff. de Periculo, & com. rei vend. & in l. Quod si neque, ff. eodem, & ibi Salic.* Y assimismo se transfiere por entregar las llaves, como dicho es, *ut in l. Clavib. ff. de Contrab. empt. & vend. l. 1. §. Si juserim. ff. de Acquirend. posses. l. 2. C. de Pericl. & comm. rei vend. & in §. Item si quis merces, ff. de Acquirend. rer. domin. & in §. Item si quis merces, Inst. de Rerum divit. & in l. 7. tit. 30. part. 3.*

3 Y si la dicha venta fuere de ganado , ò paños , herrandolo con sus hierros , y señales , se transfiere el dicho dominio en el dicho comprador , *ut in d. l. Quod si neque , ff. de Pericul. & comm. rei vendit.*

4 Demás de los dichos casos , se transfiere el dicho dominio por el entrego de la Escritura de la venta , ò donacion *ut in l. 1. C. de Donat. & in l. 8. tit. 30. part. 3. & in l. 2. tit. 12. lib. Fori , l. 17. & 45. Taur. bodie l. 4. tit. 7. lib. 5. Recop.*

5 Y por la clausula *Constituti* assimismo se transfiere este dicho dominio , como si dixesse : „ Y que el dicho fulano vendedor „ se constituye por su inquilino , y poseedor en el interin de la „ verdadera entrega , y paga. Por cuyas causas se transfiere el derecho de la possession , y dominio ; y es la razon , porque el auto ficto se juzga , y reputa por perfecto , y verdadero en el derecho de adquirir el dicho dominio , y possession , assi como el que resulta del auto vero , perfecto , y natural : *ut ita docet Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 2. n. 20. & iterum in l. 45. Taur. n. 33. in fin. Tellus Fernand. in l. 17. Taur. n. 25. cum pluribus seqq. Anton. Gabr. lib. 3. Comm. opin. in tit. de Rei vend. & in l. 9. tit. 30. part. 3. Y es de notar , que el juramento interpuesto al contrato no finge tradicion : ut ita Covar. in Epitome , 5. part. cap. 5. n. 9. Ant. Gom. ubi supra n. 20.*

Formatur alia clausula.

6 Y demás de los supra referidos casos , en que por el auto ficto se transfiere esta dicha possession , y dominio , es en particular obligandose , è hypotecandose especialmente la cosa vendida : *ut Ant. Gom. ubi supra n. 20. Y esto procede con mas fuerte fundamento , si el dicho contrato fue celebrado con clausula de no poderse enagenar : ut ita etiam notat Ant. Gom. ubi supra , n. 20. in fin. Covar. lib. 2. Res. cap. 19. n. 7. Gutier. in l. Nemo potest , ff. de Legat. 1. & iterum in tract. de Jurament. confirmatorio , 1. part. cap. 30. n. 7. Y es de advertir , que si la cosa estuviesse à dos ò mas personas vendida , y à ninguna entregada , está en eleccion del vendedor de entregarsela à quien quisiere , y esse será preferido , salvo si fuere vendida , ò donada à alguna Iglesia , ò Monasterio , ò Ciudad , porque entonces serán preferidos , aunque al tercero comprador se le haya entregado la cosa vendida , salvo si fuere anterior , y antes de celebrar el contrato con el dicho Convento , Iglesia , ò Ciudad , se le haya entregado verè , aut fictè *ut ita docet Ant. Gom. ubi supr. & etiam Covar. in dict. cap. 19. n. 2.**

7 Assimismo se debe limitar la dicha ley , en caso que el poster

trer comprador , à quien se entregò la cosa , supiesse que primeramente estaba vendida , porque por aquel fraude será preferido , el primero comprador ; salvo , que si fue entregada por titulo lucrativo , no es necessaria la ciencia del donatario , á quien se le entregó , porque basta el fraude del donante , y vendedor : ut suprà idem Ant. Gom. & Covar. in loco cit. Y esto se ha de entender , pretendiendo el primer comprador derecho por titulo oneroso ; aunque si la cosa se entregò ultimamente antes que á otro , por via de dote , será preferido en ella mientras viviere , por cuya causa se diò ; y lo mismo es teniendo hijos , y luego será preferido el primer comprador : y esto se ha de entender en favor de quien se hizo la entrega del dicho fraude , de saber que la cosa estaba primeramente vendida ; ut ita notat Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 369. n. 9.

CAPITULO XV.

Adonde se declara con qué palabras deben , y han de ser ordenadas las clausulas de eviccion , para que el derecho del comprador no padezca excepcion alguna.

SUMARIO.

1 **S**I por la renunciacion que el vendedor hace de no ser citado , y requerido , quedará obligado à la eviccion , y debaxo de qué clausas , & ibi n. 2. 3. 4.

5 Compensar , si se deben los gastos , y expensas de la cosa vendida con los frutos de ella , y quando se deben los gastos voluntarios , y necesarios , & ibi n. 6. Y qué efectos se siguen de renunciar la ley 36. tit. 13. part. 3. & ibi n. 7. Y acerca de otros puntos en esta materia , vease el n. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14.

1 **U**Trúm , si por la renunciacion que el vendedor hace del derecho de ser requerido por causa de la eviccion , si siendo omisa , y olvidada , quedará por el mismo hecho obligado el dicho vendedor à la eviccion de la cosa vendida. Y porque en realidad de verdad se han ofrecido , y ofrecen algunas dificultades en estos dichos casos , especialmente por no estàr bien ordenadas las clausulas de la dicha eviccion , se tendrá atencion al orden de la que se sigue , para que por sus palabras se conozcan sus efectos ; cuyo tenor es el siguiente : „ Y si por alguna causa , titulo , ò razon , la dicha heredad , ò casa saliere incierta , y en Juicio fue-

„ fuere vencida , el dicho fulano dixo , que se obligaba , y obligò
 „ à la eviccion, y saneamiento de ella *a* ; y no solamente al dicho
 „ su valor , pero tambien à los interesses , daños , y costas *b*, como
 „ tambien à los gastos , assi utiles , y necesarios *c*, como à los
 „ voluntarios *d* , que en la dicha heredad , ò casa pareciere ha-
 „ verse hecho por el dicho fulano , ò por sus successors, y here-
 „ deros ; y mas se obligaba , y obligò al duplo del interès y esti-
 „ macion de la dicha heredad, ó casa *e*, renunciando como desde
 „ luego renuncia el derecho de ser citado , y requerido para la
 „ defensa de la dicha Causa , y en especial renunciò el derecho
 „ concedido por la ley 36. del titulo 5. de la quinta Partida *f*, que
 „ habla en esta razon : y en caso que el estado del dicho Pleyto
 „ le fuere notificado , se obliga de seguirle , y defenderle , sin que
 „ por no defenderle le pare perjuicio al dicho fulano.

2 Ibi : „ Dixo , que se obligaba , y obligò à la eviccion , y
 „ saneamiento de ella *a*. Y regularmente queda obligado el ven-
 „ dedor à la eviccion, y saneamiento de la cosa vendida, y en juicio
 „ vencida , aunque à ello no se haya obligado : *ut ex text. in l. Non*
dabitur , & in l. Si cum quæstio , C. de Evictionib. & in l. Tenetur ,
§. Si tibi , & §. ult. ff. de Actionib. empt. & in l. Venditor , & in l.
Evicta re , ff. de Evict. & in l. 32. tit. 5. part. 5. ibi : „ Quita , è
 „ libre de todo embargo , debe ser entregada la cosa vendida al
 „ comprador ; de manera , que si otro alguno ge la quisiere em-
 „ bargar , ò moverse Pleyto sobre ella , que ge la debe facer sana :
 „ & ibi Greg. Lopez gloss. 2.

3 Ibi : „ Y no solamente al dicho su valor , pero tambien à
 „ los interesses , daños , y costas *b*. Y no solo tendrà obligacion
 „ el vendedor al interès de la cosa vendida , pero tambien à los da-
 „ ños , y gastos que en el Pleyto se siguieren , y assimismo à los in-
 „ teresses licitos , descontandose de los frutos , y arrendamientos de
 „ la dicha heredad , ò casa : *ut in d. l. Cum quæst. l. 32. tit. 5. part.*
5. ibi : „ Entonces de donarle el precio que recibió de èl el ven-
 „ dedor tenuto por aquella cosa que le vendió , con todos los da-
 „ ños , è los menoscabos : & ibi Greg. Lopez gloss. 5. 6.

4 Ibi : „ Como tambien à los gastos , assi utiles , y necessa-
 „ rios *c*. Y es de advertir , que no solo tiene obligacion el dicho
 „ vendedor à satisfacer , y pagar estas expensas necessarias ; pero
 „ tambien à las utiles , aunque à ello no se haya obligado , y le com-
 „ pete retencion en ellas , hasta que se le paguen , ora sea el dicho
 „ vendedor , ora el que derecho pretende à la heredad , ò dicha casa,

especialmente posseýendo con buena fè ; aunque en quanto à las expensas necesarias , no impide que sea poseedor de mala fè: *ut ita probatur in l. Domum, C. de Rei vend. & in l. Si in area in fine, ff. de Condit. indebit. & in l. 41. tit. 28. part. 3. ibi : ,, Decimos ,, que ante que sea entregado de la cosa , è de la heredad , ,, el que vendiere assi, como sobre dicho es, que sea tenuto de tornar al otro todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella & in l. 44. d. tit. 28. ibi : ,, E las puede cobrar demientra que ,, fuere tenedor de la dicha cosa , ò de la heredad en que las fizo , ,, quiera haya buena fè, quiera mala, en teniendola. Et ibi : ,, Mas si las fizo habiendo mala fè , sabiendo que el heredamiento , to, ò la casa que era agena, si el señor que la venció en juicio non ,, gelas quisiere pechar , puede el otro ende llevar la labor , que ,, fizo hi facer. Por manera , que esta diferencia hay en estas expensas , que si fueren necesarias , se le han de pagar , aunque las haya hecho con mala fe ; y si fueren utiles , y provechosas , hay obligacion à satisfacerlas , posseýendo con buena fè ; y si fue con mala , cessa esta dicha obligacion.*

Y en quanto à la paga de las dichas expensas , se ha de notar , que si el poseedor gozó del usufructo de la dicha heredad, ò arrendamientos de la cosa , que de su valor se deben compensar los dichos gastos , y mejoramientos , y entonces tiene dos elecciones el poseedor, ò à pedir al vendedor, ò al que pide, y vence: *ut in d. l. Adeo, §. Certè, ff. Acquirend. rer. dom. & in §. 3. Instit. de Rer. divis. & in l. In fundo, ff. de Rei vend. & affirmat Alvar. Vel. quest. 25. n. 28. quem refert, & sequitur Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 463. n. 10. & in d. l. 44. tit. 28. part. 3. ibi : ,, Empero , si èl esquilmo algunos frutos , ò rentas de la cosa , ò de la heredad en quanto la tuvo , tenemos por bien , que se descuenta en las despensas: salvo , si el que pide, y vence es tan pobre, que no tiene conque pagar lo que faltare, para pagar, y satisfacer los dichos gastos utiles , y necesarios ; aunque en este caso se le concede , siendo poseedor de buena fè, destruya todo lo que tuviere gastado mas en la dicha heredad : *ut ita habetur in d. l. In fundo, & in l. 41. & 44. d. tit. 28. part. 3. ibi : ,, Mas si por ventura el señor, de la heredad, que la venciesse en juicio, fuesse tan pobre, que non pudiesse ganar al otro las despensas, que oviesse nuevamente, maguer quisiessse vender todo quanto havia, decimos , que entonces no sería tenuto de las pagar.**

6 Ibi : ,, Como à los voluntarios d. Y aunque es verdad (como

mó dicho queda) que los gastos utiles, y necesarios se han de satisfacer, antes que se entregue la cosa que se pide, ora sea el vendedor, ora el que pide, y vence, aunque á ello el vendedor no se haya obligado; pero no se ha de entender assi en los gastos, y mejoramientos voluntarios, que son aquellos que se hacen por mas adorno, y recreo de la heredad, ò casa, que no por la necesidad que de ellos tiene; porque estos, en realidad de verdad, no se deben, si el que pide, y tiene derecho à ella, no los quiere pagar; aunque bien se le concede, que pueda destruir, y echar por el suelo todos los dichos mejoramientos, sin que de ellos resulte perjuicio à la casa, ò heredad adonde se huvieren hecho: *ut in l. Utiles, ff. de Pet. hered. l. In fundo, ff. de Rei vend. ibi: Neque enim malitiis indulgendum est, si testatorum puta quod induxerit, picturasque corrådere velit, nihil laturas, nisi ut officiat, & in l. 44. tit. 28. part. 3. ibi: ,, Otro sídecimos, que si aquellos que son ,, tenedores de casas, ó heredamientos agenos, facen despensas en ,, ellas, que non son muy provechosas, mas son à postura de la ,, casa, ò de la heredad, assi como las pinturas, que facen en ellas, ,, ó los caños que facen, porque naza hi el agua, ó las otras cosas ,, semejantes de estas, que facen hi, como por haver deleyte por ,, ellas, mas que pro: si ovo buena fè, en teniendo aquello en que ,, las fizo, cuidando que era suyo, que entonce puede tomar lo ,, que oviere fecho, è llevarlo. Empero si aquel, cuya era la casa, ,, ò la heredad, le quisiere dàr tanto por ello, quanto podria va- ,, ler, despues que fuesse ende tirado, debe ge lo dàr; mas si el ,, que ficiesse tales despensas como èstas, oviesse mala fè, en te- ,, niendo la casa, ò la heredad, pierde todo quanto fizo, è non pue- ,, de ende llevar ninguna cosa. Y hase de notar, que si las cosas estaban pintadas, y de recaer las dichas pinturas, havian de quedar feas las paredes, que cumplirá el que de derecho tiene à ellas, con pagar solamente lo que costàre borrarlas, y destruirlas: *ex d. l. In fundo. Bart. in l. Sed, & si quid, ff. de Usufructu.* Y esto procede, aunque fuesse tratado, y se huviesse sacado por condicion en la Escritura de la primera venta, que el comprador pudiesse raerlas, y borrarlas: *ut ita notat Bald. in d. l. In fundo. Jason in l. 1. C. de Jure emphyteut. quos sequitur, & refert Joann. Garc. de Expens. & melior. cap. 1. n. 33.**

7 Pero si el vendedor se obligò á satisfacer los dichos gastos voluntarios, no hay duda, sino que se le deben pagar; pues á tanto se obligue el vendedor, ó comprador, quanto deberán cumplir, y

guardar : ut notat in renuntiatione Gutier. de *furament. confirmat.*
1. part. cap. 61. n. 16.

8 Ibi : ,, Y mas se obligaba , y obligò al duplo del interés , y
,, estimacion de la dicha heredad , ò casa e. La qual condicion as-
simismo es justo que se cumpla , supuesto que no es contra Dere-
cho; antes si se consideran las palabras de la *ley 32. tit. 5. part. 5.*
Compruebase esta dicha condicion , ut ibi : ,, E si por ventura
,, quando ge la vendió, se obligò à pena del doblo. Por manera, que
para que se pague segun su entendimiento , es necesario , que à
la dicha pena se obligue el dicho vendedor , y que se especifique
bien , porque no se presume es mas estilo de Escribanos , que
obligacion de partes : ut ita docet Bald. *post. gloss. ibi : in l. Si
fundus, §. In commissaria, ff. de Lege commiss. & per l. 2. ff. de Evic-
tionib.* Lo qual se entiende, no solo en precio doblado, pero en la
cosa doblada, aunque fuesse de mayor valor al tiempo de la evic-
cion : ut in *l. Si cum venditor, §. fin. ff. de Evictionib.* Greg. Lopez
in *l. 56. tit. 18. part. 3. & in d. l. 32. ibi :* ,, Con todo esso, non se
,, entiede que le debe pechar el precio doblado tan solamente, mas
,, la cosa doblada , maguer mas valiesse. Y hase de notar assimis-
mo , que si el dicho comprador pidiere , despues de la cosa vendi-
da la dicha pena del duplo, no podrá pedir los interesses , y los da-
ños que se le siguieron : ut *ex text. in l. Emptorem, §. Casius, ff. de
Actionib. empt.* Molin. de *Just. & jur. 2. tract. disput. 310. n. 26.*

9 Ibi : ,, Y en especial, renunció el derecho concedido por la
,, ley 36. del titulo quinto , partida quinta f. Y lo que se le puede
dificultar en este caso es , si por haver renunciado el vendedor la
dicha ley 36. quedará obligado aun en los casos que en Derecho
no lo estaba ; que el primero es por omission de la citacion , y re-
querimiento que se le debia hacer , haciendole notorio el estado
del Pleyto, y Causa , antes que se recibiesse á prueba, ó en termi-
no que el vendedor pudiesse defender la dicha Causa por prueba
de testigos. Y el segundo, por haver puesto la dicha Causa en ma-
nos, y facultad de Jueces arbitros, sin ser assimismo citado , ni re-
querido el dicho vendedor. El tercero, por causa de haver dexado,
y desamparado el dicho comprador la cosa vendida , y por otras
causas que se refieren en la dicha ley 36. y de que justamenté se
puede renunciar la referida ley 36. y que por la dicha obligacion
quede obligado à la dicha eviccion de la cosa vendida , es muy
conforme à Derecho ; pues fue convencion , y pacto entre los di-
chos contrayentes, especialmente si el dicho Instrumento, y Escri-

tura de venta fue otorgada , y ordenada con clausula que dicesse : ,, Y de perturbarle , è inquietarle de la possession, y dominio de la dicha heredad , y ser vencido de ella , por qualquier titulo , y causa , que otro tercero tenga à alla , siempre quedará obligado el dicho fulano, vendedor, à la dicha eviccion, y saneamiento : ut ita docet Gutierr. *ubi supr. cap. 61. num. 15. & ita tenet Bald. & Imola in l. Si domus, ff. de Evictione, ff. de Legat. 1. Greg. Lopez in dict. l. 36. glos. 3. in fin.* Y dice el mismo Gutierrez *ubi supr. num. 16.* que assi como es válida la dicha renunciacion en favor del comprador , assimismo se puede renunciar en favor del vendedor : assi como si dixesse : ,, Obligándose , como se obliga , el dicho fulano comprador , de que de ninguna manera pretenderá accion contra el dicho vendedor , aunque en juicio fuesse vencida la Causa vendida ; renunciando , como desde luego renuncia , el derecho de la eviccion , y demás leyes , que hablan en su favor. Lo qual se ha de entender , á mi parecer , teniendo por cierto el dicho vendedor , que en la heredad , ó casa vendida , ninguna persona tenia derecho alguno ; porque de saberlo , y no ignorarlo , se ha de tener lo contrario ; salvo , si el comprador sabia , y estaba cierto , que la dicha casa , ó heredad no era del dicho vendedor. Y hase de notar , que la renunciacion que el comprador hace de eviccion de la cosa vendida , no se ha de entender del precio de la misma cosa , sino tan solamente de los intereses , y costas ; sino es en caso , que assimismo se hizo mencion en la dicha Escritura , que ni por razon del dicho precio principal pretenderia accion , y derecho de saneamiento , y eviccion de la cosa vencida : *ut in l. Emptor, §. fin. ff. de Action. empt. juncto text. in l. Qui libertatis, ff. de Evict. & ibi : tenet Glos. ordinaria , & comm. DD. l. 1. §. 1. de Ædil. edict. & in l. Si fundum, C. de Evict.*

Formatur alia clausula extra ordinem.

Formatur alia clausula extra ordinem.

10 Y solo resta , que se de à entender , si en los casos que el vendedor queda obligado à la eviccion , lo quedará assimismo , aunque la cosa vendida passe à tercero poseedor. Y de que quede obligado , no hay duda , entendiendose con la distincion siguiente ; scilicet : que si la heredad , ó casa vendida fue vencida del dicho tercer poseedor ; no se podrá intentar esta dicha accion contra el primer vendedor , sino tan solamente contra quien vendió , de quien tiene titulo el ultimo poseedor ; y de esta forma se irá pidiendo uno à otro , hasta sacar la cosa vendida : y esto tiene fundamento , por ser diversos los titulos , y contratos , y partes

con-

contrayentes , de que de cada uno nace su nueva , y diferente evicción ; la qual de ninguna manera se puede intentar contra el primer vendedor . Y por que esta accion es personalissima , y de su naturaleza no passa active , nec passive , al particular successor , y poseedor de la cosa vencida : *ut in l. fin. §. fin. de Contrahend. empt. cum similibus , & hoc etiam reputat esse quotidianum. Bald. in l. Cum successores , C. de Evictionib.*

11 Lo qual se debe limitar , en caso que la Escritura de venta esté ordenada , y otorgada con la clausula siguiente : „ Y luego el dicho vendedor cedió al dicho fulano comprador todo su derecho , y accion que le pertenece , y toca en razon de aquella cosa . Porque con solamente esta cession , podrá muy bien tratar de esta dicha evicción el dicho tercero poseedor contra el primer vendedor , *per l. Si res quam , ff. de Evictionib. & ibi communiter DD. & ita notat Bart. in l. Si pro re , §. 1. ff. eod. idem Bart. in l. Julianus , §. 1. ff. de Verb. obligat.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

12 Y por que es contingente à esta materia , se puede assimismo dudar , si este derecho , y accion de evicción se podrá executar por los gastos , è intereses . Y no hay duda , sino que haviendose obligado el vendedor à la evicción , se podrá executar por los dichos intereses , hecha liquidacion , por la qual conste haverse vencido la cosa , segun la *ley 32. tit. 5. p. 5. & secundum Pan. in cap. cum olim , de Censibus , quem sequitur , & refert Parlad. lib. 2. Rerum quotid. 1. part. cap. fin. §. 12. ex num. 36. usq. ad fin.* Y esto mismo se ha de entender , difiriendose la liquidacion en el juramento del comprador : *ut in eodem loco Parlad. Cuya liquidacion es visto ser hecha , quando ha passado sentencia definitiva , y en virtud de ella tomadose la possession judicial de la cosa , segun doctrina práctica de Bald. in l. Habere licere , ff. de Evictionibus.*

13 Demàs de lo qual , se debe considerar , y notar en esta dicha materia , que el vendedor no tiene obligacion precisamente à defender la Causa ; porque sin embargo de que se le haya hecho requerimiento , ha de seguir la dicha Causa el comprador , sino es obligandose el vendedor en la forma de nuestra principal clausula : *ut ita notat Anton. Gom. 2. tom. Var. resol. cap. 2. n. 47. vers. Sed his non obstant.*

14 Finalmente se concluye , que si el que está obligado à la dicha evicción fuere Clerigo , tiene obligacion à defender aquella Causa ante el Juez del comprador : y por el contrario , si el

vendedor fue Seglar , ha de seguir el fuero del comprador , aunque sea Sacerdote : ut ita habetur in l. Venditor , ff. de Judiciis , & in l. 57. tit. 6. part. 1.

CAPITULO XVI.

Sobre la esterilidad , y clausulas conque las Escrituras de estos contratos han de ser otorgadas.

SUMARIO.

- 1 **S**I por causa de esterilidad se le debe remitir la pensión al Arrendatario , y debaxo de qué clausulas.
- 2 Renunciando los casos fortuitos , si habrá lugar la dicha remision.
- 3 Y si en esta dicha renunciacion se comprehenden los casos inopinados.
- 4 Y si en la general renunciacion se comprehenden todos los dichos casos , y debaxo de qué palabras.
- 5 Y si se han de entender los casos insolitos , & raro contingentes , aunque especialmente se hayan renunciado.
- 6 Refierense dos comunes opiniones en este caso.
- 7 Si por culpa , y negligencia del dicho Arrendador se debe enteramente pagar la dicha pensión.
- 8 Y si se debe omitir , siendo arrendada la heredad , ó viña , por dos , ó tres años especialmente quando el uno de ellos fue tan abundante en frutos , que suplió el precio de los demás.
- 9 Si por el juramento es visto renunciarse todos los dichos casos fortuitos.
- 10 Si en las rentas Reales há lugar la dicha remission , aunque sean por qualesquier casos fortuitos.

UTrám, si el colono, inquilino, ó arrendador, por causa de esterilidad , sin que de ninguna manera se les pueda imputar culpa , tendrán accion a pedir remission del precio del dicho su arrendamiento ; y aunque es verdad , que no es la mayor duda la propuesta , porque parece nadie la ignora ; pero con todo esso , lo dificultoso de ella es cierto , que si muchos lo saben , muchos lo ignoran , especialmente los Escribanos , que es imposible , no siendo Letrados , tener noticia de esta materia ; cuya duda es la que se ofrece sobre la renunciacion , y clau-

sula de esterilidad, que para manifestar sus efectos es justo que se noten sus palabras, que son del tenor siguiente: „ Y con con-
 „ dicion, que por falta, ò abundancia de agua, ò por yelos, ò
 „ ayres, o fuego; y aunque suceda, y prevenga esterilidad ge-
 „ neral, ò suceda caso no pensado; *b.* è inopinado, y que por
 „ las dichas causas no cojais fruto alguno de la dicha heredad, *c.*
 „ y huerta en todo el tiempo del dicho arrendamiento, no podais
 „ pedir descuento, ni remission de la cantidad, por que os ha
 „ sido arrendada, ni hacer dexacion de ella, ni provecnaros de
 „ las leyes que tratan de esterilidad, y casos inopinados, y no
 „ pensados, renunciando, como desde luego renunciáis, la *ley*
23. del tit. 8. de la quinta Partida.

2 Ibi: „ Y aunque suceda, y prevenga esterilidad, *a.* Y de
 qualquier manera que suceda esterilidad en la heredad, huerta
 arrendada, sin que de ella se le impute culpa alguna al arrenda-
 tario, y colono, ora suceda por fuerza de enemigos, destruyendo,
 ó llevandose los frutos; ora por el crecimiento de los rios, y el
 mar, ò por la poca abundancia del agua, ó por rebolton, ò otra
 qualquier polilla, que destruya el fruto, ó por fuego, ó ra-
 yo, ò por otra qualquier causa, aunque sea por destruccion de
 animales, como sucede en los ossos, texones, y guarduños, en
 los arrendamientos de los colmenares ha de ser libre el dicho
 arrendador de la paga de la pension: *ut ita habetur in l. Si*
merces, §. Vis major, & in l. Ex conducto, §. Si vis, ff. Loca-
to, l. Licet. 1. C. eod. tit. cap. Propter sterilitatem eodem tit.
 & *in l. 22. tit. 8. p. 5. ibi:* „ Destruyendose, ó perdiendose los
 „ frutos de alguna heredad, ó viña, ò otra cosa semejante que
 „ huviesse arrendado un ome de otro, por alguna ocasion que
 „ acaeciessè, que non fuèssè muy acostumbrada de avenir, assi
 „ como por avenidas de rios, ò por muchas lluvias, ó por gra-
 „ nizo, ò por fuego que los quemasse, ò por hueste de los ene-
 „ migos, ò por assomadas de otros omes que los destruyessen, ò
 „ por sol, ò por viento muy caliente, ò por aves, ó por langos-
 „ tas, ó otros gusanos que los comiessen, ó por alguna otra oca-
 „ sion semejante de estas, que tollesse todos los frutos, deci-
 „ mos, que non es tenuto el que los toviesse arrendados de dar
 „ ninguna cosa del precio del arrendamiento que oviesse prome-
 „ tido à dar. Y hasè de notar, que de la misma manera que al di-
 „ cho arrendador se le remite la dicha pension, por causa de la di-
 „ cha esterilidad; assimismo se debe aumentar el precio del dicho

arredamiento, quando la dicha heredad rindió doblado el fruto de lo que comunmente solia llevar: *ut in l. 23. d. tit. 8. par. 5. ibi:*
,, Otrosí decimos, que si por ventura acaeciere, que la heredad,
,, ò la cosa arrendada, rindiere tan abundantemente un año, que
,, pueda montar mas del doblo que solia rindir un año con otro
,, comunmente, que entonces debe otrosí, el que la tiene arren-
,, dada, de doblar el arrendamiento, si esta abundancia vino
,, por aventura, è no por alucia del que la labrasse de mas labo-
,, res que solia, ò por otras mejorias que ficiesse en la cosa. Lo
qual assimismo se exemplifica en el arrendamiento del mismo,
que si por alguna ocasion se destruyesen otros algunos, que estu-
viessen en el mismo rio, y parte, por cuya causa rindiesse, y mo-
liesse mas que entonces, debe pagar doblado el dicho arrendamien-
to, ò segun, y conforme ganaban los dichos molinos destruidos, *se-*
cundùm ut in d. l. Si merces, §. Si vis major, ff. Locat. Abb.
in d. c. Propter sterilitatem, ad fin. eod. tit. Paul. de Castro in l.
Cotem, §. Qui maximo, ff. de Public. & vect. ubi ponit istud exem-
plum de molendino, quem refert Greg. Lopez in d. l. 25.
gloss. 6.

3 Ibi: ,, O suceda caso no pensado, *b.* è inopinado. Y re-
nunciando el dicho arrendador la esterilidad, es sin duda, que
tiene obligacion à pagar toda la pensión, y precio del dicho ar-
rendamiento: *ut in l. Si quis fundum in principio, ff. Locati, leg.*
Licet, C. ecdem, l. Quæ fortuitis, C. de Pign. action. & in d. l. 23.
tit. 8. p. 5. ibi: ,, El primero es, si quando se fizo el pleyto del
,, arrendamiento, se obligó el que recibió la cosa, que por qual-
,, quier ocasion que se perdiesse el fruto, á èl perteneciesse el
,, daño, & ita affirmat communis Doctorum sententia: quam re-
ferunt, ac sequuntur Ant. Gom. 2. tom. Var. res. c. 3. n. 19. Al-
var. Velasc. q. 27. n. 34. Arias Pinell. in l. 2. C. de Rescind. vend.
1. p. c. 3. n. 26. Gutier. de Juram. confirm. 1. p. c. 24.

4 Cuya doctrina procede, y se estiende, aunque la renun-
ciacion sea generalmente, sin que sea necessario hacer particular
mencion de ninguno de los dichos casos fortuitos, porque bastará
decir: ,, Renunciando, como desde luego renuncia, el dicho ar-
,, rendador todos, y qualesquier casos, fortuitos; y aunque tan *Formatur*
solamente se diga: ,, La qual heredad el dicho fulano arrienda, *alia clau-*
,, tomando, como en sí toma, qualquier peligro, que en la dicha *sula.*
,, heredad sucediesse: *ut cum Bart. & aliis tenet Ant. Gom. loco*
citat. n. 19. Greg. Lop. in d. l. 23. gloss. 1.

5 Pero lo que se puede dificultar, es, si en la dicha renunciacion general, ò especial, será visto comprehenderse assimismo los casos insolitos, & rato contingentes, cuyos casos no se presumirá que havian dd suceder en aquel lugar, y region, por no haver memoria de hombres, ò por no haverse oïdo, ni sucedido tiempo de mas de quarenta años. A lo qual se responde con la distincion siguiente; y es à saber, que si en la Escritura de arrendamiento tan solamente se renunció generalmente por el Arrendador los casos fortuitos, sin expressar alguno, no hay duda, sino que fue visto comprehenderse los casos acostumbrados; y de los que se presumian, y entendian podian suceder; pero no de los insolitos, & rato contingentes, de los quales no se tenia memoria, ni se entendia podian suceder: *ut in l. Si fistulas, §. Frumenta, ff. de Contrabend. empt. & ibi notat Bart. & communiter DD. Ant. Gom. ubi sup. n. 19 Gutier. de Juram. confirmat. cap. 24. n. 6. & alii, quos citat.*

6 Y aunque es verdad que hay diversas opiniones en este caso, y que muchos Doctores afirmaron, que no solamente en la dicha renunciacion se comprendian los casos acostumbrados; pero tambien los insolitos, & rato contingentes, como assi lo tuvo Arias Pinel. cum Bald. & aliis, quos citat *in l. 2. C. de Rescindenda vendit. 1. part. cap. 3. n. 26. usq. ad n. 33. Gregor. Lop. in l. 23. glos. 1. tit. 8. p. 3. & in l. 3. tit. 2. ead. part.* La qual opinion, aunque es juridica, y probable, es mas practicable la primera in judicando, & consulendo, y se ha sentenciado muchas veces en esta conformidad, segun Cevallos *in lib. 2. Commun. contra Commun. cap. 702.* Aunque parece, que para su opinion se inclina algo á la de Baldo, por decir, que siempre entendió aquel texto muy diferente que su Maestro; y con todo esso, parece vâ siguiendo la comun; aunque en dos casos se podria limitar la dicha primera opinion; que el primero es; si se renunció, diciendo assi: Los casos insolitos, y de raro contingentes, como los opinados, è inopinados, por ser visto obligarse à todo rigor, segun afirma Pinelo en el lugar supra citado haver sido determinado en el Senado Real. Y el segundo es, quando se renunció expressamente algunos casos, con tanto, que por el que sucedió la esterilidad, sea igual, y no mayor á los expressamente renunciados: de que para mi tengo por mejor el consejo expressarlos todos: ,, Assi como avenidas de rios, lluvias, granizo, yelo, ,, sol, ayre, fuego, rayos, enemigos, ladrones, ossos, lobos,

„perros, garduños, texones, polilla, y de gusanos, y otro
„qualquier genero de animales, de dos, ó quatro pies, que se
„juzguen, ò no por inopinados.

7 Ibi: „De la dicha heredad. Y en caso que el dicho Arrendador no huviesse mirado por la cosa arrendada, assi como no haver hecho los aprovechamientos necesarios de arar, y cultivar los frutos, no hay duda, sino que no havrá lugar la esterilidad, aunque no se hayan renunciado los casos fortuitos, general, ò expressamente; especialmente, si por aquella causa se perdieron: *ut in l. Ex conducto, §. Eo, & in l. Si merces, §. Culpa, ff. eodem, & in dist. l. 23. tit. 8. par. 5.* Y lo proprio es, si despues de cogidos los frutos los consumiesse algun caso.

8 Demàs de lo qual, no havrá lugar la dicha esterilidad, quando en uno de los años de arrendamiento rindió tanto fruto, que su valor fuesse suficiente à pagar los años esteriles, siendo debaxo de un arrendamiento, y Escritura, y no separadas: *ut ita sentit Bald. in l. Licet, & ibi Salicer. C. de Locat. & in dist. l. 23. tit. 8. par. 5.* Todo lo qual se estiende, y no hà lugar la dicha esterilidad, quando los frutos, que se perdieron, estaban sujetos mas á un caso, y calamidad, que à otro alguno en aquella region, y lugar, aunque no se hayan renunciado, *ut in l. Ex conducto, §. Si vis, vers. Sed & si accideret, ff. Locat. & in l. 21. tit. 8. par. 5.* Y esto se ha de entender, no siendo los casos inusitados, ò mayores, y de mayor rigor, como assi lo he visto determinado en primera instancia, en un pleyto de colmenas. Y assimismo no havrá lugar la dicha esterilidad, quando los frutos que se cogieron, bastaron para pagar la mitad del arrendamiento, sacando las expensas, y no siendo engañado en la mitad mas de su justo valor, y precio: *ut in l. Licet, C. de Locato: Covar. de Pract. Quæst. cap. 30. §. Quamobrem: Arias Pinell. in l. 2. C. de Rescind. vendit. 1. par. cap. 3. num. 12. Anton. Gomez. 2. tom. Var. res. cap. 3. num. 3. Alyar. Velasc. de Jure emphyt. quæst. 27. §. quinto, num. 24. Greg. Lop. in dist. l. 22. verb. En su escogencia;* de cuyas palabras assimismo se colige y prueba, ibi: „Pero si acaeciesse, que los frutos no se perdiesen todos, y cogiere el Labrador alguna partida de ellos, entonces en su escogencia seria de dàr todo el arrendamiento al señor de la heredad, si se atreviere á darlo; è si no, sacar parasi las despensas, è las misiones que fizo en labrar la heredad; è lo que sobrare, delo al señor de aquella cosa que tenia

„ arrendada. Y refiere Covarrubias en el lugar citado, que en caso de duda, quando no se puede liquidar con certeza, quanto se entienda haver cogido mas, ó menos de lo que puede valer el valor del dicho arrendamiento, ò porque los testigos, assi de una parte, como de otra, son varios en sus deposiciones, que entonces se debe juzgar en favor del arrendador, remitiendole la possession por el valor de la tercia, ó quarta parte, adonde dice assi haverse determinado muchas veces en la Chancilleria de Granada. Con la qual doctrina consiente Alvaro de Velasco en el lugar citado: con lo qual no se conforma el doctissimo Molina de *Justitia, & Jure*, en el lugar supra citado, adonde dice; en caso de duda, juzgará, segun las decissiones de las dichas Leyes Reales de Partida: *ut eum vide in tract. 2. disp. 395. num. 9.* Y para quitar todas estas dichas dudas, es bueno renunciar los dichos casos fortuitos; y demàs, será bueno renunciar la dicha ley 22. tit. 8. par. 5. porque en efecto habla en favor del Arrendador, y se puede renunciar, *l. Si quis in conscribendo, C. de Pactis.*

9 Finalmente se advierte, que en este contrato no puede intervenir juramento, porque sin embargo no havrà lugar, aunque juntamente se haya renunciado generalmente el auxilio de las leyes: y esto se ha de entender, quando no precedieron las cláusulas de renunciacion supra referidas; porque en realidad de verdad, faltando, y siendo omissas, no por esso es visto haverse renunciado los dichos casos fortuitos; porque tan solamente el juramento es visto referirse à aquellos casos, à los quales se refiere la dicha renunciacion, siendo en la forma que dicho es: *ut in l. ult. C. de Non numerat. pecun. & alia similia affirmat Bart. & communis Doctorum sententia: quam referunt, & sequuntur Alvar. Velasc. ubi sup. n. 27. Gutier. de Juram. confirmat. cap. 24. n. 12.*

10 Y para conclusion de este capitulo, se debe notar, que de ninguna manera en todas las Rentas Reales no puede haver descuento alguno de la dicha pensión, aunque no se haya renunciado ninguno de los dichos casos fortuitos, pensados, ò no pensados: *ut in l. 2. tit. 9. lib. 5. Novæ Recop. & ibi Acev. per totam.*

CAPITULO XVII.

Sobre la clausula de la renunciacion de los casos fortuitos, en arrendamiento de casas, heredades, y otros edificios, adonde por su orden se traen á la memoria muchos casos, que en esta materia son los mas dificultosos.

SUMARIO.

QUál culpa se debe imputar al arrendador, para quedar obligado á los casos fortuitos, y con qué clausulas quedará obligado el dicho arrendador á los dichos casos fortuitos.

2 Y si regularmente estará obligado el dicho arrendador á los dichos casos, sucediendo por su culpa.

3 Cómo se conoce qual sea dolo, culpa leve, lata, ò levissima, & ibi n. 4.

5 Y si estará obligado el dicho arrendador por culpa de sus criados.

6 Oficiales, si tienen obligacion á pagar el daño, por razon de los casos fortuitos.

7 Mula, ò Cavallo, siendo alquilados para un Lugar, y parte, y siendo llevados á otro, á quien se imputará el daño, siendo muertos por casos fortuitos.

8 Si renunciando los dichos casos, el dicho arrendador quedará obligado á los dichos casos fortuitos por qualquier culpa.

9 Y si en la general renunciacion se comprehenden todos los dichos casos fortuitos.

10 Aquien pertenece el peligro del incendio de la casa quemada, y abrasada.

11 Casos insolitos, si se comprehenden en esta dicha renunciacion.

UTRUM, si por leve, ò lata culpa, el arrendador, ò inquilino de la cosa arrendada, no habiendo obligándose á los casos fortuitos, tendrán obligacion á pagar, y satisfacer aquel daño, que durante el dicho arrendamiento sucedió. Y para que á lo que se propone, se responda con fundamento, observando el estilo de nuestra materia, se notarán las palabras de la clausula siguiente; porque demàs de ser causa de quitar medios para

Formatur
alia clau-
sula.

para muchos Pleytos, que cada dia suceden por las dichas causas, se advertiràn por sus apostilas los casos más contingentes, y cotidianos, que en la dicha materia pueden suceder, scilicet: „ Obligandose, como se obliga, el dicho fulano, que si en alguna manera no cumpliere las condiciones contenidas en esta dicha Escritura, pagará todo el daño *a*, y peligro, que por las dichas causas sucedieren en las dichas heredades, ó casas, renunciando como renuncia *b*, todos los casos fortuitos, opinados, è inopinados, de fuego, agua, granizo, y generalmente los demás casos que pueden suceder.

2 Ibi: „ Pagará todo el daño *a*. Y es à saber, que el arrendador, colono, ò inquilino, que para su proprio uso, y aprovechamiento alquilò la casa, ò arrendò heredad para gozar de su usufructo; regularmente està obligado al daño; y el arrendatario que por su culpa, y dolo succediere en la cosa arrendada, ora sea de lata, aut levi culpa: *ut constat ex l. Item quæritur, §. Si gemma, leg. Si quis fundum in princip. & §. Celsus, & ex l. Sed, & damno, ff. Locat. & ex §. ult. Inst. Quib. modis re contrb. obligat. & ex l. 8. tit. 8. part 5.* adonde todos los Doctores convienen, està obligado el dicho arrendador, sino es por culpa levissima.

3 Y para conocerse qual sea el dolo, ò culpa, leve, ó lata aut levissima, solo se ha de considerar, si lo que se hace es execucion de la nula voluntad, astucia, y maldad en decir ò en hacer lo que và dirigido en perjuicio, y daño del otro; y de esta forma, segun la circunstancia del caso, se puede colegir, y presumir qual sea dolo, y lata culpa: *ut in l. 1. §. 1. ff. de Dolo.*

4 Y assimismo se podrá entender quando sea lata, ò leve culpa, quando por descuido, y negligencia resultò algun daño, que por diligentissimos medios no pudo suceder: *ut in l. Quod nerva, ff. de Posit. docet Bart. Panor. in c. unic. de Commodat.*

5 Y no solo estará obligado el dicho arrendador de su propria culpa, pero tambien de sus mismos criados, que hicieron el daño: *ut in l. Videamus, in princ. junct. l. Qui insula, §. ult. ff. Locat.*

6 De aqui se sigue, que si el Sastre, Carpintero, Texedor, ò Tintorero, ò el Batanero, que en realidad de verdad reciben estipendio, por razon de los dichos sus officios, que de qualquier manera que succediesse el peligro en la obra que se les dá à hacer, assi como si se quemasse, ò si la hurtassen, ó la royessen ratones, ò por su impericia la echassen à perder, tendrán obligacion à pagar su valor, y estimacion: *ut in l. Item quæritur, §. Si fullo, & in l. Si quis*

quis fundum, §. *Gels.* ff. *Locat.* & in l. 12. tit. 8. part. 5.

7 Y si la Mula, ò Cavallo fueron alquilados para un Lugar, y parte, no havrà obligacion á satisfacer su valor, si en aquel camino peligrassen sin culpa del que los recibò; pero si fue por culpa suya, assi como si fue à otra diferente parte, y lugar de para adonde se les dieron, ò porque por andar mas leguas de su ordinario, y por estas dichas causas sucediesse algun peligro, tendrà obligacion el que los recibe al dicho su valor, y estimacion: *ut in cap. unic. de Commodat.* §. *Item is, vers. An is, in fin. Quib. mod. vendere contrahitur obligat.* & in l. *Si ut certo*, §. *Nunc videndum, vers. Quod verò*, & in l. *In reb. in princip.* ff. *Commodat.* & in l. 3. tit. 2. par. 5. & in l. 8. tit. 8. par. 5.

8 De aqui se sigue, que si por culpa, ò negligencia de los Pastores se perdieron algunas cabezas de ganados, que tendràn obligacion á dár, y restituir su valor, segun la decission de la ley 18. d. tit. 8. part. 5. sino es por caso fortuito, de que estando el dicho Pastor presente, no lo puede remediar; *ut ibi Greg. Lop. gloss. 1. Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 494. n. 12. y 13.* adonde dice, que en caso de duda, se ha de estàr al juramento del dicho Passor, concurriendo otras vehementes presumpciones, assi como entregar las pieles, y pedazos del dicho ganado; aliàs serà condenado á pagar el detrimento, y daño, que se dexa á arbitrio de una, ò dos personas prudentes: *ut etiam colligitur ex l. Si quis fundum*, §. *Imperator* ff. *Locat.* & *ex l. ult. ff. de Custod. reorum*, & *ex d. l. 15. tit. 8. part. 5.*

9 Ibi: ,, Renunciando, como renuncia *b.* Todo lo qual por la dicha renunciacion cessa, aunque los dichos casos fortuitos sucedan por causa, y culpa leve, ò levissima: *ut in d. l. Si quis fundum, in princip.* ff. *Locat.* & in *cap. unic. de Locato*, & in l. 8. tit. 8. part. 5. ibi: ,, El primero es, si quando logrà la casa fizo tal Pleyto con el señor de ella, que como quier que acaeciesse de la cosa, que fuesse tenuto de la pechar.

10 Ibi: ,, Y generalmente. Y no solo se han de entender los casos especificados, pero tambien los demàs que no lo fueren, obligandose en esta forma: *ut ex gloss. & ibi commun. DD. in l. Sed & si quis*, §. *Quæsitum* ff. *Si quis cant. Salic. in l. 1. C. Commod. vers. Quæro nunc, circa secundam partem.* Aunque en los casos insolitos se dirà lo que diximos en el capitulo precedente.

11 Y si entrè los dichos arrendatario, y arrendador fuere convenido, que en la dicha casa no se encienda lumbre, y de en-

cenderse, se quemasse la dicha casa, quedara obligado el dicho arrendador à su valor, y estimacion: *ut in dict. l. Si quis fundum,* §. 1. ff. *Locat.*

12 Y en quanto á los casos insolitos, é inopinados, assi en estos contratos, como en los demàs, se guardará lo que assimismo diximos en el capitulo precedente.

CAPITULO XVIII.

Sobre la clausula de la mancomunidad, y renunciacion de la *authentica Presente, C. de Fidejussorib.* y el *authentica Hoc ita, C. de Duobus reis*, y renunciacion de la excursion, y division.

SUMARIO.

1 **S**I por la clausula de la mancomunidad, y renunciacion de la excursion, y division, podrá primeramente ser conuencido el fiador, ibi n. 2.

3 Y si obligandose *insolidum*, quedará cada uno obligado por su parte.

4 Y si lo podrán ser, siendo fiadores por una sola deuda, é *individa*, especialmente siendo Labradores.

5 Y si por negar serlo en la dicha Escritura, quedarán obligados.

6 Y si por la fianza de la haz, en Causas Criminales, assimismo lo quedarán.

7 Y si en los dichos casos es necessario que primero se haga excursion en los bienes del principal deudor.

8 Si por la cession de acciones se puede pedir à los demàs obligados, y confidejussores, especialmente tocandole à él solo la utilidad de la deuda, ibi n. 9.

10 Si por no darse incontinenti esta dicha cession, perderá este derecho el dicho fiador.

11 Y si por la dicha cession succede en lugar de la deuda el dicho fiador, assi en privilegio, como en prelación.

12 Si haciendo de deuda agena suya propia el fiador, quedará *insolidum* obligado.

13 Y si assimismo no lo quedará, renunciando el *authentica Presente, C. de Fidejussoribus.*

14 Si para hacer lugar la excepcion de la dicha excursion, es unnecessary que se oponga.

15 *Y si por la renunciacion de la dicha excursion, y division, podrá el fiador ser primeramente convencido.*

16 *Fiador de indemnidad, si lo podrá ser, aunque haya renunciado la dicha excursion, y division.*

17 *Y si havrà lugar poder ser convenido insolidum, obligandose como principal.*

18 *Si por no haver pedido en tiempo el acreedor la deuda à su deudor, serán libres los dichos sus fiadores, y quando puede ser apremiado el deudor à dár nueva fianza, ò dár liberacion de ello, ibi num. 19.*

1 **U** Trám, si el fiador, no haviendo renunciado la excursion, y demás leyes en su favor, primeramente podrá ser convenido de su acreedor, sin hacer primero, y ante todas cosas, excusion en los bienes del principal obligado, y pagador. Y por ser question que en sí parece tiene alguna dificultad, será bien se advierta por las palabras mas principales de la clausula comun de las dichas fianzas lo que no es justo se ignore en semejantes contratos, que su tenor es el siguiente; scilicet: „ Sepan „ quantos esta Carta vieren, como yo fulano, vecino de tal parte, „ como principal, y fulano, como su fiador, y principal pagador, „ a, haciendo, como desde luego hace, de deuda agena suya „ propia b, y à voz de uno, y cada uno insolidum, obligados „ por el todo, renunciando, como renunciarnos expressamente, la „ ley de *duobus reis debendi*, y el *authentica Presente, C. de Fijussoribus c*, y el beneficio de la excursion d, y division, como en ellas se contiene.

Formatur alia clausula.

2 Ibi: „ Como fiador, y principal pagador a. Y aunque de Derecho Comun, obligandose dos, ò muchos sobre una misma cosa indivisa, que esso es lo que quiere decir *de duobus reis*, no quedan obligados insolidum, sino es cada uno por su parte, sino es renunciando el *authentica Hoc ita, C. de Duobus reis*, segun la ley *In reos, §. Cum in tabulis, ff. de Duobus reis & ita refert Aceved. in l. 1. tit. 16. lib. 5. Recop. n. 1.* pero hoy, por Derecho mas nuevo, obligandose dos, ò muchos de mancomun en una Escritura, como principales, en la forma que dicho es, podrán ser convenidos cada uno por toda la cantidad, aunque no hayan renunciado la dicha *Authentica*, y Leyes de Partida, como expressamente lo declara la dicha ley *1. tit. 16. lib. 5. Recop.* Cuyas palabras son las siguientes: „ Establecemos, que si dos personas se obli-

„ garen simplemente por contrato , ò en otra manera alguna , pa-
 „ ra hacer , y cumplir alguna cosa , que por esse mismo hecho se
 „ entienda ser obligados cada uno por la mitad , salvo si en el tal
 „ contrato se dixere , que cada uno sea obligado *insolidum* , ò
 „ entre si , ò en otra manera fuere convenido , è igualado ; y esto
 „ no embargante qualesquier leyes del Derecho Comun , que
 „ contra esto hablan ; y esto sea guardado , assi en los contratos
 „ passados , como en los por venir. Por manera , que segun nos
 dá á entender , antiguamente no quedaban obligados , sino es cada
 uno por su parte , aunque se obligassen *insolidum* , y como prin-
 cipales ; y era al contrario , obligandose uno como principal , y
 otro como fiador ; porque aunque fuessen obligados *simpliciter* ,
 podian ser convenidos cada uno *insolidum* , no estando presente el
 principal pagador , y obligado deudor : *ut ita in l. Inter fidejusso-*
res , ff. de Fidejussoribus , l. Nun rectè , C. eod. & in §. Si plures ,
Instit. eod. l. 1. C. de Constitut. pecun.

3 Y obligandose dos , ò muchos *insolidum* , como fiadores de
 una misma deuda individua , serán *insolidum* convenidos cada
 uno por toda la deuda , salvo si fueren Labradores , por ser exclu-
 dos de esta dicha obligacion de fianza ; y aunque cada uno se obli-
 gue *insolidum* , como fiador , segun se prueba de la Pragmatica ,
 que se promulgò en Madrid , en favor de los dichos Labradores ,
 en el año de 1619. adonde claramente consta , no pueden ser fia-
 dores , sino es unos de otros. Y lo que dudar se puede en este ca-
 so es , si los dichos Labradores , supuesto que como fiadores no
 pueden obligarse , lo podrán como principales de mancomun , ha-
 ciendo de deuda agena suya propria. Y aunque es verdad , que
 de qualquier manera pareciesse en fraude de la dicha Ley , y Prag-
 matica , por cuya causa muchos Escribanos , por temor de la
 pena de ella , no quieren recibir las dichas obligaciones ; pero con
 todo esso , se ha de tener lo contrario en nuestro caso , como assi
 respondió el doctissimo Cevallos , Abogado en la Ciudad de To-
 ledo , que por sus Obras á todos es notoria su doctrina , confor-
 mandose con un parecer , que yo di en propios terminos , sobre
 el arrendamiento de la Escribania de esta Villa de Yevenes , que
 su tenor es el siguiente : „ Vista la Escribania de la Villa de Ye-
 „ venes , digo , que en ella no hà lugar la Pragmatica de los La-
 „ bradores , que no se pueden obligar por fiadores de quien no
 „ lo es ; porque la dicha Escribania está arrendada de mancomun
 „ para todos , sin distincion de principales , ni fiadores , antes to-
 „ dos

„ dos son principales arrendadores, y la pueden servir; y assi ten-
„ go por bastante la Escritura, y que nadie se podrá valer del
„ privilegio de fiador, porque están excluidos por la Escritura.
Y assi con los dichos pareceres fue otorgada la dicha Escritura de
arrendamiento; y assi se ha de limitar la dicha Pragmatica, siem-
pre que se ofreciere, salvo siendo las dichas obligaciones otorga-
das en favor del señor del Lugar, en cuya jurisdiccion vivieren;
porque entonces no se pueden obligar como fiadores, ni princi-
pales del señor del tal Lugar: *ut in Pragmat. del año de 1544. n. 5.*

4 Y la segunda razon por que pueden, y quedan obligados
como fiadores los dichos Labradores, aunque no sea entre ellos
mismos, es quando al tiempo de otorgar las dichas Escrituras de
fianzas, negaron ser Labradores, y tal se presumian; por cuya
causa pierden el dicho privilegio, en su favor concedido; porque
assi como un hijodalgo, ó menor, ó muger, que de derecho se les
concede el no poder ser presos, obligados, y convenidos en mas
de lo que pueden, niegan su calidad, y por el mismo hecho la
pierden; assimismo los dichos Labradores no se podrán favorecer
de la dicha excepcion: *ut ita colligitur ex leg. 1. C. Ad Maced.
& ibi gloss. & in l. Quicumque, ff. de Re judicat. & in l. 1. & 2. C.
Si minor se majorem dixerit. Gutierr. 1. part. cap. 16. n. 25. & 26.
de Juram. confirm. Baez. de Inop. debitore, cap. 16. n. 93. & 94.
Ant. Gom. in l. 79. Taur. n. 14. & in 2. tom. Var. res. cap. 11. n. 54.
Aceved. in l. 4. & 5. tit. 2. lib. 6. Recop.*

5 La tercera razon por que el Labrador puede ser preso por
razon de la dicha fianza, es, quando se obligò debaxo de la fian-
za de la haz à pagar lo juzgado, y sentenciado en Causa Criminal
por la condenacion pecuniaria; cuyo simil infiero del hijodalgo,
que en esta dicha forma se obliga, por militar la misma razon en
el uno, y otro caso; porque la fuerza de la fianza, y Escritura
guarentigia obliga á los privilegiados, y les sugeta à la dicha obli-
gacion, y prision, por hacer de deuda agena suya propria: *ut ita
tenet Castell. in sua Polit. lib. 5. cap. 6. & 15. n. 24. & 18.*

6 Y porque diximos en el numero sexto, que obligandose
como fiadores, serán *insolidum* convenidos, hase de entender, ha-
ciendo primero excursion en los bienes del principal deudor; sino
es en caso que el principal, y fiadores se hayan obligado en una
misma Escritura todos, como principales deudores, y pagadores,
que entonces no se requiere excursion, sino que qualquiera de

ellos puede ser convenido enteramente por la deuda principal: *ut in d. l. 1. tit. 16. lib. 5. Recop.* Y es la razon, que la dicha ley, no solamente se ha de entender de los que principalmente se obligan, pero tambien de los fiadores, accessoriamente obligados, como principales: *ut in l. 8. tit. 12. part. 5. ibi:* „ Muchos omes, „ entrando fiadores en uno, è obligandose cada uno de ellos en „ todo de dár, ó de facer alguna cosa por otri, son tenudos de „ lo cumplir en aquella manera que lo prometieron, de guisa, „ que aquel que recibe la fiaduria, puede demandar à todos, ó „ cada uno por sí, toda la deuda que le fiaron: & ita docet Greg. Lopez *ibi gloss. 1.* adonde dice, que obligandose en la forma que dicho es, no es necessario renunciar la division, ni el beneficio *Divi Adriani*; porque sin embargo de ella, no havrà lugar su excepcion; y por el contrario, si renunciaron el dicho beneficio, y no se obligaron *insolidum*, como principales, no pueden ser convenidos, sino es cada uno por su parte. Y assi se colige de la dicha *ley 8. ibi:* „ Pero si los fiadores no se obligassen cada uno „ por todo, mas dixessen simplemente: Nos somos fiadores por „ fulano de dár, ó de facer tal cosa, entonce, si todos son valiosos para poder pagar la fiaduria à la sazón que se demanda la „ deuda, decimos, que non puede demandar la cosa el señor de „ la deuda à cada uno de ellos. E si por aventura algunos de los „ fiadores fuessen tan pobres, que non oviessen de què pagar „ aquella parte que les cabe, entonce los otros que oviessen de „ què lo facer, quier fuessen uno, ò muchos, son tenudos de pagar toda la deuda principal, ò de cumplir aquella cosa que fiaron. Y assi reprueba Acevedo en la misma *ley 7.* las superfluas notas de muchos Escribanos, que despues de haverse obligado los dichos fiadores, cada uno por su parte, en las dichas Escrituras de fianza, renuncian el dicho beneficio de la division, y excursion, de que es superfluo, y no por esso siguen su efecto.

7. Y es necessario en tanta forma, que los dichos fiadores, y principal se obliguen en una misma Escritura, para que todos sean obligados *insolidum* en la forma que dicho es; que si se obligaron en diferente Escritura, los dichos fiadores, sin el principal, no quedaràn obligados *insolidum*, porque primero se ha de hacer excursion en los bienes del principal deudor. Y esto procede aunque en la dicha Escritura de fianza se haga mencion, que se obligan, como principales deudores, haciendo de deuda agena suya propria: *ut ita notat Petr. Duñ. reg. 335. limit. 5. quem refert,*

& sequitur Gutierr. *lib. 1. de Juram. confirm. cap. 23. n. 8. & 11.*

8 Y pagando uno de los deudores principalmente obligados, no puede pedirla toda á los demàs, ni al uno de ellos, sino á cada uno la parte que de ella le tocàre, conforme la cantidad de la dicha deuda, y del numero assi obligados: *ut in gloss. l. Cum apparebit in fine, vers. Recuset. ff. Locati, & in l. 11. tit. 8. part. 5.* Aunque Gregorio Lopez en la misma ley, glos. 5. dixo: Esta ley tan solamente se ha de entender, quando los dichos fiadores se obligaron simpliciter; pero no quando se obligaron insolidum; porque entonces, con cession de acciones del acreedor, puede cobrar el dicho fiador insolidum obligado, y pedir toda la cantidad (salvo la que le toca pagar) à qualquiera de los demàs fiadores, y principales deudores, supliendo entre todos la parte del fiador que no pudiere pagar: *ut ita sentit Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 544. n. 5. & 6. cum Bart. in l. Modestin. in glos. ult. ff. de Solut. quem ipse Mol. & Greg. Lop. refert, ac sequitur in loc. sup. cit.* La qual opinion se ha de seguir, segun la decision de la dicha ley 1. tit. 16. *Recop.*

9 Lo qual no procede, aunque sea con cession de acciones, quando la utilidad de la deuda que paga, toca à èl solo, y no á los demàs: *ut ita notat Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 12. à n. 3.* Y lo proprio se entiende, siendo fiador tan solamente, quando à èl solo toca el provecho de ella, secundùm Bart. & Paul. de Cast. *in d. l. Modest. n. 8. ff. de Solut.*

10 Y es comun resolucion de muchos, y graves Doctores, que no dandose incontinenti esta dicha cession de acciones como se paga la deuda, es de ningun valor, y efecto, sino es pidiendola al tiempo de la dicha paga; porque presume el Derecho, que la paga no fue con animo de que le cediesse sus acciones para contra los demàs, y fue visto pagar en su nombre del principal deudor: *ut in l. Modest. cit. & in l. 11. t. 12. p. 5. & ibi Greg. & comm. DD.* Las quales dichas leyes se han de entender, quando el que paga es assimismo principalmente obligado, pero no quando pagò como fiador accessorio, de que no lo estaba insolidum, como se prueba, y colige *ex leg. Si mandato, ff. de Fidejus. & in glos. ult. l. Papinian. ff. Mandat. cum text. ibi, text. in leg. Stichum, §. Si mandato, ff. de Sol.* adonde se prueba tiene assimismo accion contra el principal deudor.

11 Pagando, pues, como dicho es, el dicho fiador, y tomando cession de acciones en la forma que queda dicho, sucede
en

en su lugar, y tiene el derecho de autoridad en concurso de acreedores: *ut in l. Si à credit. C. de Action. & obligat. & in l. Mandati actio, C. de Fidejus. & in l. 45. tit. 13. part. 5. Gutierr. allegat. 4. n. 20.* adonde se prueba tiene el mismo privilegio, è hipoteca, *ibi: ,, Haciendo, como desde luego hace, de deuda ,, agena suya propria, b.* Y si el fiador en la dicha Escritura de fianza se constituyò por principal pagador, haciendo de deuda agena suya propria, en virtud de la dicha obligacion, no es necesario hacer primeramente excursion en los bienes del principal obligado, y pagador, sino que derechamente podrá ser executado el dicho fiador por toda la deuda, *secund. Alex. cons. 29. n. 35. lib. 7. fol. 165. Petr. Dueñ. in Reg. 335. limit. 5. Gutierr. 1. p. c. 25. n. 11. de Juram. confir.* adonde dice, que para que esto haya lugar, es necesario que la dicha fianza sea en una misma Escritura, y no distinta, sino es que se hace expressamente novacion de la principal: *ut sup. diximus cum Gutierr. n. 11. in fin.* Y esto es de notar, que el que embiare à otro cartas de fidelidad, assi como si dixesse: El portador que èsta lleva, es persona abonada, y se le puede dàr credito; ó si dixesse: Es cierto, que la deuda que te debe fulano, que te la pagará con puntualidad, porque es persona abonada; no hay duda, sino que de deuda agena no la hace suya; porque por el mismo hecho que uno aprueba à otro, diciendo, que es abonado, y rico, no queda obligado, sino es que por las palabras expressas, ò tàcitas consta, quiso quedar obligado, y que se le diesse por su riesgo: *ut ita norat Anton. Gom. in cap. 13. 2. tom. Var. n. 5. quem sequitur Aceved. in l. 13. lib. 3. n. 9. tit. 9. Recop. n. 121. ibi: ,, Y el ,, autentica Præsente, C. de Fidejussorib. c.* Y segun una ley de el Fuero, parece no es necesario hacer la dicha renunciacion, pues lo dexa en eleccion de el acreedor, *ut ibi: ,, Otrosì, si quisiere ,, demandar al fiador, puedelo facer, pues que ambos le son ,, tenudos, è obligados en su poder, es que demande à qualquier ,, de ellos, fuera si la fiadora fue fecha por alguna postura, ó ,, en otra manera.* La qual parece, que abiertamente corrige la autentica Presente, y Leyes de Partida, como assi lo afirma Monterroso en su Práctica, adonde dice se ha de practicar la dicha ley del Fuero, aunque no se haya renunciado la dicha autentica; la qual doctrina no se debe practicar, sino tan solamente adonde estuvieren en uso las dichas leyes del Fuero; no

siendo contrarias las leyes del Reyno: *ut in l. 1. Tauri, & ibi Tauristæ, & in l. terminis tenet Greg. Lop. in l. 8. glos. 5. dict. tit. 12. part. 5. Baez. de Inop. debit. cap. 5. n. 31. & 31. ubi asserit dict. l. Feri non esse in usu in Senatu Granatensi.*

13 Y de que sea necesario renunciar la dicha autentica, no siendo la obligacion *insolidum*, para executar derechamente al fiador, no hay duda; pues demàs de ser muy conforme à Derecho, consta por el comun estilo, que los Escribanos tienen en todas, y qualesquier Escrituras de esta calidad; porque de otra manera no se pudiera executar derechamente à los dichos fiadores, sin que primero no se hiciera excursion en el deudor principal. De que tengo por muy gran absurdo, que los dichos Escribanos renuncien la dicha autentica *Presente*, sin que primero las partes otorgantes presten consentimiento. Y es la razon, porque de renunciarla en la forma dicha fulano, no es sino obligarse como principal, supuesto que el acreedor puede executar à los dichos fiadores, sin hacer la dicha excursion; de lo qual se les hace perjuicio, y agravio; pues de no renunciar la dicha autentica, no pueden ser convenidos, sino es en caso que el dicho deudor no tiene bienes, ó en caso de ausencia: y entonces se les debe dár un termino competente para buscarle, segun arbitrio del Juez: *ut in dict. authent. Præsentè, C. de Fidejus. Petrus Dueñas ubi sup. limit. 6. Capell. Tolos. decis. 130. & in l. 9. tit. 12. part. 5. Molin. de Justitia, & jure, 2. tract. disp. 645. n. 2.*

14 Finalmente, en esta tercera parte se ha de notar, que si el fiador fuere executado, y no huviere renunciado la dicha autentica *Presente*, y las demás leyes en su favor, y no opusiere la dicha excursion, no será causa para dár por nula la dicha excursion, antes será condenado el fiador; porque aunque es verdad, que no puede ser executado, siendo obligado simplemente, sin la dicha excursion; pero con todo esso, para gozar de este dicho beneficio, es necesario que se oponga esta excepcion antes de la contestacion, ora sea en Causas Ordinarias, ó Executivas; salvo si es fianza de indemnidad; porque entonces, aunque no se oponga, se ha de entender segun su natural: *ut infra cum Bart. & Alexand. tenet Greg. Lop. in l. 14. limit. 3. citat. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 3. n. 14. limit. 3. Gutier. de Juram. confirm. n. p. cap. 23. n. 14. Acev. in l. 1. n. 177. tit. 21. lib. 4. Novæ Rec.*

15 Ibi: ,, Y el beneficio de la excursion. Y es à saber, que renunciandose este beneficio de la excursion, y division, podrá

ser executado el dicho fiador, sin que sea necesario hacer la dicha excursion en el principal deudor, *per l. fin. C. de Re judicat. Hippol. in Rub. de Fidejuss. n. 35. Ang. in §. Si plures, n. fin. Inst. de Fidejus. & ita affirmat Gutier. ubi sup. n. 24. 25.*

16 Y si la fianza fuere de indemnidad, que es obligarse al saneo, y seguridad de la deuda principal, ora sea la dicha fianza, y seguridad à los fiadores, ora sea el principal deudor, no habiendo mas fiadores, no se podrá executar al dicho fiador de indemnidad, sin que primero se haga excursion, no solo en el principal deudor, pero tambien en sus fiadores. Y esto procede, aunque haya renunciado la dicha excursion, y division, y aunque sea jurada: *ut ita tenet Gama decis. 379. Gomez 2. tom. Var. res. cap. 13. n. 3. per l. ult. ff. Si cert. petatur, & l. Decem stipulat. ff. de Verb. oblig. & l. 2. C. de Fidejus. tutor. Gutierr. ubi sup. num. 22. & 26.*

17 Lo qual se limita, si el fiador de indemnidad se obligò como principal, porque entonces no sigue su natural, por destruirse por la fuerza de las palabras: y si el fiador assegurò la deuda solamente al mismo principal, sigue el natural de las demás fianzas simples, *per l. Cum ostendimus, §. de Fidejuss. ff. de Fidejuss. tutorum.* Y en quanto el abono de tutores, *vide infra, c. 42. n. 78.*

18 Mas se advierte en esta fianza de indemnidad, que si el acreedor no pidió en tiempo al deudor principal, ó à sus fiadores la dicha deuda, no tendrá despues accion á pedirla al dicho su fiador de indemnidad, aunque el dicho acreedor no haya sido requerido para la cobranza de la dicha deuda, lo qual es al contrario en las demás fianzas, que sin hacer excursion, se puede executar à los dichos fiadores; pero no quando es necesario hacer excursion en el principal deudor: *ut docet Anton. Gom. 2. tom. Var. res. cap. 13. n. 9.*

19 Demás de lo susodicho, se puede dudar, si en caso que el fiador venga en pobreza, de forma que no pueda pagar, tendrá obligacion el deudor à dár otra segunda fianza, que sea segura. En el qual articulo se responde brevemente con la distincion siguiente; scilicet: que si la fianza fue dada de necesidad, por disposicion de ley, assi como la que se debe dár por los legatarios, y fideicommissarios, que tienen obligacion al tiempo cierto à restituir lo que les fue mandado, porque entonces tiene obligacion el deudor à dár otro fiador idoneo; y en caso que la fianza sea ex mera voluntate de los contrayentes, no tendrá obligacion el de-

deudor á dár nueva fianza , supuesto que al principio se dió por contento , y pagado de ella : ut notat Anton. Gomez , *ubi sup. num. 7.* Y siempre queda obligado en este caso el deudor , como en los demàs , á sacar de la fianza á su fiador , en especial quando hubo dia , y tiempo cierto , ò quando el deudor vâ en quiebra , y pobreza , ó por haver estado mucho tiempo en fianza , assi como diez , ò seis años , segun dice Villadiego haverse determinado en el Consejo Real , salvo en las fianzas de Tutores , y fianzas de eviccion , porque hasta que se laste , ò llegue el tiempo , no se puede pedir liberacion : Anton. Gom. *ubi sup. n. 10.* Villad. *in Polit. cap. 7. num. 118. fol. 201.*

CAPITULO XIX.

Adonde se trata con què palabras deben , y han de ser ordenadas las Escrituras de las fianzas de la haz , y pagar juzgado , y sentenciado , para que por su fuerza pedir se pueda derechamente al fiador , ora sea en Causas Civiles , ò Criminales.

SUMARIO.

1 **E**N què forma , y manera , y con què palabras , y clausulas deben ser ordenadas todas , y qualesquier fianzas de la haz , y pagar lo juzgado , y sentenciado.

2 En què se difieren estas dos dichas fianzas.

3 Y si el dicho fiador cumplirà asistiendo à los Autos de aquella primera instancia , sin tener obligacion de asistir à los demàs , & ibi n. 4.

5 Dentro de què termino tiene obligacion el dicho fiador à presentar el reo , y deudor , para no incurrir en la pena , & ibi n. 6.

7 Y si es necessario requerir al dicho fiador para incurrir en la dicha pena.

8 Y si una vez preso el dicho reo , y deudor , quedará obligado el dicho su fiador à la pena , è interès , especialmente buyendo de la carcel : y si es necesario requerir al Juez , ò al dicho su deudor , & ibi n. 9.

10 Y si el reo podrá salir en fiado quando de su culpa ha de resultar pena corporal.

11 Y por què causas quedará obligado el fiador , assi à presentar al dicho reo , y deudor , como à pagar lo juzgado , y sentenciado ; y si será necesario hacer primeramente excursion en los

bienes del principal reo, y deudor, & ibi n. 12.

13 Y de que efecto será el renunciar en estas dichas obligaciones la ley Sancimus, C. de Fidejussoribus, y por qué causas se excusará, ibi n. 14. & 15.

1 **U**Trùm. En que forma, y con qué solemnidad deben, y han de ser ordenadas, y otorgadas todas, y qualesquier Escrituras de fianzas, de presentar al reo, y estar á Derecho; id est, fianzas de la haz, y pagar lo juzgado, y sentenciado; para que en qualquier tiempo puedan los dichos sus fiadores ser convenidos, y condenados à la pena, y deuda del dicho reo, y principal deudor: y por que en si tienen estas dichas obligaciones algunas dificultades, pocas veces advertidas por practicos Escribanos, y Notarios; demàs de enseñar, si las dichas Escrituras han de ser otorgadas, y celebradas con la clausula que adelante se dirà, se notará por el orden de las palabras mas principales de ella, lo mas práctico, y contingente en la dicha su materia, cuyo tenor es el siguiente: „ Por tanto, constituyense, como desde luego se constituye, el dicho fulano por „ carcelero comentariense del dicho fulano, le recibì en fiado „ de la haz, *a.* y se dió por entregado, y se obligò, que luego, „ passados los dichos quarenta dias, sin ser requerido, *b.* bolverá „ al dicho fulano à la carcel, *c.* y le entregará al Acayde de ella, „ diciendole, por qué razon, y causa, *d.* y de no hacerlo assi, „ pagará el interès, ò pena del dicho fulano su acreedor, con „ mas las costas, daños, é interesses; ò que se obliga à que estará, „ y pagará toda la condenacion, *e.* que del dicho processo, „ y sentencia constàre el dicho fulano haver sido condenado, „ *f.* por qualquier Jueces, y en qualquier instancias, y Tribunales, ó de otra qualquier manera que sea, sin que primeramente sea necesario hacer excursion, *g.* en los bienes del „ dicho fulano, principal reo, y deudor; porque, siendo necesario, desde luego renuncia la dicha excursion, y se obliga, como principal deudor, haciendo, como desde luego hace, de „ deuda agena suya propria, renunciando, como assimismo renuncia, la ley Sancimus, C. de Fidejussorib. h. y la ley 17. tit. 12. part. 5.

*Formatur
alia clau-
sula.*

2 Ibi: „ Y le recibì en fiado de la haz, *a.* Y hase de considerar, que en el Derecho hay dos formas, y maneras de fianzas, que à las veces se contrahen en Causas, Civiles, y muchas por

de Clausulas Instrumentales. Cap. XIX. 115

por la mayor parte en Causas Criminales ; de las quales , la una es la fianza , que el Derecho llama de *Judicatum solvendo* , que llamamos fianza de saneamiento : y la otra es la fianza de *Judicio sisti* ; id est , fianza de la haz , que es presentar al deudor , ò reo al tiempo que se obligò : y en quanto à la primera , que dicho es , de saneamiento , se ha de considerar , que obligandose el dicho fiador à pagar lo juzgado , y sentenciado , podrá ser executado por la condenacion , assi como el principal , haciendo primero excursion en los bienes del dicho deudor , y principal obligado , *ut ita constat ex l. Græc. §. Et post litem* , ff. de *Fidejussoribus* , & est text. Reg. in l. 19. lib. 4. tit. 2. *Novæ Recop.*

3 Y en quanto à la segunda fianza , que diximos , de la haz , no es mas de obligarse à presentar al reo , ò que assistirà à los Autos de aquel juicio , è instancia : *ut in §. post iterum citato*. Y assi obligandose el dicho fiador simpliciter de estar à Derecho , tan solamente se ha de entender en aquella primer instancia , y hasta la primer sentencia ; por que hasta entonces , tan solamente tuvo obligacion de asistir , ò traher á juicio al dicho deudor , ó reo , y quedará libre en las demàs instancias , sin tener obligacion de asistir à ellas : *ut in d. §. Post litem* , & ibi Bart. Angel. & Paul. Cast. & Jason. & commun. DD. & in l. 2. §. *In fidejuss.* ff. *Qui satisdare cogantur* : Suar. in titulo de emplazamientos , §. *Sed pone questionem* , num. 27. Dueñas regul. 333.

4 Por manera , que si el reo principal faltasse , asistiendo el dicho fiador en aquella primer instancia , queda libre de las demàs , sino es obligandose en la forma que adelante se dirà. Pero debese notar , que el Juez de la Causa , recibiendo esta dicha fianza sin la voluntad de los acreedores , y actores , quedará obligado al interès de la deuda , y ò condenacion de la sentencia ; y de qualquier manera quedará obligado , siendo en Causa Criminal , à la pena , y condenacion aplicada al Fisco Real , por no haver recibido las dichas fianzas con seguridad del dicho interès : *ut docet Acev. in l. 3. tit. 16. num. 10. lib. 5. Novæ Recop.* El qual descuido infinitas veces sucede , no por culpa de los Jueces , sino por ignorancia , ò malicia de los Escribanos. Y assi se advierte , que si alguna persona estuviere presa por algun delito , ò por otra qualquier Causa , que de Derecho deba ser suelto , debaxo de la dicha fianza , no permita que sea libre de la prision , hasta que el dicho fiador se obligue en la forma de la clausula supra referida y con esso quedará libre , assi al dicho interès de la parte , como

à la pena del Fisco : ut ita advertit Aceved. *in l. 19. tit. 21. n. 73. lib. 4. Novæ Recop. Rod. Amat. in tract. de Executionib. cap. 5. num. 36.*

5 Y es à saber , que obligandose el fiador , ora sea en Causa Civil , ò Criminal , de presentar alguno en juicio dentro de cierto , y determinado tiempo , debaxo de cierta pena , no por esso quedará luego incontinenti obligado à la dicha pena ; antes se le debe dár y conceder segundo termino de seis meses , siendo el primer plazo del mismo termino , ò mas ; y si menos fuere , se le dará otro tanto tiempo para poder buscar , y presentar al dicho deudor , y reo : ut *in l. Sancimus citata , C. de Fidejussorib. & in d. 17. tit. 12. part. 5. ibi : „ E sí por aventura acaeciesse , que le „ non pudiesse fallar , debe haver otro tanto de plazo para bus- „ carle , è inducirle ante el juzgador , quanto fue el plazo prime- „ ro á que lo ovo de aducir , si fue menor de seis meses. E si por „ aventura fue el plazo de seis meses , debe haver otro tanto para „ buscarle ; è si no le pudiere fallar , ó no le traxere á derecho fas- „ ta el año cumplido , entonce es tenuto de pechar la pena à que se „ obligó ; la qual pena , dixo Gregorio Lopez en la primera glos- „ sa de la dicha ley , no se havia de entender en las Causas Civiles , por ser su tiempo mas corto , y breve , como està determinado por la ley 36. del tit. 11. part. 5. ibi : „ Ca maguer este que le fias- „ se , non lo aduxese al plazo que le fuesse puesto , si lo aduxes- „ se à dos , ó à tres , ò à cinco , ò mas , segunda bien vista del „ juzgador , non caería por ende en pena.*

6 Y aunque es verdad , que segun la dicha ley 36. parece que inviolablemente se debe guardar ; pero con todo esso , presentando los dichos fiadores al deudor antes de la sentencia definitiva , y aunque sea passado el dicho termino de la obligacion , probando no se le siguiò al dicho acreedor daño , ni perjuicio alguno , serán libres de la pena , ó interès del dicho acreedor , sino es obligandose , como principal , como adelante se dirá : y assi afirma Gutierrez haverse determinado en cierta Causa , que defendiò : ut *vide eum in cap. 36. n. 10. part. 1. de Juram. confirmat. Acev. in l. 10. tit. 16. lib. 5. n. 5. Nov. Recop.*

7 Ibi : „ Sin ser requerido , b. Y obligandose el fiador simplemente , debaxo de cierta pena , de traer al deudor à juicio , sin limitacion de tiempo , no incurre en la dicha pena , hasta que por la parte , ò juez sea requerido , presente el reo : ut ita debet intelligi Innoc. *in cap. Extirpanda , de Præbendis , 1. col. in medio , ubi*

ubi dicit. Ut quis incidat in pœnam, requiritur monitio Judicis. Pero obligandose el dicho fiador à tiempo cierto, y determinado, no es necesario el dicho requerimiento: ut ita docet Antonio Gomez 3. tom. Var. res. cap. 9. n. 9. per totum.

8 Ibi: ,, Bolverà al dicho fulano à la carcel c. Y siendo preso el dicho reo, y deudor, à pedimento de los dichos fiadores, y el susodicho huyesse, y quebrantasse la carcel, quedarán libres los dichos fiadores, pues en presentarle cumplieron con su obligacion: y esto procede, aunque no fuesen presos à su pedimento, como lo sean por la misma Causa; ó aunque lo sean por otra, siendo embargados por los dichos fiadores, y requiriendo no sean sueltos de la prision en que están: ut ita docet Ant. Gom. *ubi supr. n. 9.*

9 Ibi: ,, Diciendo por què razon, y causa d. De forma, que aunque el dicho deudor, y reo sea preso por otra diversa, y diferente causa, y huyere de la carcel, no por esso quedarán libres de pagar la dicha pena los dichos fiadores. Y assi, para quitar estas dudas, se tiene por buen consejo, que los dichos fiadores, luego que estuviere preso el dicho reo, ò deudor, requieran al Juez, ó à la parte interessada, le hayan por presentado, y preso, tomando testimonio, y fè del Escribano, y Carcelero, como le dexa en la Carcel, y de esta forma quedarán libres los dichos fiadores de la pena à que se obligaron: ut ita docet Joan. Andr. *in Adit. ad Speculat. in tit. de Accus. §. Sequitur, 4. col. vers. Idem querit.* Ang. de Perus. *in l. 2. §. Qui exhib. ff. de Custod. reor. 2. col. n. 5.* Hippl. de Marsil. *in Rub. de Fidejuss. 27. col. n. 142. ubi dicit habuisse de facto, quos sequitur, & refert Anton. Gomez ubi supr. n. 9. Montalvus in l. 4. tit. 3. lib. 2. Fori, in verb. O por fiador, littera B.*

10 Ibi: ,, O que se obliga, à que estará, y passará por toda, la condenacion e. La qual condenacion tan solamente se ha de entender, quando el reo fuere condenado en pena pecuniaria. Y es la razon, por que si el reo, acusado por el dicho su delito, mereciere pena corporal, assi como de muerte, ò mutilacion de miembro, azotes, ò verguenza; demàs que en semejantes casos no puede ser suelto debaxo de fianzas el reo, no ha lugar la dicha fianza, pues nadie se puede obligar à la pena por el delito, que no ha cometido, supuesto que nadie es señor de sus miembros: *ut in cap. Cùm homo, verb. Supplicium 23. quest. 5. recepta à Panorm. in Rub. de Fidejuss. & à communi Doctorum sententia, quam Covarr. 2. Var. res. cap. 8. num. 8. & Julius Clar. 5. lib. Sent. §. ult. quest. 46. n. 18. referunt, ac sequuntur, & consentit, l. Si quis reum, ff. de Custod. reorum.*

11 Ibi : ,, Haver sido condenado *f.* : id est , juzgado , y sentenciado ; por manera , que no solo quedará obligado el fiador à presentar el reo en la Carcel , ò á defenderle ; pero tambien pagará lo juzgado , y sentenciado , en virtud , y fuerza de la dicha clausula , y condicion , si passado el tiempo á que se obligò , no huviere cumplido con la obligacion á que se obligó , aunque en las Causas Criminales , segun estilo de muchas Audiencias , no se recibe tiempo limitado , assi como para oír sentencias ; sino que desde luego se obliga el fiador à assistir en juicio , y pagar lo juzgado , y sentenciado , la qual llaman fianza de la Y , que es mas cierta , y mas segura que la fianza de la O ; supuesto que con solo assistir el fiador al juicio , ò presentar el reo , cumpla con su obligacion : quam doctrinam aprobans Julius Clar. *lib. 5. Recep. sent. §. fin. quæ. 46. n. 20.* Bart. *in l. fin. §. Et cum antiquitas, C. de Usuris rei judicatæ* , quos sequitur Rodrig. Amat. *ubi sup. cap. 5. n. 36. in tract. de Executionib.*

12 Ibi : ,, Sin ser necesario hacer excursion *g.* Y como queda dicho en el capitulo precedente , renunciando el fiador la dicha excursion , no es necesario hacerla en los bienes del principal deudor , supuesto que el otorgante puede renunciar qualesquier leyes , y derechos en su favor , *per legem Si quis in conscribendo, C. de Pactis.* Y lo proprio se ha de entender , obligandose como principal , y haciendo de deuda agena suya propria , como assimismo en el capitulo passado queda dicho.

13 Ibi : ,, Renunciando , como renuncia , la ley *Sancimus Cod. ,, de Fidejussoribus b.* Por cuya renunciacion se quitan todas las dudas , si demás del tiempo à que el fiador se obliga de presentar el reo , ò deudor , si se le ha de dár doblado el tiempo en las Causas Criminales , ò arbitrario en las Causas Civiles , segun , y de la forma que dicho es. Y assi se tiene por buen consejo , que las dichas Escrituras de fianzas sean otorgadas con renunciacion de la dicha ley *Sancimus* , y ley 36. del tit. 11. y ley 17. tit. 12. *part. 5.* con expreso consentimiento de las partes otorgantes ; y de esta forma quedarán obligados los dichos fiadores , luego que passe el tiempo de la obligacion , de presentar al dicho reo , y deudor , sin que se les conceda el termino de los dichos seis meses , como dicho es , aunque de equidad se suele conceder en estos casos , para purgar la mora , y pena , tres ó cinco dias : ut ita sentit Mol. *de Just. & jur. 2. tract. disp. 547. n. 5. per legem Si post. ff. Si quis, aut. & consentit* Azo, quem refert, ac sequi-

quitur gloss. leg. Sancimus cit. verb. Hoc facere.

14 Todo lo qual se debe limitar en los casos siguientes. Primeramente , si antes del tiempo de la dicha obligacion de presentar al reo , murió. Lo segundo , por impedimento justo, assi como por enfermedad , ò por avenidas de rios , ò por otra justa causa de las que se refieren en la *ley 37. tit. 11. part. 5.* Lo qual se ha de entender , sucediendo los dichos casos antes del tiempo de la dicha obligacion de presentar al dicho reo ; porque si fue despues , no se escusará de pagar lo juzgado , y sentenciado , ò pena à que se obligò : ut ibi Greg. Lopez , & in *l. 19. tit. 13. part. 5.* Y esto procede , aunque el dicho reo muera dentro del dicho termino , que al dicho fiador se le concede para presentar al dicho reo ; y aunque no se haya renunciado la dicha ley *Sancimus* , y leyes de Partida : ut in *dist. leg. Sancimus* , §. *penult. & ult. C. de Fidejussorib.*

15 Finalmente se ha de notar , que si dentro de un año , desde el dia de la pena, y condenacion, no le fue pedida al dicho fiador , que dende adelante no habrá accion para pedirsela , ni obligacion à entregarla , segun la *ley 10. tit. 16. lib. 5. Novæ Recop.*

CAPITULO XX.

Adonde se advierte , si el fiador quedará obligado , en caso que por alguna razon , y causa de Derecho conste ser nulo el contrato principal ; y si por clausulas , y fuerza de palabras se podrá dàr limitacion à esta dicha regla , para que el dicho fiador quede sugeto al vinculo del dicho contrato , y su eviccion.

SUMARIO.

1 **S**i constando ser nulo el contrato principal , quedará por el mismo hecho assimismo libre el fiador de aquella obligacion.

2 Si no quedando de Derecho civil , ni naturalmente obligado el dicho principal deudor obligado , no lo quedará assimismo el dicho su fiador , y en què contratos se puede conocer esta calidad , y obligacion , & ibi n. 3.

4 Y si en los contratos , y obligaciones de los menores , habrá lugar la dicha regla , y en los contratos de las mugeres , & ibi n. 5.

6 Y si es necessario , que el fiador , para quedar obligado , afirme *nihil fieri contra legem.*

Utrum,

1 **U** Trùm, si constando ser nulo por ley, y Derecho qualquier genero, y forma de contrato, serà visto assi mismo ser reprobado todo lo tocante, y accessorio al dicho contrato, y obligacion, como se exemplifica en todos aquellos, que para mas seguriddad se celebraron debaxo de fianzas. Y de que el uno, y otro contrato no sigan el efecto de su primer intento, no hay duda, si como dicho es, consta ser nulo, y de Derecho reprobado el dicho primero, y principal contrato. Y porque en el caso propuesto hay alguna dificultad, y en realidad de verdad, para su conclusion se requieren algunos fundamentos, se notaràn las palabras de la clausula siguiente, por cuyo orden se conocerà, no solo lo que se dificulta; pero otros muchos tocantes à la dicha materia; scilicet: ,, Tomando, como en si toma, el dicho fulano su ,, fiador el peligro de este contrato, y obligacion, caso que de èl ,, resultasse nulidad alguna *a*, afirmando, como afirma nihil fieri ,, contra legem *b*; id est, que de obligarse en esta forma, no vá, ,, ni hace contra Derecho, ni Ley, que entienda, y sepa.

2 Ibi: ,, Caso que de èl resultasse nulidad alguna *a*. Y para que la determinacion de esta question se conozca por los fundamentos que arriba prometimos, digo, que todas las veces, que segun el natural del contrato, de su fuerza no hace civil, ni natural obligacion, no queda obligado el fiador del dicho contrato, y obligacion, como assi lo prueba Gutierrez 1. part. cap. 1. n. 41. de Jurament. confirm. referens Gaspar Baeza de Non meliorand. ratione dotis siliab. cap. 35. n. 9. Bart. in l. Cum lex, n. 4. ff. de Fidejus. & Jasson in l. Gallus, in princip. n. 10. 16. & 17. ff. Liber. & postb. & in l. Non sortem in princip. ff. de Conditionib. indebiti, & Ant. Gomez in l. 53. Tauri, n. 60. Mayormente, que siendo invalido, y reprobado el contrato principal, tambien lo debe ser el accessorio, que es la fianza: ut probatur in l. fin. ff. de Constit. pecunia, & faciunt dicta per Hippol. in l. fin. ff. de Quæst. & latè per Ripam in l. 1. §. Si quis ita, n. 16. ff. de Verb. oblig. Y con lo dicho concurre, que destruido el contrato principal, tambien assi mismo es visto destruirse todo lo en èl contenido, y alegado, con todos sus adnuniculos: ut docet Jasson in l. Ita si stipulatus, §. Chrysognus, n. 48. ff. de Verb. obligat. & facit quod habetur in l. 56. tit. 5. part. 5. ibi: ,, Por miedo, ò por fuerza, comprando, ò vendiendo, ò algun como alguna cosa, non debe valer, antes decimos, que ,, debe ser desfecha la compra, si le fuere probado, que la fuerza, ,, ò el miedo fue á tal, que lo ovo de facer, maguer le pesasse, è

„ como quier que la vendida fuesse f.icha por jura, ò por peño, ò
„ por fiadura, ò por pena que fuesse hi puesta, non debe valer.
Lo qual no solamente procede por miedo, y fuerza, sino tambien
por otra qualquier razon, y causa que de Derecho conste, que el
dicho contratò es nulo, y reprobado: ut probat Didacus Perez in
l. 1. tit. 8. lib. 3. Ordinament. fol. 1037.

3 La qual doctrina assimismo procede en los contratos, que
de su naturaleza no hace civil, ni natural obligacion, como dicho
es. Y para conocer quales sean estos contratos, solo se ha de con-
siderar, si hay ley que expressamente resista, y contradiga aquel
genero de contrato; y entonces, teniendo clausula irritante, y anu-
lativa, no solo destruye lo civil, pero tambien lo natural: *ut in*
l. Cum lex, & ibi Bart. ff. de Fidejuss. & in leg. Non dubium, Cod.
de Legib. & in l. 1. §. Si quis ita, ff. de Verb. obligat.

4 La qual conclusion se comprueba en los contratos de los
menores, celebrados sin autoridad de sus Tutores, y Curadores,
en los quales intervinieron las dichas fianzas, con la distincion si-
guiente; scilicet: Que si el menor en la venta de la casa, ò here-
dad vendida en mas, ò en menos de su justo valor, y precio, no
quedando, como no queda, obligado el dicho menor civil, ni na-
turalmente, assimismo no lo quedará en quanto á aquel exceso el
dicho su fiador, ora sea con dolo, ò engaño, ò sin el *ut in l. Si quis*
cum aliter, ff. de Verb. obligat. & in specie notat Anchar. cons. 330.
& per legem 7. C. de Fidejuss. Y en caso que no hubo engaño, sino
que el menor quiere ser restituído por el daño que se le siguiò del
dicho contrato, entonces no quedará libre el dicho fiador, antes
quedará obligado à la eviccion: *ut in l. 1. & ibi Ang. C. de Fide-*
juss. minor. Y esto procede assimismo, quando los bienes del me-
nor fueron vendidos con autoridad del dicho su Tutor, porque
entonces quedará obligado el dicho su fiador; y será al contrario,
si los dichos bienes inmuebles fueron vendidos sin el dicho con-
sentimiento; porque en tal caso, assi como no queda el dicho me-
nor obligado civil, ni naturalmente, por el consiguiente no lo
quedará el dicho su fiador: *ut ita tenet Paul. de Castr. in l. Si is,*
C. de Prædiis minor. Bart. in l. Cum lex, in fin. de Fidejoss. sino es
en caso que el extraño se obligue de eviccion; y para seguridad de
ella diò fiador: *ut ita sequitur Greg. Lopez in d. l. 4. tit. 12. part.*
5. gloss. 3. quam doctrinam sequitur Molina de Just. & jure, 2.
tract. disp. 540. num. 26.

5 Lo segundo, se comprueba la dicha doctrina en los con-

tratos de las mugeres casadas , que de Derecho son nulos , segun el *authentica Sive à me , C. Ad Vellej. & per l. 61. Taur.* salvo si los dichos contratos fueron jurados en la forma , y con la solemnidad que en los capitulos precedentes , ora sean mugeres , ò menores : *ut ita docet Gutierr. Jurament. confirmat. 1. part. cap. 1. n. 40. cum aliis sequent.*

6 Ibi : ,, Afirmando , como afirma , nihil fieri contra legem b. Y concluyendo con nuestra question , digo , que tomando en sí el dicho fiador el peligro de la dicha deuda , y obligacion , y teniendo por cierto en hacerlo , no va , ni hace contra precepto , ni ley , quedará obligado , en virtud de la dicha clausula : *ut ita docet idem Gutierrez ubi supra , n. 41.* salvo si el dicho fiador sabia , y estaba cierto , que el contrato principal era contra Ley , y Derecho , que entonces , sin embargo de las palabras , y fuerza de la dicha clausula , no quedará obligado : *ut ita considerat Aceved. in l. 2. n. 47. tit. 3. lib. 5. Novæ Recop.*

CAPITULO XXI.

Sobre el valor de los quinientos sueldos , y en qué casos no se requiere insinuacion , sin tener atencion al exceso de los quinientos sueldos ; y si en alguna manera se puede dár clausula , y regla para renunciar este Derecho.

SUMARIO.

1 **S**I excèdiendo las donaciones de los quinientos maravedis de oro , será válida en el dicho exceso , y de qué utilidad serán las clausulas que contienen lo contrario à esto , ibi num. 2.

3 En qué casos valen las dichas donaciones , aunque excedan del dicho valor , y no sean insinuadas.

4 Y si se requiere insinuacion en las donaciones que se otorgan para el tiempo futuro.

5 Y si es necesario assimismo la dicha insinuacion en las que se otorgan por causa de muerte.

6 Qué solemnidad , y estilo se debe guardar en estas dichas insinuaciones.

7 Y si en la dicha Escritura de donacion se puede dár poder à la persona en favor de quien fue otorgada , para que en su nombre pida insinuacion de la dicha Escritura de donacion.

8 Qual sea el verdadero valor de los quinientos sueldos , y maravedis de oro.

9 Clausula. ,, Y que si esta dicha donacion excediere de los quinientos maravedis de oro, quiero que valga en el exceso: De que efecto sera en las dichas Escrituras.

10 Si por renunciacion de las Leyes Comunes, y de Partida, es visto valer en el exceso, especialmente siendo juradas las dichas donaciones.

1 Utrum, si en las donaciones que exceden de doscientos y cinquenta mil maravedis, que son los quinientos maravedis de oro del Derecho Comun, y Real de Partida, se requiere insinuacion, para que en el dicho exceso valga, y sea perfecta. Y de que sea necesario, no hay duda, sin embargo de qualesquier renunciaciones, aunque parece dá que dudar aquella clausula, conque las dichas Escrituras de donacion de comun estilo se suelen ordenar, que su tenor es el siguiente : ,, Y que si esta dicha donacion excediere *a*, de los quinientos sueldos, y maravedis de oro, *b*, quiero, que quedando perfecta, y valida hasta la concurrente cantidad, valga en el exceso, assi como otra nueva donacion; y tantas quantas veces excediere, todas se entiendan ser donaciones *c*, renunciando, como desde luego renuncio *d*, todas, y qualesquier leyes que disponen, que no valgan las donaciones immensas.

2 Ibi : ,, Excediere *a*. Y segun nos enseña la ley 9. tit. 4. p. 5. parece que con palabras expresas, y en su significacion inviolable, nos enseña, no hà lugar, que por clausula, ni fuerza de palabras puedan valer las dichas donaciones en mas valor de los quinientos maravedis de oro, sin la dicha insinuacion: *ut in d. l. 9. probatur*, ibi: ,, Pero si quisiere dàr á otro ome, ò à otro lugar, pue- de lo facer sin carta, fasta quinientos maravedis de oro; mas si quisiere facer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado no valdria. De lo qual se enseña, que para que esta dicha donacion sea perfecta en lo que excediere de los dichos quinientos maravedis de oro, es necesario que sea insinuada, alias sera nula en el exceso: *ut in d. l. 9. ibi* : ,, Fuera- ende, si lo ficiesse con carta, è con sabedoria del mayor juzgador de aquel Lugar do ficiesse la donacion.

3 Y aunque es verdad, que la dicha ley parece habla generalmente; pero con todo esso se limita en los casos siguientes; adon-

de sin la dicha insinuacion son validas en el dicho exceso. Primeramente, si las dichas donaciones fueron otorgadas en favor de la Iglesia, ò obras pias, ò para reedificar, ò reparar alguna Iglesia. Lo segundo, por causa, y razon de dote, ó para casar huerfanas, ò por causa de remuneracion, ò si fue mejorada de tercio, ó quinto, como todo se prueba de la dicha *ley 9. d. tit. 4. part. 5. & ex l. pen. C. de Donat. & in l. Illud, C. de Sacrosanct. Eccles. & in l. Aquilius Regulus, ff. de Donat. & ibi Bart. & commun. DD. sentent. Molina de Primog. lib. 2. cap. 8. n. 15. Jul. Clar. lib. 4. Sent. §. Donatio, q. 2. n. 2. & q. 16. n. 6. Ant. Gom. 2. tom. Var. res c. 4. n. 10.*

4 Y assimismo no se requiere insinuacion, si se otorgan para el tiempo futuro, assi como para despues de la muerte del donante, cuyo usufructo reserva para si mientras viviere: ut ita affirmat Anton. Gomez 2. *Resol. cap. 4. n. 10.*

5 Y por consiguiente no tiene necesidad de insinuacion la donacion que se otorga por causa de muerte, sino es que para ser válida, es necesario que se confirme por la muerte del donante: ut notat DD. *in l. ult. C. de Donat. caus. mort. Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 288. n. 4.* Y assimismo no se requiere insinuacion en las donaciones remuneratorias: ut notat Mol. *de Primog. lib. 2. c. 8. n. 15.* quem refert cum Ant. Gom. Mol. *ubi supr. disp. 279. n. 6.* adonde dice assimismo, no se requiere insinuacion en las donaciones ob causam, y en las donaciones ad nuptias, y propternuptias, ni en los dotes, comparacione mariti, nec uxoris: ut *in l. ult. C. de Jur. dot. & in l. 9. tit. 4. part. 5.* Y por el consiguiente no se requiere insinuacion en las donaciones reciprocas, como no exceda su incremento de lo que se dá por ella en su remuneracion de los quinientos sueldos: ut cum Jul. Clar. tenet Molin. *Theol. ubi sup. n. 9.*

6 Y el comun estilo, que en estas dichas insinuaciones se guarda, es, que por Auto se pide al Juez, haciendo primero relacion de quien otorgò aquella donacion, y en favor de quien, que interponga su decreto, y autoridad judicial; y luego el dicho Juez sin mas conocimiento de la cosa, ha de preguntar al donante, si para otorgar la dicha donacion, fué compulso, y apremiado, y si la otorgò de su libre, y espontanea voluntad; y debaxo de esto interpone su autoridad, segun assi lo practica Monter. *in Pract. 7. tract. fol. 119.* advirtiendo assimismo, que esta dicha insinuacion se ha de pedir ante el Juez mayor de aquel Lugar, assi como Corregidor, Alcalde Mayor, ò Governador; y si fuere Aldea, que no
pu

püdiere conocer de aquella suma , acudir à la Cabeza : *ut ita probat in l. 9. sup. citata, tit. 4. p. 5. Gutierr. de Juram. confirm. 1. p. c. 8. n. 14. Ant. Gom. 2. tom. Var. res. c. 4. n. 7.*

7 Y es de notar , que si el donante no quisiere parecer en Juicio para pedir esta dicha insinuacion , podrá dár poder al dicho donatario en la dicha Escritura de donacion , para que en su nombre la pueda pedir ; *ut ita sequitur Gutier. ubi sup. n. 14. per l. 1. & fin. ff. de Procur. & per l. 1. tit. 10. lib. 1. Fori.* Y de aqui infiero , que estas dichas donaciones se podrán insinuar ante Juez Secular , siendo el donante y otorgante Clerigo ; pues como dicho es , no es necessario conocimiento de Causa : *ut ita notat Author Curiaë Philip. 1. p. §. 5. n. 28. & 30.*

8 Ibi : ,, y maravedis de oro , *b.* En cuyo valor hay diversidad de opiniones , en que muchos dixeron , que cada uno debia valer quatrocientos y ochenta y cinco maravedis , como fue Escob. *de Rationcin. comp. 25. n. 8. cum aliis , per l. 6. tit. 18. lib. 6. Novæ Recop.* Y otros dixeron , que cada uno de estos dichos maravedis de oro havian de valer quinientos maravedis de nuestros tiempos , como assi afirma haverse determinado Monterroso *ubi sup.* à quien sigue Gutierrez , y otros muchos modernos , que alcanzaron la decission de la *l. 6. tit. 8. lib. 6. Recop.* adonde se funda el mismo Escobar ; el qual no se acordò de la *l. 2. tit. 10. lib. 8. Recop.* adonde assimismo se conjetura lo que cada uno de estos dichos maravedis , ò sueldos puede valer , ibi : ,, Y peche ,, trecientos sueldos , y por ellos mil y doscientos maravedis : adonde dice Acevedo , que por esta ley se decide la duda que entre los Doctores hay , del valor de estos dichos sueldos. La qual ley , à mi parecer , no se debe estender à mas de para lo que fue declarada , por ser pena pecuniaria ; y assi entre tantas opiniones , seguirè la de los quinientos maravedis.

9 Ibi : ,, Ser donaciones , *c.* La qual clausula , segun sentencia de graves Doctores , es de ningun momento , y es en fraude de la dicha ley *9. de Partida* : *ut ita notat Bart. in l. Modestinus, ff. de Donat. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. d. c. 4. num. 7. idem Gabr. Monterr. in d. tract. 7. fol. 116.*

10 Ibi : ,, Renunciando , como desde luego renuncio , *d.* por lo qual consta , como dicho es , que no obstante qualesquier clausulas , y renunciaciones ; y sin embargo de ellas , se ha de entender una sola donacion , especialmente , siendo otorgada en un mismo Instrumento , y Escritura. Y assi se advierte à los Escriba-

banos , no es de essencia la dicha clausula , y renunciacion , por ser en fraude de la dicha ley 9. y demás del Derecho Comun : ut ita notat Anton. Gomez. *ubi sup.* n. 7. Aunque si la dicha renunciacion , y donacion fue jurada , segun la mas comun , y probable opinion de muchos , y graves Doctores , será válida la dicha donacion en el exceso de los dichos quinientos maravedis de oro , sin la dicha insinuacion: ut ita affirmat Joann. And. & Pan. *in cap. Cum contingat , de jurejurando , n. 17. Julius Clar. lib. 4. Sent. §. Donatio , quest. 18. Anton. Gom. 2. tomo Var. resol. cap. 4. citat. n. 8. Gutier. in Rep. l. Nemò potest , ff. de Legat. 1. & in tract. de Jurum. confirm. 1. part. cap. 7. n. 2.*

CAPITULO. XXII.

Adonde sumariamente se declara , si se puede dár , y traher clausula , y regla cierta , para que la donacion otorgada en favor de extraño , ó descendiente , no se revòque en todo por el nacimiento de los hijos.

SUMARIO.

- 1 **D**onacion , si se revoca por el nacimiento de los hijos , y de què clausulas se puede usar , para que en todo no se revoque.
- 2 Y en què casos será visto ser revocada en todo , ó en parte.
- 3 Y si por tener esperanza el donante de contraher matrimonio , y tener hijos , se anulará la dicha donacion.
- 4 De què efecto sea en estos casos renunciar la ley Si unquam, C. de Revocand. donat. y ley 8. tit. 4. part. 5.
- 5 Si revocandose la dicha donacion por el nacimiento de los dichos hijos , torna à revibir , muriendo despues.

1 **U**trum , si por el nacimiento de los hijos , y descendientes se revocará la donacion , otorgada antes que naciessen por sus padres , y ascendientes , y si se revocará en todo , ó en lo que pareciere , y constàre ser inoficiosa. Duda es , adonde muchos Doctores han mostrado sus ingenios , y adonde assimismo cada uno ha seguido su opinion ; de que pareciera mal , que mi ingenio se aplicara à destruir lo que tan agudamente , y tan fundado en Derecho al proposito respondieron. Y considerando , y procurando entender en què consistia la dificultad , que daba cau-

causa á las dichas dificultades , y opiniones , me pareció buscar medio , para que de ninguna manera las unas , y otras dichas opiniones se siguiessen , que por las palabras de la clausula siguiente se conocerá este remedio ; scilicet : ,, Obligandome , como ,, me obligo , de no revocar esta dicha donacion en manera , y forma alguna ; y si la revocáre , no valga la tal revocacion , aunque diga , y alegue , que al tiempo de otorgarla , tuve esperanza de tener hijos , a. y quiero , que por el mismo hecho quede segunda vez aprobada. Para cuya firmeza , y mayor abundamiento , y para que la dicha donacion en todo tiempo quede válida , y perfecta , y valga en lo que de Derecho valer pueda , renuncio la ley , *Si unquam* , b. C. de *Revocandis donationib.* y ley 8. tit. 4. part. 5.

Formatar
alia clau-
sula.

2 Ibi : ,, Tuve esperanza de tener hijos , a. Y lo que primero se ha de considerar , es , que regularmente la donacion otorgada en favor de extraño , se debe revocar ; y por mejor decir , *ipso jure* se revoca , y anula por el nacimiento de los hijos , que por legitimo matrimonio despues le nacen al donante , y otorgante : *ut in d. l. Si unquam* , C. de *Revocandis donationib.* & *in dict. l. 8. tit. 4. part. 5.* & Ita affirmat Joann. And. & Panorm. *in cap. ult. de Donationib. num. 5.* & comm. Doctorum sentencia , quam refert , ac sequitur Cov. *Var. res. cap. 4. n. 1^o*. Y si bien se consideran las decissiones de las dos leyes , *l. Si unquam* , y ley 8. tit. 4. part. 5. parece pelean en su decission , y determinacion , atento , que la dicha ley *Si unquam* dispone , en que las dichas donaciones en todo , *ipso jure* quedan revocadas : y la otra , que es la dicha ley 8. dispone , en que tan solamente queden revocadas en lo que pareciere , y constare ser inoficiosas , respecto de la legitima de los dichos descendientes , y ascendientes : *ut ita in d. l. 8. ibi* : ,, E si por ventura alguno que oviesse hijos legitimos , quisiere facer donacion á otro , puedelo facer en tal manera , que todavia finque en salvo á sus hijos la su parte legitima. Por manera , que si el padre tuviere hijos legitimos , è hiciere , y otorgare donacion de todos , ó la mayor parte de ellos , tan solamente se entenderá ser válida en quanto al quinto , siendo otorgada en favor de extraño ; y tercio , y quinto , siendo en favor de descendiente.

3 Y segun consta de las palabras de la dicha ley , se debe entender quanto el donante , y dicho otorgante tenia hijos , ó esperanza de tenerlos ; porque si no los tenia , ni esperanza de tenerlos ,

se revocará la dicha donacion en todo, sin distincion de tercio, ni de quinto, como de la misma ley se prueba, y colige, ibi : ,, Mue-
 ,, vense los omes á las vegadas à facer donaciones, porque non han
 ,, fijos , ni han esperanza de los haver. Y prosigue luego, dicien-
 do : ,, E non debe valer en ninguna manera: & ita notat Greg.
 Lopez ibi, & cum Bart. in l. Titia, §. Imperator, ff. de Leg. 2.
 & cum Pan. in cap. ult. de Donat. n. 9. asseverat comun. DD.
 sententia, quam referunt, ac sequuntur Covar. Var. res. cap. 19.
 n. 1. & 12. Anton. Gomez 2. tom. Var. res. cap. 4. n. 11. Jul. Clar.
 lib. 4. Sent. quæst. 22. §. Donatio.

4 La qual doctrina assimismo se ha de entender por el naci-
 miento de los hijos naturales de parte de la madre, pero no de par-
 te del padre: ut notat Covar. de Sponsalib. 2. part. cap. 8. n. 14.

5 Ibi : ,, Renuncio la ley *Si unquam*, b. Y para quitar de me-
 dío, si los dichos otorgantes tuvieron, ó no, esperanza de tener
 hijos, ò descendientes, será buena advertencia, que al tiempo de
 otorgar las dichas donaciones, se renuncien las dichas dos leyes,
ley Si unquam, y la ley 8. de la quinta Partida; porque por estas
 dichas renunciaciones quedan válidas, y perfectas las dichas do-
 naciones, en quanto al dicho quinto entre estraños, y tercio, y
 remanente de quinto entre descendientes: ut ita probat Bart.
 in dict. l. Titia, §. Imperator, n. 2. ff. de Legat. 2. & ibi comuni-
 ter DD. Tell. Fernandez in l. 23. Taur. n. 9. Acev. in l. 1. tit. 6.
 n. 16. lib. 5. Novæ Recop. Baeza in tract. de Non meliorand. filiab.
 cap. 29. n. 11. fol. 147. & ita colligitur, & probatur ex d. l. 8.
 ibi. ,, En tal manera, que todavia finque en salvo à los fijos la su-
 ,, parte legitima: & ibi Greg. Lopez.

6 Finalmente se ha de notar, que una vez revocada la dicha
 donacion por el nacimiento de los dichos hijos, no torna à revi-
 vir aquella accion, y obligacion, aunque despues mueran los di-
 chos descendientes, sino es en el dicho tercio, y quinto por ser
 irrevocable desde el principio: ut in d. l. 8. tit. 4. part. 5. ibi : ,,
 ,, Que si despues oviesse fijo, ò fija de su muger legitima, con-
 ,, quien casasse despues, que luego que los hà, es revocada. Lo
 qual se debe entender, si luego que los dichos hijos murieron, el
 dicho donante revocò la dicha donacion, salvo si consintió que el
 donatario gozasse de los bienes de la dicha donacion, que por
 aquel consentimiento fue visto confirmar la dicha donacion: ut
 ita probat Julius Clar. in q. 23. supr. cit. n. 9. Anton. Gom. 2.
 tom. Var. res. cap. 4. num. 12.

„ que suceda qualquiera de las causas , porque se puede revocar.
„ Y para mayor firmeza , júro á Dios , c. nuestro Señor , y á su
„ Santissima † , de no ir , ni contravenir , ni decir contra esta dicha
„ donacion , por decir fue otorgada en testamento , por temor , y
„ causa de muerte ; ni que fui engañado , lesado , ò damnificado ; y
„ que si la revocáre , no valga la tal revocacion ; antes quiero ,
„ que por el mismo hecho quede válida , perfecta , è irrevocable ,
„ bien assi como si fuesse otorgada , y celebrada inter vivos.
Las quales palabras son notables , y tienen en si notables efectos , que para nuestro proposito se notarán las mas principales , por el orden , y glossas siguientes.

2 Ibi : „ La qual donacion , a. En cuyo natural de contrato se han de notar , y considerar dos formas , y maneras que hay de clausulas ; de las quales : la una sigue el natural de este contrato causa mortis , que es , quando no en la substancia del contrato de donacion , sino tan solamente quando la una se ordena , y pone *accessoria in verbis executivis* al fin del instrumento , y testamento , hablando generalmente , diciendo : „ Y que por ninguna causa , y razon revocará esta dicha donacion . Y esta dicha donacion sigue el natural , assi otorgada por causa de muerte , la qual se juzga por revocable , y retractable . Y la otra es , la que sigue el natural del contrato inter vivos ; la qual donacion no se puede revocar , que es quando principalmente en el dicho testamento se hace especial mencion de la dicha donacion , con pacto , y obligacion de no la revocar , segun la clausula supra referida , & ita referunt , & sequuntur Covar. *in Rub. de Test. 3. part. num. 1. & 15.* Anton. Gom. 2. tom. *Var. res. cap. 4. n. 16.* Jul. Clar. *lib. 4. Sent. quest. 5.* Molin. *de Primog. cap. 12. n. 8. & 16. & in l. fin. tit. 4. par. 5.*

3 Ibi : „ De no la revocar , b. Y assi digo que para que esta dicha donacion reviva , y siga el natural irrevocable inter vivos , será bien que sea ordenada con aquellas palabras , diciendo : „ El „ qual dicho otorgante se obligò , y prometió de no la revocar „ en ningun tiempo , por razon , ni causa alguna ; y si la revocáre , por el mismo hecho quede válida , y perfecta : ut ita probatur *in l. Ubi ita donatur , & in l. Si alienam , §. Marcell. in fin. & in l. Senatus , §. Mortis causa in fin. ff. de Mortis caus. donat.* Anton. Gom. 2. tom. *Var. res. cap. 4. num. 22.* Molin. *lib. 4. de Primog. cap. 2. n. 40. & 45.*

4 La qual donacion , estando presente el donatario , no es ne-

cessario expresa aceptación, porque basta el tacito consentimiento del donatario; y siendo ausente, basta la noticia, por carta, ò mensajero, ò por aceptación del Escribano, y por otras muchas razones que refiere Molina de *Justitia, & jure*, 2. tract. disputat. 244. & 254. & 255. & 263.

5 Y si la dicha clausula fuere generalmente ordenada, y accessoria al dicho contrato de donacion: ut suprà diximus, y no constàre ser ordenada de voluntad, y consentimiento del testador, y otorgante, se colige estàr màs escrita por el comun estilo de los Escribanos, que de voluntad del dicho otorgante, como se prueba, y colige de la dicha *ley fin. tit. 4. p. 5.* adonde dice, que estas dichas donaciones son rebocables: ut ibi: ,, E decimos, que la donacion que ome face de su voluntad, estando enfermo, temiendose de la muerte, ò de otro peligro, que vale. Pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel à quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo guaresce de aquella enfermedad, ò estuerce de aquel peligro por que se movia à facer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera.

6 Y entregandole la cosa donada al dicho donatario, siempre se presume, que es con voluntad de que el dicho adquiriera su dominio; por cuya causa no se puede revocar, sino es en caso que constàre que fue con tacita condicion, ò expresa, que el dicho donatario no adquiriesse el dicho su dominio, aunque la cosa le fue entregada, hasta que el donante muriesse: ut in *l. Dotis fructus, §. ult. ff. de Jure dotium, & in l. Si mortis causa res, ff. de Mortis causa donat.*

7 Ibi: ,, Y júro à Dios, c. Y para que cesen estas dichas dos diferencias, será lo mas seguro, que este contrato de donacion sea jurado en la forma de esta dicha clausula; y assi será irrevocable lo que de su naturaleza no lo era: ut ita responsum dederunt Tellus Fernandez in *l. 17. Taur. n. 99. Matienz. in l. 17. glos. 1. n. 21. tit. 10. lib. 5. Novæ Collecti. Covar. in Rubr. de Testam. 2. p. n. 11. Molin. de Primig. lib. 4. cap. 2. num. 46.*

CAPITULO XXVI.

Sobre las donaciones otorgadas entre marido , y muger ; y adonde por el tenor de las palabras mas notables de ciertz clausula , con que deben ser ordenadas , y otorgadas todas , y qualesquier Escrituras de las dichas donaciones , se notan , y trahen à la memoria los casos mas notables que hay en el Derecho , tocantes á la dicha materia.

SUMARIO.

1 **D**onacion entre marido , y muger , constante el matrimonio , si es válida , y si se confirma con la muerte del donante , y debaxo de què clausula.

2 Si la donacion otorgada entre los esposos se confirma luego que es celebrada , aunque el matrimonio no se siga.

3 Si havra lugar la dicha regla en los esposos de presente , por juzgarse ser otorgada la dicha donacion entre marido , y muger , constante el dicho matrimonio.

4 Y si se podrá revocar la dicha donacion , siendo prometida por aumento de dote.

5 Y si en las dichas donaciones se pueden poner todas , y qualesquier condiciones , como en las otorgadas entre esposos de futuro.

6 Siendo otorgadas las dichas donaciones por causa de remuneracion , no se pueden revocar , aunque sea por causas de ingratitud.

7 Y si en la dicha donacion , otorgada por causa de remuneracion , se requiere insinuacion.

8 Y si las dichas donaciones , otorgadas entre marido , y muger , serán irrevocables , siendo otorgadas con condicion , que à dia cierto lo haya , y goze otro tercero.

9 Pagando el marido las deudas de su muger por causa de donacion , si será válida , è irrevocable ; y si procede assimismo en lo que gastò para labrar , ò reedificar la casa , ò edificio destruido , ò quemado , ibi num. 10.

11 *Y si lo que se dà con intencion de alcanzar algun officio, ò otra qualquier pretension, serà irrevocable.*

12 *Y si por hacerse mas pobre el donante, por causa de la dicha donacion, podrá juntamente revocarse, y en què casos se entenderà esta pobreza, ibi num. 13.*

14 *Dote confessada, y no numerada, si se presume donacion, ò si por el marido, y esposo se puede oponer esta excepcion, y si cessarà este remedio siendo jurada, ibi n. 15. & 16.*

17 *Tradicion, y possession, si es necessaria en las donaciones, que de su misma naturaleza, sin la muerte del donante, se confirman.*

18 *Y si estas dichas dotes, y donaciones se pueden otorgar en perjuicio de acreedores, ora sean otorgadas antes, ò despues del dicho matrimonio.*

19 *Y en caso que la muger sea preferida, si se ha de entender à los acreedores hypotecarios, ò tan solamente à los personales.*

20 *Y si en caso que las dichas donaciones, otorgadas entre marido, y muger, se confirmen con la muerte, impide que muera el donante ab intestato, ò que el heredero no quiera aceptar la herencia.*

21 *Y si se confirmará, aunque el dicho donante muera civilmente.*

22 *Y si serà valida, haviendose otorgado con temor de incurrir en alguna pena, de que por ella el donante huviesse de incurrir en confiscacion de sus bienes.*

23 *Si la dicha donacion se confirma por el estado de la Religion de el donante.*

24 *Donacion otorgada por el hijo con voluntad de su padre, en favor de su madre, si serà irrevocable.*

25 *Muriendo marido, y muger juntos por desgracia, y caso fortuito, qual de ellos se presume haver muerto antes.*

26 *Si por haver hypotecado el donante la cosa donada, fue visto revocar la dicha donacion.*

27 *Manda general, si deroga à la especial.*

28 Frutos, si vienen en estas dichas donaciones, y desde que tiempo.

29 Y si estas dichas donaciones pueden ser otorgadas en perjuicio de descendientes, y ascendientes, y si deven ser insinuadas.

30 Con que palabras deben ser confirmadas las dichas donaciones, para que no se juzgen por Legados, ni Fideicomissos.

31 Si se puede hacer donacion de las ganancias, y mejoras; y si es necesario que para su confirmacion muera el donante.

32 Y si es necesario, para que estas dichas donaciones queden confirmadas, procedan actos de tradicion, y possession, y por que casos se coligen estos dichos actos, ibi n. 33. & 34.

35 Y si por el juramento interpuesto al dicho contrato de donacion, se hace, y queda irrevocable.

36 Y si estas dichas donaciones pueden antes de la muerte del donante ser tacita, ò expressamente revocadas; y si por muerte del donatario, ipso jure quedan revocadas, & ibi n. 37.

38 Y si por la especial institucion de la cosa donada se revoca la dicha donacion; y si se ha de entender en la institucion general, & ibi n. 39.

40 Y si por causa de la desesperacion del dicho donante serà visto revocarse estas dichas donaciones.

41 Muriendo la muger por causa de adulterio, si es visto revocarse la dicha donacion, & ibi n. 42.

43 Si por remission de no querer que se cure la muger con Medico, ò Cirujano por cuya causa murió, serà visto ser revocada la dicha donacion.

44 Y si se revocará assimismo por haver echado el marido à la muger de su casa.

45 Y si por el castigo atroz del marido se revoca esta dicha donacion.

46 Si por la defensa del donatario quedará assimismo revocada esta dicha donacion.

47 Y si por la deshonestedad de la muger, ipso jure queda revocada.

48 *Y si por hallar à la muger en parte oculta , y sospechosa; es revocada esta dicha donacion.*

49 *Y si por hallarla de noche con habito indecente , serà causa bastante para que quede invàlida.*

50 *Y si por causas de ingratitud , ipso jure quedan revocadas estas dichas donaciones.*

51 *Abogando el donatario contra el donante , en qualquier causa que sea , por ser oficio voluntario , y no forzoso , se revoca esta dicha donacion.*

52 *Y si el dicho donatario de su misma voluntad , sin ser apremiado , jurò contra el dicho donante en qualquier Causa , y Pleyto , assimismo serà causa para ser visto haverse revocado la dicha donacion.*

53 *Y si las dichas donaciones quedaràn ipso jure revocadas , muriendo el dicho denante con ignorancia de algunas de las dichas causas.*

I **U**Trùm, si la donacion otorgada entre marido , y muger, antes , ò despues de contrahido el matrimonio , para ser vâlida , es necessario que se confirme con la muerte del donante. Y aunque es verdad , que regularmente hablando , estas dichas donaciones son invâlidas , y de Derecho reprobadas ; pero con todo esso , es regla que padece varias excepciones , assi en la confirmacion , como en la revocacion de las dichas donaciones ; las quales son singulares , y dignas de tener en la memoria , que por el tenor de las palabras de la clausula siguiente iràn advertidas , y declaradas ; scilicet : ,, Y por el mucho amor que yo he tenido , y

,, tengo à vos fulano , mi legitimo marido, *a*, y he recibido de vos
 ,, muy buenas obras ; por lo qual , y porque es mi voluntad de-
 ,, terminada , otorgo , y conozco , que en todo acontecimiento
 ,, hago gracia , y donacion , buena , pura , y perfecta , irrevoca-
 ,, ble , que el Derecho llama inter vivos , dada de mi mano , á vos
 ,, el dicho mi marido , para vos , y para vuestros herederos , y
 ,, successores , y para lós que de vos , ò de ellos huvieren causa ,
 ,, y titulo ; conviene á saber , de tal heredad , ò possession , que
 ,, yo tengo , y possèo en tal parte ; y assimismo os hago gracia , y
 ,, donacion de todas las ganancias , y mejoras , *b*, que , constante
 ,, el nuestro matrimonio , huvieremos ganado , que de Derecho , y

,, Le-

*Formatur
 alia clau-
 sula.*

„ Leyes Reales de este Reyno me debian pertenecer; y desde luego las renuncio, cedo, y traspasso en vos el dicho mi marido.
„ Y para que ganeis desde luego la possession *c.* de la dicha heredad, y bienes gananciales, os doy, y entrego de mi mano à
„ la vuestra esta Escritura, en presencia del presente Escribano, y
„ de los testigos de yuso escritos: de cuyo entrego yo el presente
„ Escribano doy fè, y juro à Dios *d.*, y à su Santissima † de no
„ revocar *e.* esta dicha donacion, ni por razon alguna venir contra ella, &c.

2 Ibi: „ mi legitimo marido *a.* Y ante todas cosas se ha de notar, que la donacion otorgada entre los esposos de futuro es perfecta, luego que verè, aut fictè se le entrega la possession de la dicha donacion, aunque el dicho matrimonio no se siga, como assi fuesse convenido, y tratado entre los dichos contrayentes: *ut in l. 1. vers. Igitur, ff. de Donationib. inter virum, & uxorem.* Y en caso que el dicho matrimonio se siguiesse, aunque convenido, y tratado no fuesse entre los dichos esposos, con el dicho efecto del matrimonio, queda válida, y perfecta, é irrevocable la dicha donacion, segun otro texto del Derecho; *scilicet: l. Cum veterum, C. de Donat. ante nuptias;* aunque en este caso, no teniendo efecto el dicho matrimonio, queda revocable la dicha donacion, y luego ipso jure buelve al donante, y otorgante, sino es en la forma que dicho es, segun otro texto Real: *l. 52. Tauri, hodie l. 4. tit. 2. lib. 5. Novæ Recop.* la qual habla en especial en las arras, y joyas, como mas largamente diremos en el *lib. 2. cap. 11. §. Arras, y joyas.*

3 Y todo lo que dicho es en los esposos de futuro, assimismo hà lugar, y se estiende à los esposos de presente, id est, casados in facie Matris Ecclesiæ, no haviendose seguido la copula carnal, y haviendo havitado juntos, ora fuesse en casa del mismo esposo, ò esposa; y por lo menos bastarà el haver havitado en casa del dicho esposo, aunque no la haya conocido carnalmente: y assi en el primer caso seràn válidas todas, y qualesquier donaciones otorgadas entre los dichos esposos. Y es la razon, porque el dicho matrimonio aun no està consumado, hasta que precede la dicha copula, ò habitacion; y en el segundo no valdràn, ni seguiràn su efecto, pues con la copula, y habitacion se presume demasiada aficion, y amor; por cuya razon son prohibidas por Derecho: lo qual se estiende aun en los esposos de futuro, precediendo tan solamente la copula, ó habitacion; y es la razon,
por-

porque la copula carnal en este caso hace que los desposorios, contrahidos con palabras de futuro, passen en matrimonio de presente: ut ita notat Palac. Rub. in Rep. rub. de Donat. inter virum, & uxorem, §. 4. n. 1. & in §. 56. n. 1. & 2. Todo lo qual, y con la misma distincion se debe entender en lo que el esposo huviere dado à su esposa antes de la dicha copula, ò habitacion, assi como si fuesen anillos, joyas, ò vestidos, y aunque fuesse el dia de las bendiciones, y velaciones, por presumirse ser sponsalitia largitas, y no donacion entre marido, y muger. Lo qual se ha de entender, no haviendo arras, y assimismo que no exceda de la octava parte de lo que traxere la esposa en dote, como assimismo no sea mayor cantidad de la decima parte de los bienes del dicho esposo, segun diximos en el cap. 11. del 2. libro, en el §. Arras, y joyas: & ita notat Ant. Gom. in l. 52. Tauri, num. 4. & 5. Palac. Rub. ubi supr. dist. §. 4. num. 2. & in §. 6. in fin. Matienz. in l. 1. tit. 2. 5. Recop. in gloss. 6. Castell. in l. 52. Tauri, verb. Sea precioso: & ibi Gom. Arias num. 16. Villalob. in Antinomia Juris, verb. Donation. 25. Spin. in suo Specul. gloss. 18. in princip. num. 155. contra Greg. Lopez in l. 23. tit. 11. part. 4. gloss. Magn. De que todos concluyen, que si esta promessa, ò entrego de joyas fue despues la copula, no valdrà, por presumirse antes donacion entre marido, y muger, que donacion propter nuptias: ut ita notat Gom. Arias ubi supr. num. 20. Greg. Lopez in l. 3. verb. Besado, tit. 11. part. 4. Palac. Rub. in l. 52. Tauri, num. 24. in fin. Matienz. in l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop. gloss. 3. num. 2. & ibi Acev. n. 26. Gutierrez in allegat. 11. n. 5. lib. 1: contra Anton. Gom. ubi supr. n. 6. De aqui se sigue, que si esta donacion fue otorgada entre los dichos esposos, refiriendose para quando el matrimonio se siguiesse, y consumasse, que de ninguna manera serà perfecta. Y es la razon, porque esta dicha condicion es igual à lo que se otorga, constante el matrimonio, la qual se viene à perficionar en tiempo prohibido, y que no se puede: ut in l. Quod sponsæ, C. de Donation. ante nupt. & ibi Bart. & Palacios Rub. in dicta Rub. §. 30. num. 3. & in §. 32. num. 7.

4 Todo lo qual se debe limitar en caso que esta donacion se huviesse prometido por aumento de dote, concurriendo pobreza de parte del donatario. Y assimismo se debe limitar por causa de remuneracion, por concurrir desigualdad de parte del donante, en sangre, ò vejez, y ser mas rico, y de parte del donatario haver mas calidad en sangre, mocedad, ò hermosura, la qual queda

da irrevocable: ut ita notat Palac. Rub. *ubi supr.* Con tanto, que esta dicha donacion no ha de exceder, habiendo hijos del primero, ò segundo matrimonio, del quinto de los bienes del donante, y otorgante: *ut in l. 10. tit. 6. lib. 5. Recop. & in l. Si constante matrimonio, §. Legitima, C. de Donationib. ante nuptias.* Y si el dicho donanté tuviere ascendientes, no podrá exceder la dicha donacion del tercio de los dichos sus bienes: *ut in l. 6. Tauri, hodie l. 1. tit. 18. lib. 5. Recop.*

5 En la qual dote se pueden poner todos, y qualesquier pactos, y condiciones, como en las donaciones otorgadas entre los esposos de futuro, segun dicho es; y se prueba en la dicha ley *Si ante matrimonium, & ibi gloss.* Y assi se concluye en este caso, que si el esposo de presente, antes que su esposa saliesse del poder, y casa de los dichos sus padres, le hizo donacion de alguna cosa, es válida, y perfecta, y no se puede revocar, salvo si antes de las velaciones estaban, y habitaban juntos, que entonces se podrá revocar, assi como donacion otorgada entre marido, y muger, constante su matrimonio; si no es por el dicho aumento de dote, por el premio de la nobleza, y demàs causas de remuneracion, como dicho es; para cuyo efecto es necesario, que en las dichas Escrituras de dote, y Capitulaciones se haga mencion de las dichas causas: de forma, que no se entiendan ser donaciones simples: *ut in l. Cum ante, & in l. fin. vers. fin. & in authent. Dos data, C. de Donat. ante nupt. & in l. penult. ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

6 Y todas las veces que las dichas donaciones fueren otorgadas por las dichas causas de remuneracion, assi como si el donante fuesse muger vieja, ò muy rica; y el donatario, siendo varon, fuesse mancebo, è hidalgo; y por el contrario, siendo el donante viejo, y rico, y la dicha su esposa fuesse muy hermosa, y bien nacida, demàs de que las dichas donaciones son válidas, y perfectas, no se pueden revocar por causas de ingratitud, segun la ley *Si pater, §. 1. ff. de Donationib. & ibi Angelus & communiter DD.*

7 En cuya donacion no se requiere insinuacion, ni se debe juzgar por las demàs reglas comunes, segun un elegante texto: *l. Aquillius Regulus, ff. de Donationib. & ibi gloss. & communis Doctorum sententia.* Pero hase de advertir, que esta remuneracion debe ser cierta, y verdadera, y no fingida: porque de no serlo, siguiera la naturaleza, y reglas comunes de las donaciones otor-

gadas entre marido, y muger: *ex l. 1. & penult. C. Plus valer. quod ag. & Philip. Corn. in l. Donat. col. fin. C. de Collat. & in d. §. 1. l. Si pater, citata.*

8 Y si esta dicha donacion, otorgada entre marido, y muger, fue condicion, que despues de la muerte del donatario la huviesse, y gozasse otro tercero, assimismo, sin embargo de esta dicha condicion, se podrá revocar por el dicho otorgante hasta la hora de su muerte; y esto procede, aunque el tercero fuesse descendiente, ó ascendiente legitimo, ó natural, que de Derecho tenia el dicho donatario obligacion de alimentar, supuesto que por la dicha donacion se hace mas rico, pues de su hacienda era fuerza sustentár, y alimentar à los dichos sus descendientes, ó ascendientes: *ut ita probat Palacios Rub. in cap. Per vestras, de Donat. inter virum, & uxorem §. 49. n. 3. vers. Ex predictis.*

9 Y si el marido pagasse lo que la muger debia antes de contraher aquel matrimonio, por evitar mayores daños, valdría esta donacion; pero no se ha de entender, siendo dado, y entregado con malicia, y en fraude de la dicha donacion: *ut idem Palac. Rub. ubi sup. §. 52.*

10 Lo qual assimismo procede en lo que el esposo, ó la esposa huviere gastado en levantar, y reedificar la casa quemada, con intencion de hacerle gracia de ello à cuya es la dicha casa, *ut in l. Quod vir, ff. de de Donat. inter virum, & uxorem.*

11 Demás de todo lo susodicho, se confirma la dicha donacion, y es irrevocable, quando el uno de los casados otorga donacion en favor del otro, con intencion de que alcance, y pretenda alguna Dignidad: *ut in l. Adipiscendæ; & duab. seqq. ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

12 Y quando de la dicha donacion el dicho donante no se hace mas pobre por aquella enagenacion, es válida, è irrevocable la dicha donacion, aunque el donatario se haga mas rico; ó quando el dicho donatario no se hace mas rico, aunque el dicho donante se haga mas pobre: *ut ita habetur in cap. ult. de Donat. inter virum & uxorem, & in l. 4. & 5. & 6. tit. 11. p. 4.*

13 Y dicese no hacerse mas pobre el donante por causa de la dicha donacion, quando tiene derecho de adquirir alguna cosa, y lo renuncia en favor de donatario: lo qual no valdría, si antes de haverlo renunciado, lo huviesse aceptado para sí; porque entonces no se confirma, sino es con la muerte del dicho donante: *ut habetur in l. 2. §. ult. ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

14 Y si el esposo, ó marido, antes, ò despues del dicho matrimonio, en las Escritura de dote, y Capitulacion, ò en otra Escritura particular, ò ante testigos, confessare haver recibido aquella dote de la dicha su muger, y esposa, siendo dissuelto el dicho matrimonio, desde el dia de la confession, hasta dos años, y no mas, podrá el dicho marido, esposo proponer la excepcion de la non numerata, y confessado dote, hasta un año que el dicho matrimonio fue dissuelto; y si passaron mas de los dichos dos años hasta diez, y si dentio de todo aquel tiempo muriesse el dicho marido, y esposo, se le conceden tres meses, desde el dia que el dicho matrimonio fue dissuelto, para oponer la dicha excepcion; de tal suerte, que en estos dichos dos casos les incumbe la prueba del entrego à la muger, ò à sus herederos, sin tener necessidad de probar cosa alguna el dicho su marido, ò herederos. Y si el dicho matrimonio no fue dissuelto dentro del dicho tiempo, desde el dia de la confession de la dicha dote, porque por ventura passaron mas de diez años, le incumbe la prueba al dicho su marido, ò herederos, y està por ellos el probar no haverse entregado la dicha dote, por ser confessada, y no numerada; y assimismo les incumbe la dicha prueba en todo tiempo, quando en la dicha Escritura de dote renunciò la excepcion de la non numerata pecunia, salvo si el dicho su marido, ó herederos fuessen menores de veintè y cinco años, todo el dicho tiempo, por la restitution in integrum; que pueden pedir; y assimismo les incumbe la prueba, si en el Instrumento hay fè de la paga del mismo Escribano, ò si despues de haverla confessado ex intervalo, assimismo confessò haverla recibido dos, ò mas veces; porque sin embargo de esta dicha excepcion, se debe pagar, sino es en caso que con suficiente prueba de testigos se averigüe lo contrario, porque de equidad se debe admitir: *ut hæc omnia probatur in authent. Quod locum, C. de Dote cauta, & non numerata, & ibi Bart. & Bald. & comm. DD. Ant. Gomez in l. 5. 1. Taur. n. 52. Alvar. Vel. cons. 5. n. 5. Mol. de Just. & jur. 2. trakt. disp. 439. n. 2.*

15 Y procede en tanta forma la doctrina supra referida, que aunque la Escritura de dote sea jurada, se podrá oponer la dicha excepcion, probando, como dicho es, el marido, ò sus herederos no haverle sido entregada numerada, pidiendo primero relaxacion ad effectum agendi, & excipiendi. Y es la razon, porque el juramento en este caso tiene tacita condicion; scilicet, siendole entregado el dicho dote, y esto se ha de entender quando el di-

cho juramento fue promisorio, prometiendo de dár, y pagar la dote confessada, y no numerada: *ut in l. ult. C. de Non numerat. pecum.* Lo qual assimismo havrà lugar en el juramento confirmatorio, con peligro de pecar mortalmente, por jurar lo que no se ha recibido: *ut ita docet idem Alvar. ubi supr. consult. 5. & idem Mol. ubi supr. disp. 439. n. 8.* Aunque si el juramento es promisorio de pagar aquella dote, no le incumbe al marido la prueba de lo contrario, y aunque se haya passado el tiempo supra dicho, por presumirse haverse hecho el dicho juramento con esperanza, que primero se le havia de entregar la dicha dote: *ut iterum notat idem Molina in disp. 303. n. 11.*

26 De donde se sigue, que de estas dichas confessions no se puede presumir son donaciones otorgadas entre marido, y muger, en especial revocando el marido aquella dicha confession, ò donacion en el tiempo, y con la distincion que queda dicho, salvo si el dicho matrimonio fue dissuelto por fin, y muerte del marido, y no dexare revocada la dicha su confession; porque entonces es visto confirmarla, de que se presume donacion entre marido, y muger; y esto sin dár lugar à que los herederos lo contradigan, sino es que fueren descendientes, ò ascendientes, por lo que les puede perjudicar en su legitima, de que havrà lugar de oponer esta excepcion, haciendose en el tiempo que dicho es: *ut ita notat Bart. in l. Si divortio, ff. Solut. matrim. & in l. Assiduis. C. Qui pot. in pign. hab.* el qual dixo con Alexandro, y otros: que havrà lugar la supra referida doctrina, ora sea antes ò constante el dicho matrimonio, confessada la dicha dote; de que se sigue lo que Cevallos afirmó por comun, en que dixo, que si la dote le fue prohibida al marido antes del matrimonio, y la confessó constante èl, que se presume donacion entre marido, y muger; à que yo añado, y digo, se ha de entender debaxo de las condiciones, y natural que las demàs; id est, que se podrá revocar segun, y de la forma que dicho es: *Cevall. lib. 1. comm. 432.*

17 Advirtiendole, que en todos los casos que estas dichas donaciones se confirmaren por las causas supra dichas, no es necesario vera, ni ficta possession, porque sin ella queda válida, y perfecta de su misma naturaleza, por ser en favor de dote; lo qual es al contrario en las demàs donaciones otorgadas entre marido, y muger: *ut in l. 2. C. Donat. & caut. non num. Alv. ubi supr. n. 16. Covar. ubi supr. n. 5.*

18 Todo lo qual se debe entender sin per. juicio de los acreed-

dores del donante, ora sean personales, ò hypotecarios; porque oponiendola excepcion que al dicho donante deudor le competia en el mismo tiempo, y de la forma que dicho es, han de ser primeramente pagados, y se dà por nula la dicha confession: *ut ita probatur in l. Si cui, C. de Non numer. pec. Covarr. ubi supr. n. 7. Anton. Gomez in l. 51. n. 52. vers. 6. Limita*: salvo si por ignorancia de los dichos acreedores se passò el dicho tiempo; porque en este caso han de ser restituidos *ex clausula generali*, si qua mihi *juxta causa*, &c. *ut ita docet Anton. Gomez ubi supra n. 52. Molina ubi supr. disp. 440. n. 4.*

19 Y si la dicha dote fuere confessado, constante el matrimonio, aunque los dichos tiempos sean passados, y el dicho esposo, ò marido haya renunciado la dicha excepcion de la non numerata pecunia, seràn preferidos los dichos acreedores, por razon de sus deudas, salvo si la muger, ó sus herederos probaren el dicho entrego: *ut ita sequitur Covarr. ubi supr. cap. 7. n. 7. Anton. Gomez ubi supr. n. 52. Alv. Vel. consult. 5. n. 11. & vide infra, lib. 2. §. Dotes, cap. 11. n. 143.*

20 Y en todos los casos que la muger es preferida por razon de la dicha dote confessada, tan solamente se ha de entender en quanto á los acreedores posteriores, con expressada, especial hypoteca ò anteriores, que la tienen tacita tan solamente, menos privilegiada; porque si son anteriores, expressas, ó taeitas, tan privilegiadas, lo contrario se ha de decir; pues quando constára de verdadera renunciacion, havian de ser preferidos por la anterioridad, como se colige, y prueba *ex doctrina Anton. Gomez ubi supr. n. 52. prop. fin.* Y esto se ha de entender en quanto los bienes no conocidos, ò dineros, que el esposo confessò haver recibido; porque si son conocidos, serà en ellos preferida, probando que son suyos: *ut ita tenet Covarr. ubi supr. d. n. 7.* Y asimismo será preferida, sin obligarse á la prueba, constando la pruba por testimonio, y fè del Escribano por Instrumento anterior: *ut in lib. 2. cap. fin. §. Dotes, dirèmos.*

21 Y es á saber, que todas la veces que estas dichas donaciones se confirman con la muerte del donante, no impide que muera ab intestato, ò que el heredero no quiera aceptar la herencia, segun el Emperador Ant. *in l. 1. C. de Donat. inter virum, & uxorem.* Y segun asimismo el Emperador Paulo en la *l. Si quis, ff. de Legat. 2.* y los Christianissimos Reyes Don Alfonso, y Felipe II. en la ley 1. *tit. 4. lib. 5. Nov. Coll.*

22 Y assimismo se confirma la dicha donacion , aunque el dicho donante muera civilmente , mientras no revocáre por su testamento (pudiendo testar) la dicha donacion , y aunque fuese condenado à galeras , ò desterrado para siempre , como assi lo dice el Jurisconsulto Ulpiano *in l. Sed si mors , ff. de Donat. inter virum , & uxorem.*

33 Cuya doctrina assimismo procede , segun el mismo Jurisconsulto , en la donacion otorgada por el temor , y peligro de la muerte , y aunque el marido la haya otorgado con temor de incurrir en algun delito , que por su culpa , y pena huviessé de perder sus bienes ; y en este caso ha de ser preferida en los dichos bienes , aunque por el dicho delito los huviessé perdido todos : ut notat Bal. *in l. Executorem , q. col. de Execut. rei judicat.* en cuya ley nota Bartulo , y dice , que aunque es verdad , que las dichas donaciones se confirman con la muerte del dicho donante , puede el marido revocar la dicha donacion hasta aquella hora.

24 Demás de todo lo dicho , se confirma esta dicha donacion por el estado de la Religion del donante , segun el Emperador Justiniano , *in l. Deo nobis , C. de Episcop. & Cleric.* Y assimismo ha de ganar la muger las arras prometidas , ò entregadas por el esposo , que sin culpa , y causa de la dicha su esposa entrò en Religion : *ut affirmat gloss. in c. Decreta legalia 27. q. 2. verb. Damno , & in d. leg. Deo nobis.*

25 Y si el hijo con voluntad de su padre huviere otorgado alguna donacion en favor de su madre , assimismo se confirma antes de ser revocada por la muerte del dicho su hijo donante : *ut in leg. Nec fratris sui , & ibi gloss. & communiter DD. C. de Donat. causa mortis , & in leg. Tam is , §. Filius , ff. de Donat. inter virum , & uxorem.*

26 Considerase assimismo , que muriendo marido , y muger juntamente por alguna desgracia , y caso fortuito , y no se puede averiguar , ni probar quien de los dos murió antes , se confirmará esta dicha donacion en favor del marido , y sus herederos , por presumirse morir antes la muger , si otorgò la dicha donacion , por la fragilidad del animo : *ut ita probatur in l. 12. tit. fin. part. 7.*

27 Y aunque el dicho donante , despues de haver otorgado la dicha donacion en favor de su muger , huviere hypotecado , y obligado todos sus bienes , assimismo se confirma la dicha donacion , especialmente poseyendo el dicho donatario fidei , aut verè ;

la dicha donacion , segun el Jurisconsulto Ulpiano *in l. Cum his status* , ff. de *Donat. inter virum , & uxorem*. Lo qual se ha de entender , segun otros Jurisconsultos , quando estos bienes hipotecados , y obligados son de mayor estimacion , y valor de la deuda por que fueron obligados : *ut in l. Legata* , ff. de *Supellest. legat. in fin.* & *ibi comm. DD.*

28. Y es de notar , que si la esposa , antes de contraher el matrimonio , en su testamento , y ultima volunrad , ò por contrato entre vivos , huviesse mandado , y hecho donacion à qualquier persona particular de alguna cosa en especie ; y despues para fin del dicho matrimonio la dicha esposa diere en dote al dicho su esposo , ó por el contrario , todos sus bienes ; no por esso es visto revocar la primera manda , y legado ; sino antes se confirma , atento que la especial no se deroga por la manda general , sino es revocandola especialmente por otro testamento , y ultima voluntad , ò haverla enagenado por otro qualquier contrato entre vivos , ò en caso que assimismo la primera manda fuesse de todos los bienes generalmente : *ut ita sequitur Alex. in cons. 31. vol. 3.*

29. Y en todos los casos que estas dichas donaciones se confirman con la muerte , se han de entregar assimismo con los frutos , que desde el dia del otorgamiento de ellas , y entrego , ò possession fictè , aut verè , constàre haver gozado el donante , segun el Emperador Justiniano *in l. Donationes* , C. de *Donat. inter virum , & uxorem* , & *ibi comm. DD.*

30. Demàs de lo qual se considera , que estas dichas donaciones no han de exceder del quinto de los bienes , teniendo el donante descendientes legitimos , ó tercio , teniendo ascendientes , como arriba queda dicho. Y assimismo se requiere , que estas dichas donaciones sean insinuadas , para que valgan en el exceso de los quinientos maravedis de oro , sino es en caso que el donante la confirma en su testamento : *ut in d. l. Donationes* , C. de *Donat. inter virum , & uxorem*. Y es la razon , porque entonces no se confirma como donacion ; sino antes es visto , segun la voluntad del testador , convertirse en legado , ò fideicomisso , atento que por esta voluntad fue visto apartarse de la naturaleza del primer contrato , y donacion entre marido ; y muger. En el qual caso no se considera el tiempo del entrego de la possession verè , aut fictè , para los frutos , como arriba diximos , por no considerarse , sino es desde el dia de la muerte del testador , y otorgante , como assi fue ordenando por el Jurisconsulto Africano *in*

l. Si quando, ff. de Leg. 1. & in gloss. l. Donationes, citata, verb. Referatur.

Formatur
alia clau-
sula extra
ordinem.
Formatur
alia clau-
sula extra
ordinem.

31 Para lo qual se han de considerar, y notar las palabras, con que el testador confirma, ò manda esta dicha donacion; porque si dixo: „ Mandole al dicho mi marido, ò à mi muger, la donacion que en su favor otorguè, procederá la doctrina supra referida; y si dixesse: „ Confirmito la donacion que yo otorguè en „ favor del dicho mi marido, ó de la dicha mi muger, entonces se han de considerar los frutos desde el dia que otorgò la dicha donacion, siendo entregada su posesion verè, aut fictè; porque si no lo fue, tan solamente se considerarán desde el dia, que por el dicho testamento se confirma la dicha donacion.

32 Ibi: „ De todas las ganancias, y mejoras *b.* Y solo se advierte en esta segunda parte, que supuesto que el matrimonio se celebra en muchas, ò las mas partes de estos Reynos, debaxo de adquirir la mitad de los bienes, que constante el dicho matrimonio se ganaren; es cierto, que por ser estimables, y de ellos se puede hacer mas rico el donatario, y mas pobre el donante, que de ninguna manera valdrá la dicha donacion, sino es confirmandose con la muerte, como las demás, y sujetandose à las demás reglas comunes del Derecho, que en este caso hablan, y arriba dicho queda: *ut ita tenet Greg. Lopez in l. 5. gloss. ult. tit. 11. part. 4. Molin. de Justitia, & jure, 2. tract. disp. 389. n. 18. contra Anton. Gomez in l. 50. Taur. n. 66. & in 2. tom. Var. res. cap. 4. n. 24.* Y en quanto á la renunciacion que se hace en fraude de acreedores, dirèmos en el *cap. fin. §. Renuntiat. lib. 2.*

33 Ibi: „ La possession *c.* Por manera, que para que se confirmen estas dichas donaciones, es necessario que precedan actos de tradicion, y possession; como assi lo enseña el Jurisconsulto Ulpiano *in l. Papinianus, ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

34 Cuya tradicion se colige por los casos siguientes. Primeramente por la clausula *Constituti*, ó por la vera, ò ficta possession de la cosa donada, ò por el entrego del Instrumento de la dicha donacion, ò por la facultad, y poder que el dicho donante dá, y concede al donatario, para que de su propria autoridad tome, y éntre en la dicha possession de la donacion, y bienes donados: *ut ex gloss. Singularis, in l. Cum creditor, ff. de Furt.* ó por haberse otorgado por causa onerosa, y con condicion, que á dia cierto la gozasse otro tercero; porque luego que muere el donante,

te, se transfere la possession, y dominio en el donatario, segun el doctissimo Covar. 1. tom. *Var. res. cap. 14. n. 5. & ex text. regul. in leg. 7. tit. 4. p. 3.*

35 Finalmente, se transfere el dicho dominio, y possession, quando el dicho donante, y otorgante reservó en sí el usufructo de la dicha donacion hasta su muerte, ò tiempo limitado: ut ita affirmat idem Covar. *ubi sup. n. 2.*

36 Ibi: ,, Y juro à Dios, *d.* Y es de tanta consideración el juramento en estos dichos contratos de donacion, que por su fuerza las confirma, y se hacen irrevocables; lo qual no lo fueran, sino confirmandose con la muerte del donante, segun, y de la forma que dicho queda: y es la razon, que estas dichas donaciones no son contra buenas costumbres naturales, ni son prohibidas de Derecho Positivo, sino tan solamente de Derecho Humano, de pendientes de la muerte del donante, y otorgante, con voluntad de revocarla hasta la hora de su muerte; lo qual cessa luego que se confirmaron con el dicho juramento, assi por el temor de la pena, y culpa mortal; como por que en sí no es contrato ilícito, sino tan solamente por Derecho Humano prohibido, que por el juramento se confirma, y queda válido: ut cum Bart. & Panorm. & communi Doctorum sententia, quam referunt, & sequuntur Covarr. *in Rubr. 2. parte n. 1. Jul. Clar. lib. 4. Sent. §. Donat. q. 9. n. 3. Ant. Gom. ad leg. 50. Tauri n. 66. Gutierrez cap. 3. de Juram. confirmat. n. 7.*

37 Ibi: ,, De no revocar, *e.* Y segun el Jurisconsulto Ulpiano, se ha de considerar, que por irrevocables que sean las dichas donaciones, no son tan perfectas, que tacita, ò expressamente no puedan ser, y quedar revocadas, *ut in l. Cum hic status, §. Pœnitentiam, ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

38 Y quanto lo primero, estas dichas donaciones son revocadas por fin, y muerte del donatario, segun el Emperador Dioclesiano, y Alex. *in l. Etiam, & in l. A marito, C. de Donat. inter virum, & uxorem,* salvo si fueron confirmadas con el dicho juramento.

39 Y segun el Emperador Gordiano, y Jurisconsulto Ulpiano, se revoca esta dicha donacion, quando el donante hizo especial institucion de la cosa que se donò, que antes, ò despues del dicho matrimonio el esposo, ò marido havia otorgado en favor de su esposa, ò muger, ó por el contrario; lo qual assimismo procede, siendo mandada, ò especialmente hipotecada, ò

obligada : *ut in l. Si maritus 2. C. Eo, & in l. Cum hic status, §. Si maritus, ff. eodem.*

40 Cuya doctrina no se ha de entender en la institucion general, ni assimismo en la especial, ni general obligacion, dada, ó prometida por el dicho contrato de obligacion, especialmente si era de mayor precio, y estimacion, que la deuda à que se obligò, è hypotecò, como arriba diximos : y assi lo prueba la comun de los Doctores en la *l. 3. C. de Leg.*

41 Dice assimismo el Jurisconsulto Ulpiano, que estas dichas donaciones se revocan por la desesperacion del donante, assi como por haverse ahorcado, ò haverse echado en algun pozo, ò haverse muerto con espada, ò daga, ò otra qualquier arma, ó instrumento : *ut in l. Cum hic status, citata, ff. de Donationib. inter virum, & uxorem.* Aunque segun el Emperador Dioclesiano, no se revoca por la muerte natural, ni violenta, assi como por haverle muerto : *ut ita affirmat, & docet in leg. Si tibi, C. de Donat. inter virum, & uxorem.*

42 Assimismo se revocan estas dichas donaciones matando, ò hiriendo el marido à la muger, aunque sea por causa, y razon de adulterio. Porque segun los Christianissimos Reyes Don Fernando, y Doña Juana en la *ley 82. de Toro, hodiè l. 5. tit. 20. lib. 5. de la Nueva Recopilacion*, matando el marido à su muger adultera por su propria autoridad, ordenaron, è mandaron no ganasse, ni gozasse la dote, y donaciones, ni los demás bienes, sino es en caso, que por autoridad de Justicia fue castigada ; salvo si la dicha muger hasta entonces la revocasse, que podrá justamente hasta que muera.

43 De aqui se sigue, que el que matàre à su muger violentamente, no ganará, ni gozará de la dicha donacion ; porque aora sea con causa, ó sin ella, ipso jure es revocada, segun el Jurisconsulto Ulpiano *in l. Ab hostibus §. Si vir, ff. de Solut. matrimon.*

44 Y dice Baldo, que si en la enfermedad de la muger, maliciosamente no permitiere, y consintiere no assista Medico, ò Cirujano, solo à fin para que sin remedios se muera ; que luego que es probado, se revoca, y dà por ninguna la dicha donacion : y esto procede, y hà lugar en todas las demás donaciones de qualquier calidad, por ser causa de ingratitud ; atento que el matar, ò ser causa que el otro se muera *interficere est : ut ita notat idem Bald. in d. l. Ab hostibus, §. Vir, & est text. unicus in l.*

l. Si servum 91. ff. de Verb. obligat.

45 Y si el marido, sin causa justa, echò à su muger de su casa, por aquella afrenta, y menos precio, se revocarà assimismo la donacion que tenia otorgada en favor del dicho su marido, sino es confirmandola despues; la qual doctrina se colige, y prueba *ex eo, quod ad propositum tradit Bald. in l. Sed si sumus, de Latina libertate tollenda.*

46 De aqui se sigue, que por el mismo caso que la muger sea atrozmente castigada, se revoca ipso jure la dicha donacion, que la dicha havia otorgado en favor del dicho su marido; y assimismo procede, si otra persona pusiere manos en ella por mandado del dicho su marido: *ut in l. 1. ff. de Eo per quem factum est.* Lo qual no carece de razon, supuesto que la donacion otorgada por la muger en favor del dicho su marido, es remuneratoria, por el aficion, y buenas obras, y tratamientos, que del dicho su marido espera tener; y pues se mudan las costumbres del donatario, justo serà, y conforme à Derecho, que se mude la voluntad del donante: *ut in l. 3. ff. de Adimend. leg. & in l. Cum quis in fin. & in l. Si cum Cornelius, ff. de Solut.*

47 Pero hase de advertir, que si el donatario, por defenderse del donante, le hiriesse de manera, que sino fuesse por su defensa, fuera causa para que tacitamente se revocasse la dicha donacion; que no por esso es visto revocarse, pues la defensa es natural, y à todos permitida: *ut in l. Ut vim, ff. de Just. & jur. & Imperator Dioclesianus in l. 1. C. Unde vi.*

48 Y por el adulterio, y deshonestidad de la muger se revoca assimismo esta dicha donacion; lo qual procede en la misma manera en el legado, ò manda que el marido dexò à su muger, viviendo en la viudèz deshonestamente: *ut ita docet Bart. in l. 3. ff. de Alimentis, & cibariis legatis.*

49 Y no solo se revoca esta dicha donacion por el dicho adulterio, sino tambien por la intencion de ofender à su marido, aunque no se execute el intento, y culpa carnal; porque en este caso, basta haver manchado la muger su honestidad, y ofendido la honra de su marido aunque no sea sino tan solamente por el consentimiento de dexarse besar de otro varon, ò dexarse llegar à sus pechos, ò à las demás partes honestas, y vergonzosas: *ut in cap. Nec aliqua 27. q. 1. & in cap. 1. Quib. mod. feud. amittatur, & ibi Glos. & notant DD. in l. 1. ff. de Extraord. crim. & in l. Qui ait, ff. de Adulteriis, & ibi glos.*

50 Lo qual procede assimismo, si la dicha muger fuere hallada en parte oculta, y sospechosa, ò que fuere hallada hablando desde ventana, ò azutea à deshora, ò con persona sospechosa; como assimismo se prueba *in cap. Non oportet, 81. distinctione.*

51 De aqui se sigue, que si la muger fuere hallada assimismo de noche con habito indecente, assimismo pierde la dicha donacion, en su favor otorgada por el dicho su marido: *ut ita docet Angel. in §. Minores, in authent. de Nuptiis, & facit text. cum gloss. in verbo Foris, l. Consensu, C. de Nupt.*

52 Assimismo, por la ingratitud se revoca esta dicha donacion, siendo por las causas que arriba diximos en el cap. 23. de este primer libro.

53 Demàs de los suprà referidos casos, se ha de considerar, que si el donatario, siendo Letrado, y Abogado, abogasse contra el donante, por ser oficio voluntario, y no forzoso, se revocará la donacion otorgada en su favor; lo qual no procede, siendo apremiado por el Juez, ó que èl mismo, siendolo, sentenciase contra el dicho donante, por ser oficio forzoso, y no voluntario: *ut in l. Post legatum, §. Advocatum, ff. de His quibus, ut indignis, text. in l. Munerum, §. Vindicandæ, ff. de Munerib. & honoribus.*

54 Y si el dicho donatario de su voluntad, y no siendo apremiado, jurò, y fue testigo en alguna Causa Civil, ò Criminal contra el dicho donante, se revocará esta dicha donacion; salvo si despues nuevamente fue confirmada por el dicho otorgante: *ut in cap. 1. §. Sed quid delator, tit. Quæ sit prima caus. & ibi gloss.*

55 Todo lo qual se ha de entender, aunque el donante esté ignorante de algunos de los dichos casos; porque por el mismo hecho, las dichas donaciones son incontinenti revocadas; sino es en caso que el dicho donatario, sabiendo las dichas causas, huvierre confirmado las dichas donaciones; como se infiere de lo que con notable doctrina enseña Bart. *in l. fin. ff. de His quibus, ut indignis, & per ea quæ notantur in leg. fin. C. de Adulteriis.* Y en los demás casos, fuera de los dichos, y otros semejantes, expressados en Derecho, es necessario, que expressamente se revoquen las dichas donaciones, y no bastan conjeturas, como lo enseña el Jurisconsulto Ulpiano *in l. Cum hic status, §. Pœnitentiam ad fin. ff. de Donat. inter virum, & uxorem.*

CAPITULO XXVII.

Adonde se trata, si el pacto reciproco *ad invicem de succedendo* entre marido, y muger, y otras personas particulares havrà lugar, ò si de Derecho será reprobado: adonde se refieren ciertas clausulas, con que los dichos contratos deben ser ordenados, y otorgados.

SUMARIO.

1 **P**acto reciproco, *ad invicem de succedendo*, entre marido, y muger, y otras personas particulares, si es válido, ò de Derecho reprobado, y debaxo de qué clausulas deben ser otorgados estos dichos contratos, & ibi n. 2.

3 Y si los dichos testamentos se podrán revocar hasta el ultimo fin de la muerte.

4 Y si será válido el que se otorga à persuasion del otro otorgante, con intencion de revocar el suyo, muriendo antes.

5 Y si será irrevocable la dicha institucion *ad invicem*, siendo otorgada por contrato interin vivos, & ibi n. 6.

7 Y dentro de qué tiempo han de ser otorgados los dichos pactos entre marido, y muger, para que no se juzguen por nulos, y reprobados.

8 Y si valdrà esta dicha promission, aunque uno de ellos haya consumido sus bienes, y el otro no.

9 Testamento otorgado por el marido, con consentimiento de la muger, de los bienes de entrambos, si se puede revocar,

10 Y si havrà lugar la dicha revocacion, siendo mejorado en el dicho testamento alguno de sus hijos.

11 Y si se pueden otorgar estos dichos contratos en perjuicio de ascendientes.

1 **U**trúm, si el pacto reciproco *ad invicem de succedendo*, otorgado entre marido, y muger, y otras personas, ò particulares, será licito, y de Derecho permitido, ò se jazgarà por nulo, ò reprobado. Para cuya conclusion se ha de considerar lo primero, que una cosa es institucion *ad invicem de succedendo*, y otra cosa es pacto reciproco, assimismo *de succedendo*. Para cuya declaracion, hemos de suponer, que el contrato fue otorgado, y celebrado con las palabras de la clausula siguiente;

Formatur te ; scilicet : ,, Por tanto en la mejor via , y forma que mas lugar
alia clau- ,, haya en derecho , los dichos fulano , y fulano se obligaron en
fula. ,, la forma siguiente ; conviene á saber , que si el dicho fulano
 ,, muriere, ora sea con testamento , *a.* ò sin èl, que el dicho fulano
 ,, haya de suceder , y suceda en todos sus bienes , muebles ; y
 ,, raices , derechos , y acciones que se hallaren , y constaren ser
 ,, del dicho difunto ; y por el consiguiente , si el dicho fulano an-
 ,, tes muriere , haya de suceder , y suceda en todos los dichos
 ,, sus bienes , y segun y de la forma que dicho es. Y debaxo de es-
 ,, ta conformidad , *b.* obligaron sus personas , y bienes.

2 Ibi : ,, Ora sea con testamento. Y porque diximos , que una cosa es testamento *ad invicem de succedendo* , y otra es pacto *ad invicem* assimismo *de succedendo* ; quanto lo primero , se ha de notar , que de comun consentimiento pueden dos , ó muchos en una misma Escritura , y Testamento otorgar su ultima voluntad , unos en favor de otros : lo qual es muy recibido , y conforme á Derecho : ut affirmat Julius Clarus §. *Testamentum* , quest. 60. Gam. *decis.* 258. & comm. DD. *sentent. argum. text. in l. Eo quod* , C. *Si cert. pet.*

3 Y aunque es verdad , como dicho es , que será válido , y perfecto el dicho testamento , y ultima voluntad , en la forma que dicho es ; pero con todo esso , quedará sujeto á las reglas que los demás , supuesto que se pueden revocar , y la dicha voluntad es de ambulatoria hasta la muerte : ut *sup. in cap. 1. dictum est & est communis* , secundum Gam. *decis. citata* : Covar. *in Rub. de Test.* 2. p. n. 7. Molin. *lib. 4. de Primog. c. 2. n. 84.*

4 Y si con algun genero de prueba se averiguare , que uno de los dichos obligados , herederos , ò testadores , persuadiò al otorgante se conformasse con aquella voluntad *ad invicem de succedendo* , con animo de adquirir los bienes agenos , muriendo antes , y revocar su testamento , y voluntad , será condenado à que los dichos bienes sean restituídos à los parientes mas cercanos del testador , y difunto , por el fraude , y mala voluntad que al principio tuvo : ut ita sentit Molina *de Justit. & jure* , 2. tract. *disp.* 152. n. 4.

5 Ibi : ,, Y debaxo de esta conformidad , *b.* Y supuesto que la dicha succession *ad invicem* es válida debaxo de la dicha conformidad , con la voluntad libre de revocarla , resta aora el dár à entender , si esta dicha succession havrà lugar por contrato *inter vivos* reciproco : de forma , que por su fuerza quede irrevoc-

cable , sin poder mudar la dicha voluntad. Y por tener algun genero aquel contrato de futura succession , que arriba diximos , parece nos dà à entender es *ipso jure* nulo , y de su misma naturaleza revocable ; como admirablemente nos enseña la *l. 33. tit. 11. p. 5.* que sus palabras son las siguientes en su primera parte:
„ Pleyto , è promission haciendo dos omes entre si , que qualquier
„ de ellos que muriesse primero que el otro que fincasse , que heredasse todo lo suyo ; tal pleyto , nin tal promission , decimos ,
„ que non debe valer , porque ninguno de ellos non haya ocasion
„ de se trabajar de muerte del otro , por razon de heredarle lo
„ suyo. Por manera , que de otorgarse estos dichos contratos en esta dicha forma , con evidencia seràn por el mismo hecho de ningun valor , y efecto.

6 Pero no obstante la dicha ley , se ha de limitar en la forma siguiente ; y es assi : Que si el dicho contrato , ad invicem , tan solamente fue otorgado en cosa particular , y no universal , serà válido , y perfecto , assi como si dixesse : „ Los quales dichos
„ otorgantes prometieron , y se obligaron , que si alguno de los dichos muriere antes , que el que quedàre , haya de gozar , y goce de la mitad de los bienes de el que assi antes muriere : la qual
„ obligacion es su voluntad se entienda por derecho de contrato entre vivos , y no por derecho de testamento , ni ultima voluntad : y que de qualquier manera quieren que valga en la mejor
„ via , y forma que mas lugar haya en Derecho. Para lo qual obligaron sus personas , y bienes &c. Y aunque se suspenda la paga de la dicha obligacion por entonces , y que de ninguna manera se pueda executar , hasta por fin , y muerte de qualquiera de los otorgantes , no por esso se juzgarà por contrato de futura succession , sino por contrato celebrado , y otorgado inter vivos :
ut hæc omnia probantur in l. Omnes , §. Lucius , ff. Quæ in fraudem credit. l. Unica , C. Ut actio ab hærede : Alber. in l. fin. col. 1. vers. Sed quæro pulchrum , C. de Pact. Joann. Andreas in Ad-dit. ad Speculat. de Instrum. edit. §. Porrò , col. fin. quos refert , & sequitur Greg. Lop. in dict. l. 33. glos. 1. tit. 11. citat. p. 5.

7 Y porque entre marido , y muger es muy usado este dicho contrato reciproco , y que en realidad de verdad nos podia dàr razon de dudar , por parecer ser en fraude de la *ley 4. y tit. 11. p. 4.* que de todo punto prohibe las donaciones entre marido , y muger ; pero con todo esso , mirando , y considerando bien su natural , es contrato lícito , y de Derecho permitido , con tanto , que no
se

se otorgue dentro del año del matrimonio , y casamiento : y esta es la razon de decir de la ley 9. tit. 6. lib. 3. Fori , cuyas palabras son las siguientes : „ Si el marido , y la muger hicieren hermandad de sus bienes , de que fuere el año passado que casaren en uno , no habiendo fijos de consuno , ni de otra parte , que hayan derecho de heredad , valdrá tal hermandad : y si despues que hicieren la hermandad , ovieren fijos de consuno , no valdrá la hermandad : que no es de Derecho , que los fijos que son fechos por casamiento , sean desheredados por esta razon. Y aunque es verdad , que por ser ley del Fuero , para ser válida su decision , es necessario probar estar en uso , y ser usada , y guardada ; *nihilhomenus tamen* , en este caso no es necesario probar estar en el dicho uso , por no ser , y estar dispuesto lo contrario por Derecho Real , ni comun : *ut ex text. in l. Unica , §. Illo procul dubio , C. de Temporalí actione , & in l. Morte , C. de Pactis conventis*. Y assimismo se comprueba por la ley 23. tit. 11. part. 4. ibi : „ E la que es por pleyto , que ponen entre sí , se face de esta guisa , como quando otorgan ambos en uno , el uno al otro , que muriendo el uno de ellos sin fijos , el otro que fincàre , que haya la dote , ó la donacion toda , ó alguna partida de ella , segun lo establecieren.

8 De aquí se sigue , que si el uno al otro se hiciere donacion de todos sus bienes , ó parte de ellos , y el uno consume los bienes , y el otro los conserve , valdrá desde luego la dicha donacion : *ut in l. Quod autem , §. Si vir , & uxor , ff. de Donat. inter virum , & uxorem , & affirmat Gam. decis. 231. n. 2 quem refert , & sequitur Molin. de Justitia , & jur. 2. tract. disp. 289. n. 27. §. Tertius*.

9 Y aunque es verdad , como arriba diximos , que otorgandose testamento adinvicem entre marido , y muger , ó entre otras qualesquier personas , se pueden revocar hasta la muerte , por ser de ambulatoria hasta entonces la voluntad del testador ; pero con todo esso , si el marido hizo testamento , assi de los bienes suyos , como los de la dicha su muger , con expreso consentimiento suyo , no le podrá revocar la susodicha , despues de otorgado por el dicho su marido , antes , ni despues de su muerte , quedandole à la muger lo suficiente para poderse alimentar , y testar : *ut ita docet Gutierr. de Pact. qq. cap. 75. lib. 3.*

10 De aquí se sigue una notable limitacion á la ley 17. y 44. de Toro , y es en esta forma : Que si marido , y muger de comun
con

consentimiento otorgaron testamento, en el qual juntamente mejoraron alguno de sus hijos en el tercio, y quinto de sus bienes, muriendo el marido debaxo de aquella disposicion, no podrá la muger revocar el dicho testamento en quanto á la dicha mejora, aunque la dicha ley parece dispone lo contrario, en que dice: Que si la dicha mejora es otorgada por contrato inter vivos, ó por otra qualquier ultima voluntad, que se puede revocar hasta la hora de la muerte del dicho otorgante; salvo haviendole entregado la possession de los bienes contenidos en la dicha donacion, ò se le entregò la Escritura de ella ante Escribano, ò se hizo por contrato oneroso entre vivos, assi como por via de casamiento con otro tercero. Pero en caso que procedan las dichas causas en nuestro caso, se ha de entender lo que al principio afirmamos, de que no se podrá revocar la dicha mejora, especialmente si fue otorgada por via de Mayorazgo con el dicho consentimiento; y assi advierto lo que assimismo nota Acevedo, que para que la muger no pueda revocar la dicha manda, y mejora, dirà el Escribano al fin del dicho testamento; scilicet: „ el qual testamento, y ultima voluntad, que el dicho fulano, y la dicha fulana, su muger, otorgan en favor del dicho su hijo, firmè y signè, siendo testigos, &c. & ita affirmat idem Acev. in l. 11. tit. 6. n. 5. lib. 5. Recop. adonde dice assi haver sido determinado en vista, y revista, mediante la dicha clausula; & ita notat Rodrigo Suarez in l. Quoniam in prioribus, 6. ampliatione, limitat. 3. n. 14. f. 166. Covar. in 2. part. rubricæ de Testament. n. 8. fol. 5. adonde dice, que solamente con la muerte del marido se confirma este legado, y mejora; lo qual es al contrario, si la muger muriera, por poder apartarse el dicho su marido de la dicha voluntad, sino es en los casos que arriba diximos, que se refieren en la misma ley 17. de Toro, & ita sequitur Rodrigo Suarez ubi supra, limit. 5. num. 15.

*Formatur
alia clausula*

II Y procede en tantã forma, que este dicho pacto reciproco entre marido, y muger sea vãlido, que si el uno al otro se huvieren nombrado por herederos, ò otorgadose donacion de alguna parte de sus bienes, que aunque el uno de ellos muera, y dexe padres, y ascendientes, succederá el superstite en todos los dichos sus bienes, no obstante que los dichos sus padres sean herederos legitimos. Y es la razon, que como se les puede seguir el provecho, deben sentir aquel daño por aquel pacto reciproco, y por aquella esperanza, que assimismo los dichos ascendientes pudieron

tener , que el dicho su hijo sucediesse , como le sucedieron á el, como assi afirman se ha determinado por Chancilleria Palacios Rub. in Rub. de Donat. inter virum , & uxorem , §. 50. n. 17 & 18. Rodr. Suarez in d. l. Quoniam in priorib. 6. ampliat. n. 9. C. de Inofficioso testamento, quos sequitur , & refert Gutier. 1. part. de Jurament. confirm. cap. 3. n. 26. adonde dice con el mismo Palacios Rub. es notable limitacion la ley 6. de Toro, en que dispone, que los descendientes , no puedan testar de sus bienes en perjuicio de sus ascendientes , sino es en el tercio de ellos : y assi lo notò Cevallos lib. 1. Pract. Quæst. cap. 140. n. 12. adonde afirma haverlo assi practicado. Y es muy conforme à Derecho, con tanto, que este dicho pacto adinvicem de sucedendo , no se otorgue estando alguno de los dichos marido , y muger enfermo, y cessante otro qualquier fraude. Todo lo qual assimismo se ha de entender sin perjuicio de los alimentos de los dichos ascendientes , siendo tan pobres , que no tengan de què sustentarse.

CAPITULO XXVIII.

Sobre la renunciacion del privilegio , y excepcion de la hidalguia. y en què casos havrá lugar , y debaxo de què clausulas.

SUMARIO.

- 1 **S**I el hidalgo puede ser preso , especialmente renunciando su propio privilegio , y debaxo de què clausula.
- 2 Convenidos , si pueden ser los privilegiados en mas de lo que pueden , renunciando su excepcion.
- 3 Privilegio público , si se puede renunciar en odio de las demás , & ibi n. 4.
- 5 Refierese la decission de la ley 14. titulo 2. lib. 6. de la Nueva Recopilacion , que expressamente prohibe las dichas renunciaciones.
- 6 Advertencia del Autor de lo que los Escribanos en estas dichas renunciaciones deben guardar.
- 7 Presos , si pueden ser los hijosdalgos por defraudar , y esconder los bienes de sus acreedores ; y si pueden ser sueltos debaxo de una fianza de la haz.

1 **U**Trùm, si el noble, è hidalgo en las Causas, que por deuda civil no puede ser preso , y encarcelado , lo podrá ser hasta satisfacer las deudas á sus acreedores , en caso que hayan

renunciando su proprio privilegio , y excepcion , assi como los demás particulares. Y para que con mas distincion se responda á esta dicha question , se supone para su fundamento , que la Escritura da esta dicha renunciacion fue otorgada con las palabras de la clausula siguiente : „ Y para mas cumplir , y guardar todo lo „ contenido en esta dicha Escritura , el dicho fulano renunciò su „ proprio privilegio , y excepcion , y demás leyes que hablan en *Formatur alia clausula.* „ su favor , obligandose , como se obliga , à ser preso , y encarce- „ lado , luego que passado el tiempo de la paga de esta deuda , no „ cumpliere con la dicha su obligacion , prometiendo , como des- „ de luego promete , de no ir , ni contravenir contra esta dicha „ obligacion , por causa de ser hidalgo , ni por otra razon alguna , „ para lo qual obligò su persona , y bienes , &c. Y ante todas cosas se responde , que precediendo la dicha renunciacion , parece no hay duda , sino que se podrá defender por la parte afirmativa , en que havrá lugar , supuesto que cada uno puede renunciar su proprio privilegio : *ut ex text. in l. Si Judex circumvento , ff. de Minoribus , & in l. Pactum inter hæredem , ff. de Pactis , & in l. Si quis in conscribendo , C. de Pactis.*

2 Y esto se comprueba en la obligacion de los que no pueden ser convenidos en mas de lo que pueden ; porque obligandose *insolidum* , y renunciando su privilegio , y derecho , no podrá el Juez , en caso de juicio , apartarse de aquella convencion : *ut notat gloss. cum text in l. Si convenerit , in vers. Quid autem , ff. de Re judicat. & ibi commun. DD. Bart. Paul. Alex. & Bald. in l. 1. n. 9. & 10. C. Qui bon. creder. possess. text. in l. Judicem , ff. Commun. divid. l. fin. C. de Testib. & ad hoc facit , quod contractus ex partium consensu , & conventionem legem accipiunt , l. 1. §. Si convenerit , ff. de Posit.* Lo qual afirma Covarrubias haverse determinado en la Chancilleria de Granada *in cap. Quambis pactum , de Pactis in 6. part. 2. n. 5.*

3 Pero sin embargo de que sea comun opinion , y que en propios terminos se haya sentenciado , y juzgado en la Chancilleria de Granada , como assi lo refiere el doctissimo Covarrubias , se ha de entender lo contrario por lo siguiente. Lo primero , trayendo á la memoria aquella regla vulgar de Derecho , que , dice , que el Derecho Público , concedido à particulares , no se puede renunciar por pacto , ni convencion : *ut in l. Jus publicum , ff. de Pactis , l. Testandi causa , ff. de Testament. l. Nemo potest , ff. de Legat.*

4 Lo segundo , porque prohibiendo el Derecho , que el noble

no pueda ser preso, no se pueda renunciar, por ser en odio de todos los particulares: ut facit doctrina Gutierrez de Juramento confirmat. 1. part. cap. 16. n. 50. Y de que sea prohibitiva, consta por las palabras de la ley 2. tit. 2. lib. 6. Novæ Recop., Establece-
 ,, mos, y mandamos, queriendo guardar la franqueza que han los
 ,, hijosdalgo de Castilla, y de las Españas, por la gran lealtad
 ,, que Dios en ellos puso, y deben haver, que les sean guardadas
 ,, todas sus libertades, franquezas, y exempciones que han, y de-
 ,, ben haver por las leyes de nuestros Reynos.

5 Y aunque es verdad, que para la primera opinion traximos la decision de la l. Si convenerit, junta sua glossa, ff. de Re judi-
 cat. y otras leyes, y autoridades para su comprovacion, tan so-
 lamente es visto disponer las dichas leyes en aquellos casos parti-
 culares, sin que de su remission, renunciacion, pactos, y condi-
 ciones à persona alguna se haga injuria, como en realidad de ver-
 dad se hace à los hidalgos, por haver regla especial que los prohi-
 ba como assi se proveyo, y fue mandado por su Magestad en la
 respuesta al capitulo 18. de las Cortes del año 1598. fenecidas en
 el de 1601. b. de l. 14. tit. 2. lib. 6. Novæ Recop. en el quaderno
 de lo añadido, desde el año de noventa y ocho, hasta el de mil seis-
 cientos y diez, que su tenor es el siguiente: ,, Ordenado está que
 ,, ningun hidalgo pueda ser preso, ni encarcelado por deuda que
 ,, deba, salvo sino fuere Arrendador, ò Cogedor de nue-
 ,, tros pechos, y derechos, porque en tal caso él mismo quebranta
 ,, su libertad; y que por deudas que deban, no sean prendadas
 ,, las casas de su morada. Las quales preeminencias, y libertades
 ,, de los hijosdalgo es nuestra voluntad, que no se puedan renun-
 ,, ciar, ni renunciën; y si lo hicieren, queremos que las tales
 ,, renunciaciones no valgan, y sean en sí ningunas; y que el
 ,, Escribano que las pusiere en semejantes obligaciones, y Es-
 ,, crituras incurra en pena de diez mil maravedis.

6 Y porque no haya dificultad en estas dos dichas opiniones, se advierte à los Escribanos, que si en las obligaciones que ante
 los dichos se otorgáren, recibieren las dichas renunciaciones de
 los dichos hijosdalgo, incurrirán en la dicha pena de los dichos
 diez mil maravedis; salvo siendo por causa de las dichas Rentas
 Reales, segun se refiere en la dicha ley; porque aunque es verdad
 que se ha determinado lo contrario, segun refiere el doctissimo
 Covarrubias, fue antes que se determinasse por su Magestad lo
 contenido en la dicha ley, lo qual procede, aunque la dicha re-

nunciacion sea jurada : ut tenet. Anton. Gomez *in l. 79. Taur. n. 3. & in 2. tom. Var. res. cap. 14. n. 24* Didacus Perez *in l. 1. tit. 2. lib. 4. Ord. fol. 1367.* Burgos de Paz *cons. 10. n. 7. quos sequitur, & refert Aceved. in l. 2. tit. 2. lib. 6. Novæ Recop. n. 18. & 19.*

7 Y aunque es verdad , que por causa de ocultar , y esconder los bienes los dichos hijosdalgo pueden ser presos por aquel delito ; pero con todo esso pueden ser sueltos debaxo de de una fianza de la haz , como assi refiere haverse determinado Gutierrez *in dict. tract. de Jurament. confirmat. 1. part. cap. 16. n. 29.*

CAPITULO XXIX.

Sobre la renunciacion del capitulo *Oduardus* , de *Solutionibus* adonde se refiere cierta clausula , en virtud de la qual podrán los Clerigos ser presos , y encarcelados.

SUMARIO.

- 1 **P**Resos , y convenidos , si podrán ser los Clerigos en mas de lo que pueden , y debexo de que clausula.
- 2 Debenseles guardar à los dichos Clerigos sus privilegios , y exempciones , pues para honra de Dios fueron elegidos.
- 3 Y sin embargo que los dichos Clerigos renuncien el dicho capitulo *Oduardus* , y demás leyes en su favor , no podrán ser presos , ni encarcelados por deudas , y Causas Civiles.
- 4 Y si lo podrán ser , siendo especialmente jurada la dicha renunciacion.
- 6 Y si por la pena de perjuros podrán ser presos , y encarcelados.

1 **U**Trúm , si por deudas , y Causas Civiles , justamente podrán los Clerigos , y Sacerdotes ser presos , y encarcelados , hasta pagar , y satisfacer las dichas deudas , especialmente renunciando su proprio privilegio. Y en que forma , y con que clausulas deben ser ordenadas , y otorgadas las Escrituras de las dichas obligaciones , para que sin dificultad alguna realmente , y con efecto puedan ser compulsos , y apremiados à la paga de ellas. Y assi , para que con claridad se responda à la question propuesta , se considerarán las palabras de la clausula siguiente , donde por su tenor se conocerà si de Derecho serán de efecto , para que por su fuerza puedan justamente ser presos , y en mas de lo que pudiesen

Formatar
alia clau-
sula.

convenidos , cuyo tenor es el que se sigue ; scilicet : ,, Y para mas
,, cumplir , y guardar todo lo contenido en esta dicha obligacion,
,, y Escritura , y para que por la dicha deuda pueda ser preso,
,, y encarcelado *a* , hasta la paga de ella , renuncio el capitulo
,, *Oduardus* , de *Solutionib.* *b* , y demás capitulos , y leyes en mi
,, favor ; y para mayor firmeza juro in verbo Sacerdotis , y por
,, Dios nuestro Señor *c* , y su Santissima *t* , y pena de perjurio , de
,, que no irè , ni contravendrè contra la renunciacion del dicho
,, capitulo , ni por otra causa , y razon alguna , ni de este dicho ju-
,, ramento pedirè absolucion , ni relaxacion.

2 Ibi : ,, Pueda ser presso , y encarcelado *a*. Y segun la liber-
tad que por Derecho se les concede á todos los Clerigos , y Sacer-
dotes , parece que de ninguna manera podrán ser presos , ni con-
venidos en mas de lo que pudieren , especialmente que en qual-
quier manera se ha de estimar , y tener respeto al dicho Orden
Clerical , pues del mismo Dios en suerte fueron escogidos para
honra , y servicio suyo ; pues aun los Gentiles les guardaron el
respeto que era justo , no solo en no quitarle sus bienes , y ser
presos ; pero fueron causa para que su hacienda se aumentasse ;
pues el mismo Faraon , Rey de Egypto , teniendo sus Reynos tan
apremiados de imposiciones , y gabelas , les guardó sus privilegios ,
que muchos pontifices , y Reyes les concedieron , fue la prission ,
y la libertad de no poder ser encarcelados , ni ser convenidos en
mas de lo que pudiesen , segun el capitulo *Oduardus* , de *Solu-
tionibus*.

3 Ibi : ,, Renuncio el capitulo *Oduardus* , de *Solutionibus* *b*.
Y segun la doctrina supra referida consta , que las dichas renun-
ciaciones de ninguna manera seràn de efecto , atento no ser re-
nunciabile el derecho del dicho capitulo , porque de otra manera fue-
ra hacer agravio à todo el Orden Clerical : *ut in l. 2. ubi Bart.*
quest. 6. n. 10. ff. de Jure codicillorum. Host. & Joann. Andr. in
dict. cap. Oduardus , de *Solutionib.*

4 Ibi : ,, juro in verbo Sacerdotis , y por Dios nuestro Señor *c*.
Por cuya razon se puede limitar , en caso que esta dicha renuncia-
cion sea jurada en forma de no ir , ni contravenir contra la dicha
renunciacion , ni alegar el beneficio del dicho capitulo *Oduardus* ;
porque en virtud del dicho juramento los dichos Clerigos podrán
ser presos , y encarcelados , y convenidos , hasta que satisfagan á
los dichos sus acreedores : *ut ita docet Gutierr. 1. part. de Juram.*
confirm. cap. 17. n. 35.

5 Y de qualquier manera , jurando el Clerigo el dicho contrato , y obligacion , y no queriendo pagar las dichas sus deudas , ha de ser preso por la pena de perjuro ; sino es que antes de cumplir el termino de la paga , pidió absolucion del dicho juramento , y le fue concedida dentro del dicho termino : ut ita etiam affirmat idem Gutierr. *ubi supr. n. 38. verb. Matthæus tamen* , adonde dice , que ultra del dicho juramento , quedará obligado el Clerigo , si la Escritura de la dicha obligacion fue ordenada in forma Cameræ , en el qual se obliga , que por la dicha deuda pueda ser preso , y encarcelado ; ut ad propositum tradit Anton. Massa *de Camerali obligatione , in 3. part. quæst. 4. 5. 6. 7.*

CAPITULO XXX.

Sobre la pena convencional , y donde se refiere una notable clausula , por cuya fuerza se puede pedir , y executar por la dicha pena , aunque el contrato de su misma naturaleza en lo principal sea nulo.

SUMARIO.

1 **P**ena convencional , si es permitida , è de Derecho reprobadada , y debaxo de què clausula se podrá pedir , y executar por el dicho su interès.

2 Y si estas dichas penas havrán lugar en contratos , que de Derecho son juzgados por nulos.

3 Si por virtud de la dicha clausula , caso que el dicho contrato sea nulo en lo principal , será válido en lo necessario , è interès de la dicha pena.

4 Pena convencional , en quanto à los salarios , y costas de la cobranza , si havrà hoy lugar , segun la nueva Pragmatica.

5 Y si las dichas penas convencionales se deben executar , juntamente con el interès principal , en los contratos bonæ fidei.

6 Y què clausula se requiere ; para que el uno , y otro interès se pueda pedir , y executar.

7 Y de què efecto será en estas dichas promisiones la renunciacion de la ley 34. y 35. tit. 11. part. 5.

8 Si por causa de ser juradas las dichas penas , indistintamente se deben pagar los dichos sus interesses ; y si havrà lugar en los contratos usurarios , y si se deberá en conciencia , n. 19.

I **U**Trúm, si la pena convencional, consentida, y permitida por las partes litigantes, y otorgantes, para mas cumplir, y guardar el interés, y principal de sus contratos lícitamente, sin temor de usura, se podrá pedir, y cobrar, aunque por alguna causa, y razón resulte ser de Derecho los dichos contratos nulos. Y porque estas dichas penas convencionales son propuestas, y otorgadas en diferentes contratos, y cada uno sigue su natural, se notarán, y advertirán las palabras de la cláusula siguiente, por cuyo tenor se conocerá, si las dichas penas serán, justas, ò reprobadas con distincion de los dichos contratos, que su tenor es el siguiente.

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ Y el que fuere contra qualquiera de las cosas contenidas en esta dicha Escritura, è no le valga, ni aproveche; y por el mismo hecho incurra en pena *a*, de treinta mil maravedis, la mitad para la Camara de su Magestad, y la otra mitad para la parte obediente, demàs de le pagar todos los daños, intereses, y costas, que por la dicha razón á qualquiera de los dichos otorgantes, y estipulantes se les siguieren, y recibieren, la qual pena se haya de pagar, y pague tantas quantas veces las dichas partes fueren contra lo dicho, y contenido en esta dicha Escritura, aunque de su misma naturaleza lo principal de ella sea nulo *b*, y de Derecho reprobado, y de no serlo, todavia quieren que se cumpla, y guarde, assi el principal interés, como la dicha pena, obligandose, como se obligan, á darlo, y pagarlo para tal dia *c*, pena de la dicha pena. Y para lo assi cumplir, y guardar, obligan sus personas, y bienes, y renuncian la *ley 34. y 35. d. tit. 11. part. 5.* en lo que hace, y hacer puede en su favor. Y para mayor firmeza juraron à Dios, *d*, y à su Santissima *t*, y pena de perjuros, que no irán, ni contravendrán contra lo dicho; y contenido en esta dicha Escritura, y obligacion, ni del dicho juramento pedirán absolucion, ni relaxacion, &c.

2 *Ibi*: „ Incurra en pena *a*. Y en quanto lo primero, se ha de notar, que muchas veces estas penas convencionales son consentidas, y otorgadas en contratos ilícitos, y de Derecho reprobados, y otras en contratos lícitos, y permitidos; y es costumbre, y llana, que si el contrato principal es nulo, que tambien lo será lo accessorio, *justa regulam juris accessorium in 6. de Regulis juris, & in l. Cum principalis, ff. eodem.* Y esto se ha de entender, quando los contratos son de Derecho usurarios, y contra

tra buenas costumbres reprobados; pero no se há de entender en los contratos, que aunque por alguna causa son nulos en lo principal, lo han de ser en lo acesorio: *ut in glos. l. Si patronus, verb. Fabiana, ff. Si quid in fraud. patr. & eam sequuntur Doct. variis in locis, & est communis: ut dixit Gutierr. in rep. l. Nemo potes, num. 400. ff. de Legat. 1. Jason. in l. Certi conditio, §. Si nummos, 6. col. num. 36. ff. Si cert. pet. & eam sequuntur Anton. Gom. in l. 16. Tauri, num. 15. & in l. 45. n. 30. Covar. de Pactis in 6. 2. part. §. 4. n. 4. & est text. notabilis in l. 38. tit. 11. part. 5. ibi: ,, Poniendo pena algunos omes entre si, so-
,, bre promission que ficiessen, maguer la promission no sea va-
,, ledera, vale la pena, y será tenuto de la pechar el que la fizo,
,, fueras ende, si la promission fue fecha sobre cosa que fuesse fe-
,, cha contra ley, è contra buenas costumbres, &c.*

3 Ibi: ,, Lo principal de ella sea nulo. *b.* Y porque la materia de nuestro Tratado es solo inquirir, y buscar las clausulas que por su fuerza hacen válido lo que sin ellas era nulo, se advierte, que que aunque lo principal no se pueda pedir, por resistirlo el Derecho, nihilominus tamen se podrá pedir, y cobrar la dicha pena, sin temor de usura, quando la dicha Escritura, y obligacion fue otorgada, y ordenada con las palabras de la clausula supra escrita, especialmente obligandose los otorgantes à que no irán, ni contravendrán contra el dicho contrato, especialmente obligandose assimismo con juramento: *ut ita sequitur Alex. cons. 32. num. 4.*

4 De aqui se infiere, que si el deudor se obligò extra de la suerte principal diciendo, que si para tal dia no pagasse la dicha deuda, y cantidad, se obligaba de dàr, y pagar lo que el dicho su acreedor gastasse por razon de la dicha cobranza, defiriendolo, como lo defiere en su juramento, no hay duda, sino que se debe pagar, y cumplir en la forma que se promete: *text. in l. 2. tit. 11. part. 3.* Y aunque es verdad, que por nueva ley, segun la Pragmatica, y Capítulos de Reformation del año de 1623. se mandò no llevassen salarios por razon de las dichas cobranzas; pero con todo esso, siendo jurada la dicha convençion de pagar los dichos salarios, no solo estará obligado el otorgante à pagar el principal, siendo contrato licito; pero tambien los dichos salarios, y pena, como no exceda del quadruplo de la suerte principal. Y es la razon, porque las dichas Reformaciones en el numero tercero no dicen, que los dichos con-

tratos, en otra forma ordenados, y otorgados seràn nulos; ni en el dicho capitulo consta haver clausula irritante, y anulativa, porque tan solamente prohibe, que no se lleven, ni embien los executores de las dichas Escrituras con los dichos salarios; y asimismo, quando la dicha convencion sea jurada, se ha de considerar no es en contra, ni en perjuicio de tercero; y por el consiguiente, no es en peligro, y detrimento de la salud eterna, que es el alma: y por el contrario, no guardarse, y cumplirse, serà ir contra la conciencia, y salud eterna. Y esto procede, aunque del dicho juramento se haya pedido, y alcanzado absolucion, y relaxacion, porque tan solamente servirà *ad effectum agendi, & excipiendi*, salvo si se probare, ò constare ser la dicha pena en fraude de usura; porque en tal caso, haviendose concedido la dicha relaxacion, no estará obligado el deudor à la paga de la dicha pena: *arg. text. in cap. 1. ibi communiter Doctores de Jurejurando, & probat Marc. Anton. in tractatu de Virib. & virtute jurament. n. 139. vol. 5. Petrus Anchar. cons. 146. Gutier. de Juram. confirm. 1. part. cap. 36. n. 11.*

5 Ibi: ,, Para tal dia, c. Y supuesto que la dicha pena convencional se debe pagar, y cumplir, aunque el contrato de su misma naturaleza sea nulo, siendo otorgado, y celebrado, segun, y de la forma que dicho es; resta aora el declarar, si procederà todo lo supra referido en las transacciones, y contratos bonæ fidei, assi en quanto al interès principal, como al interès de la dicha pena. Y de que no tenga obligacion el otorgante, y deudor à pagar mas del uno de los dichos intereresses, aunque los dichos contratos sean otorgados à dia cierto, y señalado, consta evidentemente de la dicha ley 34. y 35. de la clausula del presente capitulo, que sus palabras son las siguientes, ibi: ,, E por ende
 ,, decimos, que maguer la pena sea puesta en la promission, que
 ,, es tenuto el que la face de pecharla, ò de facer lo que prome-
 ,, tiò mas de lo uno tan solamente, & *ibi etiam in l. 35.* Sò cier-
 ,, ta pena, è á dia señalado, prometiendo un ome à otro de dár,
 ,, ò de facer alguna cosa, si aquel dia no oviere dado, ò fecho
 ,, lo que prometió, tenuto es de pechar la pena, ò de dár, ò de
 ,, facer lo que prometió, qual mas quisiere aquel que recibió la
 ,, promission.

*Formatur
 alia clau-
 sul. extra
 ordinem.*

6 Y para que el dicho deudor, otorgante haya de pagar, assi el interès principal, como el interès de la dicha pena convencional, serà buena aquella clausula; scilicèt: ,, Que pagada, ò

„ no pagada, ó graciosamente remitida la deuda, y suerte principal, se pagará la dicha pena: *ut in l. Qui fidem, ff. de Transactionib. & ibi communiter Doctores, & in l. Ita stipulatus, vers. Quod sine dubio, ff. de Verb. obligat. & in l. Cum proponas ab ea, & ibi glos. verb. Habeas, & ibi commun. DD. C. de Transactionib. & in d. l. 34. ibi: „* Fuera ende, si quando hizo la promission, se obligó, diciendo, que fuesse tenudo à todo, à pechar la pena, è à cumplir la promission.

7 Ibi: „ Y renuncian la *ley 34. y 35. tit. 11. part. 5. d.* Y para que mas cumplidamente se execute todo lo contenido en las dichas Escrituras, y obligaciones, y que la dicha clausula tenga el uno, y otro efecto, será buena advertencia la que diximos en la clausula principal del dicho nuestro capitulo, ibi: „ Y de no serlo, todavia quieren que se cumpla, y guarde, assi el principal interés, como la dicha pena, obligandose, como se obliga, á darlo, y pagarlo para tal dia, pena de la dicha pena. Y para lo assi cumplir, y guardar, obligan sus personas, y bienes, y renuncian la *ley 34. y 35. del titulo 11. de la partida 5.* Las quales leyes dicen, que pagado qualquiera de los dos intereses, pena, ó interés principal, quede libre de lo demás & sic est, quia per dicta clausulam, non solum tenetur ad unum, sed etiam ad utrumque, & per purgationem moræ debitor non liberabitur ab interesse, ut ex text. in l. 2. in Lectura, C. de Jure emphyt. col. 3. vers. Quæro an dominus: & nota etiam, quod hæc pœna non potest sæpius exigi, quàm semel ex vigore hujus clausulæ: ut ita affirmat Greg. Lopez in dist. l. 34. glos. 3. Aceved. in l. 4. tit. 21. n. 51. cum plurib. sequentib. lib. 4. Novæ Recop.

8 Ibi: „ Juraron à Dios, c. Y aunque es verdad, que de rigor de Derecho las dichas penas convencionales se han de executar en la forma que dicho queda; pero de estilo de Audiencias no se practican las dichas penas, sino es quanto al daño, è interés, que por razon de no cumplirlo principal se le ha seguido al acreedor: lo qual ha de constar por legitima prueba: ut ita affirmat Matth. de Afflict. decis. Neap. 135. Acev. in l. 4. n. 57. cum seqq. tit. 21. lib. 4. Recop. Salvo, si el dicho contrato, en quanto à la paga de la dicha pena, fue jurado; porque en tal caso, no solo se debe, y ha de executar por el principal, pero tambien por el interés de la dicha pena, per text. in l. Si quis major, C. de Transact. ibi: Dejerans tenetur ad pœnam, & interesse, cap. Statuimus 16. quest. 1. Marc. Anton. in tract. de Virtut. & virib.

juramenti, n. 139. volum. 5. tractatu Divesor. Doctorum, fol. 25. ad finem, ubi temporat hoc procedere, dum tamen talis pœna non excedat quadruplum veræ sortis, secundum Anchar. in consil. 146. quos sequitur, & refert. Gutier. 1. part. de Juram. confirm. cap. 36. num. 11.

9 Y no solo havrà lugar la dicha pena por causa del dicho juramento en los contratos licitos, y de Derecho permitidos; pero tambien en los que constaren, y se probaren ser nulos, y reprobados; aunque en estos, despues de la paga, se puede repetir del mismo acreedor: *ut in cap. Debitores, de Jurejurando, cum similibus.* Salvo, si antes de la paga el dicho deudor pidiò absolucion del dicho juramento; porque en tal caso, haviendose concedido antes del termino de la dicha paga, no tendrá obligacion á pagar la pena, siendo usuraria, aunque especialmente haya jurado pagarla: *arg. text. in cap. 1. & quæ ibi notant Doctores de Jurejurando.*

10 Finalmente se ha de notar, que todas las veces que esta pena convencional fuere justa, y no fuere contra Derecho, y Ley, siendo pedida por el acreedor, tiene obligacion el dicho deudor á pagarla, assi en el Fuero exterior, como en el interior de la conciencia, salvo, si no le fuere pedida; porque entonces, aunque se haya incurrido en ella, se puede retener con buena, y segura conciencia: *ut testatur Covar. in 4. de Sponsalib. 2. part. cap. 6. §. 8. n. 11. & 12. Navar. in Manuali, cap. 23. num. 67. in postrema editione.*

CAPITULO XXXI.

Sobre las clausulas mas principales, con las quales comunmente se suelen ordenar, y otorgar todas, ò las mas Escrituras de compromissos, adonde se declara lo mas util en esta materia de clausulas, al proposito del dicho capitulo, y question.

SUMARIO.

- 1 **S**I será licito el contrato de compromisso, y quales clausulas se diràn licitas, y à Derecho conformes.
- 2 Y si por la fuerza de el contrato, siendo comprometidas las Casas en Jueces arbitro juris, tendrán obligacion, à seguir el estilo, y orden del Juicio Ordinario, y juzgar conforme à Derecho.
- 3 T si dandoles poder como Jueces arbitros, y arbitradores,

se les concede eleccion en la dicha forma, y orden de proceder, y si tienen obligacion à guardar el rigor de el Derecho, ibi n. 4.

5 Si la sentencia de los dichos Jueces arbitros se debe executar sin embargo de apelacion, nulidad, ò otro recurso alguno.

6 Reduccion à alvederio de buen varon, en què tiempo, y ante què Juez se debe pedir.

7 Tsi de la dicha sentencia se puede pedir nulidad, y ante què Juez; y si su efecto es suspensivo, ò devolutivo.

8 Si pagando la pena del compromisso, tendrà efecto suspensivo la dicha sentencia.

9 Tsi se debe pagar, siendo la dicha sentencia confirmada, ò revocada por lo nuevamente alegado, y probado.

10 Tsi por causa del juramento interpuesto al dicho contrato de compromisso, se podrá pedir esta reduccion à alvederio de buen varon.

11 Tsi la dicha pena se debe pagar, siendo la sentencia de los dichos Jueces arbitros arbitradores dada por nula, por los dichos primeros Autos del processo.

12 Tsi una vez confirmada la dicha primera sentencia, se podrá apelar, ò suplicar de ella.

13 Por què Causas se acaban, y fenecen los officios de los dichos Jueces arbitros, ò arbitradores; y què remedio se tenga, para que por fin, y muerte de alguno de ellos, ò por alguna de las partes no se acabe.

1 **U**Trùm, si serà licito, y à Derecho conforme, el dár lugar á que los Pleytos, y Causas se comprometan en Jueces Arbitros, ò arbitradores, y amigos componedores, dandoles; y concediendoles plena potestad, y jurisdiccion para la determinacion de los dichos Pleytos, Causas: y trayendo el simil de los Jueces Ordinarios, y Delegados, parece que no hà lugar, que los particulares puedan conceder, y dár esta potestad, especialmente en lo que de Derecho no es permitido, que es renunciar, ò remitir el estilo, y forma del Juicio: ut tradit glos. in cap. de Causis, verb. de Consensu partium, de Officio Delegat. Pero sin embargo de todo lo supra dicho en nuestro caso, se ha de tener lo contrario, supuesto que el comprometer no espera otro fin, sino para la concordia, y paz, y para evitar pleyto, en la Republica: ut cum Joanne Bapt. lib. 8. de Arbitr. cap. 7. & cum communi. Doctorum sententia affirmat, & probat l. Diem pro-

proferre, §. *Si quis litigatorum*, ff. *de Receptis arbitris*, in illis verbis: *Nisi in compromisso, hoc specialitèr expressum sit, & in l. 4. tit. 21. lib. 4. Novæ Recop.* ibi: „ Por bien de paz, y concordia, y por evitar pleytos. Siendo, pues, las principales Causas, por las quales los dichos àrbitros, y amigables componedores son nombrados, y elegidos, resta aora manifestar, si los dichos Jueces deben proceder por el estilo, y forma del Derecho; ò si bastarà proceder en la dicha Causa, pretermisso el dicho orden, y estilo. Para cuyo fundamento se notaràn, lo primero, las palabras de la clausula, que se seguiràn, por el tenor de las quales brevemente se resumirà su conclusion, sin traer à la memoria mas de aquello que hace à nuestro proposito, declarando asimismo otras clausulas, con que ordinariamente las Escrituras de los dichos compromissos se suelen ordenar, y otorgar, cuyo tenor de la primera es el siguiente; scilicèt:

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ Y por lo que determinaren, aunque en el proceder, y orden no guarden la forma del Derecho, *a.* estaràn, y passaràn, y de ello no apelaràn, *b.* ni reclamaràn à alvedrio de buen varon, *c.* ni diràn cosa de nulidad, ni intentaràn otro remedio, ni recurso alguno.

2 Ibi: „ La forma del Derecho, *a.* Y quanto à lo primero, se ha de notar, que todas las veces que las dichas Causas, y Pleytos se comprometen en Jueces àrbitros *juris*, tienen obligacion *ex vi compromissi* à juzgar, y determinar las dichas Causas, no solo guardando la forma, y estilo del Derecho; pero tambien tienen obligacion à juzgar, segun lo alegado, y probado, sin quitar à nadie su justicia, *juxta l. 1. ff. de Receptis arbitris, & in l. 23. tit. 4. p. 5.* ibi: „ La una es, quando los omes ponen sus pleytos, è sus contiendas en manos de ellos, que los hayan è los libren segun Derecho. E estonce decimos, que tales avenidores, como estos, desde que recibieren, è otorgaren de librarlos assi, que deben andar adelante por el pleyto, tambien como si fuessen Jueces Ordinarios, haciendolos comenzar el pleyto ante si, por demanda, è por respuesta, è oyendo, è recibiendo las pruebas, è las razones, è las defensiones que ponen cada una de las partes. Por manera, que si las dichas partes no dieron poder mas de como àrbitros, diciendo: „ Y por la presente comprometieron los dichos pleytos, y diferencias en manos, y poder de fulano, y fulano, à los quales eligieron por sus Jueces àrbitros, para que como tales vean, y determinen

*Formatur
alia clau-
sula.*

esta dicha Causa, no hay duda, sino que de ninguna manera pueden quitar de una parte por darsela à la otra, sino que se han de justificar con la verdad del caso, que consistiere en Derecho, y adjudicar à cada una de las dichas partes lo que assimismo estuviere probado; como assi se colige de la dichas *ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi*: „ Para que determinen conforme à Derecho, & ita nota Aceved. *ibid. n. 26.*

3 Y si el poder que se les diò, fue como Jueces àrbitros, y arbitradores, y amigables componedores, sin declarar por la forma que han de proceder, es visto haverlo dexado en su eleccion; y assi, por el orden de proceder se conceirá por quál de ellas juzgan. Y si del dicho orden no pudiere constar, se presume, que en la dicha clausula han procedido como arbitradores, por ser interpretacion mejor, y de mas equidad, por no quitar la reduccion à alvedrio de buen varon, que sentenciada la Causa se pide de los agravios: *ut hæc omnia probant Bart. in l. Societatem, §. Arbitrorum, num. 13. ff. Pro socio: Abb. in cap. Quinta vallis, n. 42. de Jurejurando: Felin. in cap. Cum ex officii, col. penult. de Præscript. Mexia in l. Toleti, in 12. fundam. 1. p. n. 5. Molin. de Just. & jur. 5. tract. disp. 33. n. 2.*

4 Y en caso que los dichos arbitradores, y amigos componedores procedan en las dichas Causas, no estàn obligados à guardar el estilo, y orden del Juicio Ordinario; ni assimismo tienen obligacion à juzgar conforme à Derecho, sino dàr à cada uno lo que les pareciere que es justo, segun de lo que se huvieren informado, considerando los Memoriales, y Escrituras que las dichas partes presentaren: *secundùm Joann. Baptist. in d. tract. de Arbitr. 1. p. cap. 3. n. 2. & in d. l. 23. tit. 4. p. 3. Ibi*: „ La „ otra manera de Jueces de Avenencia, es à que llaman en La- „ tin Arbitradores, que quieren tanto decir, como Alvedriado- „ res, è Comunales amigos, que son escogidos por avenencia „ de ambas las partes, para avenir, è librar las contiendas que „ ovieren entre si, en qualquier manera que ellos tovieren por „ bien. Estos tales, despues que fueren escogidos, è ovieren re- „ cibido los pleytos, è las contiendas de esta guisa en su mano, „ hân poder de oír las razones de ambas las partes, é de ave- „ nirlas en qualquier manera quisieren. E maguer non ficiessen „ ante si, comenzar los pleytos por demanda, è por respuesta, è „ non catassen aquellas cosas, que los otros Jueces son tenudos „ de guardar: con todo esso valdria el Juicio, ó la avenencia „ que

„ que ellos ficiessen entre ambas las partes , solo que sea fecho &
 „ buena fè , è sin engaño. De donde se concluye , que si la di-
 cha Escritura de compromisso està otorgada , como Jueces arbi-
 tros , y arbitradores , podrán proceder en la forma que quisie-
 ren , sino es que el poder que se les dà es limitado , diciendo,
 que han de proceder conforme el estilo , y orden del Juicio
 Ordinario , guardandole su justìcia à cada una de la dichas
 partes ; ò si se diesse con condicion , que en el dicho proceder
 no se guarde , ni tengan obligacion à guardar el dicho estilo , si-
 no que en la dicha Causa procedan sine strepitu , y figura de Jui-
 cio ; y siempre es visto otorgarse estas dichas Escrituras con estas
 dichas condiciones , y clausulas , especialmente si fue ordena-
 da con la clausula siguiente : „ A los quales eligieron por sus

*Formatur
 alia clau-
 sula*

„ Jueces arbitros arbitradores , y prorrogaron en ellos cumpli-
 „ da jurisdiccion , para que arbitrando , componiendo , y qui-
 „ tando del derecho de la una parte , y dandolo à la otra , en po-
 „ ca , ó en mucha cantidad , vean , y determinen los dichos pley-
 „ tos , y diferencia dentro de tantos dias primeros , con facul-
 „ tad , que ellos , ò qualquiera de ellos , sin lo comunicar con
 „ las partes ; y aunque la una lo contradiga , lo puedan prorro-
 „ gar , y alargar una , ò muchas veces , aunque sean tres , ó mas ,
 „ y cada termino exceda al primero. Y assi parece nos lo quiso
 dar à entender la dicha l. 4. tit. 21. lib. 5. *Novæ Recop.* ibi : „ O
 „ de Jueces amigos arbitros arbitradores , & ibi Aceved. n. 29.
cum plurib. seqq.

5 Ibi : „ Y de ello no apelaràn , b. Y hase de notar assismis-
 mo , que ora sea la sentencia de Jueces arbitros *juris* , ò ora sea
 pronunciado por arbitradores , y amigables componedores , cons-
 tando de ella , y del compromisso pùblico , y de ser dada en el
 termino , y sobre lo que se comprometia , se ha de executar sin
 embargo de apelacion , ni reduccion à alvedrio de buen varon,
 nulidad , ni otro recurso alguno , que contra la dicha sentencia
 se haya interpuesto. Y en este caso , se ha de obligar la parte , en
 cuyo favor se diò la sentencia de bolver lo que por causa de ella
 le fuere entregado , dando fianzas de bolverlo con los frutos , y
 rentas de lo que assi recibiere , y de la forma que le fuere man-
 dado , siendo revocada la dicha sentencia ; como assi se prueba
 en la dicha ley 4. tit. 21. lib. 4. *Novæ Recop.* ibi : „ Haciendo
 „ obligacion , y dando fianzas llanas , y abonadas ante el Juez , ò
 „ Jueces ante quien se pidiere , ò ovriere de executar la sentencia,

„ de tomar , y restituir lo que huviere recibido , por virtud de la
„ tal sentencia , con los frutos , y rentas , segun que fuere conde-
„ nado , si la tal sentencia fuere revocada.

6 Ibi: „ Ni reclamaràn à alvedrio de buen varon *c.* Y siendo la sentencia dada , y pronunciada por los Jueces arbitros juris , de que en el proceder han guardado el estilo , y orden del Juicio Ordinario , entonces hay obligacion de apelar de aquella sentencia al Juez superior de los dichos Jueces arbitros , executandose primero en la forma que queda dicho , por ser su efecto devolutivo , y no suspensivo. Y si en la dicha causa se procediò como arbitrades , y amigables componedores , se ha de pedir reduccion , à alvedrio de buen varon , ante el Juez , en favor de quien se diò , y pronunciò la dicha sentencia ; sino es que assimismo el dicho Juez fue nombrado por arbitrador , que entonces se debe apelar , y pedir esta reduccion ante el Superior de aquel Juez , *secundum Rebuf. 3. tom. tit. de Arbitr. art. 2. glos. 10. n. 1. & 2. Covar. lib. 2. Var. res. cap. 12. n. 12.* Y si uno de los dichos Arbitros , ò Arbitradores es Clerigo , ha de ser ante el Superior del dicho Clerigo , porque el mas digno trae à si el menos digno , como assi lo nota Covarrubias *ubi supra* , *cap. 12. num. 1. & Aceved. in l. 1. n. 24. tit. 18. & in dist. l. 4. tit. 21. lib. 4. n. 42. & 149. lib. 4. Novæ Recop.* Y esto procede despues de haverse executado la sentencia.

7 De cuya sentencia assimismo se puede pedir nulidad , haviendose primero executado segun , y como dicho es ; salvo siendo la dicha nulidad por causa de no haver dado , y pronunciado la dicha sentencia dentro del termino del compromisso , ò por no haverse determinado sobre las cosas que fueron comprometidas , que entonces tendrà su efecto suspensivo , y no se debe executar , por no haverse cumplido con el dicho su tenor , como de la dicha *ley 4. tit. 21.* se prueba ibi : „ Y pareciendo que fue dada dentro del termino del compromisso , y sobre las cosas sobre que fue comprometido. Todo lo qual procede sin embargo de renunciacion , y cautela ; por lo qual se remite este derecho de poder apelar , y pedir reduccion ; porque aunque es verdad que se puede renunciar , segun Padill. *in l. 1. n. 38. de Legat. 2. & Acev. in d. l. 4. n. 43.* pero con todo esso se ha de entender en caso que la determinacion de los dichos arbitros fue justa , y quando se arbitra moderadamente ; pero no quando fue con exceso , porque entonces , aunque sea jurada , no hà lugar , respecto de que en remitirlo à su arbitrio , es con esperanza de que justa , y no incon-

siderablemente han de juzgar, y determinar, porque la renunciacion, y juramento se entiende segun el pensamiento, y voluntad de los contrayentes, y naturaleza del contrato, y obligacion à que se interpone: *ut in l. Si libertos ita juraverit, ff. de Operi libertorum; & ita notat Bolañ. in Commercio terrest. y Naval lib. 2. cap. 14. n. 27. & tenet gloss. in l. Quidam cum filium, ff. de Verbor. obligat. & ibi Jasson. ubi inquit: Ut ita tenent communiter Legistæ, & Cuiuslibet; Gutier. 1. part. de Juram. confirm. cap. 37. n. 15. cum aliis seqq.*

8 Y procede la dicha execucion, ora en el dicho compromisso sea puesta pena, ò no, aunque si precedió en la dicha Escritura, pagandola, se libra el condenado de su execucion, sino es que està ordenada con clausula de raptomanente pacto, assi como si dixesse: ,, Y la pena pagada, ò no pagada, ò graciosamente remida, que todavia, y en todo tiempo sean obligadas las dichas partes à estàr, y passar por esse compromisso, y por lo en él contenido, y por lo que los Jueces arbitros, y arbitrades sentenciaren, y determinaren. Y assi, pagando el interès, no se libra el que pide reduccion, y apela de esta sentencia de pagar esta dicha pena, sino es que se revocò, ò se moderò la dicha sentencia en grado de apelacion, que en tal caso no se debe pagar; *ut ita tenet Montal. in l. 4. tit. 7. lib. 1. Fori, gloss. Magnad. fia. & Rebuf. in 3. tom. tit. de Arbitr. art. 1. gloss. 11. n. 10. quos sequitur, & refert. Aceved. in d. l. 4. tit. 21. r. 69. cum aliis seqq.*

9 La qual pena no se debe pagar, si por lo nuevamente alegado se confirmó la sentencia primera, de que dice el mismo Acevedo es necessario que el Juez declare por què Autos del dicho Processo, y meritos de él confirma, ò revoca la dicha sentencia, ò modera su cantidad: *ut ita affirmat in d. l. 4. n. 73. qui sequitur, & refert Rebuf. d. art. 1. gloss. 16. n. 17.*

10 Y si el dicho compromisso fuere jurado, no se puede pedir reduccion à alvedrio de buen varon, ni apelar de la dicha sentencia, sino es probando enormissima lession; aunque dixo Barrulo, que para juzgarse por enorme lession para esta dicha reduccion, basta probar haver sido lesa la parte agraviada en la sexta parte de lo que le debia pertenecer, cuya opinion dice ser verissima Fadilla, refiriendo otra, que assimismo dice ser comun opinion, que dice, que esto quede à arbitrio de buen varon, quos poteris videre *in l. Societatem, §. Arbitrorum, ff. Pro socio, n. 25.*

Padill. in l. 1. n. 41. ff. de Leg. 2. quos refert Gutierr. 1. part. de Jaram. confirm. cap. 37. n. 22.

11 Y si la dicha sentencia se diere por nula por los Autos del Processo, assimismo no se debe pagar esta pena, por haver pedido reduccion, ò haver apelado de ella: ut idem Aceved. in d. l. 4. tit. 21. n. 69. adonde en el numero 143. & 144. dice, que esto se ha de entender, apelando dentro de diez dias de como se apelò, y no despues; porque passados, no se haciendo, queda firme, segun la l. 23. y 25. tit. 4. part. 3. no obstante que por ley del Reyno se debe apelar dentro de cinco dias, desde el dia de la notificacion, por ser especial en los dichos compromissos, como assimismo lo nota Parlador. lib. 2. Rer. quot. cap. fin. 4. part. §. 2. n. 8. & 24. Y si se tratàre de la nulidad de ella, ha de ser dentro de sesenta dias de como se notificò como las demàs, la qual se ha de pedir ante el Juez que se apelàre, ò se pidiere la dicha reduccion: ut in l. 2. tit. 17. lib. 4. Recop. & ibi idem Aceved. & iterum in d. l. 4. n. 165. tit. 21. lib. 4. Novæ Collect.

12 Y dice la dicha l. 4. tit. 21. lib. 4. Novæ Recop. que si la sentencia dada, y pronunciada por los dichos Jueces arbitros, ò arbitradores, ò por el Juez inferior, que conociò en grado de apelacion, si la reduccion á alvedrio de buen varon fuere confirmada en las Audiencias, y Chancillerias Reales, que se debe executar en virtud de su Real Executoria, que para lo susodicho se dà, por no haver suplicacion, ni otro remedio alguno; salvo si fuere revocada, que entonces bien se puede suplicar.

13 Finalmente se concluye, que para que el poder, y compromiso no acabe, por muerte de alguna de las dichas partes, ò por fin de alguno de los dichos Jueces arbitros, se diga, y exprese en la Escritura de compromiso: „ Que las dichas partes es-
„ tarán, y passarán por lo que la mayor parte de los dichos *Formatur alia clau-*
„ Jueces arbitros juzgaren, y sentenciaren, sin embargo de que *sula.*
„ alguna de las dichas partes, ò Jueces por algun acontecimiento
„ muera, ò falte: ut in l. 27. & 28. d. tit. 4. part. 3. & ibi Greg.

CAPITULO XXXII.

Adonde se refieren todas, ò las mas clausulas, y condiciones, que de Derecho se juzga por ilicitas, y usurarias en todos, y qualesquier contratos de censos, con muchas, y notables advertencias tocantes à la dicha materia.

SUMARIO.

- 1 **A**dvirtense los inconvenientes que resultan de otorgar, contratos de censo con clausulas ilicitas, y usurarias.
- 2 Si los dichos censos se pueden cargar, imponer sobre bienes muebles, y semovientes.
- 3 Renunciar, si se puede de la paga de los dichos censos, ò si ha de ser presente con testimonio, y fé del Escribano.
- 4 Y si se puede vender sobre deudas passadas, y antes del dicho censo celebradas.
- 5 Si destruidos los bienes bypotecados, tendrá obligacion el vendedor à la paga de los reditos del dicho censo.
- 6 De qué efecto será en estos dichos contratos de la clausula de Non alienando.
- 7 Y si es necesario, estando los bienes bypotecados, enagenados en tercero possedor, hacer primero excursion en los bienes del principal deudor, que executar al dicho possedor.
- 8 Concluyese, que en virtud de la dicha clausula de Non alienando, sin hacer la dicha excursion, se podrá derechamente executar al dicho tercero possedor.
- 9 Y si procederà la dicha doctrina, aunque los dichos terceros possedores sean Clerigos.
- 10 Y si se podrán pedir por entero los dichos censos à qualquiera de los herederos de la cosa bypotecada entre los dichos dividida.
- 11 Y si se podrá executar en los bienes generalmente obligados en perjuicio de otros acreedores, oponiendo esta excepcion.
- 12 Y si esta dicha excepcion se puede oponer por otro extraño possedor de los bienes del dicho deudor.
- 13 Y si la dicha excepcion se puede oponer, estando los dichos bienes en poder del principal deudor.
- 14 Obligado, si puede ser el possedor de alguna parte de la

cosa hypotecada à reconocer el dicho censo, aunque la tenga mejorada.

15 *Compensar, si se deben las mejoras con los arrendamientos, en caso que el tercero poseedor haya poseído con buena fé.*

16 *Y si el tercero poseedor cumplirá con pagar el valor de la cosa que posee, estando mejorada, considerando el tiempo de la enagenacion, y venta.*

17 *Y desde que tiempo tiene obligacion el tercero poseedor à pagar frutos de la cosa que posee.*

18 *Quarto ò quinto poseedor de la cosa especialmente hypotecada, si puede derechamente ser executada, & ibi n. 19.*

20 *Tercero poseedor, si puede ser executado, y desposeído de la cosa especialmente hypotecada, sin ser citado, oído, y en Juicio vencido.*

21 *Y si el despojado debe ser restituído, aunque el despojador pruebe incontinenti de su derecho, por Instrumento público, confession de parte, prueba, ò sentencia antes del dicho despejo.*

22 *Y si el tercero opositor, que de derecho pretende à la dicha possession, puede impedir la dicha restitution.*

23 *De que efecto será en el Auto de estas dichas possessiones aquella clausula: „ Sin perjuicio de otro mejor poseedor, que derecho tenga à los dichos bienes.*

24 *Reconvencion de otro despejo sobre la misma cosa, si impide la dicha restitution.*

25 *Si los intereses, y reditos del censo se pueden incorporar con el principal, para que de ellos assimismo se paguen reditos.*

26 *Y si es licita la condicion de que el vendedor sea obligado al tiempo de la redencion del dicho censo à dar su precio en moneda de mejor valor, que por lo que se vendió.*

27 *Redimir, si se debe en todo, ò en parte el dicho censo; y si será licita la condicion, y clausula de lo contrario à esto.*

28 *Y si por el aumento, y mas valor de como los dichos censos valen se juzgarà por justa, y licita la dicha condicion.*

29 *Pena de caer en comisso, si bavrà lugar en estos dichos contratos, especialmente siendo redimibles.*

30 *Y si la dicha pena se debe entender en los censos perpetuos, impuestos sobre proprias heredades.*

31 *Condicion, que podais sacar la cosa por el tanto, si se juzgan en estos dichos contratos por licita, ò injusta.*

32 Quando, y en qué forma se deben juzgar estos dichos contratos por nulos, y usurarios, assi en el principal, como en lo accesorio, y quando no.

1 **U**Trùm, y considerando, y teniendo atención, que el natural, y calidad de los contratos de censos es materia dificultosa, y peligrosa á la conciencia, y bien del alma, me pareció (sin dár lugar à cautelas en materia tan importante en estos Reynos) para que no dexen de tener la seguridad, y efectos que conviene, prevenir sus daños, y dár remedio conveniente, para que con claridad se conozcan sus condiciones, supuesto que la malicia ha inventado muchos fraudes en su contravencion, con aumento de los dichos daños, y peligro de conciencia, de que en particular es causa la fuerza de la necesidad á que obliga, que lo particulares por remediarla se sujeten à otorgar los dichos contratos con las condiciones injustas, è usurarias, que sus acreedores quieren, sin que se les ponga delante el temor de Dios. Y assi, para que los Escribanos no tengan ocasion à recibir contratos, pactos, y condiciones injustas, sino que estén advertidos de ellas para su desengaño de las partes otorgantes, se notaràn las condiciones, que por derecho se juzgan por usurarias, è injustas en los dichos contratos de censos, por el orden de las clausulas siguientes.

2 Primeramente se duda, si los dichos censos se podràn imponer debaxo de la clausula siguiente; scilicet: „ Los quales maveredis, que assi me obligo à dár, y pagar de censo en cada „ un año, los vendo, fundo, y cargo sobre todos mis bienes muebles, è inmuebles, especialmente sobre un hato de carneros, „ que al presente tengo, y poseo. Y segun parece, y suenan las palabras ibi: „ Los vendo: por ser verdaderamente venta, se sigue, que el dicho censo se podrà imponer sobre qualesquier bienes muebles, è inmuebles. Pero dexandó razones, y argumentos de contrario sentido, atento à que los dichos censos no pueden ser impuestos, sino es en cosa inmueble, y que por tal se tenga, siendo assimismo de su misma naturaleza fructifera; la qual ha de ser para el dicho efecto determinada, hypotecandola especialmente para la paga del dicho censo, no será suficiente la general hipoteca de los bienes del vendedor, y deudor del dicho censo: ut ita notat Aceved. in l. 1. tit. 15. lib. 5. Novæ Recop. & ita jussit Summus Pontifex Pius V. in prima conditione suæ Bullæ, ibi:

ibi: *Nisi in re immobili, aut que pro immobili habetur, & de sua natura fructifera, & ita affirmat Covar. Var. res. l. 3. c. 7. n. 5. Navar. in Manual. in Comment. de Usur. c. 1. 14. quest. n. 83. & ita constat etiam ex prima conditione, aut clausula Bulla Martini, & Calixti.*

3 Lo segundo, se puede dudar, si la Escritura de los dichos censos se puede otorgar, y celebrar con la clausula siguiente; scilicet: „ Los quales dichos maravedis os vendo por precio de „ tantos maravedis, que confieso recibí de vos el dicho fulano, „ de los quales me otorgo por contento, y entregado à mi v-
„ luntad, sobre lo qual renuncio las leyes de la entrega, y paga, „ y excepcion de la non numerata pecunia, como en ella se con- „ tiene. Por manera, que segun las palabras de la dicha clausula, basta, y es suficiente, que el vendedor confiesse haver recibido la paga de la venta del dicho censo, sin que sea necessaria fé de Escribano, ni otra prueba, ni solemnidad, porque basta que el comprador tenga dado, y entregado el dinero, y precio anticipado, y antes que se celebre la dicha venta, como assi nos quiso dar à entender Anton. Gomez de Censib. n. 14. vers. *Quare ergo, & etiam Salazar de Usur. & Cons. c. 8. n. 45. quos sequitur, & refert Acev. in l. 10. tit. 15. n. 2. & 3. Resop.* Pero sin embargo de lo susodicho, segun nuevo Derecho, se ha de tener lo contrario: y es assi, que los dichos censos no se pueden imponer, sino es recibiendo el vendedor el dinero de contado, y no en otra manera; de lo qual es necessario que el Escribano haya de dar, y de fé de su entrego en presencia de los mismos testigos; y de otra manera las dichas Escrituras no hacen fé en Juicio, ni fuera de él; y que en ninguna manera proceda, ni el dicho censo se otorgue por causa de mercaderia, que antes se haya dado, ni al presente se diere, pena, que demàs de que los dichos censos se darán por ningunos, incurrirá el Escribano, ante quien se otorgaren las dichas Escrituras, en pena de cinquenta mil maravedis para la Camara de su Magestad, y privacion de su oficio: ut ita probatur in l. 8. añadida en el nuevo quaderno al tit. 15. lib. 5. *Recop.* & ita colligitur ex secunda clausula Bullæ Pii V. ibi: *Rursum non nisi verè in pecunia numerata presentibus testibus, ac Notario.*

Formatur alia clausula.

4 Y assimismo será condicion injusta la condicion de adelantada la paga del dicho censo, assi como si dixesse: „ Los quales „ maravedis, que el dicho fulano ha de pagar en cada un año, „ por razon, y causa del dicho censo, es condicion que siempre „ haya de pagar un tercio adelantado. Y segun la costumbre que

Formatur alia clausula.

hoy se tiene en muchas partes de estos Reynos, no se juzga esta dicha condicion por ilícita, ni reprobada, en particular en los contratos de arrendamiento; porque si bien se considera, no es otra cosa, sino asegurar la paga de los dichos contratos, demás, que parece se comprueba por razon, y causa de no tener labe de usura, que es lo que se considera en estos dichos censos; y faltando, se han de guardar, y executar todos sus pactos, y condiciones; *ut in l. 68. Taur. vodie l. 1. tit. 15. lib. 5. Novæ Recip. Et in stipulatio ista, §. ult. ff. de Verò. obligat. text. in l. Si dictum, ff. de Eviction. text. in §. Alteri, Instit. de Inutilib. stipulat.* Pero porque en este caso se puede colegir, que la paga adelantada solo es darsela al que compra por causa de remuneracion, y conocimiento, y no en pago de los renditos del dicho censo, no se debe juzgar por válida, ni perfecta esta dicha condicion, antes se reputa por injusta, y reprobada, segun precepto de la Bula de Pio V. in tertia parte, ibi: *Solutiones, quas vulgò anticipatas appellant fieri, aut in pactum deduci prohibemus.*

*Interdum
alia clau-
sula.*

5 Y demás de las dichas condiciones, será injusta asimismo la que se sigue, scilicet: „ Item, que el dicho fulano tenga obligación à pagar enteramente el precio del dicho censo, aun-
„ que los dichos bienes, sobre que està impuesto el dicho censo,
„ parezcan, y se destruyan por casos fortuitos, y de raro con-
„ tingentes. Y sin duda parece contra Derecho esta dicha clau-
sula, como dicho es; pues siendo el natural del censo equiparado à los contratos de arrendamiento, como se prueba en la l. 28. tit. 8. part. 5. ibi: „ E porque este pleyto es semejante mas à los
„ logreros, que à otro contrato alguno, no es justo, que pereciendo la casa, ó heredad impuesta al dicho censo por algun caso fortuito, tenga obligacion el vendedor à pagar cosa alguna del dicho censo; porque si la dicha condicion se huviera de guardar, fuera dàr un absurdo contra el precepto de las leyes, que disponen lo contrario, segun la dicha ley 28. ibi: „ E decimos, que
„ si la cosa que assi es dada à censo, se pierde toda por ocasion,
„ assi como por fuego, ò por terremoto, ò por aguaducho, ò
„ por otra razon semejante, tal daño como este pertenece al se-
„ ñor de ella, è non al otro, que la oviesse assi recibido de aquel
„ dia en adelante & ibi Gregorio Lopez *gloss. 9. 10. 11.* Aunque en este caso se debe advertir conforme la dicha ley, que segun la cosa quedare, que à esse respecto se deban pagar los dichos renditos: *ut ita affirmat Navarr. in Manual. in Context. de Usur.*

supra capitul. 1. n. 47. & 48. & ita constat ex dicta Bulla Pii V. ibi: Obligantes ad casus fortuitos eum, qui aliàs ex natura contractus non teneatur, & etiam ex text. in l. 1. C. de Periculo, & commun. rei vendit. Todo lo qual se debe entender en los censos, y contratos emphyteuticos, que son los que se otorgan, y celebran sobre las heredades de los señores de los censos, que las dán assi como arrendamiento. Porque si son en los censos pensionables vendibles, y redimibles, que se imponen sobre la heredad que se vende, que aunque es verdad que passa la posesion en el comprador, se queda el dominio de ella en el vendedor, se ha de tener lo contrario; porque aunque la cosa sobre que se impuso el dicho censo se consume, ò destruya por caso fortuito, y contingente, quedará la persona del vendedor obligada à la paga del principal, y reditos del dicho censo, con obligacion de los demàs bienes que se conocieren, y hallaren ser suyos: ut ita affirmat Gregorio Lopez in dicta l. 28. gloss. 3. limitat. 1. in fin. Covar. Variar. resol. cap. 7. n. 5. Matienz. in l. 1. tit. 15. lib. 5. Novæ Recop. gloss. 1. n. 5. & ibi etiam Aceved. n. 3. ante fin. Salazar de Usu, & cons. cap. 11. n. 74. Felician. Solis de Censib. lib. 1. c. 4. n. 13. vers. Sed ego.

6 En cuya consecuencia se puede dudar, si será lícita, ó de Derecho permitida la clausula de *Non alienando* en estos dichos contratos; assi como si dixesse: „ Item, que de ninguna „ manera podais vender, ni enagenar la dicha heredad sobre „ que está impuesto este dicho censo, à ninguna persona, de „ qualquier calidad, y condicion que sea. Y segun la Bula de Pio V. es condicion, que las Escrituras que de los dichos contratos fueren celebradas, y otorgadas con la dicha condicion, y clausula, sean en en sí ningunas, y de ningún valor, y efecto; y por el contrario, se les dà, y concede facultad, para que libremente las puedan vender, y enagenar, sin temor de decima, quinquagesima, ò otra qualquier suma, y cantidad. Pero no obstante lo susodicho, se ha de tener lo contrario en este caso, respecto de tener lugar la dicha clausula en todos, y qualesquier contratos: y es la razon, que esta dicha condicion, solo tiene atencion à la seguridad del acreedor, sin que de sus fines se presuma usura: ut ita notat Villad. in Polit. fol. 288. vers. Tes de advertir, in Forma de Libelar.

Formatur
alia clau-
sula.

7 Y es de tanta consideracion, y utilidad, que los dichos contratos de censo sean otorgados con la dicha clausula de *Non*

alienando., que de no serlo, siendo enagenados en tercero poseedor, no se podrá pedir por Via Executiva, sino tan solamente por Via Ordinaria, haciendo primero excursion, y liquidar primero sumariamente la identidad, y cantidad, con citacion del tercero poseedor, sino es teniendo la clausula, *ut supr. n. 11.* Y aun entonces se debe hacer la dicha excursion, salvo si es censo emphytheosin, que es el que está cargado sobre los mismos bienes del acreedor: *ut ita notat Covar. lib. 3. Var. res. c. 7. n. 6. Alv. Vel. de Jure emphyt. 1. p. q. 32. Parlad. lib. 2. Rer. quot. c. fin. 4. p. §. 7. n. 12. & 21. Gasp. Rodr. lib. 3. de Censib. & ann. redit. q. 9. n. 53. 54. & 62. Gut. in l. Nemò potest ex. n. 35.* adonde afirma no hà lugar Via Executiva.

8 De que fuera lo contrario, si la dicha Escritura fuera, y estuviera ordenada con la dicha clausula de *Non alienando*; porque por el mismo hecho, sin mas excursion en el principal, y sus fiadores, se puede derechamente executar en los bienes especialmente hipotecados; como assi dice haverse determinado muchas veces en los Tribunales Supremos Feliciano Solis *lib. 3. de Censib. cap. 4. num. 6. cum aliis*; como la clausula sea ordenada en la forma que diximos en el cap. 4. de este libro, advirtiendole, que en este caso no es suficiente la general hipoteca, y obligacion de bienes debaxo de la dicha clausula de *Non alienando*, segun la mas comun opinion; como assi lo tiene Covarr. *lib. 3. Var. res. cap. 15. num. 13. Leon ubi supr. n. 2.* y otros que refiere Villad. *ubi supr. vers. Pero si la hipoteca.* Y assi en este caso le pertenecen dos acciones, ò por mejor decir, dos remedios al acreedor: el uno es, el derecho de executar contra los bienes especialmente hipotecados por el principal, y rditos, probando primero el dicho acreedor, que son ellos por ellos los hipotecados, y que el deudor por entonces estaba en la possession, ey dominio, vel quasi de ellos. Y para esto, y para hacerse el remate, basta que se cite al poseedor, aunque tan solamente sea arrendador, ora se oponga, ò no. Y el otro remedio es, el derecho de reconocer, ò dexar los bienes hipotecados, lo qual se ha de pedir por Via Ordinaria, aunque sumaria, advirtiendole, que se ha de pedir alternativamente, ò que se reconozca el censo, ó dexar los bienes; porque si se pide lo uno sin lo otro, le absolveràn al poseedor de la instancia de aquel juicio: *ut ita notat Felician. ubi supr. cap. fin. & in 2. tom. cap. 4. n. 10. & vide Greg. Lop. in l. 18. tit. 13. p. 5.*

9 Y es de notar en práctica , que si el tercero poseedor fue apremiado à reconocer el dicho censo , y despues se hallaren los dichos bienes especialmente hypotecados en otro quarto poseedor , que no podrá el dicho reconociente ser apremiado à pagar los reditos de aquel censo , ni està obligado à mas que antes estaba , pues á ello fue apremiado. Y esto se ha de entender , cessando fraude en la enagenacion , porque no basta dexarlos perder , ni dexarlos en manos del acreedor : ut ita notat Covarr. *ubi supr. num. 6. vers. Hinc etiam*, Rodrig. *lib. 2. de Ann. reedit. quæst. 9. num. 56.*

9 Mas se advierte , que aunque el tercero poseedor sea Sacerdote , que podrá muy bien el dicho acreedor pedir execucion en ellos ante Juez Seglar , teniendo la dicha Escritura la dicha clausula de *Non alienando* , pidiendo defensor en los dichos bienes , con quien se sigan los Autos ; porque para esto , y para obligarle á que reconozca , ò dexe , es menester que sea ante su Juez , vide *Parlad. lib. 2. Rer. quot. cap. fin. 1. p. §. 1. num. 11. in fin. & alios quos Villadieg. citat. ubi sup. fol. 284.* Y esto de ser convenido ante Juez Seglar , hà lugar todas las veces , que es heredero de lego , con quien se contestó la demanda , *secundum legem 57. tit. 6. part. 1. & ibi gloss. 5. Covarr. de Practicis Quæst. cap. 8. n. 2. 3. 4.* por cuya causa los dichos terceros poseedores están sujetos à restituir la dicha heredad , ò cosa hypotecada , y pagar por entero todos los reditos de ella , siendo hypotecada por causa , y titulo de ningun censo , siendo reconocido , como dicho es ; porque no queriendo reconocerle , y dexando la dicha cosa hypotecada , no tendrán obligacion à pagar reditos alguno , posseyendola , y teniendola con buena fè. Y assí se advierte , que quando se reconociere , no se reconozca por los reditos passados , sino tan solamente por los que adelante corrieren : *prout in l. Creditor , ff. Si cert. petat. Covarr. Var. res. cap. 7. n. 5. Joann. Gutierr. lib. 2. de Pract. Quæst. q. 177. n. 4. 5. Aceved. in l. 1. tit. 15. lib. 5. n. 8. Novæ Recop.*

10 Lo qual assimismo procede , aunque la cosa especialmente hypotecada sea dividida entre dos , ò muchos herederos , sin ser necessario hacer mas averiguacion ; porque basta para este caso , que tan solamente està la dicha cosa especialmente hypotecada , para pedir por entero todos los reditos del dicho censo , sino es dexandola el heredero , que podrá con cession de acciones , para pedir á los demàs herederos , lo que le pudiere

pertenecer de la dicha hacienda , respecto de haver pagado lo que el hacienda , y testador de ella debia , *ex l. 1. & 2. C. Si unus ex pluribus* , & notat glos. *ver. Ex parte* , l. 2. §. *fin. ff. de Prætor. stipulat. & facit text. cum materia in l. Cum à matre* , C. *de Rei vindicat. & in l. Legati* , de *Pignoribus* , & ex doctrina Parlador. *lib. 2. Rerum quotidian. 4. part. §. 1. n. 21. & in leg. Cum possessor* , de *Censibus*. Por manera , que el dicho tercero poseedor , ò heredero , no puede ser obligado à pagar mas de aquello que tiene , y posee , aunque el deudor principal se haya obligado debaxo de la clausula , y condicion , siguiente ; scilicèt : „ Con „ condicion , que podais pedir el dicho censo á qualquiera de „ mis herederos , y successores *insolidum* , ó al que mas quieredes , y para ello le podais hacer execucion. Y donde mas dificultad se pudiera ofrecer , era en los herederos estraños ; porque en los legitimos no hay duda , sino que no pueden ser gravados mas de lo que reciben , que les perteneció por razon de su legitima : *ut in l. Quoniam in prioribus* , C. *de Innoficios. testament.* Y assi se concluye , que sin embargo de la dicha clausula , no es obligado el poseedor de la cosa especialmente hypotecada , ora sea heredero estraño , ò forzoso , mas de tan solamente á lo que posee con el derecho de la dicha cession de acciones , para que le paguen por rata lo que assi diere , y pagare , *secundùm leg. fin. Cod. de Jure deliberandi* , & *in l. 7. tit. 6. part. 6. & ibi Greg. Lopez* , glos. *Que las deudas* , & ita affirmat Rodrig. Amat. *in tractatu de Executionib. cap. 4. n. 13. per totum.*

Formatur
alia clau-
sula.

11 Y si el señor del dicho censo quisiere executar en los bienes de su deudor , ha de tener atencion , que si la dicha Escritura , en virtud de la qual pide la dicha execucion , no tuviere aquella clausula ; scilicèt : „ No derogando lo especial à lo general , y lo general á lo especial , no podrá en perjuicio de otro acreedor , aunque sea menos anterior , trabar la dicha execucion en los bienes generalmente hypotecados de su deudor , sino es haciendo primero excursion en los bienes especialmente hypotecados , por presumirse han de ser suficientes para la paga de la dicha deuda , *secundùm l. 2. C. de Pign. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 7. n. 21. Covarr. lib. 3. Var. res. cap. 18. n. 3. in fin.*

Formatur
alia clau-
sula.

12 La qual excepcion tan solamente ha lugar , y se puede oponer por otro acreedor , é interessado á los bienes de su deudor , que tenga en ellos general , ó especial hypoteca , como dicho es. Pero no se estiende , ni hà lugar el oponerla por otro

poseedor extraño de la cosa hipotecada ; sino es en caso , que poseyendola ex titulo , & persona del mismo deudor , á su seguridad en la Escritura de venta , se hipotecaron , y obligaron sus bienes ; pues por esta obligacion se hizo acreedor por la eviccion : ut ita docet *Negus. de Pignorib. 2. membr. 8. part. num. 21. quem sequitur , & refert. Rodrig. Amat. ubi sup. dict. cap. 4. num. 53. in fin.*

13 Y en los casos que lugar huviera la dicha excepcion , se ha de entender assimismo , estando los dichos bienes especialmente hipotecados en tercero poseedor , segun dicho es ; pero no si estuvieren en poder del mismo deudor , ò en sus herederos por titulo universal , y no por titulo particular de donacion , ò legado : ut constat ex doctrin. *Greg. Lop. in l. 70. tit. 18. glos. 9. part. 3. Petr. Surd. decis. 250. ex d. l. 2. C. de Pin. Covar. lib. 3. Varres. cap. 18. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 7. n. 23. cum aliis sequentibus.*

14 Pero lo que se puede dudar en esta materia , es , si teniendo el dicho poseedor alguna pequeña parte apartada , y dividida de la casa que estaba especialmente hipotecada á algun censo , y en ella huviesse labrado algun quarto , ò otro edificio , si podrá ser obligado à reconocer el dicho censo por entero , ò dexar la dicha parte con aquellas mejoras. Y quanto á lo primero responde *Gutier. in allegat. septima*, que si la parte que assi fue enagenada , es de poco valor , assi como una parte de traspuesta , ò huerto , y de su valor se siguiò provecho à la cosa principal hipotecada , porque acaso se gastò en repararla , ò cercarla por la parte que se dividió , será válida , y perfecta la dicha venta , y no podrá ser apremiado à reconocer el dicho censo , ni parte de él , ni dár su estimacion segunda vez. Y quanto á lo segundo , se pudiera responder , no haver lugar la referida doctrina , segun la decision de la ley 15. tit. 13. part. 5. pues por ella consta , que de qualquier manera que la cosa hipotecada esté mejorada en tercero poseedor , queda hipotecada , como si en realidad de verdad al principio lo estuviera , ora sea el tal poseedor heredero por titulo universal , ò particular delegado , ò donacion de venta ; aunque si es por el dicho titulo particular , y tuviere buen titulo , y fé , no le pueden quitar la dicha cosa hipotecada , hasta que se las paguen , siendo obras necesarias , y utiles , y no voluntarias , como diximos en el cap. 15. de este libro , n. 4. 5. 6.

15 Pero debese notar en este caso , que pagando el dicho acree-

acreedor el interés, y valor de las dichas mejoras, se deben compensar con los frutos que huviere de ella gozado, aunque sea poseedor de buena fè, *ut in l. 41. tit. 28. part. 3. & ibi Greg.*

16 Lo qual procede todas las veces que el dicho tercer poseedor quiere dexar la cosa en la forma dicha; pero bien puede, y tiene eleccion en este caso de dar, pagar, y entregar lo que valia la casa al tiempo que se hypotecó, ò al tiempo que se vendió al dicho tercero poseedor, con lo qual quedará libre del censo, y deuda, segun Gregor. Lop. *in d. l. 5. gloss. 3. Covarr. lib. 1. Var. res. cap. 8. num. 2.* adonde dice assí estar recibido en práctica, y en esta conformidad haverse determinado muchas veces en la Chancilleria de Granada, aunque à èl le parece es lo contratio lo mas juridico, & ita etiam notat Joan. Garc. *Expens. c. 18. ex n. 77. Molin. de Just. & jure, 2. tract. dis. 533. n. 1. qui sequit. Greg. ubi supr. per l. 2. C. de Præd. & omn. re navicul. lib. 11. ubi Bart. & communit. DD.* Lo qual assimismo se entiende à los bienes enagenados por el marido, por la tácita hypoteca que en ellos tiene la muger por razon de su dote, ò los que fueron comprados con el dinero dotal, en nombre del mismo marido, ò los bienes dados por la muger al dicho su marido, por titulo de donacion de venta, que despues fueron enagenados; aunque en este caso no es necessario que estos bienes estèn mejorados, para quedarse con ellos el tercero poseedor, ofreciendo su precio, aunque la dote sea mayor, como en el primero se requiere; y fuera lo contrario, si aquellos bienes enagenados fueran comprados con el dinero dotal, en nombre de la misma muger, como en los demás dotales recibidos, inestimados por el marido, porque entonces, siendo enagenados, le compete à la muger accion directa para reivindicarlos de qualquier tercero poseedor, sin hacer excursion; y aunque estèn mejorados, pues trata del dominio de su misma cosa, y no sobre deuda sobre ella; porque en esto no hà lugar, sino es quando el marido recibió estos bienes dotales, estimados con aquella estimacion, que de Derecho hizo venta; pues el marido no està obligado à mas, que ofrecer su precio, haciendo primero la dicha excursion: *ut notat Joann. Garc. ubi supr. n. 80. & 81. Gutierr. de Juram. confir. lib. 1. cap. 1. n. 9. & 10. per l. 7. tit. 11. part. 4. y en quanto los hijos, vide infra, lib. 2. cap. fin. §. Fianzas, n. 125.*

17 Y en caso que el tercero poseedor quiera dexar la cosa que le piden, ha de ser no solo con los frutos de la contesta-

cion; pero los que estaban pendientes al tiempo de la enagenacion, ò los pendientes al tiempo de la possession, ò sentencia: *ut in l. 16. tit. 13. part. 5. & ibi Gregorio.* Y esto se debe entender, aunque de mano del poseedor estén arrendados, y por entonces estén pendientes: *ut supr. cap. 3. n. 8.* aunque en este caso se debe entender tan solamente, quando se trata de la reivindicacion, id est, del dominio de la misma cosa; porque fuera lo contrario, si se tratára de la hipoteca, id est, por la deuda que sobre ella se debe; porque entonces estará obligado el acreedor á estar, y passar por aquel arrendamiento, pagandole su pension, pues tan solamente trata de cobrar su deuda; y si es censo, de cobrar de veinte y uno, como admirablemente lo considerò Feliciano Solís *lib. 3. 2. tom. de Censib. cap. 4. advers. Parl. lib. 2. Rer. quot. cap. ult. 1. part. §. 5. n. 13.*

18 Y para haver lugar execucion contra quarto poseedor, se ha de entender, quando el tal tuvo titulo, y causa de aquel contra quien principalmente competia el Derecho Ejecutivo; y lo mismo se entiende; teniendo esta causa de otros, que la tuvieron principal, ò probando, que en aquel tiempo la poseia el dicho deudor: *ut ita probat Parlad. ubi supr. cap. fin. §. 5. n. 19. & 20.*

19 Cuyos bienes se prescriben estando el tercero poseedor diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunque la hipoteca esté con clausula de no poderse enagenar, pues el acreedor no trata del dominio de ellos. Y esto se entiende, aunque las deudas sean de menores, ò de Iglesia, y aunque sean arrendamientos, ò emphyteosis, enagenados en tercero poseedor, segun la *ley 27. tit. 29. par. 3. & l. 39. tit. 13. part. 5.* Molina *de Just. & jure, 2. tract. disp. 70. n. 1. & 2.* No obstante que sus mismas cosas adonde tienen dominio, no se prescriben por treinta, ò quarenta años, segun el mismo Molina *ibi disp. 79.* salvo si el dicho arrendamiento se hizo con la dicha clausula de *Non alienando*, ò si mientras que se poseian los dichos bienes, pagaba el deudor parte de la deuda de reditos, ò arrendamiento; porque entonces no corre; ignorandolo el acreedor: vide Aceved. *in l. 7. tit. 15. lib. 4. n. 12.* Rodrig. *de Reditib. lib. 2. quæst. 9. n. 94. & 95.* Y en quanto los bienes de Mayorazgo, y otros bienes sujetos à restitucion, como assimismo bienes de menores, y de Iglesia, ò de muger casada; aunque es verdad, que no pueden ser prescriptos, sino es por largo tiempo; pero con todo esso havrà lugar la prescripcion en la forma que queda dicho; pero tambien la puede haver en la pro-
prie-

priedad de la cosa, si despues de estàr en poder de tercero poseedor, se hicieron de esta calidad; porque esto no se impide el derecho de la prescripcion de los dichos diez, ó veinte años; salvo si fuere contra pupilos, porque entonces no havrà lugar; y assi, no se puede impedir, que despues los dichos bienes sean de menores, Iglesia, ó Mayorazgo, aunque tengan clausula de *Non alienando*, y aunque haya pacto de no poderse prescribir; porque esto no le puede dañar al tercero poseedor, ora sean, ó no, bienes de esta calidad: vide Anton. Gomez *in l. 40. Taur. n. 90. quem sequitur*, & refert Molina *in Theol. de Just. & jure, 2. tract. disp. 39. n. 9. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 10. n. 40. Gutier. in l. Nemo potest, ff. de Leg. 1. n. 578. & 479.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

20 Mas se advierte en esta materia de censos, que aunque la Escritura esté otorgada con clausula que diga: „ Y que podais „ de vuestra autoridad tomar, y aprehender la possession de los „ dichos bienes, especialmente hipotecados, se podrá executar derechamente contra el tercero poseedor, sin que sea necesario hacer excursion; y será sin duda, si juntamente concurrió la clausula *Constituti, ut supr. cap. 14. n. 5.* como assi dice haverse determinado en la Chancilleria de Valladolid Gutier. *ubi supr. num. 39. Matienz. in l. 1. gloss. 3. n. 4. 7. tit. 17. lib. 5. Recop.* Aunque lo contrario, y por mas verdadero tayo Rodrig. *ubi supr. cap. 7. ex n. 16. Tu cogita.*

21 Y aunque es verdad, que esto procede assi; pero con todo esso, no debe ser sin citacion del tercero poseedor; porque aunque es verdad, segun opinion de muchos Doctores, que constando de Instrumento público, sentencia, ó prueba de la propiedad, que el acreedor actor tenia antes de tomar la possession de su misma autoridad, ó con la del Juez, se debe confirmar aquella possession. Hase de entender, quando el despojado intentó el interdicto *adipiscendæ, vel recuperandæ*, por obstarle en estos dos casos la excepcion del dominio, segun la *ley 27. tit. 2. part. 3. & in l. fin. tit. 10. part. 7.* Y assi es bueno que se advierta, que en este caso no se intenten estos interdictos, sino tan solamente el beneficio de la restitution, y que el despojado sea puesto en el estado que antes estaba, dentro del termino de los tres dias de las *leyes 1. & 2. tit. 13. lib. 4. Recop.* & ita notat Parlad. *lib. 2. Rer. quot. cap. 10.* adonde en el n. 10. dice, que esta possession se puede, y debe confirmar; y es, quando despues de haver pedido el acreedor al deudor, y seguidose los Autos con él, hasta la sen-

ten-

tencia definitiva, ò de remate, en virtud de ella se tomò la possession de la cosa especialmente hypotecada, enagenada en tercero poseedor, sin citacion; pues del mismo efecto fuera, quando lo citan, y assimismo huviera lugar el confirmar aquella possession, quando el despojado tenia la cosa por titulo de arrendamiento, commodato, ò deposito. Y aun entonces, implorando el officio del Juez, deben ser restituidos in sua detentatione; secundum Anton. Gomez *ubi supr. n. 12. cum. seqq.*

22 La qual restitution, no solo se debe hacer en la forma dicha; pero tambien, aunque otro tercero se oponga à la misma cosa, por derecho que à ella tenga; y assi, con solo hacer una sumaria informacion, de como por entonces la poseia con buen titulo, y fé, será restituído en ella, y se recibe à prueba sobre la propiedad, segun las dichas leyes del Reyno, & ibi Aceved. porque lo que de hecho se hace, es derecho, que de hecho se rescinda, como assi dice se debe pedir Gutierr. *lib. 3. de Cons. cap. 19. num. 19.*

23 Y sobre todo se ha de mirar, si la dicha possession se diò condicionalmente; porque si lo fue, fue visto no ser dada, siendo en perjuicio de tercero, como muchas veces se suele decir en estos Autos: „ Y assi debia mandar, y mandò, se le dè la possession por su parte pedida, y esto sin perjuicio de otro mejor „ poseedor, que de derecho tenga la dicha possession. Por cuya causa es visto no haverse dado la dicha possession, supuesto que se dà sin perjuicio de otro, que la estaba poseyendo: ut ita etiam sequitur Parlador. *ubi supr. lib. 2. cap. 6. Rer. quot. & in cap. 10. per tot.*

24 Y solo en un caso se suele recibir à prueba sobre el despojo, y es, quando el depojador reconviene al despojado de otro despojo precedente sobre la misma cosa, probandolo, y constando incontinenti del dicho primer despojo, Y entonces se ha de admitir la dicha oposicion, y se impide la dicha restitution del segundo despojo, hasta que vista la causa del uno, y otro, se determine, segun las pruebas, qual ha de ser restituído: ut ita notat Cœpol. *cons. 60. col. 3. Celso cons. 119. n. 6. quos sequitur, & refert Gutier. lib. 3. n. 2. de Jurament. confirm.* Y assi lo he visto determinado una, y muchas veces en el uno, y otro caso por el Doctor Alonso Gutierrez, Abogado en la Villa de Mora, y Relator que ha sido en la Chancilleria de Granada, à quien todos seguimos en su doctrina, y opinion, como mas docto, y experimentado.

*Formatur
alia clau-
sula.*

25 Y tornando à nuestra materia, y contratos de censos, digo, que será injusto, y reprobado el Instrumento de los dichos censos, que fuere ordenado, y otorgado con las palabras de la clausula siguiente: „ Item, con condicion, que si el dicho fulano fuere en „ mora, y tardanza de pagar los reditos del dicho censo, que por „ el mismo hecho tenga obligacion á pagar el interès de lo que „ assi no pagáre, y que de ello rinda reditos, como de la suerte „ principal. Y no hay duda, sino que en todo se debe juzgar por usuraria la fuerza de esta dicha clausula, pues es notorio, segun la dicha Bula de Pio V. que las Escrituras de los dichos censos no pueden ser otorgadas, y ordenadas con pacto, y clausula, que por la dicha mora, y tardanza tenga obligacion el dicho vendedor à pagar el interès del lucro cessante, ó el interès de cambio, ó otras expensas, ò salarios inmoderados, aunque su liquidacion se difiera en el juramento del acreedor; porque por el mismo hecho, siendo otorgados los dichos contratos de censo, debaxo de estas dichas condiciones, ó otras semejantes, como incurrir en alguna pena, ó perder parte de la cosa especialmente hypotecada, ò que queden aumentados los dichos censos, ó criandolos de nuevo sobre la misma cosa, ò otra qualquiera, que por razon de lo susodicho quede hypotecada, seràn nulos todos, y qualesquier contratos que de esta forma fueren ordenados, y otorgados, como lo seràn los que de su misma naturaleza de derecho se juzgan por reprobados. Y assi se concluye, que de ninguna manera puede preceder pacto, de que no pagando los dichos reditos para el tiempo señalado, que los intereses de ellos entren en la suerte principal, como fueren corriendo, pues de Derecho no se deben intereses de intereses: *ut ex text. in l. Eis, C. de Usur. & in Pragmatica de 21. de Julio del año de 1598. publicada en 24. de él, sino es á menores: ut infr. cap. 42. n. 32.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

26 Y por el consiguiente, no es Derecho comprar los dichos censos con aumento de su precio al tiempo de su paga; assi como si dixesse: „ Item, que al tiempo, y quando redimieredes este dicho censo, tengais obligacion de pagar el dicho precio en plata. Cuya condicion con manifiestas palabras nos enseña lo que en los dichos censos se procura saber, que es el evitar la usura, que por la mayor parte en semejantes contratos simuladamente suele intervenir; y es precepto de la Bula de Pio V. y de Martino, y Calixto, que no se puedan redimir por mayor precio de lo que fueron vendidos; no obstante qualesquier clausulas, y condiciones

en contrario, ibi: *Volumus etiam posse pro eodem pretio extingui.* Et in Bulla Calixti, & Martini, ibi: *Pro eodem pretio redimendi.* Y conforme à esto, no es licito, que dando el comprador por la venta del dicho censo moneda de vellon, que tenga obligacion el vendedor á dar el dicho precio en plata, ò oro, especialmente valiendolo mas, que la demàs moneda de vellon, como lo vemos en nuestros tiempos; pues valen mas ciento en plata, que ciento y doce en quartos: *ut sup. in cap. 11. n. 3.* queda dicho. Y aunque el dicho censo se haya impuesto en plata, ó oro, con condicion que se redima la misma moneda, valiendolo mas al tiempo de la dicha redencion la dicha plata, que quando se impuso el dicho censo, se le ha de dar aquel mas valor, que constáre mas por el trueco, como se colige del contrato del emprestito, que no se puede prestar la moneda baxa, porque se buelva en otra mejor, siendo de mayor estimacion: *ut ita affirmat Host. in Summa, de Usur. §. An aliquo sub fin. Navarr. in Manual. cap. 17. n. 225. Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 312.*

27 Y demàs de todo lo supra referido, se puede dudar, si los dichos censos se pueden imponer con la condicion, y clausula siguiente; scilicet: ,, Y que si el dicho censo se redimiere, haya de ,, ser en toda la cantidad, y no en parte de ella; y que sin em- ,, bargo que de ella se haga consignacion en publica forma, to- ,, davia se hayan de pagar, y paguen por entero los reditos del ,, dicho censo, hasta que en todo sea redimido. Y parece, que por ser condicion, que en substancia no trae labe de usura, se debe, y ha de cumplir, como en la dicha clausula se contiene. Pero sin embargo de todo lo dicho, advierto, que ningun Escribano sea causa para que las Escrituras de los dichos censos sean ordenadas, y otorgadas con las dichas clausulas, y condiciones; porque demàs de las supra referidas condiciones de Martino, y Calixto, es tambien condicion, y precepto, que el vendedor pueda redimir el dicho censo en todo, ò en parte proporcional del que corresponde al dinero que se dà: *ut ita notat Navar. in Manual. cap. 17. n. 234. 235. Albornoz lib. 3. de los Contratos, tit. 2. fol. 11. col. 1. & 3. Solis de Censib. cap. 8. n. 16. lib. 1.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

28 Y para que los dichos contratos se juzguen por licitos, y no se entienda ser en fraude de usura, será buena limitacion à las dichas Extravagantes, que si los dichos censos se impusieren á razon de á veinte, segun la nueva Pragmatica, que se impongan á razon de veinte y uno, ò veinte y dos mil por cada millar; y de

en esta forma se guardaràn , y seguiràn su efecto las dichas condiciones , y clausulas , y no se podrán redimir los dichos censos por partes , sino es que en todo se redimieren : ut ita affirmat Navar. ubi supr. cap. 1. & 14. quæst. 3. n. 85. & 86. Soto de Just. & jure, lib. 6. q. 5. art. 3. ad fin. 4. concl. pag. 559.

Formatur
alia clau-
sula

29 Y assimismo se puede dudar , si en estos censos havrà lugar la pena del comisso , assi como el dicho Instrumento del censo fuesse otorgado con la condicion , y clausula siguiente? Item, ,, con condicion , que haveis de redimir el dicho censo , dentro de tanto tiempo ; y de no redimirle , por el mismo hecho ,, caygan en comisso. Y no hay duda , sino que assimismo se debe juzgar esta dicha clausula , y condicion , por illicita , y contra la libertad de los dichos censos ; pues es cosa llana , que los dichos censos no se pueden imponer con la dicha condicion ; pues del natural de los dichos censos , es dar facultad á los vendedores à que los puedan redimir en el tiempo que quisieren , segun las dichas Extravagantes de Martino , y Calixto , ibi : *Sed liber semper maneat ab obligatione illum redimendi.* & ita tenet Covar. Var. resol. lib. 3. cap. 8. n. 7. in fin. Soto de Justitia , & jure ; lib. 6. quæst. 5. art. 2. col. penult. Matienz. in l. 1. tit. 15. lib. 5. gloss. 1. nam. fin. *Novæ Collect.* quos refert , & sequitur Aceved. in dict. l. 1. n. 5.

30 Y aunque es verdad , que segun la ley 68. de Toro , hodie l. 1. tit. 15. lib. 5. *Recop.* se deben guardar todas , y qualesquier condiciones con que fueren ordenados , y otorgados los dichos contratos de censos , ut ita se habet : ,, Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo , con condicion , que si no pagare à ciertos ,, plazos , caya la heredad en comisso , que se guarde el contrato, ,, y se juzgue por el , puesto que la pena sea grande , y mas de la ,, mitad. Pero considerando bien sus palabras , tan solamente habla la dicha ley en los contratos perpetuos , que los señores imponen sobre sus mismas heredades , para que en cada un año , segun la estimacion de las dichas heredades , le paguen sus reditos à como valieren ; y no se ha de entender en los contratos de censos redimibles ; porque aunque en estos se haya otorgado con la dicha pena , y comisso , siempre se ha de juzgar assi como contrato redimible , como assi se ha practicado en los Tribunales Supremos : ut ita affirmat Covar. lib. 3. Var. res. cap. 7. col. 2. ad fin. n. 4. Olan. in sua *Concordia Juris*, litt. A, n. 97. fol. 23. Alvar. de *Jure emphyt.* quæst. 31. n. 31. Aceved. in l. 1. tit. 15. n. 10. lib. 5. *Recop.* Y assi in-

distintamente cessa la diferencia de Monterroso *in tract. 7. fol. 134.* segun una Pragmatica nueva, en que prohibe los censos perpetuos.

31 Finalmente en esta dicha materia de censos se puede dudar, si havrà lugar el retracto, assi como si la Escritura fuesse ordenada con la clausula siguiente; scilicet: „ Que podais sacar, „ y hacer por el tanto la dicha heredad, quando se huviere de „ vender; y que seais obligados al tiempo de la venta, y enage- „ nacion de ella, à requerirme, para si la quisiere por el tanto. Y aunque por la parte negativa se pudiera defender, no havia lugar la dicha condicion, y clausula por via de retracto, despues de la tradicion de la cosa enagenada en el tercero poseedor; pero con todo esso in judicando, & consulendo, se ha de responder por la parte afirmativa; y assi se concluye, que en virtud de la dicha clausula havrà lugar el retracto de la heredad, ó casa especialmente hypotecada; pues por su fuerza se impide la possession, y transaccion da su dominio: ut ita docet Covarr. *lib. 3. Var. resol. cap. 7. n. 6.* Joann. Faber *in §. Item. Serviana Inst. de Actionib. n. 34.* Gutierrez *lib. 2. de Pract. quæst. 267. n. 4.* contra Avendañ. *in 12. respons. Acev. in l. 12. n. 2. tit. 11. lib. 5. Novæ Recop. Anton. Gomez de Censib. 5. conclus. cap. 3. n. 29.*

Formatur alia clausula.

32 Y hase de notar, que todos los contratos de censos, que en otra manera fueren celebrados de como dicho es, no havrà duda, sino que se juzgaràn por reprobados, y usurarios; de forma, que poredel mismo hecho los dichos contrayentes tienen perdido todo aquello, que por razon de los dichos contratos fuere dado, y entregado, y será aplicado al Fisco, à quien por precepto de Pio V: se le dá facultad para poderlo repetir. Y no solo se ha de juzgar por usurario lo que se hallàre contrario à lo dispuesto por las clausulas, y condiciones de la dicha Bula de Pio V. sino tambien el contrato principal. Aunque en quanto à esto se ha de notar, que si el contrato de su misma naturaleza fuere usurario, se ha de juzgar por nulo: assi en lo principal, como en lo accessorio; pero en los demàs que no lo fueren, aunque sean otorgados con algunas de las dichas clausulas, que fueren contrarias al natural de los dichos censos, nose juzgaràn por nulos, sino tan solamente se juzgaràn por no escritas, y ordenadas las dichas clausulas. Y assi parece nos diò à entender Gutierrez *lib. 2. de Pract. Quæst. quæst. 176.* & ita docet Olan. *in Concordia Antynom. litt. A, n. 100. cum aliis seqq.* Covar. *ubi supr. cap. 8. n. 7. in fin. quos refert, & sequitur Aceved. in dist. l. 1. tit. 15. n. 6. lib. 5. Novæ Recop.*

CAPITULO XXXIII.

Sobre la condicion, y clausula de *Retrovendendo*, y *Pacto legis Commissoriae*, & *adjectionis in diem*, con las quales condiciones, y clausulas muchas veces se suelen celebrar, y otorgar los contratos de venta, y otras enagenaciones.

SUMARIO.

- 1 **P**acto de *Retrovendendo*, si es licito, y debaxo de què clausula se debe otorgar.
- 2 Què tiempo debe durar esta dicha accion, siendo condicion *ad perpetuum*.
- 3 Si passado el dicho termino que entre los otorgantes fue convenido, bavrà lugar purgar la mora.
- 4 Y si bavrà lugar la dicha doctrina, quando los herederos del vendedor fueren menores, è ignoraron la dicha condicion, y pacto.
- 5 Y si precissamente tiene obligacion el comprador à entregar la misma cosa, ò si cumplirá con entregar su interes.
- 6 Enagenada, siendo la cosa vendida en tercero poseedor, si se le podrá pedir por la reivindicacion.
- 7 Frutos de esta heredad, ò casa vendida en el tiempo de la venta, à quièn pertenecen, y se deben entregar.
- 8 Pacto de lege *Commissoria*, si es licito, y con què clausula se ha de otorgar.
- 9 Si por no haver entregado el precio de la cosa vendida dentro del termino convenido, quedará la venta por nula.
- 10 Si por no haver cumplido el comprador el contrato por su parte, ganará el vendedor la señal, ò parte del precio.
- 11 Alegar, y decir de nulidad sobre el mismo contrato si puede el dicho vendedor despues de haver pedido el valor, y precio de la dicha venta.
- 12 A quièn le pertenecen los frutos del tiempo convenido entre las dichas partes, quando se anulò la dicha venta.
- 13 Pacto, y condicion, *in diem adjectionis*, si es licito, y en què forma se debe otorgar.
- 14 Verdadero, y no fingido, si debe ser el segundo comprador, para que tenga efecto el natural de este dicho contrato. Y si debe ser requerido el dicho primer comprador, in num. 15.

16 Apremiado, si debe ser el comprador al cumplimiento de la dicha venta, ofreciendo otro mayor precio por la cosa vendida; y si es necesario, que para que tenga efecto, el dicho vendedor, ó sus herederos la acepten, ibi num. 17.

18 Frutos de esta dicha venta, en caso que el dicho contrato se dissuelva, à quien pertenecen.

19 Si se puede vender la cosa vendida, siendo enagenada en tercer poseedor.

1 **U**trum, si el pacto, y condicion de tercero vendedor, y pacto, y condicion legis Commissoriæ; y condicion adjectionis in diem en los contratos de venta, y otras enagenaciones, serán licitas, y permitidas, ó se juzgarán por Derecho reprobadas. Y para que con evidencia, y claridad se conozca el natural de cada una de estas dichas condiciones, supongamos lo primero, que la venta, y enagenacion fue celebrada con la condicion, y clausula siguiente; scilicet: „Laqual heredad os „vendo con condicion, que en qualquier tiempo, *a.* que os fuere „entregado el precio que recibo de ella, me la haveis de en- Formatar
alia clau-
sula. „tregar, y restituír, *b.* en la misma forma que os la vendo, y „entrego; y que de ninguna manera la podais vender, ni ena- „genar, *c.* á persona alguna; y que por el mismo hecho la di- „cha enagenacion, y venta sea en sí ninguna, y de ningun va- „lor, y efecto.

2 Ibi: „, Que en qualquier tiempo, *a.* En los quales contratos muchas veces, de consentimiento de los otorgantes, se suele señalar tiempo determinado para cumplir esta condicion, y pacto de retrovendo, y por la misma parte se suelen celebrar los dichos contratos sin limitacion de tiempo, segun las palabras de la dicha clausula, y condicion. Y en este caso parece, que esta dicha accion no debe durar mas de treinta años, por resultar de este pacto accion personal; la qual no dura mas del dicho tiempo de los dichos treinta años: *ut in l. 2. C. de Pafisinter emptorem, & venditorem.* Aunque de Derecho Real durará menos esta accion, y segun la *l. 6. tit. 15. lib. 4. de la Nueva Recop.* en que dice, y dispone, que el derecho de executar por obligacion personal, se prescriba por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella, se prescribe por veinte años, y no menos, & ita notavit Gregorius Lopez *in l. 24. tit. 5. glos. In medio, part. 5.* adonde dice se ha de limitar, salvo si en-

tre las dichas partes fue señalado mayor tiempo , dentro de el qual havia de tener obligacion à redimir la dicha venta , y enagenacion. Aunque lo contrario tuvo en el primer nuestro caso Anton. Gom. *in 2. tom. c. 2. n. 28. ante fin.* adonde dixo , que por aquellas palabras, en qualquier tiempo dura esta dicha accion para siempre , *per leg. Si ita stipulatus , ff. de Fide instrument. & ibi gloss. & Communiter DD. & per text. in l. Quod si nolit , §. Si quia ita , ff. de Ædilib. edict. & per text. in l. Hæc conditio , l. 2. ff. de Conditionibus , & demonstrat. & ibi Bart. communiter DD.* Y porque en estas dicciones quandocumque , & quomodocumque ha havido diversas opiniones , diremos lo que resuelve en el capitulo 35. infra , en el n. 21.

3 Y si la dicha condicion , y pacto fue con tiempo determinado , y señalado , se debe ofrecer , y hacer consignacion del precio dentro del dicho termino ; porque de otra manera , no tendrá accion el vendedor à la cosa vendida , por quedar incontinenti perfecta , y celebrada la dicha venta , sin que de ninguna manera se le conceda termino para purgar la mora : *ut in l. Si ita quis , §. Seja , ff. de Verb. obligat. & ibi DD. text. in l. Trajectitia , §. de Illo , ff. de Actionib. & obligationib. Bart. in l. Insulam , 4. opposit. ff. de Verb. obligat.*

4 Y procede en tanta forma la doctrina supra referida , que aunque el vendedor haya muerto , y sus herederos fuessen menores , todavia se ha de juzgar por válida , y perfecta , sin que haya obligacion à concederles restitucion in integrum , por ser prescripcion convencional , y no legal ; por cuya causa siempre corre esta dicha prescripcion , sin el beneficio de la restitucion : *ut in l. Æmilius , & ibi Bart. & communiter Doctores , ff. de Minorib. idem Bart. in l. 2. C. Si advers. vendit. pignor. & ibi Bald. Salicetus , & communiter Doctores , Paul. de Castr. in leg. fin. C. In quibus rest. integ. non est neces.* lo qual se limita , en caso que los dichos herederos , ora sean menores , ò no lo sean , ignoraron el dicho pacto , y condicion , otorgado por el difunto , y testador : porque entonces deben ser restituídos ex clausula generali : *Si qua mihi justa causa videbitur , argument. text. in l. 1. ff. Ex quib. caus. major. & confirmatur per text. in l. 1. §. Si quis propter , ff. de Itiner. actusque privat. & per text. in l. Pomponius , ff. de Acquir. heredit.*

5 Ibi : , Me la haveis de entregar , y restituír , *b.* Y en todo acontecimiento tiene obligacion el comprador à dár : y restituír

la cosa vendida en la misma forma que la recibò, en virtud, y fuerza del dicho contrato; y no se libra, estando en su poder, de pagar el interès, y daños, sino que precisamente ha de entregar la misma cosa: ut ita docet Gregor. Lopez *per dictam legem* 42. tit. 5. part. 5. ibi: „ Decimos, que si tal pleyto fuere puesto en la vendida, que debe ser guardado.

6 Ibi: „ vender, ni enagenar, c. Por cuya causa se impide la translacion de su dominio, aunque se venda, y enagenè en qualquier tercero poseedor: ut ita docet Rodrig. Suarez *in rep. l. Post rem judicatam, fol. 129. col. 2. cum sequentibus, quem sequitur, & refert. Ant. Gom. in 2. tom. Var. resol. cap. 2. n. 29. ante fin.* Y fuera lo contrario, si faltasse la dicha clausula de *Non alienando*, ò clausula *Constituti*, como en otras partes de este libro queda dicho: ut ita docet idem Anton. Gomez *ubi supra, in dicto num. 27. & in l. 42. supra citata, tit. 5. part. 5. ibi:* „ E si pena non fuesse puesta en el pleyto, entonce el comprador „ es tenuto de tornar la cosa en todas guisas; si es en su poder; „ è si en su poder no es, debe pechar al vendedor todos los da- „ ños, è los menoscabos que le vinieron porque no tornò aque- „ lla cosa que assi havia vendida.

Formatur
alia clau-
sula.

7 Y todos los frutos que se huvieren cogido de la heredad, ò arrendamientos de casa, debaxo de la dicha condicion, y pacto vendida, pertenecen al comprador, sin tener obligacion de restituirlos, ni entregarlos al vendedor, sino es desde el dia de ofrecido, ò pagado el precio de la dicha venta: *ut in l. 2. C. de Pactis inter emptorem, & venditorem, & ibi Gloss. ordin. & communiter DD.*

8 Y quanto à la segunda condicion, y pacto de *Lege commissoria*, para su distincion, y declaracion hemos de suponer, que la dicha venta fue celebrada con la clausula siguiente; scilicet: „ Con condicion, que si para tal dia no me dieredes, y pa- „ garedes el precio de la dicha heredad, que por el mismo he- „ cho quede la dicha venta por nula, a. sin tener obligacion à „ dàr, ni restituir las arras, y señal, b.

9 Ibi: „ Por nula, a. Y es de tal manera este dicho contra- to, que si para el dia señalado no se consignare, y entregare el precio, quedará por nulo el dicho contrato, como si verdaderamente no se huviesse celebrado: *ut ex text. in l. 1. & per totum ff. de Lege commissoria, text. in l. Commissoria, C. de Pactis inter emptorem, & venditorem, & ita disponit l. 38. dist. rit.*

5. part. 5. ibi: „ Otrosi decimos, que si el vendedor, è comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio à dia señalado; è si no lo pagare aquel dia, que sea desfecha por ende la vendida, que tal pleyto como este es valedero. Por lo qual consta, que en ningun tiempo se transfiere el dominio de la cosa vendida en el comprador, hasta que de su parte cumpla lo que prometió; y assi no se prefieren los demás acreedores del comprador en esta dicha heredad, ò cosa vendida: *ut in l. Traditionib. C. de Pactis, in glos. fin. & ibi Bald. & com. DD.*

10 Ibi: „ Las arras, y señal, a. Y si el vendedor quisiere obligar al comprador que passe por la venta, ha de ser apremiado à ello, por darsele eleccion en este caso al dicho vendedor; y aunque haya elegido, en que el dicho contrato se rescinda, ganará assimismo el dicho vendedor la señal que el comprador huviere dado, aunque de esta pena, ò obligacion en el dicho contrato no se huviesse tratado: *ut in l. de Leg. ff. de Leg. Commis. & notat gloss. in l. Si fundus, in princip. supra verb. Perdit eo titulo, & in d. l. 38. ibi: „* E gana por ende el vendedor la señal, ò la otra parte del precio que le fue dado, si al plazo no se fue fecha la paga toda, ò la mayor parte de ella, ò desfacerse la vendida; pero con todo esto, su escogencia es del vendedor de mandar todo el precio, è facer que vala la vendida, ò de revocarla, teniendo para si la señal, ò la parte del precio, segun que de suso es dicho.

11 Y si passado el tiempo de la dicha paga, pidiere el dicho vendedor el precio de la cosa vendida, no puede tratar de rescindir, ni retractar el dicho contrato de venta; porque por el mismo hecho fue visto renunciar, y apartarse del otro derecho: *ut in l. Post diem, ff. de Leg. commis. & in d. l. 38. ibi: „* E des- pues que oviere escogido una de estas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, de manera, que dexé aquella por la otra.

12 Finalmente se concluye en este segundo pacto, y condicion, que todos los frutos que huviere cogido, y gozado el dicho comprador de la cosa que assi fue vendida, se han de restituir, y entregar al dicho vendedor, pagando, y entregando el dicho vendedor la dicha señal, y arras: *ut in dist. l. 38. ibi:*

Formatur alia clausula. „ Otrosi decimos, que si el comprador oviesse recibido algunos frutos de la cosa, que assi oviesse comprado, que los debe tornar al vendedor, fueras ende si aquel que lo vendió non qui-

„ siesse tornar la señal, ó la parte del precio que oviesse recibido; ca estonce non debe haver los frutos; pero si el vendedor quisiere los frutos, tenudo es de dár al comprador las despensas que oviesse fechas en cogerlos. Otrosi decimos, que si la vendita se desficiesse, é la cosa fuesse empeorada por culpa del comprador, de mientras que la él tuvo, es tenudo de mejorar al vendedor el empeoramiento.

13 Y quanto al tercer pacto, y condicion, *adjectionis in diem*, se ha de notar assimismo ser contrato licito, y de Derecho aprobado: v. gr. Supongamos, que las palabras de la dicha condicion fueron las siguientes: „ Y es condicion entre los dichos contrayentes, que si dentro de dos meses desde la fecha de esta Escritura pareciere otro mejor comprador, que mayor precio ofreciere por la dicha heredad, que por el mismo hecho se rescinda, y anule la dicha primer enagenacion, y venta. Y es de consideracion, que luego que el dicho vendedor ofreciere mejor comprador á la cosa en esta dicha forma vendida, se rescinde, y anula la dicha primera venta, como se prueba en la l. 1. & 2. & l. *Eum qui in princip. & in l. Sabinus*, ff. de *In diem adjection. & in l. 40. tit. 5. part. 5.*

14 Y es necessario, que para que esta dicha venta se dè por nula, que sea verdadero el segundo comprador, y no fingido; porque no se cumplirá la dicha condicion: *ut habetur in l. Eum qui, §. Cum igitur*, ff. de *In diem adjection. & in l. 40. citata*, tit. 5. part. 5. ibi: „ Otro que ficiesse engañosamente por su con-sejo, estonce non seria tenudo el comprador de tornarla, nin de guardar el pleyto. Y dice la misma ley, que si el hijo, ó siervo del vendedor ofrecieren mayor precio, que assimismo se presume engaño, y no se debe admitir la dicha mejora, ibi: „ Pero si el que pujasse el precio, assi como sobredicho es, fuesse hijo, ó siervo de aquel que vendió la cosa, & *idem disponitur*, l. *Si venditor*, §. *Sed si pupillus*, ff. *Adjectionis in diem*. Y dice Gregorio Lopez en la dicha ley 40. glos. 3. que aunque el segundo comprador no haga consignacion del precio, porque entonces no lo tenga, basta que el dicho vendedor le apruebe, y asegure, como no sea con fraude, *per text. in leg. Si venditor, vers. Sed si neuter*, ff. de *In diem adjection.*

15 Y dice mas la dicha ley 40. que tiene obligacion el vendedor á requerir al primer comprador, si quiere por el tanto la heredad, ó viña que assi compró, supuesto que hay otro compra-

dor que mayor precio ofrezca, por razon de la dicha venta, ibi:
 „ E decimos, que si la vendida fuesse fecha de esta guisa, è el
 „ vendedor fallasse fasta aquel dia quien le diesse mayor precio
 „ por la viña, ò que le mostrasse alguna otra mejora, que el
 „ otro le prometia à dár en la compra, debe este facer saber al
 „ primero comprador, quánta es la mejoría, que el otro pro-
 „ metia à dár; è si èl le cumpliere aquella mejoría, débela reci-
 „ bir de èl, è dexarle la viña; dandole el precio sobredicho con
 „ la mejoría. Por manera, que de qualquier suerte que se me-
 „ jore, se rescinde el dicho primer contrato de venta, sino es que
 el dicho primer comprador ofrezca el dicho mayor precio, co-
 mo dicho es; lo qual se ha de entender, quando sin aumento
 de la dicha viña, ò heredad, se aumenta el dicho precio; pero
 no quando se aumentò por razon de otra cosa diversa, accessoria
 à la dicha viña, ò heredad, assi como por tener frutos pendien-
 tes al tiempo de la dicha segunda venta; ò si fue esclava, y en
 el mismo tiempo estaba parida, que por estas razones, y otras
 semejantes, no se dissuelve el dicho primero contrato de venta.
 Y es la razon, porque aquella mejor venta que se ofrece, no es
 por causa de la misma cosa; sino por la otra diversa, y accesso-
 ria: *ut ita habetur in l. Si res, ff. de In diem adjection.*

16 Y una vez elegido el dicho comprador, que mas ofrece
 por la dicha viña, ò heredad, no puede despues compeler al
 primer comprador à que passe, y esté por la dicha venta: *ut in*
l. Sabinus, ff. de In diem adjection.

17 Y si al tiempo que el segundo comprador ofrece mayor
 precio por la dicha viña, ò heredad, huviere muerto el dicho
 vendedor, y no dexasse herederos que huviessen aceptado su ha-
 cienda, quedará por válida, y perfecta la dicha primer venta. Y
 es la razon, porque aquel pacto, y condicion se ha de entender,
 si dentro del dicho tiempo huviere persona que legitimamente
 pudiere aceptar, y recibir la dicha mejora: *ut ita habetur in leg.*
Si prædium, ff. de In diem adjection.

18 Demàs de todo lo dicho, se debe considerar, que todas
 las veces que se dissolviera la dicha primera venta, se ha de en-
 tender con los frutos, y todo en la forma que diximos en la se-
 gunda condicion, y pacto *legis Commissoriae*, per text. in leg. *Si*
fundus in princip. ff. de Leg. commiss. & per leg. 38. tit. 5. p. 5.

19 Finalmente se concluye, que aunque en el dicho tiempo
 el primer comprador haya vendido, y enagenado la dicha viña;

ò heredad à otro tercero, que no por esso perderà el segundo comprador el derecho que tiene à ella, respecto de no haver passado con el dominio que la tenia el primer vendedor, y siempre ser visto haverse vendido con aquella condicion, sin transferirse el dicho su dominio: *ut ita in l. Si quis hac in principio, ff. de Rei vindicatione, & idem colligitur ex l. Si ex duobus, §. Sed & Marcellus, & in l. 2. ff. de In diem adjection.* Y assi, para que el tercero poseedor sea convenido executivamente, será bueno que la dicha condicion sea ordenada con la clausula de *Non alienando*, que arriba diximos, cap. 4.

CAPITULO XXXIV.

Sobre el accion redhibitoria, y quanto minoris; y adonde se declara, por què vicios, defectos, y enfermedades de la cosa vendida se podrán intentar estas dichas acciones, y debaxo de què clausulas no havrán lugar las dichas acciones, y remedio de redhibir.

SUMARIO.

1 **S**I por vicio, ò defecto de la cosa vendida se podrá redhibir, y rescindir el contrato, y obligacion de la cosa vendida.

2 En què se difieren el accion redhibitoria, y accion quanto minoris.

3 Si haviendo intentado el comprador una de estas dichas acciones, podrá intentar la otra.

4 Si estas dichas acciones se pueden dar quando el vicio no solo consiste en substancia, pero tambien en calidad, y cantidad.

5 Si por no manifestar el vendedor el vicio de la cosa vendida, tendrá obligacion à los daños, è interesses del comprador, & ibi num. 6.

7 Y si estas dichas acciones havrán lugar en los bienes inmuebles, y raíces.

8 Y si en los bienes semovientes se podrán intentar estas dichas acciones en un mismo libelo.

9 Refierense varios defectos, vicios, y enfermedades, que por qualquiera de ellas se pueden redhibir, y rescindir los dichos contratos de venta, vide n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16.

17 Y si por qualquier defecto, aunque sea pequeño, se podrán

drán intentar estas dichas acciones.

18 *Y si es necesario, para que hayan lugar estas dichas acciones, que el vicio naciesse antes de la venta, y no despues, y qué tiempo se ha de considerar para que esto se verifique.*

19 *Y si manifestandose de presente el vicio de la cosa vendida, havrán lugar estas dichas dos acciones; y si bastará en este caso general relacion de todos los vicios, ibi n. 20.*

21 *Dentro de qué tiempo se deben intentar estas dichas acciones, para que haya lugar su remedio.*

22 *Si por la especial renunciacion de estos defectos, y enfermedades se podrán intentar estas dichas acciones.*

23 *Remedio del engaño, ultra de la mitad mas del justo valor, y precio de la cosa vendida, si havrá lugar en estos dichos casos.*

24 *Si redhibiendose la cosa vendida por las dichas causas, se ha de entender assimismo con sus aumentos, frutos, partos, è intereses, y menoscabos.*

25 *Retener, si puede en sí el comprador la cosa viciosa contra la voluntad del vendedor.*

*Formatur
alia clau-
sula.*

1 **U**Trùm; si por defecto, y vicio de la cosa vendida, podrá el comprador tratar de la accion quanto minoris, ó del accion redhibitoria, para rescindir, y retractar el dicho contrato de venta. Y porque la materia del presente capitulo tiene en sí notables dificultades, será bueno, que demàs de manifestar las palabras con que deben, y han de ser otorgadas, y ordenadas las Escrituras de los dichos contratos de venta, que por su orden se adviertan los puntos mas notables, y prácticos, que como dicho es, se pueden ofrecer, de que es justo, en caso contingente, se tengan en la memoria, cuyo tenor es el siguiente; scilicet: ,, Obligandose, como desde luego se obliga, el
,, dicho fulano, comprador, que agora, ni en tiempo alguno pre-
,, tenderà, ni intentará accion alguna, a. contra el dicho fulano,
,, por razon de vicio, b. defecto, ò enfermedad, que el dicho
,, cavallo pareciere tener oculto, y manifesto, c. demàs del que
,, de presente se manifiesta, d. y que confiessa tener el dicho fula-
,, no vendedor. Y si en alguna otra manera en qualquier tiem-
,, po, e. constàre alguno otro qualquier vicio, defecto, ò enfer-
,, medad, para mayor firmeza, desde luego renuncia todo el
,, Derecho, y leyes introducidas en su favor; y en especial, re-

„nuncia *f.* el accion quanto minoris, y redhibitoria, como en
„ellas se contienen.

2 Ibi: „Accion ninguna *a.* Y ante todas cosas se ha de notar, que una cosa es accion redhibitoria, y otra accion, que el Derecho llama quanto minoris, que es quando el comprador pretende le buelvan lo que por vicio, ò enfermedad vale menos el cavallo, macho, ó mula, que compró; y la accion redhibitoria es, quando de todo punto pretende el comprador se le buelva su precio, y dinero, rescindiendose el dicho contrato de venta: *ut in l. 1. & per tot. tit. ff. de Ædil. ædift. & in l. 65. tit. 5. part. 5. & ibi Gregor. Lop.*

3 De que se sigue, que habiendo intentado el comprador una de estas dos dichas acciones, no podrá intentar, y tratar de la otra, especialmente siendo condenado el dicho comprador por defecto de prueba; salvo si fue condenado, por no haver pedido en tiempo, porque entonces puede intentar la otra, siendo asimismo en tiempo, por no obstarle en este caso la excepcion de la cosa juzgada: *ut hæc omnia probantur in l. Cum Queritur, cum l. sequent. ff. de Ædil. ædift. gloss. in l. Si hominem, §. Non nocebitur, ubi supr. Cœpola n. 1. 2. 3. ff. de Ædil. ædift.*

4 Ibi: „, Por razon de vicio *b.* Y quanto lo segundo, se ha de considerar, que el vicio, ó defecto de la cosa algunas veces consiste en substancia, assi como vender azofar por oro; y otras consisten en cantidad, assi como el engaño, que se hace en el peso, y medida de las cosas que se venden, y otras muchas, en calidad, assi como vender el esclavo, ò animal con algun vicio, defecto, ò enfermedad, que es lo que pretendemos tratar en este dicho capítulo por las conclusiones siguientes.

5 Lo primero, que si el vicio no era manifesto, y el comprador le ignoraba, y no se le escondia al vendedor, y de malicia no le reveló, siendo notable el dicho vicio, quedará obligado à todo el daño, que por razon de ocultar el dicho vicio, ò enfermedad al dicho comprador se le huviere seguido; assi como si fuesse ganado enfermo, y por la dicha causa huviessse inficionado el mas ganado, que á la sazón tenia el dicho comprador; ò si fuesse esclavo, y siendo ladron, se ocultasse aquel vicio, de que sucediesse hurtar alguna cosa al dicho comprador, que por qualquiera de estas dichas causas, ó otras semejantes, no solo tendrá obligacion el dicho vendedor à bolver el precio de la cosa vendida, pero tambien à los dichos daños; aunque si el dicho vicio

ignoraba, tan solamente estará obligado à bolver el dicho precio, y estimacion: *ut hæc omnia probantur in l. Julianus, in princip. ff. de Action. empt. l. Si vinà 2. vers. Plane ff. de Pericul. & commun. rei vendit. leg. 1. Cod. de Ædil. action. leg. 63. & 64. tit. 5. part. 5.*

6 Lo segundo, que aunque es verdad, que la ignorancia le escusa al vendedor el daño que intervino, y se causa por razon, y causa de la cosa enferma, ò viciosa; pero con todo esso no se libra de dár, y restituir el precio de la cosa vendida, no siendo el vicio pequeño; porque entonces bastará entregar el menos valor, intentandose por la dicha accion quanto minoris: *ut hæc omnia probantur in d. l. Julianus, & in l. 1. §. Proinde, & in l. Evidens, ff. de Ædil. ædift. & consentit, l. Tenetur, ff. de Action. empt. & ibi gloss. Covar. Reg. possess. 2. p. §. 11. n. 11.*

7 Lo tercero, que no solo estas dichas acciones competen por defectos en bienes inmuebles; pero tambien en los bienes raíces; assi como si la heredad que se vendió, ò arrendò tenia malas yervas: *ut in l. 1. ubi glos. & ibi comm. DD. in l. 63. 64. & 65.*

8 Y en quanto à los bienes semovientes, de que por sus vicios se puede redhibir, se notaràn los siguientes, que por cada uno de ellos se puede intentar qualquiera de las dichas acciones, ò entrambas en un mismo libelo alternativo: *ut in glos. l. Sciendum, §. Diftum, ff. de Ædilib. ædift. ubi Cœpola n. 9. 12.*

9 Primeramente se redhibe este contrato, por ser el esclavo mudo sordo, ò ciego, ò siendo tuerto, que no tiene mas de un ojo; mas no se ha de entender, quando tiene uno mayor que otro, ò que sea vizco, si por la dicha causa no se impide el uso corporal: *ut hæc omnia probantur in l. Si cui lingua, & in l. Mutum, & in §. Sed sciendum, de l. 1. & in §. Idem, de l. O filius, ff. de Ædil. ædift.*

10 Sigüese mas, que por ser el esclavo capado, que no tiene ningun testiculo, ni verga, se podrá intentar qualquiera de las dichas acciones; pero no será causa bastante, siendo ciclan, que tan solamente tiene un testiculo, para intentar estas dichas acciones; pero si el dicho Esclavo tuviere cortado algun miembro, ò fuere manco, ò tuviere muchos, ò pocos dedos, ò si los tuviere pegados, si por la dicha causa tuviere algun impedimento para el uso de ellos, que por qualquiera de estas dichas causas se pueden intentar estas dichas acciones: y lo mismo se ha de decir, y con la misma distincion, siendo zurdo, ò no teniendo dientes, que por su falta no puede comer, ò si tiene alguna herida, que cau-

causa deformidad, ò mal olor, de forma, que por la dicha causa se impida el dicho uso: *ut hæc omnia habentur in l. Evidens, §. Qui clavum, & in l. Ponponius, §. Spadonem, ff. de Ædil. ædiçt. & in l. O filius, & in l. Qui rem, §. Si quis, & in §. Si quis natura, ff. de Ædil. ædiçt.*

11 De aquí se sigue poderse intentar estas dichas acciones por defecto de tercianas, ò quartanas, ó otra enfermedad, como hydropresia, gota, ò dolor de hijada, ó mal de orina, ò que se orine en la cama, ò por el mal holor de la boca, si procediere del pulmon, y de otra manera no. Y si qualquiera de las dichas enfermedades se pudieren curar por medicinas, no havrán lugar las dichas acciones: *ut in l. 54. & 55. tit. 5. part. 5. & in l. 1. §. Sed sciendum, vers. Proinde, & in l. Ob quæ vitia, §. fin. & in l. Quæ tertiam, in l. O filius, §. Idem, & in l. Quæritur, §. Item, dicta l. Evidens, §. Qui clavum, ff. de Ædil. ædiçt.*

12 Siguese tambien haver lugar las dichas acciones por el defecto corporal de la esclava, de baxarle, y purgarle su menstuo, y costumbre ordinaria dos veces cada un mes, ó por no baxarle ninguna, sino es que es muy moza, ó muy vieja, ò està preñada, ò por causa de no poder tener con ella accesso, y copula carnal, por tener el vaso tan avierto, ò cerrado, que por la dicha causa no pueda parir; ò ya que pare, pare los hijos muertos; ò si es esteril por vicio de su cuerpo; pero no si lo es de su misma naturaleza: *ut hæc omnia habentur in l. Quibus in mense, & in l. Quæ jure, §. Mulierem, & in dicta l. Quæritur, ff. de Ædil. ædiçt.*

13 Demás de todo lo susodicho, se podrán intentar estas dichas acciones, quando consta que el esclavo es ladron, y procede, aunque tan solamente haya hecho un solo hurto; salvo haviendole dicho á su señor, sino es que assegurò, que no era ladron; y assimismo es causa bastante para intentar estas dos dichas acciones, quando el esclavo es fugitivo, huyendose con animo de no bolver; mas no huyendo sin el, bolviendo luego, ò huyendose por crueldad, ò temor de su señor: *ut hæc omnia probantur in l. 64. tit. 6. part. 5. Bald. in l. 1. C. de Ædil. ædiçt. & en l. Quod si nolit, §. Si venditor, & in l. Furtum, ff. de Ædil. lib. ædiçt.*

14 Assimismo havrán lugar estas dos dichas acciones, siendo el esclavo hypocrita, ó que finge tener enfermedad, ò iracundo, ò sobervio, ò furioso, ò contumáz, ò inobediente á su señor, ó jugador, ó borracho, ò goloso de vicio de gula, ó mentiroso,

litigioso , inquieto , tímido , ó perezoso , ò holgazan , ò acostumbrado à ello , por lo menos tres veces , ó siéndo simple , bobo , sin entendimiento ; mas no el tenerle corto , como todo se prueba *in l. 1. §. Exempli , & in §. Interdum , & in §. Idem Julianus , & in l. Ob quæ vitia , §. Idem Pomponius , ff. de Ædil. ædift.*

15 Y si el esclavo se vende por de diferente tierra de donde nació , se podrán entender assimismo estas dichas dos acciones , supuesto que por venderse por de buena tierra , y parte , se dà mayor precio , que si se manifestára que era de mala parte ; y por el consiguiente , vendiendo el esclavo veterano , ó ladino , por bozal , ò novicio ; porque este vale mas que el veterano , ò ladino , respecto de ser mas docil , y reducible à la voluntad , y costumbre del señor. Y notese , que el ladino es el que hà un año que està en la tierra ; y el bozal , el que hà menos : *ut probantur hæc omnia in l. Quod si nolit , §. Qui mancipia , & in l. Præcipuum , ff. de Ædil. ædift. & in l. fin. §. Quoties , ff. de Publ. & veñt.*

16 Cuyas acciones assimismo se estienden en los cavallos , mulas , jumentos , bueyes , y otros animales , por vicio , y enfermedad , como por defecto corporal , y del animo , assi como por turbarse , y espantarse sin causa , ò por ser bravos , ò tímidos , ò otros defectos semejantes ; y lo mismo es por no dexarse unir con el yugo , si es natural en ellos ; mas no , si es por algun accidente , ó por no dexarse unir el uno , sino es à la mano derecha , ò izquierda del otro , segun un texto : *ut in l. Bobem , ff. de Ædil. ædift. Bald. in l. 1. col. 4. C. de Ædil. ædift.*

17 Ibi : , Ocullo , ó manifiesto c. Y tambien hàn lugar las dichas acciones redhibitoria , y quanto miñoris , en otro qualquier defecto de la cosa que el vendedor prometa , ò assegure no tener , aunque no se ha de entender en sumo grado ; salvo si el dicho vendedor se obligare á el , sino moderadamente , sino es que es bastante impedimento para el uso à que se compra ; lo qual se entiende , quando esta dicha obligacion , y seguridad es en particular de algun defecto , ò enfermedad , que especialmente se nombra ; pero no se debe entender generalmente , aunque diga generalmente de todos : *ut habetur in l. Si quis venditor , §. de Ædil. ædift. & in l. 65. tit. 18. part. 3. & in l. 66. tit. 5. part. 5.*

18 Y para haver lugar estas dichas acciones , ha de ser el vicio , ò enfermedad , en que el comprador se funda , nacido antes de la venta , y no despues , sino es que le llevaba encubierto , y despues pareció ; y assi , si dentro de tres dias murió el esclavo , ò

animal, de como la venta se celebrò, y se le entregò al dicho comprador, se podrán intentar estas dichas acciones, por presumirse tenia la enfermedad encubierta, antes que se vendiesse: *ut in l. Actioni, ff. de Ædil. ædift. ubi Cœpola n. 1. 2. Jacob. novell. 226. Boerius decis. 323. n. 22. Joseph. Ludov. decis. Perus. 118. Gomez de Leon centur. & respons. 40.*

19 Ibi: ,, Demàs del que de presente se manifiesta *d.* Y manifestando, y declarando el vendedor el vicio, ò enfermedad que la cosa tiene al tiempo de la dicha venta, y contentandose el comprador de ella, no havrà lugar para intentar estas dichas acciones; y lo proprio es, si el dicho comprador sabia el vicio de la cosa que compraba, ò era público, ò aparente, como faltarle un dedo, ò mano, ò un brazo, ò un ojo, ò una pierna: *ut in l. 1. §. Si intelligatur, ff. de Ædil. ædift. l. 66. tit. 5. part. 5. l. 65. tit. 18. part. 3.*

20 Pero si confusa, ò generalmente le huviesse manifestado el dicho vendedor todos los vicios, nombrando los que puede tener un animal, ò esclavo, y en ellos huviesse hecho relacion del que tenia, todavia se podrán intentar estas dichas acciones, por haverle expressado con otros, que no tenia; sino es que el dicho comprador se huviesse dado por contento de aquellos vicios, ò enfermedades, siendo especiales, y verdaderas, como assi se prueba en la dicha *l. 66. tit. 5. part. 5.*

21 Ibi: ,, En qualquier tiempo *e.* Y en todos los casos que por Derecho huviere lugar el intentar estas dichas dos acciones, se deben pedir en tiempo, assi como si fuesse la accion redhibitoria, que se deba intentar dentro de seis meses; y dentro de un año, si fuere el accion quanto minoris, desde el dia de la fecha de la venta: *ut in l. 65. dist. tit. 5. part. 5.* adonde dice Gregorio Lopez, que esto se ha de entender, si el mismo dia que se celebrò la dicha venta, supo el comprador el vicio de la cosa vendida, por no correr estos términos, hasta que se tenga ciencia, y noticia de la cosa *ut in l. 2. C. de Ædil. ædift.* la qual ciencia no se presume, si no se prueba: *ut in l. Verius, ff. de Probat. l. pen. C. de Is, qui sibi abscribunt in testamen.* Y siendo la venta condicional, no corre, hasta que la dicha condicion se cumpla; ni corre assimismo al impedido, mientras lo estuviesse por su persona, ò hecho del vendedor, ò Juez, *secundum l. Bobem, §. Qui sub conditione, ff. de Ædil. ædift. gloss. in Rub. ff. de Divers. & temp. præst.* Las quales acciones se perpetúan por la contestacion de la de-

manda, secundum Bald. in l. Cum proponas, C. de Ædil. edict. Accur. per leg. Omnis act. ff. de Regul. jur. Lo qual hà lugar assi mismo, aun despues de muerta, y perecida la cosa, porque se tienen para recuperar el precio, siendo en el mismo tiempo, y con la misma distincion que dicho es; y lo mismo despues de la muerte del esclavo, ò animal, que sucediò sin culpa del comprador, aunque sea levissima: ut in l. Ædil. §. Sciendum, & in l. Si hominem, ff. de Ædil. edict.

22 Ibi: ,, Y en especial renuncia f. Y para que de ninguna manera el comprador tenga derecho à intentar estas dichas dos acciones, es buena advertencia, que el dicho vendedor haga que el comprador renuncie este derecho, y accion redhibitoria, y quanto minoris, ò que se diga en la Carta de venta que por tacha que tuviere la cosa vendida, no la pedirá, aunque la ignore, segun se prueba en la ley 65. tit. 18. part. 3. ibi: ,, E otro, si el ,, comprador en esta manera recibì, é comprò el cavallo por tal ,, qual era, assi como sobredicho es, otorgando, diciendo, que ,, el vendedor non le fuesse tenudo de le responder de alli adelante, ,, por tacha que el cavallo oviesse, dentro, ò fuera, quier pare- ,, ciese, ò non. Et est ratio, nam remittentibus actiones suas, non est ad eas dandus regressus: ut in l. Queritur, §. Vendit. ff. de Ædil. edict. & etiam in l. 66. tit. 5. part. 5. ibi: ,, Esso mismo deci- ,, mos que sería, si se aviniessen en el precio ambos á dos, è ,, fuesse fecha la vendida en tal manera, que por tacha que ovies- ,, se la bestia, non la pudiesse desechar el comprador: & ibi Gregorio Lopez gloss. 2. adonde dice, que esto se ha de entender, ignorandolo el vendedor; pero no, si lo sabia: per l. Tenetur in fin & per l. Quæro, ff. de Act. empt.

Formatur
alia clau-
sul. extra
ordinem.

23 Y de qualquier manera que sea, se le dà accion al comprador contra el vendedor por el remedio del engaño en mas de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vendida: ex l. 1. ff. Si intelligatur, & ex l. Si tamen, §. Ei qui, ff. de Ædil. edict.

24 Y todas las veces que por causa de las dichas acciones se redhibiere la cosa, se ha de entender con el valor que tuviere menos, ó con lo que tuviere de aumento, y accessiones, frutos, partos, reditos, y alquileres causados despues de la venta, ò todo lo demás que por ella huviere adquirido el comprador, al qual se ha de bolver el precio que dio por ella, con sus intereses, y mas la costa que constare haver hecho en la cosa vendida, y

por ello se compete retencion de ella, por que el vendedor, y el comprador sobre esta causa, y derecho han de estar en el mismo estado, que antes estaban, por ser la redhibitoria una restitution in integrum, que à los dichos contrayentes les compete, ut hæc omnia probantur in l. 1. §. Ajunt ædiles, & l. Cum autem, §. Jubent ædiles, & §. Julianus ait, §. Cum redhibetur, & l. Ædiles, & l. Redhibere, in princip. & l. Facta, & l. Illud sciendum, §. Condenatio, & l. Debet autem, ff. de Ædil. ædift. Y se han de bolver el comprador, y el vendedor el uno al otro el corretage de Corredor, y demàs derechos, y alcavalas, que por razon de la dicha venta huvieren pagado: ut in l. Debet autem, ff. de Ædil. ædift. Y se ha de pagar assimismo lo que se pagò, y gastò en la cura de la cosa vendida, mas no en sus alimentos, pagandole intereses del dinero: ut in l. Item si servi, §. Quas impensas, ff. de Ædil. ædift.

25 Finalmente se ha de notar en esta materia, que si el comprador quisiere retener en si la cosa viciosa, lo puede hacer contra la voluntad del vendedor; y procede, aunque el vendedor estè yà condenado por sentencia passada en cosa juzgada, por ser remedio introducido en favor del comprador contra el vendedor: ut in l. Si hominem, §. Audiendus, & ibi gloss. & ibi Cœpol. n. 2. & in l. Illud, §. Condenatio, & ibi gloss. & Cœpol. n. 7. ff. de Ædil. ædift. l. 1. §. Causa, ff. eo.

CAPITULO XXV.

Adonde se notan ciertas clausulas en limitacion de lá ley 63. de Toro, hodiè l. 6. titulo 15. lib. 4. de la Nueva Recopilacion, por cuya fuerza no se prescribe el derecho de executar por tiempo alguno.

SUMARIO.

1. **D**erecho de executar, por que tiempo se prescribe, y si se perpetua por el juramento decisorio.
2. Si por la clausula: „ Que en fin de cada nueve años sea visto renovarse el contrato, y dicha obligacion, se perpetua esta dicha accion.
3. Si assimismo se perpetua esta dicha accion, renunciando esta prescripcion.

4 Si por las dicciones Quomodocumque , & Qualitercumque , & Quocumque , es visto renunciar este derecho de prescripcion.

1 **U**trum, y porque muchas veces por el lapso del tiempo de diez años, se prescribe el derecho de executar, por no pedirse la deuda dentro del dicho tiempo, ora proceda sobre accion personal, ò real en quanto al dicho derecho de executar, y en quanto à la misma accion, siendo personal, y la executoria dada sobre ella por tiempo de veinte años; y siendo mixta, assi como real, y personal, ò hypotecaria, por tiempo, y espacio de treinta años, segun la dccission de la ley 63. de Toro, ibi: „ Se „ duda si la dicha ley podrá padecer sus excepciones; y si se le podrán dár sus limitaciones, para que assi el derecho de executar; como la misma accion, no se prescriba por ningun tiempo, y sean perpetuas; y de que en ciertos casos havrà lugar à darle ciertas limitaciones, como à las demás leyes, no havrà duda, como adelante se verà, principalmente teniendo atencion à las palabras de la clausula siguiente: „ Y por que en el discurso, y „ lapso del tiempo de este contrato, y accion puede resultar alguna „ duda, en especial en el derecho de prescripcion de la „ misma deuda, por no pedirse en tiempo; y assimismo el derecho de executar; para que esto no proceda assi, y que se „ quiten de medio todas estas dificultades; y para que por el dicho „ lapso del tiempo no se pierda la dicha accion, y derecho „ de execucion, y lo demás de su liquidacion, el dicho fulano „ deudor difirió en el juramento del dicho fulano su acreedor, ò „ de quien del susodicho huviere su poder, titulo, ó causa; con- „ viene à saber; toda la liquidacion de los daños, è interesses de „ la cosa sobre que procede la deuda; y sea bastante averiguacion „ el dicho su juramento para ser creído, assi en juicio, como „ fuera de èl, y en qualquier tiempo que lo quiera pedir, y de- „ mandar, pidiendo, como desde luego pide, el dicho fulano „ deudor, que assi lo difiere à qualquier Juez, reciba, y tome el „ dicho su juramento del dicho fulano su acreedor, que desde „ luego aceptò. Y de esta forma se perpetúa esta dicha accion, „ assi en el derecho de executar, como en la misma accion, por quarenta años, por tener fuerza de contestacion, lo qual procede en juramentos decisorios, y no confirmatorios: ut ita notat Gutier. 3. part. de Jur. confirm. cap. 1. n. 7. text. in l. 2. § 14. & ibi Greg.

*Formatur
alia clau-
sula.*

tit. 11. part. 3. cuya liquidacion de los daños, intereses, siendo excessiva, se ha de moderar por el Juez en la sentencia de remate, segun las circunstancias, y meritos de la Causa: ut ita notat Aven-
dañ. 2. part. cap. 29. præsc. n. 4. Manuel Suarez in *Tbes. recep. sent. verb. Interesse*. Lo qual assimismo procede en la convencion, y pacto de estàr, y passar por lo que dixere el Administrador, ò Señor del entrego de alguna cosa, siendo declarado con juramen-
to, segun Bart. in l. 2. ff. de *Jurejurando*, à quien sigue Rodrig. Suarez in l. *Post. rem judicat. notab. 2. n. 7. per tot. fol. 241*. Y assi lo he visto determinado por acuerdo del Licenciado Cevallos, Autor de las Comunes, contra Comunes, aunque lo contrario tu-
vo Escob. de *Ratiocin. cap. 10. numer. 13*. con otros que cita; de que en caso de duda, no siguiera su opinion, ni mandàra se li-
quidàra por via de quantas, por ser mas probable Bartolo en su opinion.

2 Lo segundo, se limita la dicha ley, como si dixesse: „ Y „ que en fin de cada nueve años sea visto ser invocado este „ dicho contrato: ut tenet Parlad. *lib. 1. Rer. quot. cap. 1. §. 13. n. 43. & 44.*

3 Assimismo se limita la dicha ley, renunciando la dicha prescripcion; conviene à saber: „ Y para que por la dicha deu- *Formatur*
„ da podais executar en qualquier tiempo, sin que de mi parte *alia clau-*
„ se pueda alegar prescripcion, ni lapso de tiempo, renuncio la *sula.*
„ dicha ley 63. de Toro; y prometo, y me obligo, que por el „
„ dicho lapso del tiempo, para escusarme de la paga, assi por „
„ Via Executiva, como por Via Ordinaria, no alegarè prescrip- „
„ cion, ni otro remedio alguno. Y de esta forma quedará per- „
petua esta dicha accion, y se podrá pedir, y executar en qual-
quier tiempo: ut ita docet Gutier. in l. *Nemo potest, n. 204. cum*
aliis seqq. ff. de Leg. 1. & idem Gutier. in tract. de juram. con-
firm. 3. part. cap. 1. n. 10. in fin.

4 Y porque ha havido diversida de opiniones acerca de las dicciones Quomodocumque, & Qualitercumque, & Quocumque, en que en virtud de ellas convienen muchos no se pres-
cribe el derecho de executar, se advierte, que para quitar estas
diversas, y contrarias opiniones, que las dichas dicciones sean
escritas, y ordenadas en parte à donde conste sin dificultad, que
las partes otorgantes quisieron que la dicha accion, y derecho se
perpetuasse, assi en el derecho de executar, como en la preten-
sion de la deuda, è interès. Y esto se exemplifica, assi como si
di-

*Formatur
alia clau-
sula.*

dixesse: „ Y doy poder á todos , y qualesquier Jueces y Justicias
 „ de su Magestad , de sus Reynos , Señorios , y de otras quales-
 „ quier partes fuera de ellos , para agora , y en todo tiempo , y
 „ para siempre jamás , ò cada , y quando que ante ellos fuere pe-
 „ dido , para que por todo rigor , y remedio de Derecho , y vía
 „ mas executiva me hagan pagar , cumplir , y guardar todo lo
 „ sobre dicho , como si lo que dicho es fuesse juzgado , y defini-
 „ tivamente sentenciado , &c. Por manera , que si las Escrituras
 de semejantes obligaciones fueran otorgadas , y ordenadas con
 las dichas palabras : „ Para agora , y en todo tiempo , y para
 „ siempre , juntamente con la clausula guarentigia , serà visto re-
 nunciar la dicha prescripcion ; y si en otra parte fueren escritas,
 y ordenadas , antes se presume ser mas por abundancia de pala-
 bras , que por consentimiento de las dichas partes otorgantes. Y
 es de notar , que esta dicha prescripcion no dura para siempre,
 sino tan solamente el tiempo que puede durar el accion princi-
 pal ; por manera , que si el accion es personal , tan solamente pue-
 de durar lo que el derecho permite , que son veinte años , que
 hasta entonces havrá lugar la Via Executiva en virtud de las di-
 chas palabras ; y si fuere hypotecaria la dicha accion , durará por
 tiempo , y espacio de treinta años ; y hasta entonces es visto du-
 rar la Via Executiva ; y passado , queda prescripto , assi el Dere-
 cho Executivo , como la Via Ordinaria : ut ita docet Aceved. in
 l. 6. tit. 15. n. 31. cum aliis , lib. 4. Recop. Gutier. 3. part. cap. 1.
 n. 9. & 10. de Jurament. confir. & idem tenet Tiraquel. de Utroque
 retractu, tit. 2. §. 1. glos. 2. n. 8. p. 278. & idem in n. 10. ubi expres-
 sè loquitur in nostris terminis Covar. lib. 1. Var. res. cap. 9. n. 4.

CAPITULO XXXVI.

Sobre la clausula general , con que todos , y qualesquier poderes
 son otorgados , ordenados , y celebrados , adonde se advierten
 otros puntos necesarios , tocantes á esta materia.

SUMARIO.

1. **O**rdenar , si se pueden todos , y qualesquier poderes con
 clausula general de administracion , sin expressarse por
 los otorgantes , & in num. 2.
3. Prorrogar , si puede el termino de la paga el Procurador en
 virtud de la dicha clausula.

Si

4 Si por el orden de los poderes conocer se puede à lo que se pueden estender los dichos procuradores.

5 Poder especial, si es necesario para que el Procurador responda à las posiciones de la parte contraria.

6 Confessar, si puede el Procurador en perjuicio del señor haver recibido la paga de su deudor.

7 Si pagando los deudores las dichas deudas, en virtud de los poderes otorgados con las dichas clausulas generales, quedaràn libres de la dicha obligacion.

8 Paga, despues de revocado el poder, si serà bien hecha.

9 Si por el ausencia larga del acreedor serà bien hecha la paga à su administrador, y por què tiempo es visto revocarse este poder.

10 Muger, si puede ser administradora de los bienes del ausente.

1 **U**TRUM, si contra la voluntad, y consentimiento de las partes otorgantes, licitamente podrán los Escribanos ordenar todos, y qualesquier poderes, que ante los dichos se otorgaren, y celebraren con libre, y general administracion, y para todo aquello que el otorgante libremente podrá hacer, assi como si dixessen: „ Y le doy poder, a. con libre, y general ad-
„ ministracion, y assimismo para hacer todo aquello que yo po-
„ dia, presente siendo.

*Formatus
alia clau-
sula.*

2 Ibi: „ Y le doy poder, a. Y es cosa muy ordinaria para los Escribanos ordenar las dichas Cartas de poderes con las dichas clausulas generales; por cuya causa es visto, segun la fuerza de las dichas palabras, hacer general lo que por ventura no lo es, como muchas veces sucede ser contra el consentimiento, y voluntad de las dichas partes otorgantes. Para lo qual se debe advertir, que las dichas clausulas no debenser escritas, ni ordenadas, sin que primeramente se les haga notorio à los dichos otorgantes; porque de otra manera, se les puede hacer notable perjuicio, y agravio; puesto que por virtud de ellas se puede remitir la deuda, y recibir la paga, segun nos enseña la ley 7. tit. 14. p. 5. ibi: „ Pero si en la Carta de personeria le fues-
„ se otorgado libre, è llenero poder en demandar, è recaudar
„ la deuda, è facer todas las otras cosas, que el señor podria fa-
„ cer, si fuesse presente, entonce bien podria recibir la paga, è qui-
„ tar el deudo, tambien como el señor, que lo fizo su personero.

De donde se enseña, que con el poder especial, que se otorga para cobrar, y administrar con la dicha clausula general, podrá muy bien el Procurador hacer las dichas esperas, y remitir la dicha deuda, ò hacer donacion de ella: *ut probat text. in l. Non abstali, & ibi glos. fin. de Novation. & in l. Procurator, cui generaliter, ff. de Procurat. & in l. 4. tit. 11. & in l. 19. tit. 5. p. 5. & ita notat Monter. in sua Pract. 7. tract. fol. 124.*

3 Y aunque es verdad, que esto proceda assi de rigor de Derecho, se han, y deben limitar las dichas leyes de Partida, para que no se dé lugar á la ignorancia, ò malicia de los dichos Escribanos. Y assi, sin embargo de las dichas clausulas generales, el dicho Procurador, en virtud de ellas, no podrá en ninguna manera perjudicar al señor, sino tan solamente en aquello de que no se le pueda seguir gran daño al dicho otorgante; assi como dàr espera moderada al deudor, para que pueda pagar, ò tomar en pago de la dicha deuda alguna otra cosa; pues de Derecho el señor puede ser compulsor, y apremiado á recibirla; pero en quanto al remitirle la deuda, ò hacerle donacion de ella, de ninguna manera se dará lugar à su liberacion, sino es en caso, que para cada uno de los dichos casos se le diò especial poder: *ut ita docet Greg. Lopez in dist. l. 19. glos. Magna, ad fin. & in glos. sequenti: Covarr. in Rub. de Testem. 2. part. num. 14. fol. 8. Ant. Quesad. quæst. 31. n. 17. lib. 1. Divers. quæst. juris: Matienz. in l. glos. 2. n. 4. tit. 3. lib. 5. Novæ Recop.*

4 Y aunque por el orden de los dichos poderes parece no hay diferencia, por ser generales, assi para negocios de administracion, como para pleytos, y otras cosas; pero con todo esso, para confirmacion de nuestra segura opinion, y sin embargo de que sean otorgados con las dichas clausulas generales, se ha de colegir para què efecto fueron otorgados, y hasta donde se pueden estender; que como dicho es, se puede conocer para que causas fueron dados, y otorgados; como se verifica de los poderes que se dàn para pleytos, que su tenor es el siguiente: „ Y „ para que sobre lo sobredicho podais entrar, y entreis en Juicio; y „ hagais todos los autos, diligencias, pedimentos, execuciones, requerimientos, y protestaciones, como para ello os doy todo „ mi poder cumplido, con libre, y general administracion, y „ para que hagais todo aquello que yo haria, y hacer podria, como si fuesse presente. De cuyo orden se conoce evidentemente fue otorgado este dicho poder para en quanto aquella Causa,

*Formatæ
alia clau-
sula.*

y no para los demás que el señor podía hacer ; porque no impide la dicha clausula general, sino es que especialmente se dà , y concede , assi como pare cobrar la deuda , como para lo demás que dicho es. Y de qualquier manera podrá muy bien el dicho Procurador prorrogar la paga , y tomar en pago otra qualquier cosa , *ut supra dictum est* , & ita probat Bart. Paul. & Jason , & communiter DD. *in leg. Qui Romæ* , §. *Calimachus* , ff. *de Verb. obligat.*

5 Y de aqui se sigue , que para responder el Procurador á las posiciones de la parte contraria , se requiere especial poder , especificando en èl lo que ha de jurar , y deponer ; porque de otra manera fuera perjudicar al señor : *ut in l. 23. in fin. tit. 11. p. 3. & in l. 2. tit. 2. lib. 4. Novæ Recopilat. ubi Aceved. num. 6. & ex text. expres. in l. 2. tit. 7. dist. lib. 4. Recop.* Y assimismo el Procurador no puede jurar de calumnia , sino con especial poder que para ello tenga , salvo si fuesse general , y con libre administracion ; porque en tal caso , bien puede jurar de calumnia ; y para el retracto de sacar la cosa por el tanto , assimismo se requiere especial mandato , y no es suficiente el general , secundùm Aceved. *in l. 8. tit. 11. n. 19. lib. 5. Recop.*

6 De adonde se sigue , que por general que sea el poder para pleytos , no puede el Procurador en perjuicio del señor confessar haver recibido la paga : *ut ita tenet Didacus Perez in l. 1. tit. 4. lib. 3. Ordin.* Y esto procede , aunque para lo susodicho tenga el dicho poder clausula especial , sino constare de verdadera paga : *ut ita concludit Bart. in l. 2. §. fin. n. 6. ff. Si certum petatur. Castrens. Consil. 337. n. 11. volumin. 1. Anton. de Butr. in cap. Si cautio, de Fide instrum. Faquín. l. 2. Controvers. juris, c. 56. vers. Altera est.*

7 Y assi , para que los deudores sean libres de las dichas deudas , primero que las paguen , vean , y examinen los dichos poderes ; porque de estar otorgados con especial clausula de recibir las deudas , aunque sea general , pagaràn mal , y aunque sea en buena fe , creyendo podian recibir los dichos Procuradores las dichas pagas : *ut in l. 5. tit. 14. part. 5. & in l. Qui hominem, §. Si nullo, ff. de Solutionib.*

8 Y si el poder fuesse otorgado con especial clausula para cobrar , y en virtud de èl el dicho Procurador huviesse cobrado algunas deudas , y despues de revocado el dicho poder , alguno de sus deudores pagasse con buena fe alguna deuda al Procurador

que antes tenia el dicho poder; no hay duda, sino que por aquella buena fè, creyendo que no estaba revocado el dicho poder, se juzgarà por bien pagada: *ut in §. Si debitorem, l. Eum quis, ff. de Solutionib. expressè porbatur, & in dist. l. 5. tit. 14 glos. 3. in fin.* notat Greg. Lopez, cum Bart. *in l. Si Procuratori falso, col. 2. ff. de Cond. ob caus.*

9 De donde se puede dudar, si por el ausencia larga del acreedor serà bien hecha la paga à su Procurador, Tutor, ó Curador, de forma, que no tenga obligacion à pagarla otra vez. Para cuya conclusión se ha de notar lo primero, que aunque es verdad, que por el ausencia de diez años, juntamente con la fama pública de la muerte del ausente, es suficiente para que sus bienes se dividan entre sus herederos, dando fianzas, *ut in l. 14. tit. 14. part. 3.* pero con todo esso, habiendo dexado poder para cobrar, y administrar su hacienda, no se deben dividir estos dichos bienes entre los dichos sus herederos, sino que se han de estàr en la dicha administracion, salvo sino es probando haverse muerto, ò ausencia, larga como de veinte, ò treinta años, porque en este caso, aunque los dichos bienes estèn en poder de Tutores, ò Curadores, ò Administradores, ò Procuradores, se han de dividir entre los dichos sus herederos, dando fianzas *insolidum*, como dicho es: *ut ita tener Cavalcan. de Tutorib. n. 334. quem sequitur, & refert Escobar de Ratiociniis, cap. 6. n. 50. 51. vers. Ego tamen.* De donde yo saco, è infiero, serà bien hecha la paga de los dichos deudores à los dichos Tutores, y Administradores, antes que se dividan los bienes entre los dichos herederos del ausente, sino es ignorandolo per supra dicta.

10 Finalmente se concluye, que todas las veces que por el ausencia de diez años se huviere de dàr Curador à los bienes del dicho ausente, no se debe nombrar à muger, ni à menor, aunque sean parientes muy cercanos à la succession de los dichos bienes, salvo si fuere madre, ò abuela; ò en caso que por el ausencia de los dichos veinte años se deban dividir los dichos bienes entre los parientes mas cercanos: *ut ita concludit idem Escobar ubi sup. n. 51. vers. Ego tamen, qui alios, & plurimos Doctores sequitur, & refert, & nos alibi dicemus.*

CAPITULO XXXVII.

Sobre la renunciacion de la excepcion de la Non numerata pecunia, y sus efectos.

SUMARIO.

1 **O**poner, si se puede la excepcion de la Non numerata pecunia, y en qué tiempo; y si se puede renunciar, y debaxo de qué clausula & ibi. n. 2.

3 Si este derecho de oponer la dicha excepcion hà lugar en todos, y qualesquier contratos.

4 Si al acreedor que remitiò la deuda con esperanza de cobrarla, se le concederà este derecho, y accion de oponer la dicha excepcion.

5 Renunciar, si se puede esta dicha excepcion, y qué fuerza tenga.

6 Tsi esta dicha excepcion se puede oponer en las Causas executivas.

7 Jurar, si se puede esta dicha excepcion, y qué efectos se sigan de su fuerza, & ibi n. 8.

1 **U**trum, si renunciando el otorgante la excepcion de Non numerata pecunia, tendrà accion, y derecho, dentro de los dos años de la ley, à oponerla, para librarse de la paga, como si dixesse: „ Para cuya paga, y cumplimiento renuncia la „ excepcion de Non numerata pecunia, a. y en especial la ley 9. „ tit. 1. de la 5. part. Y para mayor firmeza juro à Dios, b. y à su „ Santissima; † y pena de perjuro, de no alegar, ni oponer la di- „ cha excepcion; y si la alegare, y opusiere, que por el mismo „ hecho no valga, ni me aproveche; de cuyo juramento no pe- „ dirè absolucion, ni relaxacion, &c.

2 Ibi: „ Renuncia la excepcion de la Non numerata pecunia, a. Y para satisfaccion de nuestra question, se ha de notar lo primero, que no renunciandose esta dicha excepcion en todos los contratos, donde al presente no interviene paga, tiene el deudor, y otorgante derecho, y accion de oponer esta excepcion de Non numerata pecunia; siendo dentro del termino de dos años; por cuya causa, no probandole haverle entregado el empréstito, ò la paga, será libre de la dicha obligacion: *ut hæc pa-*

*Formatur
alia clau-
sula.*

tent in §. unico , *Inst. de Liter. obliget* , & in l. *Ex conditione* , & in leg. *Si intra* , & in l. *Asseveratio* , & in l. *In contrahib. C. de Non numerata pecunia* , & in l. 9. tit. 1. part. 5. Y si pasado fuere el dicho tiempo , le incumbe la prueba de lo contrario al otorgante , y no al acreedor : *ut ita locis supra citatis , ita probatur.*

3 Y porque diximos en todos los contratos , se debe entender en qualquier empréstito , de qualquier cosa que sea , assi como dineros , trigo , cebada , vino , y acéyte : *ut patet in dist. l. in Contrahib. C. de Non numerata pecun. & in dist. l. 9. tit. 1. part. 5.* Porque en los demás contratos , excepto en la confession de dote , *ut supr. in cap. 26. n. 14. diximus* , no hà lugar la dicha excepcion ; porque luego que se confessa , perjudica al otorgante , y siempre le incumbe prueba de lo contrario , *juxta l. Generaliter , C. de Non numerata pecun.*

4 Y si el acreedor , con esperanza de recibir , y cobrar la deuda , confessasse haverla recibido , y no opusiere esta dicha excepcion , dentro de treinta dias , desde el dia de la dicha confession , le incumbe despues la prueba , y está por él , como assi se prueba en la ley *Contrahit. §. Super ceteris , C. de Non num. pecun. & cum Paul. Castr. & Bald. affirmat Greg. Lopez in d. l. 9. glos. 1. tit. 1. part. 5.* Y el mismo derecho que se le concede al deudor para oponer la excepcion supra dicha , esse mismo se le concede á su acreedor , siendo menos antiguo , para probar no le fue entregado al dicho su deudor el dicho mutuo , y empréstito : *ut sup. in d. n. 2. diximus.*

5 Y concluyendo con nuestra dicha question , digo , que renunciando el deudor , *ut híc* , la excepcion de la *Non numerata pecunia* , no tendrá accion , y derecho en ningun tiempo de oponerla , porque de qualquier manera que sea , le incumbe la prueba al dicho deudor de lo contrario del dicho entrego : *ut in l. Si ex cautione , ubi glos. C. de Non numerata pecun. Rod. Suar. in repet. l. Post rem Judicatam , ff. de judicat. quem sequitur , & refert Greg. Lopez in dist. l. 9. tit. 1. part. 5.* adonde dice , que esto se ha de entender probandolo el dicho deudor dentro de los dichos dos años , y no despues. *Et hæc omnia probantur , & colligitur ex dist. l. 9. maximè in illis verbis scilicèt : ,, O si el deudor que havia otorgado , que havia recibido los maravedis prestados , renunciasse à la defension de la pecunia non contada : ca estonce non se podria amparar por esta razon , si este renunciamiento á tal fuesse escrito en la Carta.*

6 La qual excepcion, en los casos que há lugar admitirse en las Causas Ordinarias, tambien assimismo há lugar en las Causas Executivas: ut ita probat Rodrig. Suarez *in l. Post rem judicat. vers. Sed pro evidentia*: Anton. Gom. 2. tom. *Var. res. cap. 6. num. 3.* & est communis, secundum Rodrig. Amat. *in tract. de Execut. cap. 6. num. 12. & 13.* Y lo mismo procede, y con la misma distincion en la excepcion de la cosa no entregada, la qual excepcion se ha de oponer en el tiempo, y forma que dicho es, en el precio, ó pecunia no pagada: ut ita affirmat esse communem opinionem in die Rodrig. Amat. *ubi supra n. 15.* Pero lo que se puede dudar en este caso es, si en la confession, ò reconocimiento que se hiciere en Juicio, havrá lugar la dicha excepcion de la cosa no entregada, ò pecunia no contada; en el qual articulo brevemente se responde, que oponiendose dentro del dicho termino, se impedirà la dicha execucion; y assi no la trahe aparejada, porque esta calidad es conjunta de la confession, ò reconocimiento, que no se puede dividir, por ser individua; lo qual se ha de hacer incontinenti, y no despues, assi como si fuesse passado el tiempo en que se debia oponer, que aunque se oponga incontinenti, no há lugar: ut ita traduxit Author Curiaë Philip. ex Parlad. *lib. 2. Rer. quot. cap. fin. 1. p. §. 5. n. 12. 13. in 2. part. §. 6. Conocimiento, num. 4.*

7 Ibi: „ Y júro à Dios *b.* Y para que lugar no haya prueba en el uno, y otro caso, serà bien, que en la Escritura de semejantes contratos se renuncie la dicha ley 9. y excepcion de Non numerata pecunia, con el juramento, y forma aqui contenida: y queda de manera confirmado el dicho contrato, que de ninguna suerte se admitirà prueba de lo contrario; porque el juramento dá fuerza á esta renunciacion, de que no admite defensa, sino que inviolablemente se ha de executar, aunque la dicha renunciacion en alguna manera en sí fuera inválida: ut ita tenet Solicetus *in l. 3. C. de Non numerata pecunia, n. 25.* Post Bart. *in l. fin. C. eo.*

8 Lo qual se ha de limitar, que si el dicho deudor, en virtud del dicho juramento, pagò la dicha cantidad, que confessò haver recibido prestada, tendrà accion, y derecho para repartirla, probandò no haver sido la cantidad contada, ni entregada: *ut ex text. in cap. Debitores, de Jurejurando, & in cap. fin. de Solutionibus*: Joann. Faber, ubi Hostiens. & Joannes Andr.

CAPITULO XXXVIII.

Sobre la clausula de cession de acciones , y poder en causa propria: donde assimismo se advierte , si se podrá renunciar este derecho.

SUMARIO.

1 **C**ausa , si se requiere en la cession de acciones , y poderes en causa propria , para que se puedan executar , y sigan sus efectos.

2 Cesion de acciones , si es por causa de donacion , si es necesario para que valga , que bayun precedido meritos del cessionario.

3 Revocar , si puede el cediente esta dicha cession , y quando.

4 Si por la renunciacion del acreedor de este derecho de poder ceder su deuda , y accion , havrá lugar el pedir la el dicho cessionario al dicho deudor.

1 **U**trúm , si para que las acciones , y poderes en causa propria sigan el efecto de los otorgantes , es necesario que contengan causa , ò si bastará simple relacion para executar aquella accion , y derecho , segun , y de la forma que en los demás contratos , y obligaciones. Y para que brevemente respondamos à nuestra question , y duda , supongamos , que la cession , ò poder en causa propria fue ordenado , y otorgado con la clausula siguiente ; scilicèt : „ Y para cobrar lo susodicho , vos „ entrègo , y doy original la dicha obligacion , y tales titulos , „ que para ello tengo , y vos cedo , renuncio , y traspasso todo „ el derecho ; y accion , que para lo susodicho tengo , y en „ qualquier manera me puede pertenecer , y os hago Procura- „ dor , è Actor en vuestro fecho , y causa propria. Y quanto lo primero , se ha de notar , que para que estas dichas cessiones se puedan executar , es necesario , siendo compradas , que primero el cessionario sumariamente liquide , y averigue su causa , y justificacion ; y si fue por precio , ha de probar que diò lo justo , y equivalente , dandole traslado al deudor de todo lo que por parte de dicho cessionario fuere alegado , para que cada uno alegue , y pruebe su causa ; porque hasta entonces no se puede librar mandamiento executivo contra el dicho deudor. Y es necesario assimismo ; que el Instrumento de la dicha cession no sea si-

Formatur
alia clausula.

mulado, sino que se dè fè en èl de la paga de ella, porque no es suficiente para esta liquidacion la confession del cediente, y renunciacion de la cosa no entregada, y excepcion de non numerata pecania; porque esta dicha confession solo puede perjudicar al dicho cediente, y no al dicho deudo, cuya prueba siempre le incumbe al dicho cediente, y otorgante: ut hæc omnia probantur in l. Ab Anastasio, C. Mandati. Bart. in l. Singularia, ff. Si certum petatur. Parlad. lib. 2. Rerum quot. cap. fin. 3. part. §. 4. n. 6. 9. Rodrig. de Executionib. cap. 3. n. 24. adonde afirman, que por este fraude assimismo pierde el cediente esta accion.

2 Y quanto lo segundo, siendo la cession, ò poder en causa propria, otorgado por causa de venta, ò donacion, es necessario que contenga causa como dicho queda; porque aunque sea por el dicho titulo de donacion, conviene que precedan meritos del cessionario; lo qual se debe probar, no obstante que el cediente confiesse otorgar la dicha donacion por causa de compensacion, por buenas obras que ha recibido del dicho cessionario, porque bien puede ser fingido, y simulado; por cuya causa se vicia, y anula la dicha cession, y poder en causa propria: ut cum Bald. in l. fin. in fin. C. de Falsa causa adjeçt. tradit, & probat Decius cons. 464. n. 4. & hæc omnia probantur per Joann. de Gras. in tract. de Cessione jurium, n. 6. & in l. Qui stipendia, C. de Procuratorib. & hodiè est l. 64. tit. 18. part. 6. ibi: ,, Faciendole personero para ,, demandar aquella deuda, assi como su cosa, poniendole en su ,, lugar, é otorgarle poderio para poder demandar aquella deu- ,, da, è la pena, è los daños, è los menoscabos, assi como dice ,, la Carta sobre dicha, que fue fecha contra Alfonso Perez, bien ,, assi como el vendedor lo podria facer en Juicio, y fuera de ,, Juicio; é esta vendida fizo por precio de tantos maravedis, los ,, quales el sobredicho contò, è diò al vendedor ante el Escribano ,, Público, ò los testigos, que son escritos en esta Carta. Y de esta forma queda perfecto este contrato, quedando, como queda, libre el dicho cediente por la dicha cession, habiendo bienes de que cobrar el deudor, porque de no haverlos, ò yà que los haya, no ser seguros, por ser agenos, ó porque no huyo ponedor en ellos en la Via Executiva, siempre tiene obligacion el cediente à satisfacer, y sanear, y dar ponedor à los dichos bienes; y assi lo he visto en propios terminos sentenciado por el Doctor Andrada, Abogado, y Cathedratico de Prima de Canones de la Universidad de la Ciudad de Toledo.

3 Solo resta, que en este caso se advierta, que quando el cediente hace la cession de su mera voluntad, despues de hecha, la pueda revocar: *ut in l. 3. Cod. de Novationib. & ibi etiam gloss.* salvo por la litis contestacion entre el deudor, y cessionario: ó por haverle empezado à pagar parte de la deuda, ó por haverle notificado, y requerido con la dicha cession, y Escritura de poder en causa propia; porque no basta la noticia, ó requerimento sin ella: *ut in d. l. 3. & in l. Nomen, C. Quæ res pig. oblig. poss. ubi gloss. & Bart. & commun. DD.* Y assimismo no se podrá revocar la dicha cession, havindose hecho por causa necessaria de obligacion, que para ello haya: *ut in l. Procurator in rem suam, & ibi gloss. ff. de Procuratoribus: & ibi DD. Paulus de Castro in l. Quæ omnia, §. Plenè; ff. eo. Parlad. lib. 3. differ. 37. §. 2. n. 5. 6. differ. 50. §. 2. n. 2.*

4 Finalmente se concluye, que renunciando el acreedor esta dicha cession de acciones, ó prometiendo no ceder, ni traspasar su derecho à persona alguna, assimismo no se podrá executar al dicho deudor por razon del dicho pacto; y esto se colige de la cession de acciones, que le compete al fiador, que ha pagado por el deudor, para cobrar de los demás fiadores, que havindolas renunciado, no tendrá accion à pedir las, ni en virtud de ellas executar à los demás fiadores; *ut in gloss. l. Nisi hoc actum, ff. de Pact. Affi. & decis. 182. n. 10. Greg. Lopez in l. 11. gloss. 3. circa finem, tit. 12. part. 5. Negus. de Pignor. 5. part. membr. 3. n. 24. & 25.* Y aunque no se renuncie este derecho de cession de acciones, haciendose à persona mas poderosa, no vale, sino es por testamento, ó otra qualquier ultima voluntad: *ut l. 15. 16. 17. tit. 7. part. 3.*

CAPITULO XXXIX.

Adonde se refieren ciertas clausulas, que por su fuerza ipso jure, no se causa novacion, y delagacion de la primera, y precedente obligacion, por el segundo, y nuevo contrato.

SUMARIO.

- 1 **S**I por la novacion, y transfusion del primero contrato en otro semejante se librará el primero, y precedente.
- 2 Y si por causa de la dicha novacion quedará libre el deudor del primero, y precedente, y con que clausulas, y palabras se debe ordenar su diversidad, para que se cause la dicha novacion, & ibi num. 3.

4 *Si por la diferente, y diversa cosa de la primera, y precedente se causa la dicha novacion.*

5 *Si por la delegacion, que el deudor hace à su acreedor de otro debito, de que assimismo es acreedor, se librará de la dicha primera obligacion, y con qué clausula se debe otorgar, y ordenar, para que assi proceda.*

6 *Si para haver lugar la dicha delegacion, es necessario que la dicha deuda sea cierta.*

7 *Si viniendo en quiebra, y pobreza el primer deudor delegante, ò el segundo delegado, perderá el dicho acreedor la dicha deuda.*

8 *Si por la simple delegacion es visto quedar libre el dicho primer deudor, y con qué clausula, y palabras se entiende ser simplemente delegado.*

9 *Y si es visto renovarse la primera, y precedente, siendo condicional, basta cumplida la dicha condicion.*

10 *Eleccion, si tiene el marido en la dote prometida à dia cierto; y si se causa renovacion, executando en los bienes, que para su seguridad le hypotecaron.*

11 *Si se puede dár clausula, y regla cierta, para que de ninguna manera causar se pueda novacion, siendo voluntad de las partes otorgantes.*

UTRUM, si por la novacion, y delegacion del primero debito en otro dissimil, ò semejante, se librará el primero, y precedente, assi en quanto à la persona, prenda, è hypoteca, como de su obligacion, è interès. Y porque regularmente el primero, y precedente debito no se innova; ni es visto delegarse por el nuevo, y segundo, *secundum text. in l. fin. C. de Novationib. & in §. Præterea, Inst. Quib. modis tollitur obligat.* se notarán ciertas clausulas, que por su forma se conocerá la calidad de semejantes contratos, que por la ley 15. tit. 14. part. 5. se coligen, y prueban.

2 Y assi se supone, que despues de contrahida la primera obligacion, de consentimiento, y convencion de las partes otorgantes, la convirtieron, y mudaron su genero en otro diferente, y diverso por otro segundo, que assimismo de su voluntad, y consentimiento de la dicha forma le otorgaron; la qual obligacion fue celebrada, y ordenada en la forma siguiente: .; Por lo qual

„ el dicho fulano se obliga de dár, y pagar al dicho fulano qua-

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ trocientos ducados , que por Escritura pública està obligado á
 „ pagarle , que por hacerle buena obra se los prestò a ; sin em-
 „ bargo de que en la dicha primera Escritura se hace mencion
 „ procedieron de la venta de la tal cosa.

3 Ibi : „ Se los prestò a. Y porque diximos , que regular-
 mente no expressandose la causa , no es visto renovarse el dicho
 primer contrato , se limita en el presente caso , por ser diferente , y
 diversa la una cosa de la otra ; y assi ipso jure se ha de entender,
 y juzgar quedó inválido el dicho primer contrato , y obligacion,
 como assi se prueba de la dicha ley 15. ibi : „ Renovamiento , es
 „ otra manera de quitamiento , que desata la obligacion princi-
 „ pal de la deuda , bien assi como la paga. Esto seria , como si un
 „ ome vendiesse á otro alguna cosa , è despues el comprador re-
 „ novasse el pleyto en otra manera con el vendedor , obligando-
 „ se á pagar el precio , como en razon de empréstito. Por cuyas
 palabras se colige , y prueba con la voluntad , y animo que los
 dichos contrayentes quisieron renovar el dicho primero , y prece-
 dente contrato : ut ita etiam docet Salicetus in d. l. fin. C. de No-
 vationibus , & ex text. in l. Si ex precio , C. Si certum petatur , & ibi
 gloss. & in l. Adversus , C. de Non numerata pecunia.

4 Cuya limitacion assimismo se estiende , quando en la se-
 gunda , y nueva obligacion se promete diferente , y diversa cosa
 de la contenida , y expressada en la primera , y precedente : ut
 ex text. in leg. Si ita fidejussorem , & in l. Græca , §. Stichum , de
 Fidejuss.

5 De aqui se sigue , que por la delegacion que el deudor
 hace en otro qualquier su deudor , aceptandola el dicho su acree-
 dor , se librá de la dicha primera obligacion ; lo qual se ha de
 entender , haciendo especial mencion en la dicha segunda Escritu-
 ra , de como queda libre de ella , diciendo assi : „ Por cuya cau-
 „ sa el dicho fulano le dà por libre de la primera , y precedente
 „ obligacion , de que se le hace pago con deuda de fulano , de que
 „ el dicho fulano se dá por contento , y pagado , y la recibio por
 „ su cuenta , y riesgo.

6 Y para haver lugar la dicha delegacion , es necessario , que
 la persona delegada sea deudor cierto , y verdadero del delegante ;
 ò yá que no lo sea , que se obligue , y acepte el satisfacer , y pagar
 aquella deuda ; y de esta forma se rescinde , y destruye la dicha
 primer deuda , y queda libre de ella el dicho primer deudor , co-
 mo assi nos enseña la dicha ley 15. en su segunda parte , que sa-

tenor es el siguiente : „ E aun decimos , que se podria revocar
„ en otra manera el pleyto , que fuesse fecho primeramente ; assi
„ como si el deudor , que debiesse alguna cosa à otro , renovasse
„ el pleyto otra vez , dando otro deudor , ò manero en su lugar,
„ à aquel à quien debiesse la deuda à placer de el , diciendo abier-
„ tamente el deudor , que lo facia con voluntad , que el primero
„ fuesse desatado : & ibi Gregor. Lopez *gloss.* 4. adonde dice , que
para que el primer deudor quede libre de la dicha primera obli-
gacion , es suficiente , que el acreedor prometa de assi cobrar lo
que fuere delegado , dandole por libre la dicha primera obli-
gacion , como assimismo se prueba de la *ley 2. tit. 16. lib. 5. Novae
Recop.* Y dice mas ; que para que haya lugar la dicha delegacion,
se requiere , que sea cierta la dicha deuda , ò que lo prometa del
que la tiene de pagar , como dicho es , y se prueba en la *ley Quam-
vis , §. Si mulier , apud ff. de Vellejan. & ibi gloss. Magna.
ad fin.*

7 Y procede en tanta forma la doctrina supra referida , que
si el deudor delegado , por pobreza , y trabajos no pudiesse pagar
al dicho acreedor , no tendrà acion à pedir cosa alguna al dicho
primer deudor : ut ita notat Bart. in *l. Singularia , ff. Si certum
petatur , & in l. Paul. ff. de Novationib. & ita probatur in d. l. 15.
ibi :* „ E maguer este segundo , que renovò el pleyto , sobre si
„ viniessse à pobreza , de guisa , que no oviesse de que pagar la
„ deuda ; con todo esso , el que la debia haver , no hà demanda nin-
„ guna en esta razon contra el primer deudor.

8 De todo lo qual infiero , que si el delegado tan solamente
fue dado simpliciter ; assi como si dixesse : „ Para cuya paga , y
„ satisfacion el dicho fulano deudor daba , y diò en su lugar
„ tal deuda , que fulano le està debiendo ; es cierto no havrà lu-
gar la dicha delegacion ; porque como dicho es , es necessario que
se expresse : ut in *d. l. fin. C. de Novationibus , & ibi commun. DD.
& etiam colligitur , & probatur ex d. l. 15. ibi :* „ Mas si las pala-
„ bras sobredichas no dixesse el deudor , quando renovasse el pley-
„ to segundo , mas simplemente dixesse , que daba por deudor , ò
„ por manero de aquella deuda à fulano , estonce por este reno-
„ vamiento del pleyto no se desataria el primero ; ante decimos ,
„ que se afirmarian , é fincarián obligados por la deuda , tambien
„ el uno , como el otro.

9 Siguese mas , que si la obligacion primera fue condicio-
nal , ò al dia tercero , y la segunda no , no se causará novacion ,
hasta

*Formatur
alia clau-
sula.*

hasta que la dicha condicion , y tiempo se haya cumplido ; y por el consiguiente , si el que renueva la dicha obligacion mudare su estado antes de cumplir la dicha obligacion , de forma que no pudiesse parecer en Juicio , assimismo es visto no revocarse el dicho contrato , y obligacion : *ut ita probatur in dict. l. 15. & ibi Greg. Lopez gloss. 6. & 7.*

10 Finalmente se ha de advertir en esta materia , que si al esposo , y marido le fue prometida alguna dote con su esposa , y muger para dia cierto , y determinado , y de no entregarsela , y pagarsela para entonces , le obligaren , è hypotecaren à la dicha paga algunos bienes inmuebles , y raíces , para que de ello se haga pago ; sin embargo que los dichos bienes le sean obligados , è hypotecados à la seguridad de la dicha dote , y el dicho termino sea passado , siempre queda en eleccion del dicho esposo , ó marido à una de las dos cosas , ó à pedir la cantidad de la dicha dote , ó á executar en los bienes obligados , è hypotecados , hasta hacerse pago de ella ; pero si passado el dicho termino , huviesse elegido el haver executado en los dichos bienes , no podrá despues pedir la cantidad de la dicha dote , sino que de los dichos bienes se ha de hacer paga de la dicha promessa de dote ; y assi como esta distincion en el primer caso , no causará novacion , y en el segundo si : *ut ita docet Decius cons. 12. quem sequitur , & refert Gregorio Lopez dict. l. 15. gloss. 6. in fin. Gutier. lib. 1. de Jura-ment. confirmat. cap. 63. n. 9.*

11 Finalmente se concluye , que porque muchas veces en los dichos casos , assi por no apereibir los dichos contrayentes lo que se puede ofrecer , como por no declarar el Escribano bien su voluntad , en contradictorio Juicio , se suele juzgar despues lo contrario ; y porque esto no procede assi , en caso que los contrayentes no tengan voluntad de hacer novacion del primer contrato por el segundo , y siguiente , será bueno que las Escrituras de semejantes contratos se hagan con la clausula siguiente : „ Y quedando en su fuerza , y vigor el primer contrato , y obligacion ,
Formatur „ assi en la prerrogativa , antigüedad , y prelacion , como en la
alia clau- „ prenda , è hipoteca , y fianza ; y sin ser visto innovar del dicho
sula. „ primer contrato cosa alguna , se obliga el dicho fulano deudor ,
 „ de darle , y pagarle la dicha cantidad , por razon de tal cosa , ó
 „ le delega tal deuda , que el dicho fulano le era debiendo. Por
 cuya fuerza quedará obligado el dicho deudor por la una , y otra
 obligacion , sin ser visto , en quanto á esto , causarse la dicha nova-
 cion : *ut ex text. in l. Qui tot. in pign. habeantur.* CA-

CAPITULO XL.

Donde se concluye, si el deudor, invito creditore, cumplirà, con pagar en diferente especie de la que fue obligado, y què clausula se requiere para que esto no proceda assi.

SUMARIO.

- 1 **S**I, invito creditore, cumplirà el deudor, pagando en diferente especie de la que se obligò, & ibi n. 2.
- 3 Y si precisamente ha de pagar en la especie prometida, hallandose en aquella Provincia, y quando no.
- 4 Mayordomos, y Depositarios del trigo de los Lugares, si tienen obligacion à pagar en la dicha especie, baviendolo vendido.
- 5 Y si en caso de necesidad cumplirà el dicho deudor à pagar en diferente especie de la que fue obligado.
- 6 Y si serà apremiado à lo susodicho, baviendo renunciado el dicho deudor la ley 3. tit. 14. part. 4. que habla en su favor. Y si este derecho se debe extender à tercero possedor, ibi n. 7.
- 8 Clausula para que el acreedor no pierda el derecho en los bienes de su fiador, y deudor, baviendole salido inciertos los bienes que le adjudicaron en pago de su deuda.
- 9 Clausula para que el comprador de la cosa hypotecada no pierda el mismo derecho en los bienes del deudor.
- 10 Si por el juramento tendrà obligacion precisa el deudor à pagar en la especie que prometió.
- 11 Repetir, si puede el deudor la deuda dos veces pagada, por el finiquito, è instrumento de paga, despues ballado.

1 **U**Trùm, si en caso de necesidad, invito creditore, cumplirà el deudor, pagando en diferente especie, y dár insolidum de su deuda, y obligacion, ó otra qualquier cosa à su acreedor; y de que en caso de necesidad, cumplirà el dicho deudor con pagar en la especie que pudiere, no haya duda, como adelante se verá; salvo si la Escritura de obligacion fue otorgada, y ordenada con las palabras de la clausula siguiente; scilicet:
Por cuya causa me obligo de dár, y pagar à vos el dicho fu-
lano la dicha cantidad en la misma especie, que de vos la reci-
bo; y para mayor firmeza, renuncio la ley 3. del titulo 14. de la

Formatur
alia clau-
sula.

„ 5. partida b; juro à Dios, y à su Santissima †, y pena de per-
 „ juro, de no ir, ni contravenir contra la dicha obligacion, sino
 „ que precisamente darè, y pagarè, cumplirè, y guardarè todo lo
 „ contenido en este dicho contrato, en la forma que dicho es, del qual
 „ juramento en ninguna manera pedirè absolucion, ni relaxacion à
 „ su Santidad, ni à otro qualquier su Delegado.

2 Ibi: „ En la misma especie a. Dos cosas se han de notar en esta materia, que para la conclusion de nuestra duda, y question es fuerza se consideren. La primera es, que como el deudor, y obligado à dár, y pagar alguna especie, assi como trigo, cevada, vino, y aceyte, puede ser compulso, y apremiado à la dicha paga, y restitution, *per regulam Quia aliud pro alio invito creditore regulariter solvi non potest, ut in leg. 2. §. Mutui datio, & ibi communiter Scribentes, ff. Si certum petatur, & in l. Si se, §. Ait Prætor, de Re judicata, l. Si promissor, §. fin. ff. de Constitut. pecun. l. Item liberatur, §. Qui paratus, ff. Quibus modis pign. vel hypot. solvatur.*

3 Lo qual se ha de limitar en la forma siguiente; scilicèt: Que si el trigo, ò cevada, ò aceyte, ò vino se pudiere hallar en aquel Lugar, ó Provincia, que entonces precisamente tendrà obligacion à pagarlo el dicho deudor en la forma que dicho es; pero si hallar no se pudiere en el dicho Lugar, y Provincia, en tal caso cumplirá el dicho deudor à pagar su estimacion, segun al precio corriente, que al tiempo de la paga valiere en el Lugar adonde se debia entregar: ut ita docet Paulus in dicto §. Mutui datio, n. 6. ex text. in l. Res furtiva, de Condit. furtiva. Y lo proprio se ha de entender, aunque la especie se pueda pagar, valiendo muy cara, ò si se trae muy lexos, de que puede resultar grande incomodidad en perjuicio del dicho deudor: ut eleganter voluit Purpuratus in dicto §. Mutui datio, n. 97. & per text. in l. Non dubium, in fine, ff. de Legat. 3. ibi: Quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, justum extimationem inferat, ubi glossa communiter recepta, hoc notat pro gravato de re aliena restituenda.

4 Cuya doctrina no se debe estender en los Administradores, Alcaldes, Regidores, Depositarios, y Mayordomos del Posito del pan de todas las Ciudades, Villas, y Lugares de este Reyno, que han consumido, y gastado el trigo del dicho Posito extra para los casos que estaba determinado; porque por el mismo hecho tienen obligacion à pagar su interès, y mas lo que constare fuera de aquel Lugar con sus portes: ut tenet Bobad. in Politic. lib. 3. cap. 3. n. 73.

5 Y lo segundo que se debia advertir para la dicha questión es, que en caso de necesidad, como dicho queda, no tendrá obligacion el dicho deudor à pagar su dicha deuda en la especie, y forma que la prometió, sino en lo que á arbitrio del Juez pudiere, segun nos enseña la *ley 3. tit. 14. part. 5. ibi: „ Pero „ si acaeciesse, que el deudor no pudiesse pagar aquellas cosas „ que prometiera, bien puede darle entrega de otras á bien vista „ del juzgador, & ibi Greg. Lopez.*

6 *Ibi: „ Renúncio la ley 3. tit. 14. part. 5. b. Y procede en tanta forma, que el dicho deudor, en caso de la dicha necesidad, no puede ser apremiado á pagar en la especie à que se obligò; que aunque haya renunciado la dicha ley 3. todavia quedará libre del dicho contrato, y convencion: ut ita probat Bart. & Abbas in authent. Hoc nisi debitor, C. de Solut. Greg. in dist. l. 3. gloss. 3. in fin. & tenet Baeza contra Castr. in tractatu de Inope debitor, cap. 1. n. 51. Advirtiendo, que si el dicho deudor se obligò à pagar en cierta moneda, teniéndola, ó pudiendolo ser hallada, no cumplirá con pagarla en otra, sino es en caso que se presuma usura, como arriba diximos, ò que especialmente no se haya obligado; porque entonces cumplirá en la moneda corriente, con tanto, que no pierda el dicho acreedor cosa alguna, assi como por ser muy baxa, y de menos valor, que quando se otorgò la dicha obligacion: ut supra est dictum, & probat Covar. in tractatu Numismatum, cap. 7. §. unico, num. 1. in prima conclusione, & in fin. ult. conclus. Rebuf. in 1. tom. Const. Fran. tit. de Litteris obligat. art. 5. glos. 1. per totam: Aceved. in l. 6. tit. 14. n. 6. lib. 6. Novæ Recop. idem Aceved. en l. 5. tit. 11. n. 2. lib. 5. Recop. Y vease lo que diximos en el cap. 11. n. 3.*

7 El qual beneficio tan solamente procede en el deudor principal, y no se ha de entender en el estraño tercero poseedor de la cosa hypotecada, aunque sea en el dicho caso de necesidad; porque de fuerza ha de pagar en la forma que el principal se obligò, ò dexar la cosa hypotecaria; porque tan solamente este dicho beneficio tiene lugar en el principal, por beneficio de la ley, y no en el estraño hypotecario, porque aunque el dicho tercero poseedor no se haya obligado à cumplir lo que el principal està obligado en la forma que dicho es, y no en otra, invito creditore, ut cum Cyro probat, & tenet Ferrar. in sua Pract. in Forma respons. libelli in actione hypotecar. in vers. Satisfuere debito memorato, quos sequitur, & refert Gutierrez de Joram.

confirm. cap. 29. num. 7. in prima parte.

8 Y porque muchas veces en caso que los acreedores reciben los bienes de su deudor en pago de sus deudas, y despues de entregados, sale otro acreedor, que por su Escritura parece tiene mejor derecho à los dichos bienes, será buena advertencia, que para que el acreedor, à quien le fueron primeramente entregados los dichos bienes, no pierda su deuda, y derecho, assi en los bienes de su deudor, que estuvieren en poder de sus acreedores, como en los de su fiador, será de gran consideracion, y efecto, que las Escrituras de los dichos entregos sean ordenadas con la clausula siguiente: „ Por cuya paga, y entrego no sea

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ visto apartarse el dicho fulano de la primera hypoteca de los
„ bienes del dicho su deudor, cuyos bienes que assi recibe, se en-
„ tienda ser sin perjuicio del derecho que tiene assi en los bie-
„ nes del dicho su deudor, como en los de su fiador, que en-
„ tregados estuvieren en los demàs acreedores, ó otro qualquier
„ tercero poseedor. Y de esta forma el dicho acreedor tendrá
„ accion à repetir los demàs bienes que estuvieren enagenados en
„ qualquier persona, que menos privilegio tuviere à los dichos
„ bienes: ut notat Aceved. *in l. 19. tit. 21. lib. 4. num. 134. Novæ
Recop. Villad. in sua Politic. in Forma de libellar. n. 23. litera A.
fol. 283.*

9 De aquí se sigue otra notable advertencia al proposito, y es assi, que todas las veces que se comprare alguna heredad de algun acreedor, que por ventura le fue adjudicada en pago de su deuda de los bienes de su deudor, será buena advertencia, que para que el comprador no pierda su derecho en los demàs bienes, assi del vendedor, como de su deudor, aunque yà estén entregados en otro acreedor, y tercero poseedor, que la dicha venta sea otorgada, y ordenada con las palabras de la clausula siguiente: „ La qual dicha heredad el dicho fulano le vende,
„ como acreedor, y derecho que tiene à la dicha heredad, de
„ que en pago de su deuda le fue entregada por bienes de fula-
„ no su deudor, con todos sus derechos, y acciones, entre-
„ gandole, como desde luego le cede, y entrega, los Titulos, y
„ Escrituras, por donde consta el derecho, hypoteca, y pre-
„ lacion, assi à la dicha heredad, como à los demás bienes del
„ dicho fulano su deudor. Y es de tanta consideracion la di-
„ cha clausula, que si por algun titulo le vencieren en Juicio al
„ dicho comprador sobre la dicha heredad, que en virtud de ella,

*Formatur
alia clau-
sula.*

no solo podrá pedir al vendedor, pero tambien al deudor del dicho vendedor, y los demás acreedores, y terceros poseedores, que entregados estuvieren en los demás sus bienes, sin que sea necesario hacer excursion en el dicho vendedor, ni en su deudor, teniendo la dicha primera Escritura clausula de Non alienando, y siendo mas anterior, y privilegiada: ut hæc omnia colliguntur ex doctrina Jacob. de Aret. & post eum Cinus, & Albericus in l. 1. C. Si ante cred. pign. vend. quos sequitur & refert Gregor. Lopez in l. 45. tit. 23. p. 6. glos. 2.

10 Ibi: ,, Juro á Dios, c. Cuyo juramento es de tanta fuerza en este caso, que si el deudor se obligare á dár, y pagar su deuda en alguna especie, precisamente tendrá obligacion á cumplirla, segun, y de la forma que en la Escritura de la dicha deuda se contiene: ut ita tenet Roland. cons. 53. n. 45. lib. 1. Baeza de Inoppe debitore, cap. 1. n. 50. Greg. Lopez in dict. l. 3. glos. 1. ubi dicit hoc juramentum servandum esse in forma specifica.

11 Finalmente se ha de notar, que si el dicho deudor hubiere pagado una vez la deuda que debia en la forma que dicho es, y despues de passado algun tiempo, el acreedor, ó sus herederos tornassen á pedir la dicha deuda, y por causa de haversele perdido el finiquito, ó Carta de pago al dicho deudor, le condenassen á la dicha paga; pareciendo despues el dicho finiquito, Cedula, ó Instrumenro de paga, tendrá accion el dicho deudor, á repetir lo indebidamente pagado: ut ita docet Paulus de Castro in l. Imperator, ff. de Re judicat. n. 3. & ibi Alex. num. 7. 8. Greg. Lopez in l. 33. glos. 4. tit. 14. part. 5. quos sequitur, & refert Gutier. 3. p. de Juram. confirm. cap. 7. n. 9.

CAPITULO XLI.

Donde se refiere cierta clausula, que por su fuerza se juzgan por licitas, y justas las arras, y señal con que muchas veces se suelen otorgar las Escrituras de los contratos de futuro matrimonio.

SUMARIO.

- 1 **P**ena convencional, si es licita en los contratos de futuro matrimonio prometida por los esposos.
- 2 Refierense los fundamentos por que la dicha pena se debe juzgar por licita, ó injusta.
- 3 Refierese assimismo la diferencia que hay entre arras, y

pena matrimonial: y si por su entrego se juzgará por licita, y justa la dicha pena.

4 *T si las dichas arras, y señal se pueden prometer, y entregar en bienes inmuebles, y raíces.*

5 *Si el menor puede ser restituído, habiendo sido obligado en la dicha forma, y entregado las dichas arras, y señal.*

6 *T si por justo impedimento para no poder contraber el dicho matrimonio, se podrán repetir las dichas arras, y señal.*

1 **U**Trúm, si en el contrato del futuro matrimonio será licita la pena convencional, de forma, que aunque el efecto del dicho matrimonio no se siga, se pueda justamente executar por ella. Y porque es question no menos dudosa, y curiosa que las supra referidas, se considerarán las palabras de la clausula siguiente, por cuyo tenor, segun el Derecho, se conocerá, si la dicha pena se podrá executar; scilicet: „ Y para que todo lo „ dicho se cumpla, y guarde con mas entera, y cumplida execu- „ cion, el dicho fulano, padre de la dicha fulana, otorgò, y des- „ de luego diò al dicho fulano en sañal, y arras tal viña, ò here- „ dad, que está en tal parte; de la qual, desde luego se desapode- „ ra en esta forma: Que si la dicha su hija no quisiere cumplir el „ dicho contrato de matrimonio, como tratado es, ò el susodicho „ fuere parte para que la dicha su hija no cumpla de su parte „ el dicho matrimonio *a*, que por el mismo hecho quiere que „ se apodere, y èntre en la possession de la dicha viña, casa, „ ó heredad para siempre; y luego el dicho fulano otorgò, è pro- „ metiò de su parte de recibir à la dicha fulana por su muger, y „ esposa, y de no recibirla por tal esposa, y muger, &c. Y para „ assi cumplirlo, y guardarlo, y para mas seguridad, otorgó, y „ desde luego diò en nombre de señal *b*, y arras del dicho con- „ trato de matrimonio al dicho fulano, padre de la dicha su espo- „ sa, conviene à saber, quatrocientos ducados, los quales real, „ y verdaderamente le entrega en plata ante mi el presente Escri- „ bano, y testigos infraescritos; y de cuya paga, y entrego doy „ fe, que verdaderamente le han sido dados, y entregados al „ dicho fulano, padre de la dicha fulana, su esposa, ó le dà tal „ viña, ò heredad *c*, de cuya possession, y dominio desde luego „ le apodera para ahora, y para siempre, no siguiendose el dicho matrimonio.

2 *Ibi* „ No cumpla de su parte el dicho matrimonio *a*. Y

respecto de ser obligacion espontanea adinvicem , parece se deben cumplir , y executar estas dichas convenciones , especialmente siendo á orden , y en favor del matrimonio , como cosa tan importante à su frecuencia , y felicidad ; por cuya causa se debia juzgar por licita esta dicha convencion , y obligacion , y se debia executar , ò por mejor decir , no se debia repetir , siendo dada ; y entregada la arra , y señal , que para el dicho efecto fue entregada , en caso que el dicho matrimonio no se siguiera por la parte que no le cumplió. Y por la otra parte parece pelea , y contradice con la libertad , que el matrimonio se debe celebrar ; pues no es justo , que por miedo de pena , semejantes contratos celebren , pues en su frecuencia , como una misma carne , se requiere grande amor , como nos enseña la decission de la *ley 39. tit. 1. part. 5.* ibi : ,, Onde decimos , que si acaeciesse , que alguno de ellos no ,, quiera cumplir el casamiento , entonce aquel que hizo la pro- ,, mission por el que no quiere facer , nin cumplir , que no es te- ,, nudo de pechar la pena ; esto es , porque el casamiento no debe ,, ser fecho por miedo de pena , mas por amor , è con consenti- ,, miento de ambas partes. Por manera , que otorgarse semejantes Escrituras , no sirve , sino tan solamente de abundancia , y superfluidad de palabras : *ut ita probatur in l. Titia , ff. de Verb. oblig. & in cap. Gemma , de Sponsalib. & ibi comm. DD.*

3 Ibi : ,, En nombre de señal b , y arras. Y no fuera tan superfluo , si las dichas Escrituras de futuro matrimonio se ordenaran con las palabras de nuestra clausula. Para lo qual se ha de advertir la diferencia que hay entre arras , y pena matrimonial ; y es á saber , que arras son las que se dàn , y entregan por causa , y razon de señal de los contratos , donde interviene interès , las quales son distintas de las arras , que el esposo promete à su esposa de futuro , las quales sucedieron en lugar de donacion propter nuptias , segun comun sentencia de muchos , y muy graves Doctores , y segun se colige de la *ley 1. tit. 11. part. 4.* Y otra cosa es pena matrimonial , que es tan solamente ad terrorem , para que mejor se cumpla , y guarde el dicho matrimonio. Supuesto esto , digo , que si en las Escrituras de contrato del matrimonio se prometió alguna cantidad nomine pœnæ , que de ninguna manera se executará , no cumpliendose el dicho matrimonio : pero si esta dicha cantidad fue real , y verdaderamente entregada en nombre de señal , y arras , aunque el matrimonio no se siga , ò por mejor decir , no siguiendose el dicho matrimonio , perderà la dicha señal ,

ñal, y arras la parte que las entregó, quedando por su parte el cumplimiento del dicho matrimonio. Por manera, que lo que de aquí se concluye, es, que si la dicha señal, y arras fue entregada, no se podrá despues repetir, assi como en los contratos de venta: *ut in l. 7. tit. 5. part. 5.* Y si dada, y entregada no fue, sino tan solamente prometida, entonces no havrà accion para pedirla: *ut hæc omnia probantur in l. Arrbis, & in l. fin. C. de Sponsalibus, & ita probat Bart. Ang. Paul. & Jason, & Imola, & communiter DD. in d. l. Titia, ff. de Verb. oblig. Abb. in dist. c. Gemma, de Sponsalb. Socin. cons. 3. vol. 1.*

4 Ibi: „ O le dà tal viña, ò heredad c. Y no solamente en cantidad se pueden entregar estas dichas arras, y señal; pero tambien se pueden dár, y entregar señaladamente en una heredad, con tanto, que el precio, y cantidad que en esta forma se entregáre, no exceda de la dote principal: *ut ita probatur in l. 84. tit. 18. p. 3.* Ibi: „ E porque este otorgamiento, è promission fuesse „ mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, è „ otorgò à Juan Garcia el de suso dicho, por arras, è en nombre „ de arras, è otrosi, como por nombre, tal viña, ò tal heredad, „ que es en tal lugar, è à tales linderos, è desapoderose de la „ tenencia de ella, é apoderò à èl tal pleyto, como si su fija non „ le quisiesse tomar por marido, en la manera que sobredicha „ es, ò èl non ge la quisiesse dár, que el señorío, è la possession, „ é la tenencia de aquella viña, ó de aquella heredad, sea è fin- „ que en Juan Garcia, para facer de ella, é en ella todo lo que „ quisiere, bien assi como de lo suyo. E otrosi, el sobredicho „ Juan Garcia otorgò, è prometió à Martin Estevan, recibien- „ te, por sí, è por su fija Teresa, que èl la tomarà por su muger, „ è consentirá en ella, assi como manda la Santa Iglesia, al pla- „ zo sobredicho: E que si por èl fincare de facer este matrimonio, „ fasta el plazo, como sobredicho es, que pierda las arras que diò, „ è sean de Teresa la sobredicha, de manera, que nunca las „ pueda èl demandàr por sí; nin por otri, por ningun fuero, nin „ por ninguna razon Ecclesiastica, nin seglar, & ita notat Greg. „ Lop. *ibi gloss. 1. & idem Greg. Lop. in d. l. 39. gloss. 3. tit. 11. p. 5. Covar. in 4. & 2. p. c. 3. §. 7. n. 7. Villalob. in Ærar. mil. comm. opin. lit. P. n. 87. & 88. cum aliis seqq. quos sequitur, & refert Acev. in l. 2. n. 3. 4. & 5. tit. 2. lib. 5. Novæ Recop.*

Formatur
alia clau-
sula.

5 La qual doctrina se debe limitar en el menor de veinte y cinco años, el qual de ninguna manera debe pagar estas dichas ar-

arras , y señal porque le compete restitucion in integrum , sino es jurando que por razon de menoridad no irà , ni pedirá , en caso que el dicho matrimonio no se siga , las dichas arras , y señal , que para dicho efecto huviere dado , y entregado , segun , y de la forma que arriba diximos en los contratos de los menores. Y para quitar estas dichas dudas , serà buena advertencia , que estas dichas arras , y señal las prometan , y entreguen sus padres , y Curadores en su mismo nombre , para que de sus mismos bienes , y hacienda las paguen : ut ita tenent Cynus , & Salicetus in l. fin. C. de Sponsalib. quos sequitur , & refert Gutierrez , in tract. de Matrimonio , cap. 18. n. 15.

6 Y assimismo se limita , si entre los dichos esposos nació despues algun legitimo impedimento para poder contraher el dicho matrimonio , assi como por ser parientes dentro del quarto grado de consanguinidad , ò afinidad , de que es necessario dispensacion , ò por el estado de Religion , que despues de la dicha obligacion quisieren recibir qualquiera de los dichos esposos ; por cuyas causas no es válida la dicha obligacion , y se deben restituir las dichas arras , y señal , dadas , y entregadas , estando ciertos los dichos esposos , antes de la dicha obligacion , que entre los dichos , de ninguna manera tales impedimentos havia para no poder contraher el dicho Sacramento del Matrimonio ; porque de saberlo , y estar ciertos de los dichos empedimentos , lo contrario se ha de decir ; porque aunque el dicho matrimonio no se siga , se juzgarà por válido , y perfecto el dicho contrato , en quanto á la obligacion de las dichas arras , y señal , y no se pueden repetir , siendo entregadas en la forma que dicho es ; y esto es , por el fraude que precedió ; pues antes de la dicha obligacion pudo muy bien el que padecía , y sabia el dicho impedimento , decirle , y manifestarle , sino es que siendo notorio , se obligaron à estar , y passar por la dicha promessa , y entrego de arras , obligandose , y prometiendo pedir dispensacion del dicho impedimento : ut ita notat Gutier. ubi supr. in d. tract. de Matrim. cap. 18. n. 10. & 11.

CAPITULO XLII.

Adonde por las clausulas mas principales de la ley 102. del titulo 18. partida 3. se manifiestan, y declaran los requisitos necesarios, que primero han de preceder, para que los Tutores, y Curadores alcancen vera, y cumplida liberacion de la administracion que han tenido de los bienes de sus menores.

SUMARIO.

R Eclamar, si pueden los menores, y pedir restitucion in integrum contra los finiquitos otórgados en favor de sus Tutores, y Curadores, por causa de lesion, y agravio.

§. Oficio de Tutores.

2. Qué efectos seguir se pueden de doctinar, y enseñar la virtud à los dichos menores, en consecuencia, y declaracion de la dicha ley 102. en su primera parte.

3. Enseñar, si deben el Tutor, y Curador à sus menores el oficio, ò facultad à que se inclinaren, segun su hacienda, y calidad.

4. Si tienen assimismo obligacion à darles los alimentos necesarios, de forma, que no se consuman sus bienes.

5. Si los dichos menores deben ser criados, y alimentados en casa de los dichos Tutores, y Curadores, que siendo tan cercanos parientes, succeder le puedan, muriendo los dichos menores abintestato, & ibi num. 6.

7. Si el Tutor, y Curador tienen obligacion à tener mayor cuidado en los bienes de sus menores, mas que en los suyos propios.

8. Y si en caso de ruina, y naufragio, incendio, ò fuego, deben acudir primero al remedio de los bienes de los dichos sus menores, que à los suyos propios.

9. Y si tienen assimismo obligacion à acudir al reparo de las casas, y demás edificios de los dichos sus menores, de forma, que por su descuido, y culpa no se deterioren, y destruyan.

10. Y si deben tener especial cuidado en el reparo de las camaras,

ras, y troxes de trigo, de manera, que por causa de gotera no se corrompa el trigo de los dichos menores.

11 Si tienen obligacion à cultivar, y labrar las heredades de sus menores, y asimismo arrendar, y alquilar sus tierras, y casafas, y criar sus ganados.

12 Y si tienen obligacion à vender todas las mercaderias, que sin peligro no se pudieren conservar; y si lo deben hacer sin decreto judicial.

13 Y si en caso que haya de vender las dichas mercaderias, las debe vender en el Lugar adonde estàn.

14 Si no cumpliendo los dichos Tutores, y Curadores con las dichas sus obligaciones, seràn condenados à los interesses, y daños de los dichos menores.

§. Cargo.

15 Cuenta que se debe tomar à los dichos Tutores, y Curadores, si ha de ser con el rigor de las leyes pupilares, para quitar toda pressumpcion, y duda, en declaracion, y consequencia de la dicha ley 102. en su segunda parte.

16 Si cumplido el termino, y tiempo, tienen obligacion los dichos Tutores à dâr las dichas cuentas.

17 Si las dichas cuentas se deben dâr, y recibir en el Lugar que se administrò.

18 Clerigo, Tutor, y Curador, ante què Fuez tiene obligacion à dâr la cuenta; y si puede ser preso por el Fuez Seglar, y apremiado para que la dè.

19 Si para aceptar el Clerigo el dicho oficio de Tutor no fue apremiado, si puede ser compulsò, y apremiado à que dè la dicha cuenta.

20 Solemnidad que se requiere para que el Fuez Seglar pueda apremiar al Clerigo à que dè la dicha cuenta.

21 Si para dâr esta dicha cuenta, pueden todos ser apremiados, aunque conste lo contrario de voluntad del testador.

22 Y si se debe pedir à la madre tutriz, especialmente quando le fue remitida por el testador.

23 Y si el padre, siendo administrador de los bienes de su hijo tiene obligacion à dár la dicha cuenta, y quando.

24 Si hà lugar prescripcion, para escusarse de dár esta dicha cuenta, y por què tiempo se prescribe.

25 En què casos tienen obligacion el Tutor à dár la cuenta de los bienes de su menor, y por què causas del dicho oficio puede ser removida.

26 Si al dicho menor se le pueden entregar los dichos sus bienes antes de los veinte y cinco años.

27 Si para recibir la cuenta del Tutor, y Curador, es necesario que se manifieste el Inventario de los bienes, assi muebles, como raices.

28 Si es necesario asimismo, que conste, y se manifieste el libro, adonde tiene escrito la razon de los gastos, y aprovechamientos, por partidas claras, de los bienes de su menor.

29 Si presumiendose algun engaño de las cuentas del Tutor, havra lugar el finiquito otorgado en su favor, en declaracion de la dicha ley 102. en su 4. parte.

30 Si para haver lugar, y que se figa el efecto del dicho finiquito, y sus clausulas, es necesario ver si se le hizo cargo de los frutos, y arrendamientos de los bienes del menor.

31 Item, ha de constar si se le hizo cargo de los intereses lícitos del dinero que entrò en su poder.

32 Si por no haver empleado el dicho dinero, tiene obligacion à pagar sus intereses, y reditos de ellos.

33 Dentro de què tiempo, desde el dia que entrò el dinero en su poder, tiene obligacion à emplear, ò dár à censo el dicho dinero, y si al heredero se le puede imputar la culpa del Tutor.

34 Si en caso que no empleò el dinero en comprar el dicho censo, se cumplirà por haverlo empleado en algunos predios.

35 Item, si tiene obligacion à manifestar las Escrituras, y obligaciones, que tenia en favor de su menor.

36 Si por no haver vendido algunos bienes raices sin autoridad judicial, se le ha de hacer cargo de sus intereses.

37 Y si estos dichos bienes enagenados se podrán sacar de qualquier

quier tercero possedor.

38 Y si se podrán repetir assimismo los frutos de ellos.

39 Y si estos frutos se han de entender, assi los naturales, como los industriales.

40 Si teniendo buena fe el possedor de ellos, se le podrán repetir.

41 Si en caso que haya lugar el repetir los dichos bienes del tercero possedor, ha de ser con excursion en los bienes del vendedor.

42 Si se pueden repetir los dichos bienes enagenados, aunque estèn vendidos con solemnidad judicial, especialmente quando el menor fue leso en la dicha venta.

43 Si hà lugar prescripcion contra los dichos menores, y què tiempo sea necessario.

44 Item, ha de constar, para alcanzar liberacion el dicho Tutor, si cobrò las deudas que le estaban debiendo à su menor.

45 Para que al dicho Tutor no se le haga cargo de las cosas que por caso se destruyeron, ha de tener cuidado de repararlas.

46 Si se le ha de hacer cargo de los maravedis, que gastò en seguir pleytos sin consideracion.

47 Item, si se le ha de hacer cargo de una casa, que por su culpa se quemò, y abrasò.

48 Si assimismo se le ha de hacer cargo de los salarios que el menor ha ganado por razon de sus soldadas.

49 Si se ha de hacer cargo del arrendamiento de las casas, en que el dicho Tutor vivió, que eran del menor.

§. Descargo.

50 Si à los dichos Tutores, y Curadores se les debe hacer descargo de todo lo que legitimamente constare haver gastado en utilidad de sus menores, en declaracion de la dicha ley en su §. parte.

51 Y si se les ha de recibir en cuenta todo lo que pareciere haver gastado en mejorar los bienes de sus menores.

52 Si assimismo se ha de recibir en cuenta lo que huvieren gastado en alimentar à los dichos sus menores, como en lo demàs necessario para utilidad de su persona.

53 Si se les debe recibir por cuenta, y descargo los alimentos, y otras cosas necessarias que han gastado en los hermanos de los dichos sus menores.

54 Y si havrà lugar el dicho descargo, quando el Tutor alimentò à los sobrinos, y muger del dicho su hermano, y afsimismo à los demàs hermanos naturales, ò espurios.

55 Y si se le recibiràn en cuenta los dichos alimentos, quando los hermanos tan solamente eran de parte de padre, ò de madre.

56 Y afsimismo si se le debe recibir por descargo lo que el dicho Tutor huviere gastado en reparar las casas del dicho su menor.

57 Y si se le deben recibir en cuenta los maravedis que huviere cobrado, que se le debian à su menor, ò que en su nombre huviere pagado, en declaracion de la dicha ley 102. en su 6. parte.

58 Y si entre los demàs descargos, serà justo que se le ponga por descargo la decima parte del fruto de los bienes del dicho su menor, en declaracion de la ley 2. tit. 7. lib. 3. Fori.

59 Y quales se reputan por frutos, para que legitimamente se le haga el dicho descargo de ellos.

60 Si los reditos de los censos perpetuos, ò redimibles se dicen frutos.

61 Y si los partos de esclavas, y lo adquirido con el dinero ganado por el menor, se reputan por frutos; y si lo son afsimismo las soldadas, y salarios.

62 Si de los frutos de Capellanìa, ò Beneficio ha de llevar decima el Tutor.

63 Frutos pendientes al tiempo de recibir la tutela, ò quando se cumple, y toma la cuenta, de què forma se han de computar para la decima.

64 Gastos, y expensas, si se deben sacar primero que esta dicha decima.

65 Si para probar lo que el Tutor dà por descargo, seràn suficientes criados de su casa.

66 Si por los finiquitos generales es visto dàr liberacion à los Tutores de lo no expreffado, en declaracion de la dicha ley de partida 102. en su 7. parte, & ibi n. 67.

68 Si por el error de cuenta, ò por otro que consista en Derecho, se puede pedir reformation de ellas, aunque en razon de ellos se bayan otorgado finiquitos, & ibi n. 69.

70 Si por haver jurado el menor el finiquito, otorgado en favor de su Curador, havrà lugar reformation en el error, y engaño, en declaracion de la dicha ley 102. en su ultima parte.

§. Cuentas.

71 En què forma, y manera se deben dàr las cuentas por el Tutor, ò por otro qualquier Administrador, ò en virtud de Executoria.

72 Si en caso de discordia se debe nombrar tercero, y si se debe executar su parecer, & ibi n. 73.

74 Si este dicho tercero se debe conformar con el voto, y parecer de uno de los dichos Contadores.

75 Fianzas, si se debe dàr el que tiene obligacion à dàr cuentas de estàr à Derecho en caso de fuga.

76 Si el Instrumento de la tutela se podrà executar sin hacer las cuentas.

77 Preso, si puede ser el Tutor, que no quiere dàr estas dichas cuentas; y si en este caso hà lugar el privilegio de Hidalgo, ò Labrador; y si lo puede ser la madre y abuela.

78 Si por las cuentas que se tomaron à los dichos Tutores, ò Curadores, se podràn executar à sus fiadores, aunque para ellas no bayan sido citados.

79 Si el padraastro puede ser executado por su menor, hijo de su muger, por razon de los bienes dotales; ò si se debe dàr primero la cuenta.

80 Si asimismo lo podrà ser el Tutor por sus menores, por el legado, ò memoria, que despues de discernida la curaduria les fue dexado para entrar en Religion, ò tomar estado.

81 Si la madre, siendo Tutora de sus hijos, podrà, passando à segundo matrimonio, pedir execucion en los bienes de su primer marido, por razon de su dote.

82 Si faltando bienes en el Tutor, y sus fiadores, tendrà el

menor recurso à pedir el recibo al Juez, que la discernió, y quando.

UTrúm, si por la liberacion, y finiquitos, otorgados por los menores en favor de sus Tutores, y Curadores, de las cuentas de la administracion, que han tenidos de sus bienes, se deben juzgar ser otorgados de toda liberacion, dares, y tomarés; de forma, que segun su orden, y clausulas, parece imposible, que los dichos menores pedir puedan restitucion in integrum, especialmente en lo que con evidéncia consta fueron lesos, y damnificados; y porque en todo tiempo los dichos menores han de ser restituidos de sus lesiones, y agravios, parece que por solemne, y autorizado que esté otorgado el dicho finiquito, havrá lugar su retractacion, hasta ver, y liquidar que las dichas cuentas son justas, y bien dadas. Y aunque es verdad, que las Escrituras de los dichos finiquitos son de gran consideracion, y autoridad, y que se debe dar credito à todo lo en ellas contenido, como al fin Escritura, è Instrumento público otorgado ante Escribano, y testigos, y con la solemnidad del Derecho, especialmente si son ordenadas con las clausulas de la ley 102. tit. 18. p. 3. pero con todo esso, para que cada una de las dichas sus clausulas siga el efecto del Derecho, es necessario que primeramente conste legitimamente de los cargos, y descargos, que en favor (ora sea de los dichos menores, ò sus Tutores) se debian hacer; y assimismo, si en las demás cosas de los dichos menores cumplieron con su obligacion, que como dicho es, todo ha de constar primero de los dichos cargos, y descargos, sin embargo de qualesquier Escrituras públicas, y con qualesquier clausulas ordenadas, como en consecuencia de las de la dicha ley 102. irá declarado, que su tenor es el siguiente: „ Sepan quantos esta Carta „ vierén, como Alvar Perez, siendo mayor de catorce años otorgó; è vino conociendo, que Sancho Garcia, que fue su „ guardador *a*, le havia dado cuenta buena, leal, è verdadera de todos quantos bienes de èl tomàra en guarda *b*, muebles, è raices, que vinieron à su mano, è à su poder, è que ficiera bien, è lealmente todo quanto debiera facer en los sus fechos, y en las sus cosas. E otrosì, vino conociendo, que le „ havia entregado del todo quantos bienes de èl toviera, y de los „ frutos que de ellos recibió *c*, è todas las cosas que à su mano, è à su poder vinieron, por razon de la guarda, è otorgòse por „ bien pagado de ellos; è sobre todo prometió Alvar Perez al

„sobredicho, que nunca le moveria pleyto, ni contienda, ni le
 „demandaria otra cuenta sobre esta razon. E dixo, y otorgò,
 „que havia por firme todos quantos pleytos, y posturas, ficie-
 „ra el dicho guardador por èl *d*, Otrosì las pagadas que ficiera,
 „y escribiera en nombre de èl *e*, E otrosì, Alvar Perez se quitò
 „de todo derecho, è de toda cosa que pudiera demandar à San-
 „cho Garcia; y à sus herederos *f*, è señaladamente, que dende
 „en adelante no pudiesse decir, ni querellar, que por engaño,
 „ni por culpa, ni por negligencia de èl perdiera, ni menosca-
 „bára alguna cosa de lo suyo *g*, E todas estas cosas, è cada una
 „de ellas, prometìò, è jurò *b*, el dicho Alvar Perez por si, è por
 „sus herederos, è de nunca ir, ni venir contra ellos, èl, ni otro
 „por èl, en ningun tiempo, ni por ninguna razon, sò pena, &c.

Y porque cada una de estas dichas clausulas tienen en si no-
 tables ministerios, que consisten en Derecho, de que en su con-
 sequencia se pudiera traher toda la materia de *Tutelis*; tan sola-
 mente se notará lo mas principal que se requiere al dicho officio,
 y obligacion de los dichos Tutores, y Curadores por las glossas,
 y parrafos siguientes.

§. Oficio de Tutores.

2. Ibi: „Sepan quantos esta Carta vieren, como Alvar Perez,
 „siendo mayor de catorce años, otorgò, è vino conociendo, que
 „Sancho Garcia, que fue su guardador *a*. Y lo primero que ha
 de procurar el Tutor, ò Curador, para cumplir con su obliga-
 cion, ha de ser el guiar por la virtud al dicho su menor, dan-
 dole, y enseñandole principios de ella, assi como doctrinando-
 le, y enseñandole à leer, y escribir. Puesto que despues del
 hombre nacido, segun sugeto està à los peligros, y trabajos del
 mundo; è pùes no es mas el hombre de como vive; es mas de
 agradecer al que le doctrina, y enseña la virtud, que al padre
 que le engendrò, considerando, que del nacer tan solamente se
 puede agradecer el vivir, y de la virtud el vivir bien, y para siem-
 pre segun Arist. *Plus debere nos à quibus instituti sumus, quam à*
parentibus, à quibus progeniti, quod à parentibus tantum accipimus,
ut vivamus, & ab institutoribus, ut bene vivamus, ut ita refert Bald.
de Decimis Tutor. cap. 2. n. 87. ut ab institutoribus tantum debetur.

3. Y porque los Tutores, y Curadores no ignoren, y estén
 ciertos de estas dichas obligaciones, y de lo que de su parte tienen
 obligacion à hacer, se advierte lo siguiente; scilicet. Que luego
 que

que les fuere discernida la dicha tutela, ò curadorìa, han de doctrinar, y enseñar á los dichos sus menores, segun dicho es; y en especial han de dár lugar à que estudien la facultad, à que segun su condicion, y hacienda se inclinaren à estudiar, satisfaciendo con cuidado el salario, y estipendio de sus Maestros, pues es justo que se pague, y satisfaga: *ut in l. 16. tit. 16. part. 6. & ibi Greg. Lopez.*

4 Despues de lo susodicho, tienen assimismo obligacion de sustentar, y alimentar á los dichos sus menores, de forma, que en ellos no se destruyan sus bienes, y patrimonio, segun la *ley 20. diñt. tit. 16. part. 6.* Porque si en los dichos alimentos se consumiessen todos los dichos sus bienes pródiga, è inadvertidamente, se les haràn cargo à los dichos Tutores, y Curadores, especialmente lo mal gastado: *ut in l. Officio, ff. Ubi pup. educ. deb. Molina. de Just. & jur. 2. tract. disp. 224. fol. 1382. vers. Esto Judex.*

5 Y en particular se ha de notar, que el pupilo no ha de ser criado, ni alimentado en casa de los dichos Tutores, ni Curadores, siendo tan parientes, que muriendo el dicho pupilo, y menor ab intestato, le sean mas cercanos sucessores á los dichos sus bienes, salvo si el padre, ò la madre dispusieron lo contrario, de que huviesse de ser alimentado, y criado en casa de su Tutor: *ut in l. 19. diñt. tit. 16. ibi: „Criar se debe el hueroano en aquel*
„ lugar, é con aquellas personas, que mandò el padre, ò el abue-
„ lo en su testamento: & ibi: „ E si por ventura en el tal testa-
„ mento de ninguno de ellos fue esto puesto: ibi: „ E estonce
„ el Juez del Lugar debe catar con grande femencia, è escoger
„ algun hombre bueno, que ame la persona del hueroano, ò el
„ provecho de èl: ibi: E que sea tal, que muriendo el mozo, no
„ haya derecho de heredar lo suyo. Cuya decission nos dà à en-
tender, que el no permitir el Derecho, que el menor no sea cria-
do, y alimentado en casa de su Tutor, y Curador, solo es por la
pressumpcion que el dicho su Tutor, suadente diabolo, por la
codicia de la hacienda, ponga assechanzas á su vida, y alevosa-
mente dè fin de sus dias. Y à este proposito hace aquel caso que
refiere Cœpola cautela 47. Cautelar. Thom. Fer. de un menor de-
baxo del dominio que están de su abuelo, que como tal Tutor,
y Curador, administraba sus bienes, suadente diabolo; y en efec-
to, como ascendiente mas cercano, que segun Derecho, havia de
sucedder en todos sus bienes, y con codicia de gozarlos, porque en

realidad de verdad, se hacia tarde, le llevo engañado con palabras amorosas à una heredad, y alli con manos violentas le quitò la vida. Y como permite Dios, que pecados tan grandes, y delitos tan atroces no estèn ocultos, y queden impunitos, permitiò, que por ciertos modos se descubriese su pecado; y assi se hizo de su persona exemplar castigo, adonde expuesto, y pendiente del patibulo, pagò la vida con la muerte, sin embargo, que para no dar causa de confessar su delito, antes del tormento se cortò la lengua. Y assi nos lo diò à entender Baldo *cons. 187.* en que dice, que por el temor, y presumpcion que en semejantes casos puede haver, no se debe criar el menor en casa de su Tutor, ò Curador, especialmente teniendo derecho à sus bienes.

6 Lo qual se debe limitar en la madre, que siendo muger de buena vida, y fama, le debe criar hasta que se case: *ut ita docet dict. l. 19. ibi:* „ Que si oviesse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dár el Juez el hijo que lo criè ella, è „ puedelo tener, mientras mantuviere viudez, y no casàre; mas „ luego que casàre, deben sacar el huerfano de su poder; porque „ dixeron los Sabios antiguos, que la muger suele amar tanto al „ nuevo marido, que no tan solamente le daria los bienes de sus „ hijos, mas aun consentiria la muerte de ellos, por facer placer „ à su marido: & *ita docet l. 1. §. 2. C. Ubi pupil. educ. deb.*

7 Despues de lo susodicho, tiene obligacion el Tutor, y Curador à administrar bien, y fielmente los bienes del dicho su menor poniendo tanto cuidado, y diligencia en ellos, como en los suyos, porque de otra manera, estarà obligado de sus descuidos, y mala administracion, y que sin consideracion estuvieren consumidos: *ut ex text. in §. Igitur, Inst. de Obligat. quæ ex contract. nascuntur. Dec. in cons. 192. n. 5. in fine.*

8 De aqui se sigue, que en caso de ruina, incendio, ò naufragio, tiene obligacion à reservar, y librar los bienes de su menor, antes que los suyos; aliàs assimismo estarà obligado al daño, que à los bienes del dicho su menor se le siguieren, salvo en caso que el dicho Tutor probasse, que los bienes de su menor no pudieron ser librados: *ut ex text. litterales, in l. Tutor, secundum dignitatem, §. 1. ff. de Administrat. Tut. Cassan. in Consuetud. Burg. rub. 6. §. 4. n. 2. Baeza de Decimis Tut. cap. 2. n. 91.*

9 Assimismo tiene obligacion el dicho Tutor al reparo de las casas, y edificios del dicho su menor; de manera, que por su culpa, y negligencia no se destruyan, y vengàn por el suelo; porque

si se probasse, estará obligado al interese del valor de las dichas casas : *ut ex text. in l. Quæ Tutoris, vers. Ergo, & domus, C. de Administ. Tut. & ita affirmat Ripa de Peste, n. 14. Baeza ubi sup. n. 20.*

10 Es tambien oficio del Tutor tener especial cuidado en el reparo, y trastejo de las camaras, y demàs reparos, adonde está el trigo de sus menores, ó otras mercaderias, que por descuido alguno, con el agua se corrompan, y valgan menos : *ut ita docet Joan. de Plat. in l. 2. C. de Condit. in public. borr. lib. 10. Greg. Lopez in l. 15. tit. 16. part. 6. gloss. Enderezar las cosas. Molina Theol. de Just. & jure, 2. tract. disp. 224. col. 1383. vers. Quod ad minorum.*

11 Mas tiene obligacion el dicho Tutor de cultivar las heredades, barbechar los erreñales, arrendar las casas, criar los ganados, y en todo poner especial cuidado, de forma, que por su descuido, no se le pueda hacer este cargo, *secundum Mol. ubi sup.*

12 Y las demàs cosas, que commodamente no pudieren ser guardadas sin perjuicio del menor, assi como vino, miel, trigo, aceyte, ganado, y otras cosas, que no fueren necessarias, que siempre no puedan estar conservadas, se podrán vender por el dicho Tutor, aunque sea sin Decreto judicial : *ut in l. Lex quæ, & in l. ultim. §. ultimo, C. de Administ. Tut. & in l. ultima, C. Quando decret. non est.*

13 Y en caso que el dicho Tutor haya de vender algun trigo, ó otra mercaderia, no tiene obligacion de venderlas fuera del Lugar, por interes del mas valor, porque basta, y cumple en venderlas en el Lugar adonde están, sin ser necessario esperar tiempo congruo, y oportuno, porque de la mucha tardanza se pueden corromper, y será por cuenta del dicho Tutor : *ut in l. Tutor, qui repertorium, §. Si Tutor, ff. de Administ. Tut. & Cur. & ita affirmat Greg. Lopez in l. 16. tit. 16. part. 6. gloss. ultim. Molin. ubi sup. col. 1383. ad fin. Caval. de Tutel. & Cur. n. 117.*

14 Y haciendo lo contrario el dicho Tutor, y Curador, y no cumpliendo con su obligacion en la forma dicha, demàs de otros cargos que constare por escrito, y fueren justos, será condenado el dicho Tutor al daño que tuvieren los dichos bienes del menor, en cuyo juramento se difiere el interes de él : *ut constat ex l. 6. tit. 11. part. 3.*

§. Cargo.

15 Ibi : „ Le havia dado cuenta buena, leal, è verdadera „ de todos quantos bienes de él tomara en guarda b. Y para que

que esta clausula siga su efecto, es necesario, que assi de parte del Tutor, como del menor, se debe tomar, y dar con los preceptos, y leyes pupilares, para quitar de medio qualesquier fraudes, y engaños, que en semejantes casos se pudieren ofrecer: *ut docet Jason cons. 219. n. 1. vol. 2.*

16 Cumplido, pues, el termino, y tiempo de la dicha tutela, no solo el Tutor, y Curador, pero sus herederos, y fiadores tienen obligacion à dar cuenta de la tutela que ha administrado: *ut ex text. in l. 1. & per tot. ff. de Tutorib. & rationib. distrab. & ibi Bart. & commun. DD. Joan. Garcia de Expens. & meliorat, cap. 20. n. 22.*

17 Regularmente esta cuenta se debe dar, y pedir en el Lugar adonde se discernió, y administrò, sin embargo que el Tutor esté en agena jurisdiccion, *per text. in l. 1. & 2. & per l. Prætor, §. Is etiam, ff. de Edendo, & per l. Hæres absens, §. 1. de Judiciis, Castell. in suo tract. de Cuentas, 6. part.* Pero debese limitar en caso que una vez la diò, ò requirió que le tomassen cuenta, porque por este hecho, aunque esté en agena jurisdiccion, no puede ser compulso; y apremiado à darla en el Lugar que administrò, sino adonde actualmente tiene su domicilio, *secundum Petr. Surd. de Aliment. tit. 1. q. 47. n. 9. fol. 55.*

18 Y no solo el seglar tiene obligacion à dar esta dicha cuenta, como dicho es, ante el Juez que la discernió; pero tambien el Clerigo de Orden Sacro, que de su voluntad recibió la tutela de algun menor, sin ser apremiado por sus Jueces, tendrá obligacion à dar alli la cuenta, aunque sea ante el Juez Secular; y para ello puede ser apremiado por los remedios del Derecho: pero hase de entender con esta distincion; scilicèt: Que si el Clerigo de Orden Sacro se movió de caridad en recibir la dicha tutela, porque en realidad de verdad el menor era pobre, y miserable, de ninguna manera perderá el privilegio del fuero: *ut in cap. Peruenit 87. dist. & in cap. 1. & 2. dist. 88. & in l. Orphanotrophos, C. de Episcopis, & Clericis, text. in l. 45. & 48. tit. 6. part. 1.*

19 Pero si el dicho Clerigo, en caso que pudiendo no aceptarla, como en efecto aceptò, no puede ser apremiado por los Jueces Seculares, y lo hiciesse por causa de aprovecharse de los bienes del menor, entonces podrá ser apremiado à que dè la dicha cuenta ante el Juez Secular: *ut in autb. Santissimis Episc. §. Deo amabiles, col. 9. & in l. 14. tit. 16. part. 6.*

20 Pero con todo esso, esta doctrina, para mi entender, no dexa de quedar con algun escrupulo; y assi me parece se ha de entender, quando el Sacerdote, antes que se le discierna la curaduria, fuere requerido, y amonestado una, y tres veces, no aceptasse el dicho oficio de Tutor; y haviendose hecho con esta solemnidad, podrá muy bien ser convenido ante el Juez Secular à que dè la cuenta de la dicha tutela, y para ello puede ser preso, y apremiado, hasta que la dè: *ut ita sentit Abb. in cap. 2. n. 6. Ne Clerici, vel Monachi, idque tenet Bonicontus tract. de Privilegiis credit. n. 12. vol. 4. Bertachinus in tract. de Episc. 5. part. lib. 4. n. 26. Straca de Mercatur. 3. part. n. 9. quos refert, & sequitur Muñoz de Ratiocin. 1. part. cap. 8. n. 36. adonde dice con Gutierrez, que lo mas seguro será en estos dichos casos, que primero que se proceda contra los dichos Clerigos, se requiera à su Juez, y Vicario, para que con su mandamiento se pueda seguramente proceder contra los dichos Sacerdotes.*

21 De cuya cuenta no hay nadie libre, ni esempto, sino que forzosamente, haviendo administrado bienes de menor, ha de dár buena, y verdadera cuenta de todos los dichos bienes; y es en tanta forma el que esta cuenta se debe dár, que aunque conste lo contrario del padre, ò madre por su testamento, y ultima voluntad, no ha lugar la dicha remission, por la presumpcion que se puede tener de que el Tutor enagenará los dichos bienes. Y por quitar toda presumpcion de fraude, y engaño, como en efecto le puede haver, no se debe cumplir esta voluntad, y remission, porque sin embargo ha de ser apremiado à dár la dicha cuenta; y esto procede, aunque el testamento esté ordenado con clausula, y condicion que diga: „ Y en lo que fuere condenado el dicho Tutor, „ por razon de la dicha administracion, y cuenta es mi volun- „ tad, que el dicho alcance no se le pida, porque quiero que le „ haya, y goce, haciendo, como desde luego le hago, gracia de „ ello: *ut ex text. in l. Quidam decedens, ff. de Admin. Tut. l. Aurel. §. Cajus, ff. de Lib. leg. Jason in l. Actio. C. de Transact. Alex. in cons. 164. n. 2. lib. 5. ubi affirmat, quod quamvis testator legaverit administratori totum illud, in quo contingerit eum condemnari, minime valet, & ita tenet Baeza de Decim. Tut. cap. 2. n. 160. & latè per Covar. Var. res. lib. 2. cap. 14.*

22 Y no solo lo susodicho hà lugar en qualquier estraño; pero aunque la dicha administracion se haya concedido à la madre con la dicha remission, y legado: *ut ita refert Baeza ubi suprè*

n. 155. Dec. in cons. 94. sub n. 15. cum plurib. sequent. vol. 3.

23 Lo qual no solo procede en los estraños, y la madre, como dicho es, pero aun en el padre, administrador que es de los bienes del hijo, en que no goza del usufructo de ellos; como en los demás bienes adventicios: *ut ex text. in l. Litteris, §. Pater, & ibi Bart. ff. de Negotiis gestis, & in l. 3. De la guarda de los huérfanos, lib. 3. For.* aunque esto se puede limitar en el segundo caso, assi como si le fuere remitida la cuenta de la administración de los bienes de sus hijos; porque cessante fraude, no tendrá obligación à dar las dichas cuentas, y esto es especial tan solamente en el padre: *ut ita docet Bart. in dict. leg. Litis, §. Pater. Covar. ubi supr. Ang. in cons. 185. 174.*

24 Y esta dicha venta no se prescribe por lapso de tiempo, sino es despues de treinta años: *ut notatur in l. Maxime, ff. de Administrat. Tut. & in l. Adversus, & ibi Bald. C. de Negotiis gestis, Caval. de Tut. & Cur. n. 202. Gutier. de Juram. confirm. 1. part. cap. 40. n. 18.*

25 Y aunque es verdad, que los dichos Tutores, y Curadores, durante su oficio, no pueden ser convenidos á que den cuenta de la dicha su administración; pero con todo esso, lo podrán ser en uno de tres casos. El primero, habiendo cumplido el pupilo catorce años, siendo varon, y siendo muger, doce: *ut in nostra l. 102. ibi: ,, Siendo mayor de catorce años, y estando en poder ,, de Curadores.* Es el segundo caso, que pueden ser convenidos, habiendo cumplido los dichos menores, y menores veinte y cinco años: *ut probatur in l. 12. in fin. & in l. final, tit. 16. part. 6.* El tercero caso porque pueden ser convenidos, y removidos del dicho oficio de Tutores, es, quando se presume que haya engaño, y fraude de la administración de los bienes, ò dissipación de ellos, ó por otra causa semejante, *sicundum l. Cum Curatore 27. ff. de Administ. Tut. & in l. Rationes, C. de Administ. Tut. & in l. 1. per tot. tit. 18. part. 6.*

26 Y aunque es verdad, que conforme à Derecho Real de Partida, hasta los veinte y cinco años no podian los menores pedir sus bienes, ni se les podian entregar, aunque se casassen, sino es con Provision Real, presentando informacion de capacidad, y suficiencia, para poderse los entregar; hoy, en quanto a esto, está corregido por los capitulos de Reformation del año de mil y seiscientos y veinte y tres en el numero 19. cuyas palabras son las siguientes: ,, Y si se casare antes de diez y ocho años, pueda

„ administrar , en entrando en los diez y ocho años , su hacienda ,
 „ y la de su muger , si fuere menor , sin tener necesidad de vènia.

27 Ibi : „ Muebles , é raices , que vinieron à su mano. Y para ver si al Tutor se le hicieron justos cargos , es necesario , que conste , si el dicho Tutor manifestó el Inventario de los bienes de su menor , que de obligacion ha de tener , adonde con claridad , y sin confussion , ha de tener escritos , é inventariados todos los bienes del patrimonio del menor ; porque de otra manera , demàs de la pena de infamia , en que incurre , se sujetarà à lo que el menor jurare en que estima su interés : *ut latè disputat Mascard. de Probat. 3. tom. conclus. 1392. n. 1. cum seq.*

28 Despues de lo susodicho , ha de constar si el dicho Tutor Presentó el Libro de Cuentas por donde se le ha de hacer cargo , y descargo ; ò ya que se manifestò , no estuvo escrito con orden , ni contiene cosas ciertas , ni partidas verisimiles , porque de otra manera , no estando escrito con esta dicha claridad , assimismo se jurarà in litem contra el dicho Tutor : *ut in l. 1. §. Oficio , ff. de Tutel. & rationib. distr. Baeza de Decimis , cap. 2. n. 171. Mascard. ubi supr. 3. tom. conclus. 1392. n. 8. Joan. Garc. de Expens. & meliorat. cap. 20. n. 22. 23. Roland. à Vall. cons. 49. n. 24. vol. 1. Socin. Sent. cons. 213. col. 2. vol. 2.*

29 Ibi : „ Otrosì , vino conociendo que le havia entregado „ todos quantos bienes de èl toviera , y de los frutos que de „ ellos recibìó . Y aunque es verdad , que cada una de estas dichas clausulas , segun sus palabras suenan , parece tienen notable fuerza ; pero con todo esso , por general que sea , presumiendo algun dolo , y engaño contra el dicho menor , de ninguna manera podrà el Tutor favorecerse de estas clausulas generales : *Et est ratio , quia in generali renuntiatione non venit dolus , ut in l. Pomponius , ff. de Negot. gest. & in l. 6. tit. 11. p. 6. & ibi Greg. Lopez.*

30 Y assi , para que la fuerza de la dicha clausula haya de seguir su efecto , es necesario que conste , si conforme à los bienes inventariados , se le hizo cargo al dicho Tutor de todos los frutos , é intereses de los dichos bienes : *ut ita tenet Baeza de Decim. cap. 2. n. 169.*

31 Item , ha de constar si se le hizo cargo de los intereses licitos del dinero que entrò en su poder ; y esto es porque el Tutor , y Curador tienen obligacion à conservar el capital de su menor , y hacer diligencia de darlo à cambio à algun Mercader , de quien se tenga satisfacion , de que darà con cuidado los inte-
res-

resses licitos , segun la costumbre de aquel Lugar , y Region ; advirtiendole , que esto se debe hacer con Decreto judicial ; porque sin él , en caso que el cambio , ó Mercader faltasse , y se perdiessse , pagará el dicho Tutor , especialmente si se pudiere probar , que aquel dinero se pudo emplear en heredades , ó censos : ut ita tepet Escobar de Ratiocin. cap. 14. n. 16.

32 El qual dicho Tutor no solo tiene obligacion á pagar los reditos de los dichos bienes , en caso que , siendo dineros , no los empleò ; pero tambien ha de pagar reditos de reditos : ut ita afirmat Villadieg. in Politic. cap. 8. n. 58. f. 7. Ayora de Partitio- nib. 1. part. cap. 14. n. 22. per tot. Y esto se entiende , tomada la cuenta. Rodrig. ubi infra ex n. 48.

33 Para lo qual el dicho Tutor , ó Curador tiene obligacion , à seis meses discernida la dicha tutela , ó curadoria à emplear el dicho dinero ; y lo que se adquiere , durante la dicha tutela , lo debe emplear à dos meses , luego que entrare en su poder : ut in l. Si Tutor constitutus , & in l. Tutor qui repertorium , §. Usur. ff. de Administ. Tutor. Y de otra manera pagará los dichos intereses , segun el precio mas baxo de aquella tierra ; y si se probare , que convirtió el dicho dinero en su proprio uso , y aprovechamiento , pudiendolo emplear en la forma dicha , ha de pagar los inte- resses mas rigurosos que ninguno ; y en el primer caso será à razon de catorce mil el millar ; y en el segundo à razon de à vein- te : ut in l. Qui repertorium , §. Si post deposition. vers. Deponi , ff. de Administ. Tut. l. fin. C. eo , l. 1. de Usur. pupill. authent. Novissi- me , C. de Administ. Tut. & ibi comun. DD. Escob. ubi sup. cap. 14. n. 3. cum aliis seqq. Gutier. lib. 2. cap. 9. n. 5. cum aliis. Pero debe- se advertir , que si el Tutor muriere , y huviera sido negligente , y descuidado en emplear el dinero del dicho su menor , que esta culpa no se les puede imputar à sus herederos ; y mientras no se contestò la dicha causa con el dicho Tutor , no tendrá obliga- cion à pagar los dichos herederos los intereses del dicho dinero : salvo si se probare , que el dicho Tutor no los empleò por de- fraudar à su menor , de manera , que se le puede imputar dolo , ó lata culpa , y no leve , ni levíssima ; y entonces pagará lo que se probare que pudiera rendir aquel dinero , con tanto que no se difiera su cantidad en el juramento del menor , por no haver lugar en los herederos : l. Hæres , & ibi gloss. ff. de Fidejuss. Tut. & ex text. in leg. Cum ostendimus , & ibi gloss. verb. Negligentia , ff. eo , l. 1. C. de Hæredit. Tut. Ayora ubi sup. n. 34. quem sequitur Escob. ubi

ubi supr. cap. 14. n. 21. in fin. l. 6. tit. 11. part. 3. & ibi Greg. glos. 7. per text. in l. fin. C. de In litem jurand. Advirtiendo, que si los herederos no requirieron à los menores, para que nombrassen otros Curadores, y empleassen el dinero que no lo estaba, pagaràn los dichos intereses: *ut in l. Tutor, qui repertorium, §. Pecuniæ, ff. de Administ. Tut. Gutier. ubi supr. n. 20. & 21. & vide Rodrig. de Redit. lib. 3. cap. 10. per totum.*

34 Y en caso que en la dicha forma no haya cumplido el dicho Tutor, siendo en culpa, y negligencia, ha de pagar los dichos intereses, probandose la dicha negligencia, por que es justo que se pruebe, aunque se deba ipso jure; y como era considerable para el dicho efecto, aliàs no estará obligado al dicho interès: *ut notat Paul. de Castro in cons. 140. col. fin. vol. 1. vers. Super quinto. Escobar ubi supr. n. 6.*

35 Item, ha de constar si se le hizo cargo de ciertas Escrituras, y obligaciones, y otros Instrumentos pertenecientes al dicho menor; porque en caso que al tiempo de la cuenta no haya manifestado todas, y qualesquier Escrituras, que por ellas seguir se le pudiesse al menor algun provecho, tendrá obligacion à la restitucion del interès de ellas, y se sujetará à lo que el dicho menor jurare: *ut ex text. in l. 1. & in l. Alio, C. de In litem jurand. & in l. Adversus, C. eodem, & ibi comun. DD. & in l. 6. tit. 11. part. 3.*

36 Item, demàs de lo susodicho ha de constar si los bienes que fueron vendidos, fueron legitimamente enagenados; y esto es, porque el Tutor no puede enagenar los bienes raices del dicho su menor, sino es en caso de gran necessidad, ó quando es en utilidad del dicho menor; y aun entonces es necessario, que preceda, è intervenga autoridad del Juez, con suficiente informacion, ò con junta de parientes, de que assi conviene, como en este Lugar, y Villa de Yebenes es de costumbre; y no solo es suficiente el Decreto, y autoridad del Juez, pero tambien se requiere, que la heredad, ò casa, que ha de ser vendida, sea en almoneda pública, y que sea por espacio de treinta dias, con otros tantos pregones: *ut ita sentit l. 60. tit. 18. part. 3. ibi: „ Con „ otorgamiento del Juez del Lugar, andando la cosa publicamen- „ te en almoneda treinta dias: ut ita docet Greg. Lopez in l. 4. tit. 5. p. 5. gloss. 6. & de hac forma vide Monter. in sua Pract. 7. tract. fol. 144. ad fin.* Y si los dichos bienes fueren vendidos en otra forma, será la enagenacion nula: *ut ita colligitur ex doctrina supra relatã, & ita probatur in l. 18. tit. 16. part. 6. & in l. 4. gloss. 6. tit. 5. p. 5. Escob. de Ratiocin. cap. 16. per tat.*

37 Y no solo se le puede hacer cargo al dicho Tutor de estos bienes, que sin la dicha autoridad fueron vendidos; pero tambien se podrán repetir de qualquier tercero poseedor, en quien estuvieren enagenados, ora el dicho poseedor los tenga, y posea por titulo particular, ò universal, *per text. in l. Magis puto, §. /Es alienum, & §. Maneat, ff. de Reb. eorum: Paulus de Castro cons. 105. num. 2. part. 2.*

38 Y no solo puede repetir el dicho menor la cosa vendida sin la dicha solemnidad, pero tambien los frutos universales de la heredad enagenada, en caso que el que compró no tuviese buena fé en la dicha venta, por saber que eran bienes del menor: *ut in l. Si prædium, C. de Præd. minor. Covarr. Var. res. lib. 1. cap. 3. num. 6. Octavianus in Decis. Pedemont. 159. num. 1. 2. & 10. Escob. ubi sup. n. 33. & 34.*

39 Y no solo procede en los dichos frutos universales, pero tambien en los industriales, aunque estén consumidos, si por causa de ellos fuere mas rico, y concurriendo, como dicho es, la mala fé, secundúm Covar. *dist. cap. 3. num. 6. ad finem.*

40 Pero si el que compró la heredad, ó casa del menor, la tiene, y posee de buena fé, entendiendo que no era de menor, por esta buena fé no tendrá obligacion á restituirlos, sino es desde el día de la contestacion; y assimismo no há lugar la dicha restitucion de frutos, en caso que en la dicha venta no se huviesse guardado el orden, y solemnidad que de Derecho se requiere, precediendo buena fe; pues no es justo, que el descuido del Escribano le padezca el comprador: *ut in leg. Igitur, §. Postea, ff. Lib. causa, & in cap. Prevenir, de Empt. & Vendit. & ibi Imola col. 2. vers. Item notat: Covarr. in Regula posses. in 7. p. §. 7. n. 5.*

41 Todo lo qual se debe entender sin hacer excursion en el Tutor, ó Curador, aunque haya passado en tercero, ò quarto poseedor, probando es leso, y engañado, y trata de sacar la misma cosa; pero en caso que tan solamente trate de repetir el menor valor en que fue agraviado, entonces se ha de hacer excursion en el vendedor, antes que se pida al tercero, ò quarto poseedor, teniendo buena fé, aliàs se podrá pedir derechamente contra los susodichos: *ut in l. In causa 1. §. Interdum, & in §. Pomponius, ac l. Sequenti, ff. de Minoribus, & ita notat Mol. de Justitia, & jure, 2. tract. disp. 573. n. 19.*

43 Y de qualquier manera que sea el menor leso, y agravi-

viado en la enagenacion de la cosa vendida , y aunque sea con la solemnidad del Derecho , puede pedir el menor recission de la dicha venta , y enagenacion , siendo tan considerable la cosa raiz vendida , que le puede sustentar al dicho menor ; y esto se entiende , pagando al tercero poseedor lo que le costò de los mismos bienes del menor , siendo justamente vendida , y convirtiendose su precio en utilidad suya , quando al principio fue enagenada , aliàs se pagará de los bienes del Tutor , ò Curador ; ut ita notat Molina *ubi sup.*

43 Los quales bienes no se prescriben , aunque passen en tercero poseedor , mientras fueren menores de veinte y cinco años , y quatro años despues , sino es en caso de enormissima lesion ; porque entonces no se prescriben hasta treinta años ; y esto procede assimismo en las Iglesias , Fisco , Concejo , y Comunidades : *ut in l. 9. & in l. fin. tit. 19. part. 6.*

44 Item , assimismo ha de constar si se le hizo cargo de las deudas que le estaban debiendo al dicho menor ; y es la razon , porque el Tutor debe tener especial cuidado de cobrar las deudas de sus menores , de manera , que por la tardanza no se pierdan ; porque si se perdiessen , no hay duda , sino que se le debe hacer cargo de toda la deuda ; y por lo menos lo que huviere cobrado , sino es que para su cobranza hizo con algun cuidado en tiempo sus diligencias , ò que por algun caso fortuito el deudor no pudo pagar : *ut extext. in l. Tutores , §. Adolescens , & in l. Debitores , C. de Administ. tut. & in l. Si sine , §. Modestinus , ff. eo.* Y assimismo se debe limitar la dicha doctrina , si en cobrar las dichas deudas se havia de gastar mas de lo que valian : *ut ita tenet Menoch. de Arbitrar. cas. 72. n. 7. Mexia sup. l. Tolet. in primo fundamento , 12. part. n. 11. fol. 27.* Cuya prueba de la dicha negligencia de cobrar las deudas le incumbe siempre al menor ; porqué el Tutor solamente cumple con decir que no ha podido cobrarlas , aunque no muestre las diligencias , y assimismo cumple con dár los Instrumentos , y Escrituras que para lo dicho le entregaron : *ut ita notat Escobar de Ratiociniis , cap. 19. num. 22.* Lo qual tan solamente se ha de entender , quando se piden , y van haciendo las cuentas ; de que será lo contrario , quando despues de hechas , y aprobadas por las partes , ó confirmadas por Juez , se pidiere error , ò otra cosa qualquiera porque entonces le incumbe la prueba de ello al que dice fue agraviado , aunque en la sentencia , ó aprobacion se recibe qualquier error,

error, y agravio, como adelante diremos en el num. 68. & ita docet Escobar : *ubi sup. cum aliis, cap. 41. num. 28.*

45 Item, ha de constar si se le hizo cargo al dicho Tutor del precio de las casas de su morada, que por no repararlas en tiempo, y pudiendo se vinieron por el suelo. Y es la razon, que los Tutores han de tener especial cuidado en el reparar las casas de su morada, y los demàs edificios; porque de no hacerlo assi pagarán el daño que en ellas por las dichas causas resultare: *ut in l. Lex quæ tutor, §. Ergo, & domus, C. de Administ. tut. Ripa in tract. ad conservandum, n. 14.*

46 Item, ha de constar si assimismo se le hizo cargo de lo que gastò mal gastado en los pleytos de sus menores, en los quales no tuvo justicia, los quales siguiò sin parecer de Letrado, de ciencia, y conciencia: y es cierto que será condenado, si sin la dicha autoridad, y parecer siguiere el dicho Tutor los dichos pleytos: *ut tenet Maranta de Ordine Jud. 6. p. art. 3. n. 39. Baez. de Decim. cap. 2. num. 109. Bart. in l. Ita tamen, §. Hac, el 2. ff. Judicat. solvend. Menoch. cons. 145. n. 6. vol. 2.*

47 Item, para conseguir entera liberacion el Tutor de la administracion de los dichos sus menores, ha de constar assimismo si se le hizo cargo de los edificios que se quemaron por malicia, ò descuido doloso del dicho Tutor; y es muy justo, que por las dichas causas pague el interès de los dichos edificios, ò de otra qualquier cosa, que por el dicho fraude, y dolo su huviessen quemado, salvo siendo por caso fortuito: *ut ita colligitur ex ver. leg. In rebus in principio, ff. Commodat. Anton. Prag. de Tutoribus, & Curatoribus, quæst. 19. n. 17.*

48 Item, assimismo ha de constar si se le hizo cargo de los salarios que el menor ganò, por razon de sus soldadas, que constare haver entrado en su poder, ò que por su negligencia se perdieron, y no se cobraron, probandolo el menor, que le incumbe antes de estar aprobadas las cuentas, y no despues, como dicho queda. Y assimismo se le debe hacer cargo de los salarios, que estando en su casa ganó, si por su servicio se escusò el dicho Tutor de otro criado, ó criada para el servicio de su casa. Y assi advierte Escobar *de Ratiociniis, cap. 22. num. 12.* que los dichos Tutores hagan pregonar el trabajo, y servicio del mozo, è infante; porque sino, se compensaràn los servicios con los alimentos, desde la edad de cinco años, hasta que conste, à arbitrio de buen varon, que su trabajo se debe estimar en mas;

porque siempre se espera à la edad de catorce años , & ita voluit Cornius cons. 265. lib. 1. Gama decis. 361.

49 Finalmente ha de constar si se le hizo cargo al dicho Tutor de los arrendamientos , y alquileres de las casas en que vivió , por ser porprias del menor ; aunque esta doctrina se debe limitar , en caso que era conveniente que el dicho Tutor , y Curador viviessen en las dichas casas de sus menores , para el buen gobierno , y administracion de sus bienes : ut ita notat Castell. in tractatu de Cuentas , 9. part. vers. Tambien. Todos los quales cargos , y los demàs que constaren ser justos , han de haver precedido , para que el Tutor , ó Curador consiga liberacion , y justos finiquitos de las dichas cuentas. Lo qual , y con la misma distincion se ha de assimismo entender en favor de los dichos Tutores , y Curadores , recibiendoles sus descargos en la forma siguiente , deshaciendo el agravio que se les huviere hecho.

§. Descargo.

50 Ibi : „ E dixo , y otorgó que havia por firme todos quantos pleytos , y posturas ficiera el dicho guardador por él. d. Y quanto à lo primero , se ha de advertir , que à los dichos Tutores , y Curadores se les debe recibir por descargo todo lo que constare haver gastado por causa de defender los pleytos , y causas de sus menores ; pues teniendo como tiene , obligacion à defenderlas , siendo con justicia , será razon que se le reciba en cuenta el dicho gasto ; ut habetur in tit. ff. de Tut. & ration. distr. Joann. Garcia de Expens. cap. 20. num. 17.

51 Item , ha de constar si al Tutor , ò Curador se le hizo descargo de lo que gastò en mejorar las casas , y heredades de los dichos sus menores ; porque constando de ellas , será justicia se le reciban en cuenta , y se tassen assimismo sus intereses , siendo utiles , y necesarios ; lo qual no solo se debe entender en el tiempo que fueron hechas ; pero tambien , aunque estèn destruidas por el tiempo , ó caso fortuito : ut ita const. in l. Planè , ad fin. ff. de Petition. hæredit. Joann. Garc. ubi sup. cap. 20. num. 20

52 Item , ha de constar si al dicho Tutor , ò Curador se le recibió por cuenta , y descargo todo lo que constare haver gastado en los alimentos del dicho menor ; y esto , no solo há lugar en el sustento de los dichos menores ; pero tambien en lo que se huviere gastado en sus enfermedades : y assimismo ha de

de constar si se le hizo descargo del salario que huviere pagado por razon, y causa de haver enseñado, y doctrinado á los dichos sus menores, ò por razon de haverles enseñado algun oficio, ò facultad, como en el gasto de calzarle, y vestirle à si, y a sus criados: *ut hæc omnia probantur in l. 1. §. 1. Cum similibus, ff. de Tutor. & rationib. distrabend. & in l. Cum plures, §. fin. ff. de Administ. tut. Joann. Garc. ubi supra, cap. 3. n. 51. & in cap. 4. n. 7.*

53 Item, assimismo debe constar si se les recibió por cuenta, y descargo à los dichos Tutores, y Curadores, no solo los dichos gastos hechos en utilidad de los dichos menores, pero tambien todo lo que constàre haverse gastado en alimentar á sus hermanos; pues de Derecho, siendo tan pobres, que no tengan què comer, puede ser apremiado el hermano rico, y alimentar, y sustentar à su hermana pobre, especialmente no teniendo descendientes, ò ascendientes que lo puedan hacer: *ut in l. Mutus, ibi: Egentem virum fratrem, sororemve sustineat, ff. de Jure dotium, & in l. Cum plures, §. fin. & in l. Tutor secundùm dignitatem, §. fin. ff. de Administr. tutor. Anton. Gomez in l. 40. Tauri, n. 75.*

54 Cuya doctrina, no solo procede en los hermanos, pero tambien en sus hijos, y muger; y es la razon, porque el que tiene obligacion, ex legis dispositione, á sustentar á su hermano, ergo per consequens la tendrá à sus sobrinos, que de Derecho representan la persona de su padre; y esto se entiende, como dicho es, à la muger del dicho su hermano. De aquí se infiere; que los hijos espurios, assi de Clerigos, ò Frayles, como los demás, que de Derecho no pueden suceder à los dichos sus padres ex testamento, nec ab intestato, han de ser alimentados, no solo de sus padres, pero tambien de sus hermanos, aunque sean naturales, y espurios, no habiendo otra persona mas cercana, y que lo pueda hacer; porque en estos casos no se ha de considerar el rigor del Derecho, sino la equidad: *ut in cap. Cum haberent, de Eo qui duxit in matrim. & ita affirmat Greg. Lop. in l. 4. tit. 16. p. 4. glos. fin. & in l. 18. tit. 6. p. 6. glos. Caesar. Molin. lib. 2. Hisp. primog. cap. 15. n. 64. & est communis secundùm Gutier. de Tutelis, & curis. 2. p. cap. 3. n. 23.*

55 La qual doctrina assimismo se debe entender en el hermano de parte de padre, ò de madre, que son tan pobres, que no tienen de donde alimentarse: *ut notat Bald. in l. Qui filium, ff.*

Ubi pupil. educ. deb. Petrus Surd. *de Alimentis, tit. 1. quæst. 25. num. 17.* quos refert, & sequitur Gutierrez. *ubi supr. n. 24.*

56 Item, debe constar si al dicho Tutor se le recibió en cuenta todos los gastos que huviere hecho en reparar las casas de su menor; y es cosa justa, que si el dicho Tutor ha gastado algunos Maravedis en el reparo de las casas de su menor, que se le reciban en cuenta de aquellos interesses, como assimismo se ha de recibir por descargo lo que huviere gastado en el labrar, y cultivar las heredades, pues fue en provecho suyo, *ex vers. Item sumptus, ex l. 1. §. Si pupillus, ff. de Tutorib. & rationibus dicta.* Joann. Garc. *de Expens. & meliorationibus, cap. 4. n. 11.* Petrus Surd. *ubi sup. tit. 6. quæst. 14. n. 5.*

57 Ibi: „ Otrosí; las pagas que ficiera, y escribiera en „ nombre de él, e. Item, demás de lo susodicho ha de constar si al dicho Tutor se le pusieron por descargo todos los maravedis que constáre haver pagado el dicho Tutor, por deudas de su menor, ó haverlas cobrado en su nombre: y esto procede, porque todas las deudas que el Tutor, ó Curador, en nombre de su menor, huviere pagado, porque las quedó debiendo su padre, se le han de poner por descargo; aunque si el Tutor manifiesta Carta de pago del dinero que ha recibido de las deudas del dicho su menor, porque se pidieron à sus deudores para el dicho descargo, no constando de verdadera numeracion, no se librarà el dicho Tutor, ni los dichos deudores, por la presumpcion de engaño que en estos casos puede haver, y resultar contra los dichos menores, sino es probando paga, ó verdadera numeracion, como dicho es: *ut docet Bart. & communiter Doctores in l. 2. §. ultim. n. 6. ff. Si certum petatum: Castell. in suo tract. de Ratiociniis, 8. part. fol 25.*

58 Item, se le debe hacer descargo de la decima parte del fruto de los bienes de su menor, por razon de su administracion; por que de assi hacerle el dicho descargo, serà conforme à Derecho, segun consta de la *ley 2. tit. 7. lib. 3. For.* cuyo tenor es el siguiente: „ Si algunos huerfanos, que sean sin edad, „ fincaren sin padre, ó sin madre, los parientes mas propinquos, „ que hayan edad, y sean para ello, reciban à ellos, y à todos „ sus bienes delante del Alcalde, y delante omes buenos, por „ escrito, y guardenlós fasta que los huerfanos vengan á edad; „ y sino oviere parientes, que sean para elio, el Alcalde de los „ à guardar con todos sus bienes à algun ome bueno, y tenga-

„ los assi, como es sobredicho ; y quien quier que los tenga, man-
„ tengalos de los frutos , ibi : „ Y tome para si el decimo de los
„ frutos, por razon de su trabajo: y quando vinieren à edad,
„ dexeles todo lo suyo ante el Alcalde, por el escrito que los re-
„ cibió. La qual decima, no solamente se debe dàr al estraño,
però tambien al padre, y madre que quedaren por Tutores, ò
Curadores de sus hijos; y esto procede, aunque el padre sea
usufructuario de los bienes del hijo. Y es la razon, porque no ha
de ser de peor condicion el padre que el estraño: ut ita tenet
Gutier. de Tutelis, & curis, 3. part. cap. 4. per totum. Y quáles
sean frutos, y por tales se reputan, enseña el mismo Gutierrez
ibi cap. 33.

59 Y en otros muchos dice reputarse por frutos el vino,
aceyte, trigo, y otros qualesquier frutos industriales, y natu-
rales; assimismo manzanas, nueces, avellanas, bellotas; y
assimismo arrendamiento de casas, por reputarse, segun Dere-
cho, por frutos, ut ibi Gutier.

60 Item, si dieren frutos los reditos de los censos perpetuos,
ò redimibles, secundum eundem Gutierrez ubi supra, cap. 35. n.
2. post princip.

61 Y entre otros bienes que no se reputan fructiferos, son los
siguientes, partos de esclavos: ut in l. 33. tit. 41. part. 3. pro-
batur. Y assimismo el lucro, y bienes ganados con el dinero del
trabajo del menor, assi como si era Oficial, Escribano, ò Le-
trado; porque de esta ganancia, ni de sus reditos, ò grangeria,
no se paga decima; como assimismo no se debe pagar de las sol-
dadas, y salarios de lo que los dichos menores huvieren ganado:
ut ita affirmat idem Gutierrez ubi sup. cap. 30. num. 19. usque ad
num. 23.

62 Assimismo no debe llevar el Tutor, y Curador decima de
los bienes Ecclesiasticos, que goza el menor por razon de algun
Beneficio, ò Capellania colata, sino es en caso que la curaduria
sea discernida por el Juez Ecclesiastico: y assi es buen consejo,
que en semejantes casos se acuda à los Jueces Ecclesiasticos, para
que por su autoridad se discierna la dicha curaduria, ò tutela:
ut ita advertit Gutierrez ubi sup. cap. 32. n. 6. Demàs de lo di-
cho, no se le debe dàr decima al Tutor, y Curador del usufruc-
to que le fuere mandado à su menor: ut ita docet Gutier. ubi sup.
cap. 36. n. fin. in fin.

63 Y en quanto à los frutos pendientes al tiempo de la tu-
te-

tela , ò al tiempo que se acabó , se pagará la décima prorata del tiempo , y trabajo de aquel año : *ut ita relinquit idem Gutier. ubi supr. cap. 37. n. 23. 24. meliori judicio cogitandum.*

64 Todos los quales frutos , en quanto á la décima , se le han de poner por descargo al dicho Tutor , sacando primero todos los gastos , y expensas que se huvieren hecho en labrar las heredades , y coger los frutos : *ut ita docet Gutier. ubi supr. cap. 37. per totum.*

65 Finalmente se ha de notar , que si estuviere dudoso todo lo que el Tutor diere por descargo , y se remitiere à prueba , bastará que el Tutor por su descargo , y prueba de su intencion , presente por testigos criados de su casa , siendo de tal calidad lo que se quiere probar , que no pudiesse constar de otros testigos ; porque por ventura es acerca de los gastos de labrar las heredades , ò en lo que gastò por razon de sus alimentos , ò otras cosas semejantes : *ut tenet idem Gutier. ubi supr. 3. part. cap. 1. n. 147. cum pluribus sequent.*

66 Ibi: ,, Otrosì , Alvar Perez se quitó de todo derecho , è ,, de toda cosa que pudiera demandar á Sancho Garcia , y à sus ,, herederos , f. Y aunque es verdad , como dicho es , que cada una de las dichas clausulas tiene notable fuerza , de donde se pudiera inferir , que no solamente se debia entender en lo especial , pero tambien en lo general no expressado , assi como si dixesse de todos dares , y tomares. Y es la razon , porque quien todo lo dice , ninguna cosa dexa : *ut in l. Julianus , ff. de Leg. 3. & qui generalia verba profert , generaliter debet intelligi , ut in leg. 1. §. Et generaliter , ff. de Legat. præstandis , & in l. fin. ff. de Regul. juris.*

67 Pero sin embargo de todo lo susodicho , se ha de tener lo contrario en este caso , ó de otro qualquier administrador ; y assi se concluye , que todas estas clausulas generales , por la presuncion que hay de engaño , no se deben estender á mas de lo que suenan , que de derecho no hà lugar , habiendo , como dicho es , engaño , sino es en lo que fuere especificado expresamente , ò probado fuere : *ut ita probatur in l. 14. tit. 18. p. 3. ibi: ,, Ca esta Carta no le quita sino de quanto nombra en ella ,, señaladamente , è de lo que diò verdadera cuenta. Y es assi mismo razon verdadera , que de ninguna manera se dà credito à los finiquitos generales , mientras no constare de los cargos , y descargos de las cuentas , por razon de que fueron otorgados.*

Et est ratio, quia generalitas sequens debet restringi, & declarari secundum præcedentia: ut in l. Non est novum, ff. de Leg. Escobar de Ratiociniis, cap. 4. num. 21. cum sequentibus.

68 La qual doctrina assimismo hà lugar en las demás cuentas particulares, assi en el error, como en el engaño, y que consiste en Derecho; y esto ha de ser antes que estèn confirmadas por el Juez, si no es por via de apelacion, y en tiempo: ut ita defendit Aceved. in l. 22. tit. 6. lib. 3. Recop. Escobar de Ratiociniis, cap. 41. n. 1. cum aliis sequent. Y aun dice, que despues de confirmadas por el Juez, se pueden emendar, assi como si el error consiste en la suma, ò si se reservò en la sentencia el agravio de las partes, & alia ut ibi: y vease el capitulo 11. del libro 2. §. Deudas, num. 53. 54. 55. 56.

69 Ibi: „ E que señaladamente, que dende adelante no pudiesse decir, ni querellar, que por engaño, ni por culpa, ni por negligancia de èl perdiera, ni menoscabára cosa alguna de lo suyo, g. Finalmente, para conclusion de esta penultima clausula, se ha de notar, que mientras no constare, que para otorgar el dicho menor estòs finiquitos, no precedieron todos los cargos, y descargos, que dicho es, y otros semejantes; y que para lo dicho no se manifestaron los libros, de adonde con claridad constar puede de los reditos, y frutos de los bienes de su menor, y que no estèn escritos confusamente, ni generalmente, sino cada una de por sî, y con distincion, assi lo recibido, como lo dado, y lo que en nombre del dicho menor huviere cobrado, ò dado, no alcanzarán liberacion el dicho Tutor; porque por el mismo hecho se presume dolo contra los dichos Tutores, y estàn obligados al interesse, que en estos casos se difiere en el juramento de sus menores: ut ita tenet Rolandus à Valle in cons. 49. per totum: Baeza de Decimis tutorum Hispan. jure præst. cap. 2. num. 171. quos sequitur & refert Gutier. de Juramento confirmatorio, 1. par. cap. 40. nam. 18. per totum: idem Gutierr. de Tutelis, 3. par. cap. 1. num. 121. adonde dice, que no perjudica al menor la liberacion de cuentas, que hizo el segundo Tutor, ò Curador al primero, constando de fraude: ut etiam ita affirmat Baeza, ubi sup. cap. 2. n. 161.

70 Ibi: „ E todas estas cosas, è cada una de ellas prometió, è juro b. Y aunque à los menores de veinte y cinco años, y mayores de catorce, les es permitido el jurar sus contratos, y estàr, y passar por ellos, ut supra dictum est; pero en estos casos

de cuentas se ha de tener lo contrario , especialmente alegando error , ò engaño ; y assi , pedida la venia , id est , relaxacion del juramento , ad effectum agendi , & excipiendi , se han de retractar tales contratos ; y siendo executado el menor por el alcance que le hizo su Curador , ó poniendo esta excepcion , se ha de mandar anular el dicho Instrumento , probandose algun error , ò engaño , y mandar que se deshagan ; salvo si el dicho menor , ò otra qualquier persona se obligaron á que dentro de cierto tiempo dirian de sus agravios ; y passado , que no fuessen oídos ; lo qual hà lugar , especialmente siendo jurada esta convencion : ut ita docet Anton. Thesaur. decis. 260. n. 10. per doctrinam Bald. cons. 317. lib. 4.

§. Cuentas.

71 Constando , pues , de obligacion de dár estas dichas cuentas ora sea por causa de le dicha tutela , ò por administracion , ò en virtud de algun conocimiento , que haya precedido de alguna administracion , ò en virtud de sentencia executoriada , el estilo mas ordinario es , que cada una de las partes nombra Contador , (sin bastar su asistencia) y en su rebeldia nombra el Juez ; los quales , segun la justificacion de las partidas , hacen el cargo , y descargo ; y hechas , las aprueban de su parte , y las presentan ante el Juez , el qual manda dár traslado de ellas á las dichas partes , para que dentro de tercero dia las aprueben , ò contradigan , apercibiendoles , que passado el dicho termino , las aprobará , y mandará executar sin embargo de apelacion , en quanto al efecto suspensivo : y si dentro del dicho termino dixessen de agravios , y pidiessen que se nombrasse otro tercero para vér las , y justificarlas , lo debe hacer el Juez ; y sin dár lugar à prueba en este caso , se debe conformar el Juez con el voto de este dicho tercero , y aprobar su parecer ; y se manda executar , dandoles primero un breve termino para pagar su alcance : y en caso que la parte agraviada se ofrezca à probar sus agravios , no haviendose intentado antes el probarlos , se recibe à prueba sobre ellos , y se hace publicacion de testigos ; y siendo aprobadas en conformidad de los Contadores , ó la mayor parte de ellos , con aprobacion asimismo del Juez , se manda executar , sin embargo de apelacion , dandoles un termino breve para la dicha paga , segun dicho es , segun la ley final tit. 21. lib. 4. Recopil. Escobar de Ratiocin. cap. 31. num. 7. 8. 9. Y es de advertir , que si la parte agraviada reclamare de algunas partidas , y de otras no , es visto aprobarlas ;

y assi se debe executar sin embargo de apelacion , y sin esperar que las demàs se aprueben , segun , y como dicho es , & ita tenet Escobar *ubi sup. n. 7. in fin.* Y el estilo mas comun que en esta dichas cuentas se tiene , es , que antes que los dichos Contadores , dèn sus pareceres , piden las partes prueba en lo que fundan su justicia , como assi lo tiene Paz *in Praxi* , 4. p. tom. 1. cap. 1. ex num. 15. quem refert , & sequitur Rodrig. Amat. *in tract. de Execution. cap. 1. art. 2. num. 29. 30. & iterum in art. 4. num. 21. & 22.*

72 Y en caso que los dichos Contadores no se conformaren , se manda , que nombre un tercero para su discordia ; y en su rebeldia nombra el Juez , el qual conformandose con la mayor parte de los Contadores , siendo aprobado su parecer por el Juez , se manda executar , segun , y de la forma que dicho es : aunque muchas veces no es necessaria la aprobacion del Juez , en especial , quando la sentencia executoriada fue ordenada con las palabras siguientes : „ Y lo que fuere liquido por los Contadores , ò la mayor parte de ellos , mandareis executar. Lo qual se debe cumplir en la dicha forma , dando primero , y ante todas cosas , el acreedor fianzas , segun , y conforme la ley de Madrid , la qual se debe dár antes que se executen : de que es al contrario en las demàs execuciones que se causan en virtud de Escrituras ; porque las dichas fianzas no se dãn sino despues de sentencia de remate , conforme á la ley de Toledo. Escobar *ubi supra num. 10. usque ad n. 18.*

73 Y es de advertir , que si el Juez nombràre de su oficio el tercero en discordia , sin rebeldia de la parte que no quisiere nombrar , no se podrá executar su parecer , sino que justamente se podrá apelar de las dichas cuentas , apelando en tiempo de ellas en la forma , y tiempo que en las demàs causas ; salvo si haviendose de dár las dichas cuentas , en virtud de sentencia executoriada , estuviere ordenada con la clausula precedente : ut ita notat Joan. Garcia *de Expens. cap. fin. n. 28. quem refert Escobar ubi supr. cap. 33. n. 1. & 2. cum aliis seqq. usque ad n. 18.*

74 Mas se advierte , que todas las veces que el tercero fuere nombrado por las partes , que tiene obligacion á conformarse precisamente con uno de los dichos Contadores , sin apartarse de su voto , mirando con justificacion cada partida , para conformarse con el Contador que mejor arbitrò en ella : y fuera lo contrario , si el Juez nombràra en los casos que puede , segun es dicho ; por-

que entonces puede muy bien apartarse en todo, ò en parte de sus pareceres, y votos, y los podrá moderar, y hacer lo que mas justo le pareciere, segun Escobar *ubi supr. cap. 32. n. 23.*

75 Y todas las veces que por sospecha de fuga, ò ausencia del obligado à dár las dichas cuentas, no quisiere dár fianza de estàr á Derecho, debe ser preso en el interin que la dà, y se han de sequestrar sus bienes; la qual sospecha ha de constar por una sumaria informacion: aunque en este caso no tendrá obligacion à dár fianza de pagar juzgado, y sentenciado, como assi dice Escobar haverse sentenciado en la Chancilleria de Valladolid, *vide eum ubi supr. cap. 4. n. 20.*

76 Y bolviendo al dicho oficio de Tutores, digo, que para ser executados por razon de sus alcances, han de preceder las dichas cuentas, segun, y con la solemnidad supra dicha; y se darà por nulo, si de otra manera se hiciere; salvo si en el Instrumento, y obligacion de la tutela, y curaduria faltasse aquella clausula con que comunmente suelen ser ordenados; scilicèt: „ Y acabada „ do el tiempo de la dicha tutela, se obliga, que darà cuenta con „ cargo, y descargo. Y es la razon, porque entonces no se obliga à mas de dár cuentas, y por su omission se podrá executar derechamente, sin esperar hacer las dichas cuentas, por lo que constare haver recibido, y entrado en su poder; salvo por lo que probare haver gastado en el termino de los diez dias; aunque en este caso se suele dár mayor termino para hacer el dicho descargo: *ut ita notat Escobar ubi supr. cap. 21. num. 23. & 24. quem refert, & sequitur Rodriguez Amat. ubi supr. artic. 4. num. 35.*

77 Y no queriendo el Tutor, ò Curador parecer à dár estas dichas cuentas, puede ser apremiado con prision, y que para ello nombre Contador, como dicho es, sin embargo de que sea Labrador, Hidalgo, ò Cavallero; salvo si fuere padre, ò madre, en los casos que fueren Tutores, no obstante que las madres hayan renunciado el Velejano, y demás leyes en su favor. Y esto procede assimismo entre suegros, y yernos, por reputarse todos por padres, è hijos: *ut in l. Quia parentis, ff. Solut. matrim. & in l. 15. tit. 11. part. 4.* Lo qual se entiende en todos, y qualesquier contratos, y obligaciones de qualquier calidad que sean, quedandoles lo necessario para sus alimentos, segun, y de la forma que adelante diremos en el cap. 11. del segundo libro, §. Entrego, n. 130. Aunque si los dichos contratos no fueron celebrados

constante aquel matrimonio , cessará este privilegio , *secundum gloss. l. Maritum, verb. Facere potest, ff. Solut. matrim. & ibi Bart. n. 1. Ang. in §. Item si de dote, Inst. de Actionibus, n. 2.*

78 Cuyo alcance de cuentas , no solo se puede executar contra los dichos Tutores , y Curadores , pero tambien contra sus fiadores , sin que sea necessario citarlos para dàr las dichas cuentas , porque basta que se hayan hecho con los dichos Tutores , sin que assimismo sea necessario hacer excursion , ni renunciar las demás leyes , que hablan en su favor , porque basta obligarse simplemente. Y esto procede , aunque se hayan obligado como abonadores de los dichos fiadores , ò Tutores , por ser visto en este caso quedar todos obligados como principales , *secundum text. notab. in l. Cum ostendimus, §. fin. ff. de Fidejussor. Tutor.* Y porque diximos , que los dichos fiadores no es necesario ser citados para las dichas cuentas para ser executados , se ha de entender , quando la dicha fianza se otorgó , *calore indicii, & per modum contentiosæ jurisdictionis* ; salvo si fue por modo de contrato , *extra judicium* , porque entonces han de ser citados ; sino es que la Escritura de fianza fue ordenada con la clausula *guarentigia* , ó se obligò à que estaria ; y passaria por las cuentas hechas con el dicho Tutor , ò quando renunciò el autentico *de Fidejussorib. ut hæc omnia notat Escobar ubi supr. cap. 34. n. 3. 4. 5. 6. 7.*

79 Y es de notar en práctica , que si el menor pidiere execucion contra los bienes de su padrastro por los bienes dotales , que sin embargo de que el padre alegue , que primero ha de dàr cuenta de los demás bienes , que como Tutor , Administrador de su entenado , por haverlos incorporado todos juntos , se ha de declarar haver lugar la dicha execucion : *ut ita docet Escobar ubi supr. cap. 21. n. 31.*

80 Demás de lo qual , es de notar , no havrá lugar la dicha excepcion de cuentas en lo que el Tutor , ó Curador recibió extra de los bienes de la tutela , para efecto de casarse , ò entrar en Religion : *ut ita notat idem Escobar ubi supr. n. 32.*

81 Mas dice el mismo Escobar , que passado la muger à segundo matrimonio , y pidiendo execucion contra los bienes de su marido , por razon de su dote , que havrà lugar ; sino es que de aquel matrimonio quedaron hijos , de que la madre fue Administradora , y Tutora ; porque entonces , oponiendo compensacion , y que se junten à cuentas , se deben dàr dentro de dos meses , ò en el tiempo que le pareciere al Juez , *ut ita affirmat ubi supr. n. 30.*

82 Finalmente se ha de notar , que si al tiempo que se discernió la tutela , o curaduría , no era tan abonado el fiador que el Juez aprobò , como los bienes del mismo menor , id est , tan rico , que faltando bienes en el dicho fiador , y Tutor , será convenido el dicho Juez por lo que faltare ; lo qual assimismo procede en los testigos que juraron , que el dicho fiador , ò Tutor era tan rico como el dicho menor ; salvo si por remover la dicha tutela , ò curaduría otro qualquier Juez , en otros Tutores , y fiadores , que no eran tan abonados , se hizo de peor condicion , porque entonces pagará el que la removió : ut hæc omnia notantur per Gregor. Lopez in l. 9. gloss. 5. tit. 16. part. 6. Acev. in l. 13. tit. 9. lib. 3. Recop. & per text. in l. Lucius 2. §. Paul. ff. de Administ. Tutor.



LIBRO SEGUNDO,

SOBRE EL MISMO TRATADO

DE CLAUSULAS INSTRUMENTALES.

Adonde con suma distincion se trata lo mas essencial , y necesario , que ofrecer se puede en testamentos , y ultimas voluntades , y otras dudas en particiones valde utiles , y practicables en esta materia.

CAPITULO I.

Adonde por el orden de las palabras de la clausula del otorgamiento , con que todos , y qualesquier testamentos deben ser otorgados , y ordenados , que la ley 2. titulo 1. parte 6. nos enseña , se trata en qué forma , y con qué solemnidad se deben celebrar los dichos testamentos , segun Derecho , y práctica , con otras muchas anotaciones importantes á los dichos officios de Escribanos.

SUMARIO.

Testamento , y ultima voluntad , con qué clausula , y palabras debe ser otorgado , y qual sea su verdadera exposicion.

2 Testamento, y ultima voluntad, en què especies se divide en quanto à su disposicion.

3 Mandas, si se deben cumplir, en caso que el testamento se vicie por defecto de solemnidad.

4 Con què solemnidad han de ser otorgados los testamentos in scriptis, que llamamos cerrados.

5 Signo de Escribano, si se requiere en estos dichos testamentos.

6 Si por muerte de algun testigo, antes de la publicacion de los dichos testamentos, se viciaràn, y anularàn.

7 Si de necesidad se requiere publicacion en estos dichos testamentos, y què forma se debe tener para esta dicha publicacion, & ibi num. 8.

9 Què personas no pueden testar.

10 Testar, si pueden los mudos, y sordos à nativitate.

11 Testar, si pueden los prodigos, y gastadores.

12 Testar, si puede el público descomulgado.

13 Testar, si puede el infame por famoso libelo.

14 Testar, si puede el que fue condenado en confiscacion de sus bienes.

15 Testar, si puede el mentecato, y furioso.

16 Testar, si puede el frenetico.

17 Testar, si puede el hijo de familias, y de què parte de sus bienes.

18 Si del Tercio de que los hijos de familias pueden disponer, han de gozar sus padres primeramente de su usufructo.

19 Testar, si puede el Clerigo, hijo de familias, de todos sus bienes en perjuicio de sus padres.

20 Querrella, si pueden los ascendientes proponer, siendo de los dichos sus hijos desheredados.

21 Què solemnidad debe tener el testamento, adonde un Clerigo instituye, y nombra à otro Clerigo por su heredero.

22 Testar, si puede el Ciego, y con què solemnidad; y si puede testar in scriptis, ibi n. 23.

24 Testamento otorgado entre hijos, y descendientes, què solemnidad debe tener.

25 Voluntad del testador si ha de ser libre, y espontanea para disponer, y testar de sus bienes.

26 Institucion de heredero, si ha de ser vocalmente por el mismo testador, ò si bastarà por señales, ibi n. 27.

28. *Institucion de heredero , si se vicia , y anula por causa de que el mismo heredero se nombrò por tal en testamento de otro , que por su voluntad , y mandado le escribió , y ordenò , & ibi n. 29.*

30 *Institucion , si hà lugar en cedula particular , y en què forma , y ante què testigos se debe declarar , para que no se anule.*

31 *Institucion , y disposicion remitida à tercera persona , si será válida , ò si por el mismo hecho se viciará , y anulará.*

32 *Forma que se debe tener en la prueba de estos dichos casos.*

33 *Testar , si puede el Comissario en virtud del poder que se le dà , y hasta dònde se puede estender.*

34 *Comissario , si puede disponer ad libitum , no habiendole dado poder para cosa señalada , y cierta.*

35 *Si puede el Fisco , no habiendo parientes hasta el decimo grado del difunto , suceder en todos sus bienes.*

36 *Dentro de què tiempo ha de cumplir el dicho Comissario la voluntad del difunto.*

37 *Menor siendo Comissario , si puede pedir restitucion del tiempo pasado , para poder disponer de estos dichos bienes.*

38 *Revocar , si puede el dicho Comissario el testamento que el difunto antes tenia otorgado.*

39 *Revocar , si puede el Comissario el testamento , que una vez hizo , y otorgò.*

40 *Si no cumpliendo los dichos Comissarios con el dicho su officio dentro del tiempo que deben , sucederàn los parientes mas cercanos en los bienes del difunto.*

41 *Comissario , en virtud del poder que tiene hasta què cantidad podrá disponer , siendo empezado el testamento por el difunto.*

42 *No conformandose muchos Comissarios , en què forma , y manera se debe proceder , y ante què testigos se han de otorgar estos poderes , num. 43.*

44 *Vender , si se deben en pública almoneda los bienes del testador para pagar sus deudas ; y si cessará la dicha venta , pagando el heredero estas dichas deudas , ibi n. 45.*

46 *Salarios , si se deben à los dichos Comissarios ; y si por el mismo hecho que no aceptaren los Testamentarios el dicho officio , perderàn las mandas , que el testador les hubiere mandado , ibi n. 47.*

1 **U** Trùm , què sea testamento , y què solemnidad debe tener , y sobre-todo , quien puede testar , y disponer de

sus bienes. Y porque en realidad de verdad los dichos testamentos no tienen mas fuerza de quanto son otorgados, y no siguen sus efectos, mientras no están consentidos, y aprobados; para que estas dichas voluntades se aseguren con mas cumplida, y entera execucion, que en casos semejantes es justo que se aseguren, se notaràn las palabras de la ley 2. tit. 1. p. 6. en su ultima parte, en que demás de enseñarnos la forma con que han de ser otorgados los dichos testamentos, y ultimas voluntades, se advertirá en su consecuencia lo mas util, y necessario tocante á la dicha materia, y muy provechoso á los officios de los dichos Escribanos, cuyo tenor es el siguiente, ibi: „ Y otorgo, que este es el testamen-

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ to a, que yo fulano b, fice, è mandè escribir c,
2 Ibi: „ Que este es el testamento a. Y ante todas cosas se ha de notar, que el testamento no es otra cosa, que una sentencia, y ultima voluntad, que el testador quiere que se cumpla, y guarde despues de su fin, y muerte; como assi lo dixo el Jurisconsulto Ulpiano en la ley 1. ff. de Testamentis, ibi: *Est voluntas nostra juxta sententiam de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.* Cuya sentencia, y disposicion se divide en dos especies; la una es voluntad manifiesta, y la otra oculta; de las quales, la una nos enseña la ley 1. tit. 4. lib. 5. *Novæ Recop.* cuyo tenor es el siguiente: „ Si alguno ordenare su testamento, ò otra postrimera „ voluntad con Escribano Público, deben ser presentes á lo vér „ otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del Lugar donde el „ testamento se hiciere. Y si lo hiciere sin Escribano público, que „ sean ahí á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es; si „ fuere Lugar donde los pudiere haver. Y sino pudieren ser ha- „ vidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho Lugar, á lo me- „ nos sean presentes tres testigos, vecinos del tal Lugar; pero si „ el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean „ vecinos, ni passe ante Escribano, teniendo las otras calidades, „ que el Derecho requiere, valga el testamento, aunque los tes- „ tigos no sean vecinos del Lugar adonde se hiciere el testamen- „ to. Y mandamos, que el testamento, que en la forma susodi- „ cha fuere ordenado, valga en quanto à las mandas, y otras „ cosas que en èl se contienen, aunque el testador no haya hecho „ heredero alguno, y entonces herede aquel, que segun Derecho „ y costumbre de la tierra havia de heredar, en caso que el testa- „ dor no hiciera testamento, y cumplase el testamento. Y si el „ testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero

„ no quisiere heredar , valga el testamento en las mandas , y en
 „ las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare à
 „ otro en su postrimera voluntad por heredero , ò le legare , ò
 „ mandare alguna cosa , para que le dè à otro alguno , à quien
 „ substituyere en la herencia , ò manda ; y si el tal heredero , ò
 „ legatario no quisiere aceptar , ó renunciare la herencia , ò el le-
 „ gado , el substituto , ò substitutos lo puedan haver todo. Por
 „ manera , que segun las palabras de la dicha ley , nos dà à entender ,
 „ si el testamento nuncupativo se otorgare con Escribano público ,
 „ deben ser tres testigos presentes , y que estos sean vecinos de aquel
 „ mismo Lugar : y si se otorgare sin el dicho Escribano , por lo
 „ menos han de ser presentes cinco testigos , assimismo vecinos del
 „ mismo Lugar adonde se otorgare el dicho testamento ; y si el di-
 „ cho Lugar fuere tal , que no se hallaren los cinco testigos , por lo
 „ menos se han de hallar presentes tres testigos , vecinos por el con-
 „ siguiente del dicho Lugar ; y si se otorgare ante siete testigos , se-
 „ rá válido el dicho testamento , aunque no sea ante Escribano , ni
 „ los dichos testigos sean vecinos de aquel Lugar : ut etiam notat
 „ Anton. Gomez in l. 3. Tauri , n. 47. & Covar. cap. Cum esses , de
 „ Test. num. 2.

3. Solo resta , si en los casos que el testamento es de Derecho
 nulo , de que por su defecto pasan los bienes , y hacienda à los
 parientes mas cercanos del testador , si los legados , y mandas , que
 la dicha ley dice , se han de cumplir , y tener efecto , aunque sea
 por qualquiera solemnidad del Derecho. Y segun las palabras de
 la dicha ley , parece no hay dificultad ninguna , sino que se han
 de cumplir , y executar , ut ibi : „ Y mandamos , que el testamen-
 „ to , que en la forma susodicha fuere ordenado , valga en quan-
 „ to à las mandas , y otras cosas , que en él se contienen , aunque
 „ el testador no haya hecho heredero. Por manera , que segun
 „ nos dà à entender , aunque el testamento no sea otorgado ante
 „ suficiente numero de testigos , ò por defecto de voluntad , todavia
 „ se deben cumplir las dichas mandas. Y aunque es verdad , que por
 „ defecto de solemnidad no se vicia el testamento en quanto à las
 „ mandas ; pero no se ha de entender , quando faltó numero de
 „ testigos de Derecho necesarios para otorgar los dichos testamen-
 „ tos , como dicho queda ; ni assimismo se ha de entender , quando
 „ faltó voluntad del testador , porque fortè , haciendo testamento,
 „ perdió la lengua , y no pudo passar adelante , especialmente quan-
 „ do con vehementes presumpciones consta , que el testador no aca-
 „ bó

bò de disponer de sus bienes, y hacienda: ut ita probat Anton. Gomez *in l. 3. Taur. n. 18. & in n. 106.* Burg. de Paz *in d. l. 3. n. 23.* Tellus *in d. l. 3. n. 18. & 19. in 2. p.* Matienz. *in l. 11. tit. 4. glos. 1. n. 1. lib. 5. Rec. Acev. in d. l. 1. n. 62. idem Acev. in l. 1. d. tit. 4. n. 107.* adonde todos concluyen, que si las mandas son ad pias causas, ò mejoras entre hijos, serán nulas por defecto de la voluntad.

4 Y en quanto al testamento *in scriptis*, id est, cerrado, nos enseña la solemnidad que ha de tener la *ley 2. d. tit. 4. lib. 5. Novæ Rec.* que su tenor es el siguiente; scilicet: „ Ordenamos, y „ mandamos, que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del Señor Rey Don Alonso de suso contenido, que dispone quantos „ testigos son menester en el testamento, se entienda, y practique „ en el testamento abierto, que en Latin es dicho *nuncupato*, ora „ sea entre los hijos, ó descendientes legitimos, ora entre here- „ deros 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 quales hayan de firmar en- „ cima de la Escritura del dicho testamento ellos, y el testador, si „ supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no „ pudiere firmar, que los unos por los otros firmen: de manera, „ que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano, c. Por ma- „ nera, que segun nos dá á entender la dicha ley, son necesarios para el testamento *in scriptis* siete testigos, y mas el Escribano, y que todos firmen encima del dicho testamento; y en defecto del que no supiere, firme otro por èl; de manera, que con el signo del Escribano, y firma del testador, ha de haver nueve firmas; y en caso que los quatro, ò seis no supieren firmar, firmará el uno por todos, firmando su nombre tantas veces, quantos fueren los testigos que no supieren; por que segun se colige de la dicha ley, no basta la sola subscripcion del testigo; y en caso que ninguno de los testigos sepa firmar, firmará el Escribano por todos. De adonde se saca, que el dicho testamento *in scriptis* no se puede otorgar sin Escribano, porque de otra manera será nulo. Tambien se saca de la dicha ley, que los dichos testigos no es fuerza que sean vecinos del Lugar, como se requiere en los testamentos abiertos: ut ita notat Burg. de Paz *in l. 3. Taur. n. 1016.* Matienz. *in l. 2. tit. 4. gloss. 3. in fin. lib. 5. Novæ Recop.* quos sequitur, & refert Acev. *in d. l. 2. n. 9. & idem in l. 1. n. 33. cum aliis seqq.* La qual doctrina limitò Tello Fernandez en la dicha ley 3. de Toro, 5. part. n. 14. diciendo, que quando el testamento no vale como cerrado,

y tiene suficiente número de testigos para la solemnidad que se requiere como abierto, que entonces se requiere que sean vecinos del dicho Lugar. Y demás de las dichas solemnidades, contenidas en las dichas leyes, se requiere que los testigos sean libres, y no esclavos; ó por lo menos, que estén en possession de libertad al tiempo del dicho testamento; y assimismo que sean varones mayores de catorce años; y no lo han de ser mugeres, ni hermafroditas, sino es que tienen declarado usar del sexo masculino. Y assimismo no pueden ser testigos los Clerigos, que andan mendicando, y son de otra jurisdiccion; aunque los que son vecinos del Lugar de donde se otorga el testamento, bien pueden ser testigos; ni assimismo el Herege, ni Moro, ni el infame, y que por tal està dado por Derecho: *ut hæc omnia notat Anton. Gomez in l. 3. Tauri, n. 24. cum aliis seqq. Tellus Fern. in d. l. 3. Taur. n. 17. & ex l. 9 & 10. tit. 1. p. 6.* Y dice la ley 11. del mismo titulo, que los herederos, ó sus padres, ó los que descenden de él, ó sus hermanos, ó parientes hasta el quarto grado, no pueden ser testigos en favor unos de otros sobre la contienda del dicho testamento, aunque havrà lugar en los legatarios.

5 Y antes que demos fin á esta primera parte, supongamos, que el testamento cerrado, ó abierto, no fue signado, porque se le olvidò al Escribano, que se hallò presente: y segun consta de la ley 2. *sup. cit. ibi*: „ Y mas el signo del Escribano, parece seràn nulos los dichos testamentos, supuesto de que la dicha ley consta, que para dàr fè, y credito à todos, y qualesquier testamentos, es necessario que no falte el dicho signo. Pero no obstante lo susodicho, se ha de tener lo contrario en este caso; y es la razon, porque quando la solemnidad, y forma es de poca importancia, no faltando lo principal, y que se puede probar por testigos de que passò assi, no daña su omission, ni el acto se vicia; pues no es justo, que el heredero padezca excepcion por un descuido, como lo es el signo del Escribano, y como cada dia sucede; y assi basta, haviendose otorgado el dicho testamento ante el dicho Escribano, signarle despues, aunque sea despues de muerto el testador, y otorgante, y aunque el Escribano haya dexado el officio; y de esta forma serà tan válido, como si al principio huviera firmado el dicho testamento: *ut ita notat, & elegantèr probat Gomez de Leon centur. 32. n. 1. & ita etiam probat Bart. Ang. Jas. & commun. DD. in l. Prætor, §. Cogentur, ff. de Edend. Acen. in l. 2. tit. 4. n. 14. lib. 5. Nove Recop.*

6 Hase de notar assimismo en la solemnidad de estos testamentos in scriptis , que si al tiempo de la publicacion de los dichos testamentos no pareciesse alguno de los testigos , que se hallaron presentes , para reconocer su firma , y testamento , porque forté era muerto ; que entonces por el mismo hecho es nulo , y se vicia el dicho testamento cerrado , como assi lo nota Anton. Gomez in dicta l. 3. Tauri , num. 36. in fin. adonde dice , que por estas , y otras causas es peligroso testar , y disponer in scriptis ; cuya sentencia confirman Bartul. in leg. 2. in princip. ff. Quemadm. testam. aper. Cassius cons. 67. col. 1. lib. 3. Roland. cons. 39. col. 1. Procius in §. 1. column. 3. in fin. Institut. de Testament. cuya doctrina se debe limitar en caso que el dicho testamento tenga la solemnidad del testamento nuncupativo , con clausula : *ut valeat meliori modo quo possit* , que entonces no es de importancia el faltar , ò haverse muerto el dicho testigo , como se colige ex doctrina Greg. Logez in l. 3. tit. 1. part. 6. glos. 1. in fin. 5.

6 Pero teniendo , y siguiendo la comun opinion , en que en los testamentos , ora sean in scriptis , ó nuncupativos , concurriendo Escribano público , no es necessario publicacion , cessará este inconveniente , sino es en los casos , que por falta de Escribano es necesario hacer la dicha publicacion : ut affirmat Anton. Gom. in l. 3. Tauri , n. 15. Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 126. n.

7 Haviendose de publicar los dichos testamentos , el estilo ordinario que se tiene en estos dichos casos , es , que à pedimento de alguno de los que presumen son herederos , ò otro qualquiera que fuere interessado , pide , que citados todos aquellos que derecho tuvieren , ò pareciere tener á los bienes que dexò fulano , yà difunto , se haga publicacion de un testamento cerrado , de que tiene entera noticia , que por el dicho difunto fue instituído por su universal heredero , ò que le dexò un legado , ò manda. Presentada la peticion , y visto lo que por ella se pide , en su cumplimiento se manda citar à todos aquellos que parecieren ser interesados , ò que muriendo el testador ab intestato , eran de derecho los parientes mas cercanos ; y citados , se mandan llamar , y que parezcan los testigos instrumentales , de los quales se recibe juramento , y que declaren si conocen aquellas firmas , y si se hallaron presentes al otorgar aquel dicho testamento : si conocieron al otorgante , y testador ; y si saben que yà es difunto. Y hecha esta informacion , pronuncia el Juez Au-

to, en que se manda que se guarde, pronunciando assimismo es válido; y entonces se dice quedar publicado: ut ita notat Anton. Gom. ubi sup. in d. l. 3. Laur. n. 15. Molin. ubi sup. num. 5. vers. fin. in eo autem.

8 Ibi: „ Que yo fulano, b. Y siendo el acto de testar licito en sí, y de Derecho à todos permitido, tan solamente son aquellos que no pueden testar los que para el dicho efecto no tienen natural facultad, porque forté carecen del uso de la libertad, ó porque les falta el sentido, y son incapaces de entendimiento. Y quáles sean aquestos nos enseña la ley 13. tit. 1. part. 6. que son los siguientes. El mancebo, que carece de el uso de razon: menor de catorce años, siendo varon, y siendo muger de doce: el hijo de familias, el loco, y furioso, el mudo, y sordo à nativitate; aunque si el loco tenía dilucidados intervalos, bien podrá disponer, y hacer testamento de sus bienes en el tiempo de la memoria, y juicio, y será válido, y perfecto, como si siempre estuviesse sano, y bueno: ut habetur in §. 1. Inst. Quib. non est permiss. facer. testam. l. Furiosum, C. Qui testamentum facere poss. & in d. l. 13. ibi: „ Otrosí, el que fuesse salido de la memoria, non puede hacer testamento, mientras que fuere desmemoriado.

6 Y si el mudo, y sordo lo fuesse por alguna enfermedad, de forma, que supiesse escribir, bien puede hacer testamento, escribiéndolo por su mano, y de otra manera no, aunque sea por señales, sino es con rescripto, y licencia del Principe: ut ita habetur in dicta l. 13. & in leg. Discretis, C. Qui testament. facere poss. §. Item surdus, Instit. Quibus non est permiss. facere testam. Pero si el que ha de hacer testamento es Soldado, que actualmente está sirviendo en la guerra, aunque sea mudo, y sordo, como dicho es, puede hacer testamento por señales: ut paret in §. Quinimò, Instit. de Militari testam. Y es la razon, que la solemnidad de los testamentos de los Soldados es remissa por el Derecho; pues quando estuvieran en su entero, y perfecto entendimiento, bastaba otorgar sus testamentos, y postrimeras voluntades ante dos testigos, aunque fuessen mugeres, ut cum Bart. & communi Doctorum sententia ait Julius Clarus §. Testam. quest. 55. & in l. Divus, ff. de Militari testam. est l. 4. tit. 1. part. 6. Cuyo testamento, en caso de peligro de muerte, porque con las heridas estaba agonizando con la muerte, se pue-

puede otorgar ante dos testigos rogados , por señales del cuerpo , ò por escribir la dicha su voluntad en la arena , ò con su misma sangre en su escudo , vayna , ó espada : *ut constat ex leg. Milites , C. de Testament. Milit. & in §. 1. per tot. Instit. eo , & in d. l. 4. tit. 1. part. 6.* Y aunque no sea Soldado , siendo mudo , y sordo , podrá testar ad pias causas , con solamente señales : *ut in cap. Si ibi , & ibi glos. de Testament. Covarr. in dist. cap. Gama decis. 81. Julius Clar. §. Testam. quæst. 6. Ant. Gom. in l. 3. Taur. num. 110. quos sequitur , & refert Molin. de Just. & jure , 2. tract. disp. 134. n. 8. iterum in disp. 136. n. 56.*

10 Y los que assimismo no pueden testar , son el prodigo , y gastador , que por autoridad de Juez se le ha dado guardador , y administrador à sus bienes , sino es que antes de esta prohibición le tuviesse hecho , y otorgado : *ut ita habetur in l. Is cui , ff. de Testam. §. Item prodigus , Inst. Quib. non est permis. facere test. & in d. l. 13. tit. 1. part. 6.*

11 Item , el manifesto usurario no puede hacer , ni otorgar testamento , sino es pagando las usuras , y restituyendo lo mal ganado , ò dando fianzas de lo assi restituir : *ut ita habetur in cap. Quamquam , §. ult. de Usuris in 6. salvo no hallando quien le fie , y testando ad pias causas : teste Covar. 3. lib. Jur. res. cap. 3. vers. ult.*

12 Y aunque muchos dixeron , que el descomulgado no podia hacer testamento ; pero siguiendo la mas probable opinion , se ha de tener lo contrario , en que podrá licitamente testar , ora sea pública , ó secretamente descomulgado : *ut ita affirmat Panormitan. in Rub. de Testam. Silvest. verb. Testam. 1. q. 3. p. n. 9. Covar. in rub. de Testam. 2. part. num. 18. Ant. Gom. ubi sup. in d. l. 3. Taur. n. 15. cum Bart. & aliis , quos refert , & sequitur.*

13 Assimismo no puede testar el que fuere infame , por el delito de haver infamado à otro por libelo-famoso : *ut in l. Is cui , §. ult. & l. Cum lex , ff. de Testam. & in Lex Cornelia , §. ult. ff. de Injuriis.*

14 Y el que por delito alguno incurre en pena de confiscacion de sus bienes , no podrá testar ; pero en caso que por el delito no tenga confiscados todos sus bienes , de los que quedaren , aunque sea condenado à muerte natural , ò civil , bien podrá testar , y disponer de ellos , *ut ita habetur in l. 3. tit. 4. lib. 5. Novæ Recop.*

15 Y porque diximos, que el mentecato, y furioso no podian hacer testamento, y es cosa muy justa, y conforme á razon, pues para hacer, y otorgar los dichos testamentos, no es licito que sean incapaces para qualquier acto; siempre se requiere perfeccion, y entera sanidad en el entendimiento, de manera, que de ninguna suerte se presume demencia, furor, ó frenesi. Y en quanto al furioso, se responde con esta distincion, que si al tiempo de otorgar el dicho testamento, por conjeturas, y palabras del dicho testamento se pudiere arguir defecto de juicio, y entendimiento, no se dará lugar à que la disposicion, y voluntad se otorgue, especialmente si el dicho testador notoriamente estuvo recibido, que tenia dilucidos intervalos de furiosidad, y locura; porque aunque es verdad, que para qualquier acto no se requiere perfeccion en el cuerpo, tambien, en quanto al entendimiento se requiere entereza, sanidad, y perfeccion: *ut est text. in l. Furiosum, C. Qui testament. facere possunt, & ibi communiter Doctores, text. in cap. fin. de Successionib. ab intest. Spin. de Testam. gloss. 10. Rubricæ per totam.*

16 Todo lo qual, sin ninguna distincion, se ha de entender en el frenetico, y mentecato; porque aunque assimismo se puede conceder, que el furioso no puede hacer, ni otorgar testamento, como dicho es, tan solamente se ha de entender, quando presumpta, ó evidentemente se colige, ó manifesta consta su furor, y rabia por actos exteriores; pero no si el testamento fue otorgado en los dichos dilucidos intervalos, de que se presume está en su entero, y perfecto entendimiento; porque entonces ha de valer el dicho testamento, y se ha de cumplir, y executar su voluntad, como dicho queda. Y si el frenetico en la enfermedad tuviere estos dilucidos intervalos, antes, y despues del testamento, fuera lo contrario; porque de la enfermedad, y su gravedad, siempre se presume estar en aquel frenesi, especialmente, si la dicha enfermedad le vá apretando; por manera, que si antes de querer otorgar el dicho testamento el enfermo, havia estado frenetico, y al parecer se le huviesse aliviado la calentura, y en este tiempo otorgasse el dicho testamento, y despues en breve espacio le bolviessse el dicho frenesi, se presume estarlo siempre, y es nulo el dicho testamento; pues consta no estar fuera la maleza de la dicha calentura. Cuya doctrina assimismo procede en el mentecato, porque siempre carece de entendimiento, por tenerle trabado, y omisso, especialmente quando

de sus razones , y modo de hablar se cónoce estarlo. Y aunque parece hay dificultad en conocer qual sea fatuo , ò mentecato ; pero con todo esso , no la puede haver , pues por las razones , y palabras de cada uno , se colige qual sea fatuo , ò mentecato : esto atento á que el mentecato siempre carece de todo punto de razon , que es el que de Derecho no puede hacer , ni otorgar testamento ; y el fatuo , aunque en alguna manera causan risa sus razones , por no tener entero juicio ; pero con todo esso , no faltandole de todo punto , podrá muy bien hacer testamento , y será válido : *ut hæc omnia , & in phrænetico est text. in cap. Cum dilectus , de Success. ab intest. Bald. in l. Humanitatis , C. de Impuberib. Jason in l. Furiosum , C. Qui testam. facere poss. Joann. allegat. 1. per totum. Et in mente capto , & fatuo tenet Joann. Fab. in §. Prætered , Inst. Quib. non est permiss. facere test. Isidor. in lib. 10. Etymologiarum. S. Thom. 2. 2. quæst. 46. art. 1. quos refert Greg. Lop. in l. 13. tit. 16. p. 6. & in leg. In adversa , ff. de Test. & ibi comun. DD.*

17 Y porque assimismo diximos , que el hijo de familias no podia hacer testamento , hodiè , segun la ley 6. de Toro , aunque es verdad , que en todos sus bienes no puede disponer , con todo esso , se les concede à los hijos de familias disponer del tercio de sus bienes , en la forma que quisieren , y por bien tuvieren. Y lo que en este caso se puede dudar , es , si se ha de entender poder disponer , assi del usufructo , como de la propiedad del dicho tercio. Y segun las palabras de la dicha ley 6. parece la dificultad está clara , ibi : „ Pero bien permitimos , que no embar- „ gante , que tengan los dichos ascendientes , que en la tercera „ parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes „ en su vida , ò hacer otra qualquier ultima voluntad por su al- „ ma , ò en otra cosa qual quisieren. Por manera , que por la disposicion de la dicha ley parece , que en propiedad , y usufructo pueden los dichos hijos de familias disponer de los dichos bienes , segun assi lo entiende Antonio Gomez en la dicha ley 6. num. 14. de sí mismo contrario.

18 Pero sin embargo de lo supra dicho , se ha de tener lo contrario , porque no fue visto que la dicha ley 6. fuesse ordenada tan en favor de los hijos , no expressandose , como no se expressò ; assi ha de quedar en lo omisso en la disposicion del Derecho Comun ; id est , que el padre goee primero del dicho usufructo por los dias que viviere : *ut ita probat Greg. Lopez in l. 15. glos.*

Que está en poder , tit. 1. p. 6. Pinel. in l. 1. C. de Bon. matern. 1. p. n. 44. Perez in l. 1. tit. 2. lib. 5. O. d. n. col. 3. Fellus in dictal. 6. Taurin. 3. & 4. Peral. in Rubric. de Heredib. instituend. n. 180. Roxas de Successionib. ab intest. cap. 29. n. 23. Mieres de Majorat. 1. p. q. 1. n. 46. Marienz. in l. 4. tit. 4. lib. 5. glos. 3. n. 3. & in glos. 4. num. 1. Velazquez in dict. 1. 6. Tauri , n. 14. Aceved. in l. 9. tit. 1. n. 4. lib. 5. n. 12. 13. & 14. quam nostram opinionem tenet Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 9. num. 22. 23. 24. Molin. Theol. de Justit. & jure , 2. tract. disput. 138. num. 2. Y assi es buena advertencia , que los padres concedan esta licencia , para que los hijos puedan disponer assimismo del usufructo , y que esta licencia sea para todos , y qualesquier testamentos ; porque sino se expresa assi , en virtud de ella no podrá revocar el primero , ni hacer , ni ordenar otro ; porque si le hiciera , será nulo , y quedará válido el primero. Y es la razon , porque aquella comission , y facultad tan solamente se entendió para aquel primer acto. *Et quia dispositio hominis tantummodo restringitur ad primum actum* : ut ita docet Decius in cons. 512. ex n. 2. per l. Boves , §. Hoc sermone , ff. de Verborum significat. quem sequitur Covar. in cap. Cum in officii de Pact. num. 8. & hoc est decisum per l. 35. Taur. & ibi omnes Tauristæ. Y adviertese mas , que en este tercio no se imputa la condenacion , que por causa del hijo muerto , al padre le fue adjudicada , y aplicada , sino es siguiendo la causa de donacion , como heredero ; y assi es bueno no se siga como tal : ut ita notat Aceved. in leg. 1. tit. 8. n. 86. 87. lib. 5. Novæ Recop. adonde assimismo lo limita en caso que el hijo no dexasse otra hacienda. Por lo qual assimismo yo lo entiendo en la mejora de tercio , y quinto , respecto del padre muerto , siguiendo sus hijos la injuria , per l. 14. tit. 13. p. 7. y esto se entiende respecto de las deudas. Boer. decis. 221. n. 5.

19 Mas se debe notar , que por permanecer el Clerigo de Orden Sacro en la potestad de su padre , assimismo no podrá disponer de el usufructo del dicho tercio : lo qual procederá , y habrá lugar en la forma siguiente ; y es assi : que si el dicho Clerigo tuviere bienes adventicios , heredados de su madre , ó de otra qualquier parte , habrá lugar la dicha doctrina , de que primero ha de gozar el padre del dicho usufructo ; pero si los dichos bienes son castrenses , vel quasi castrenses , ganados intuitu Ecclesiæ , ó los ha adquirido de qualquier manera despues del Clericato , no hay

hay duda, sino que podrá disponer assimismo del dicho usufructo, pues en ellos el padre no los tiene, aunque el hijo sea de corona, segun diremos adelante en el *cap. 11. §. Frutos, num. 100. cum Molina de Primogen. 1. p. c. 19. n. 25. cum aliis* Sin embargo, que por la *ley 13. tit. 1. p. 6.* estaba dispuesto, que los Soldados, Abogados, Cavalleros, y Clerigos podian disponer en perjuicio de sus padres, y descendientes de todos los dichos bienes castrenses, vel quasi, sin dexarles cosa alguna; porque de qualquier manera que sea, no pueden los dichos hijos disponer de mas del dicho tercio, en la manera, y forma que dicho es, y se colige de la misma *ley 6. ibi: „ De qualquier calidad que „ sean; y assi lo notan los Doctores, Ant. Gom. in l. 48. Tauri, num. 7. Tellus in l. 5. Tauri, num. 3. cum aliis seqq. Roxas de Successionibus, c. 29. num. 23. & 24. Spin. Specul. testam. 4. p. Rub. num. 15. quos sequitur & refert Acev. in l. 1. tit. 8. num. 56. 57. 58. 59. lib. 5. Recop. Avend. in dist. 1. 6. Tauri, glos. 7. per totum.*

20 Y si los dichos Clerigos de hecho huvieren dispuesto, desheredando á sus padres, de todos sus bienes, assi adventicios, como los castrenses: vel quasi, valdrá por lo menos en los adquiridos intuitu Ecclesiæ en el dicho tercio en propiedad, y usufructo; y en los demás adventicios, y los que por tales se reputan, será nulo el dicho testamento in totum, y se sujetará á la querrela de los dichos padres, como testamento inoficioso; assi como si los dichos testamentos fueran otorgados por los demás hijos, ora sean emancipados, Soldados, ó Abogados: ut ita docet Covar. in *cap. Quia ad nos, num. 6. de Testamentis*, salvo si estos dichos testamentos, adonde los padres fueron desheredados sin causa, estuvieren ordenados, y otorgados con clausula codicilar; scilicet: „ Y quiero que este mi testamento valga en la mejor via, y forma, „ que de Derecho huviere lugar; porque entonces, en virtud de la dicha clausula, ha de valer en lo que de Derecho puede; id est, en el tercio de sus bienes, como dicho es, ora sea hijo de familias, Clerigo, ò Soldado, Abogado, ò emancipado: ut ita notat Acev. in *l. 1. tit. 8. num. 28. lib. 5. Novæ Recopilat. ubi dicit est optimum consilium, & habuit de facto Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 132. n. 7.*

21 Y no es menos digna de tener en la memoria cierta limitacion que se puede dár á la dicha *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. ibi: „ Si alguno ordenáre su testamento. De que supone no hay perso-*

na privilegiada, ni exceptuada, y que generalmente habla: de que se sigue comprende à todas, y qualesquier personas habiles para testar. Y porque no hay regla, que no tenga, y padezca su excepcion, se limita en el Clerigo testador, que instituyò à otro Clerigo por su universal, ò particular heredero, de que entonces no es necessario, ni se requiere la solemnidad de la dicha ley 1. en quanto los testigos: porque en este caso, basta manifestar su voluntad el Clerigo ante tres testigos, sin ser necessario observar la solemnidad de la dicha ley 1. ut ita probat Abb. in cap. *Quòd Clericis*, n. 9. & 20. de *Foro competent.* & in c. *Ecclesiæ Sanctæ Mariæ*, n. 14. eodem titulo; & ibi Imola, & Felin. num. 83. Bald. in *authent. Cassa, & irrita*, C. de *Sacrosanct. Eccles.* 5. *quæst.* Tellus in l. 3. *Taur.* n. 11. 5. part. Gutierr. lib. 2. cap. 49. num. 6. Los quales testigos me parece deben ser varones, y no mugeres, per ea que dixit Covarr. in cap. *Cum esses*, de *Testament.* num. 4. Aunque Molina dixo seràn idoneos, aunque fuessen mugeres, especialmente tratando de la solemnidad de los testamentos, in *terris Ecclesiæ*, vide eum in 2. tract. disp. 133. n. 6.

22 Y entre los demàs que pueden hacer testamento, y disponer de sus bienes, es assimismo en particular el ciego, cuya solemnidad enseña la dicha ley 2. tit. 4. lib. 5. *Nove Recopilat.* ibi: ,, Y mandamos, que en el testamento del ciego intervengan ,, cinco testigos à lo menos. La qual solemnidad se requiere, ora sea entre estraños, ò entre hijos, y descendientes; demàs que los testigos deben ser de la misma calidad que los demàs testamentos, los quales han de ser vecinos del mismo lugar adonde se otorgare el dicho testamento, como assi lo nota Anton. Gom. in *dist. l. 3. Tauri*, num. 47. per l. 1. tit. 4. lib. 5. *Nove Recop.* Molin. de *Just. & jure*, 2. tract. disp. 130. in *fin.*

23 Y es de notar, que el ciego no puede testar in scriptis, por causa que puede ser engañado, supuesto que de escribirle otra persona, y no poder leer el dicho su testamento, facilmente fuera engañado: demàs, que quando se permitiera, que testar pudiera in scriptis, como dicho es, eran necessarios siete testigos, y con la solemnidad que en los demàs testamentos se requiere: y assi, segun las palabras de la dicha ley, tan solamente nos diò à entender, que el dicho testamento ha de ser abierto, y ha de tener las demàs solemnidades que en los demàs testamentos nuncupativos se requieren; salvo, que de necessidad no se requiere Escribano; como assi lo nota el mismo Anton.

Gomez in dict. l. 3. n. 52. teniendo los dichos cinco testigos de la dicha ley.

24 Finalmente se concluye en esta segunda parte , que testando el padre entre sus hijos , se requiere la misma solemnidad que en los demàs testamentos entre estraños ; porque de otra manera , aunque es verdad que sus hijos , y descendientes le son herederos ex testamento , & ab intestato , pero con todo esso , faltandole la solemnidad dicha , será nulo en quanto á las mandas , y mejoras , especialmente siendo por defecto de voluntad del dicho su padre , ò que faltò el numero de testigos que de Derecho se requiere , y dicho es ; y se colige de la dicha ley 2. tit. 4. lib. 5. Novæ Recop. ibi : ,, Ora sea entre los hijos , ó descendientes ,, legitimos , & ita notat idem Anton. Gom. ubi sup. n. 58. 59. & in n. 18. & 106. La qual doctrina assimismo se estiende en los testamentos cerrados , en los quales ha de intervenir la misma solemnidad , que si se otorgára entre estraños : ut etiam idem Anton. notat ibi num. 60. quem sequitur , & refert Molin. ubi supr. disp. 128. in fin.

25 Ibi : ,, Fice , è mandè escribir , c. Y aunque es verdad , que para descargo de la conciencia es necesario hacer , y otorgar testamento , especialmente , si de no hacerse los dichos testamentos , huviere de resultar escandalo , por no haver declarado el testador , y difunto lo que por haverse callado resultò algun daño , y perjuicio al tercero , ó porque entre los acreedores se movieron pleytos , y gastos , pero con todo esso , cessando todos estos inconvenientes , no pecará venialmente , quando no otorgue testamento , ni haya institucion de heredero , sino es cumpliendo con las demàs obligaciones de buen christiano , que es confessar , y comulgar. Y es la razon , porque quando muere ab intestato , se le ha de hacer su entierro , y gasto funeral , como si lo huviesse mandado , y se le han de decir sus Missas , segun su hacienda , y calidad de su persona , como adelante diremos en el cap. fin. De donde se saca , que esta voluntad de testar ha de ser libre , y espontanea , de manera , que ni por fuerza , ni miedo , ni alhagos , ni ruegos ha de ser obligada la dicha voluntad del testador ; demàs , que pecará mortalmente el que fuere causa , è interviniere à lo susodicho , y tiene obligacion à restituir aquel interès à quien en cuyo perjuicio pretendiò quitarselo : ut in l. 1. C. Si quis aliam prohiberit testari : Navarr. in Manual. preclud. 6. n. 7. & hæc omnia probantur in l. 27. tit. 1. part. 6.

26 Supuesto esto, se duda lo primero, si en la institucion de heredero, de necesidad, y forma se requiere, que el testador por su misma persona nombre, y pronuncie la persona de su heredero. Y aunque es verdad, que segun las palabras de la ley 6. tit. 3. part. 6. ibi: „Nombrandole por su nome, se ha de entender de necesidad, que el mismo testador declàre su heredero; pero con todo esso, se ha de limitar quando el testador por la gravedad de la enfermedad, sin perder el sentido, perdió la lengua, y con señales manifiestas significa su voluntad, siendo en especial la dicha su disposicion ad pias causas: ut ita docet Gregor. Lopez in dist. 1. 6. glos. 2.

27 Lo qual es al contrario, si la voluntad fue conjeturada por las dichas señales para otros fines; y esto procede, aunque por el Escribano, ò otra qualquier persona, el dicho testador sea preguntado si quiere, y es su voluntad instituir por su heredero universal á fulano; y entonces el dicho testador con señales ciertas, y verdaderas manifestasse, y diesse á entender que aquella era su voluntad: ut ita indistinctè tenet Acev. in l. 1. tit. 4. n. 163. lib. 5. Nove Recop. idem Greg. ubi sup. glos. 2. Todo lo qual se ha de limitar en los legados en esta forma dexados, por ser especial en estos casos; y segun Derecho, basta que el testador signifique su voluntad por señales ciertas, segun se prueba por la ley 9. tit. 9. part. 6. ibi: „La persona de aquel á quien es „ fecha la manda, debe ser puesta, è nombrada ciertamente de „ guisa, que puedan saber qual es, ò por su nome, ò por otras „ señales: & ita etiam probatur in l. Nutu, ff. de Legat. 3. l. Cum proponebatur, ff. de Legat. 2. & affirmat glos. 1. Jubemus, C. de Testam. Covar. in cap. Cum tibi, de Testam. n. 3. Anton. Gom. in l. 3. Tauri, n. 11.

28 Y quanto à lo segundo, se puede dudar assimismo si el testador puede disponer, y testar de sus bienes, dando facultad á un tercero, para que en su nombre ordene su testamento, permitiendo assimismo, que el dicho tercero se nombre por su universal heredero. Y para conclusion de esta duda, se responde con la distincion siguiente; scilicèt: que si el testamento fue in scriptis, adonde el mismo tercero, que escribiò el testamento, se nombrò por heredero del testador, ó señalò manda, ò legado, que entonces será nulo el dicho testamento, y no se debe cumplir lo en èl contenido, puesto que los testigos no saben si es verdadera aquella institucion: ut ita habetur in l. 1. cum sequentib. C. de

de His, qui sibi ascribunt in testam. & in l. 1. §. Ad testamenta, ff. ad l. Cornel. de Falsis.

29 Pero si el dicho testamento fue nuncupativo, valdrà la dicha institucion, y legados: y esto tiene su fundamento, en que la fè, y autoridad que se le dà al dicho testamento, no consiste en que el testador declàre su voluntad, y que permitiessè que el dicho heredero se instituyesse por tal, si la dicha disposicion no la manifestàra ante testigos: y assi, sin dificultad alguna, serà vàlido el dicho testamento, si despues de ordenado, se hallaron presentes los testigos necesarios para los dichos testamentos, como dicho queda, y se les leyò el dicho testamento: ut ita notat Cinnus in l. 1. C. de His, qui sibi ascrib. in test. & ita colligitur ex doctrina Speculat. tit. de Instrum. ædil. §. Instrumentum, versic. Quid ergò: Bart. in l. 1. §. Ex illa, ff. de Falsis, n. 1. Bald. in l. Distantib. C. de Testam. & in l. Si testator, C. de His, qui sibi ascrib. in test. Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 125. n. 5. in fin. adonde dice, que si los testigos, ò Escribano, al tiempo de la publicacion del dicho testamento, no se acuerdan si el dicho heredero por tal fue instituido, que por esta presumpcion se vicia, y se dà por nulo el dicho testamento, ex doctrina Bartul. in l. 1. §. Ex illa, ff. ad leg. Cornel. de Falsis.

30 De aqui se infiere, que si el testador, ante suficiente numero de testigos, ò en su testamento, siendo ordenado, y otorgado ante Escribano, dixesse: Quiero, y es mi voluntad, que la persona que està escrita, en tal cedula de mi nombre, y letra, la qual tiene tal Religioso, ò persona, que haya, y herede todos mis bienes, que constando ser verdadera la dicha cedula, ha de valer la dicha manda, ò institucion, segun la comun opinion de los Doctores: ut ita notat Covar. in cap. Relatum 1. de Testam. n. 5. Julius Clar. §. Testamentum, quæst. 4. & 36. Menoch. lib. 2. Successionum, §. 17. n. 5.

31 De todo lo qual se infiere assimismo aquella decission, y disposicion de la ley 11. tit. 3. part. 6 que su tenor el siguiente: „ Mándote que vayas à algun ome sabio, y en la manera que „ èl ordenàre que sea fecho mi testamento, que lo escribas tu „ si; porque tengo por bien que vala como èl lo ordenàre: y es „ tonçe bien valdrà lo que assi fuesse fecho por mandado del tes- „ tador. De donde se sigue, que si antes que el Escribano viniessè, el enfermo, y testador huviessè muerto, serà vàlido el dicho testamento, pues para uno, y otro caso no se requiere Escritura;

por-

porque, como dicho queda, basta prueba de testigos, siendo en el numero que de derecho en los dichos testamentos se requiere, conforme á la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. supra referida.*

32 Y la forma que se ha de tener en hacer las dichas informaciones, nos enseña la *ley 4. tit. 2. part. 6.* cuyas palabras son las siguientes: „ Ante testigos paladinamente seyendo fecho el „ testamento, ò sin Escritura, si alguno de aquellos á quien fue- „ re algo mandado en èl, pidiesse al Juez que ficiessse venir ante si „ los testigos, è recibiesse los dichos de ellos en escrito, en la „ manera que el testamento fuere ordenado ante ellos, debe el „ Juez facerlo assi: y despues los testigos fueron venidos ante èl, „ debelos facer jurar que digan la verdad, è de si debe facer es- „ cribir lo que dixeren, è vale tanto el escrito que fue fecho de „ esta guisa de los dichos de los testigos, como el testamento que „ es fecho en escrito. E maguer que muriessen los testigos todos, „ ó alguno de ellos despues que esto oviessen fecho, valdria el „ dicho, è la Escritura de ellos, bien assi como si fuesse testa- „ mento acabado, seyendo las personas de los testigos à tales, „ que no los puedan desechar.

33 Y todas las veces que el testador diere poder, y facultad à algun Comissario para disponer, y hacer testamento, se obser- varán las *decisiones de las leyes 31. & 32. & 33. & 34. & 35. & 36. & 37. & 38. de Toro, hodiè l. 5. & 6. & 7. & 8. & 9. & 10. & 11. & 12. & 13. tit. 4. lib. 5. Recop.* Y dice la dicha *ley 31.* que de ninguna manera el Comissario, que tiene poder del dicho testador, no pueda instituir, ni nombrar heredero, ni mejorar, ni mandar substituir, ni dexar, y nombrar Tutor à ninguno de sus hijos, sino es teniendo especial poder para cada una de las cosas sobre dichas. Pero dudase, si habiendo el testador dado poder al dicho Comissario para mejorar alguno de sus hijos, sin nombrar, ni señalar à quien por su mismo nombre, podrá el dicho Comissario, debaxo de aquella facultad, y poder, mejorar à qualquiera de sus hijos. Y aunque es verdad, que dice la dicha *ley 31.* que el heredero, que ha de ser instituido, ha de ser nombrado por su mismo nombre, tamen, en nuestra question no es necessario, como en los demás legados particulares, y substituciones, que en particular sea nombrado el que ha de ser mejorado; porque basta que en quanto à esto el testador manifieste su voluntad: *ut ita notat Acev. in d. l. 5. tit. 4. n. 11. lib. 5. Rec.*

34 Y dice la dicha *ley 32.* que en caso que el dicho testador

dió poder al dicho Comissario, sin declarar ninguna de las cosas supra referidas, que en tal caso el dicho Comissario debe satisfacer las deudas, y descargar los cargos del testador, gastando el quinto de lo que quedare por el alma del difunto, y lo demás se entregará à los herederos, que le havian de succeder ab intestato; y si parientes no tuviere, dexandole à la muger lo que de Derecho le pertenece, disponga de los demás bienes en causas pias, à orden, y provecho del alma del dicho difunto, *d.*

35 De aqui se infiere, que aunque el testador no tenga parientes hasta el decimo grado, no succederà el Fisco en los dichos sus bienes; porque en este caso, el difunto no murió ab intestato, sino ex testamento, en virtud, y facultad de la comission, y poder, secundùm Anton. Gom. *in dist. l. 32. n. 11.* Villalob. *in Antimonia Juris Civilis, & reg. litera B. n. 10.* Tellus *in dist. l. 32. n. 4.* Y assi se ha de hacer la dicha disposicion en obras pias, como dicho es, en el lugar adonde el dicho testador tenia su domicilio, y habitacion: Anton. Gom. *ubi sup. n. 4.*

36 Y dice la ley 33. que el Comissario para executar todo lo supra dicho, no tenga mas termino de quatro meses, no estando ausente; y en caso que lo esté, se le conceden seis, y no mas: y si fuera del Reyno estuviere, se le concede un año: y si el dicho tiempo passare, no pueda usar del dicho poder, aunque el dicho Comissario diga, y alegue, que los dichos terminos nunca vinieron à su noticia, ni assimismo el dicho poder; y si lo que señaladamente el testador le mandò hiciesse, no lo huviere hecho, que ipso jure se cumpla, quedando en su fuerza lo dispuesto por las demás leyes supra referidas, de que si no dexare, ó huviere nombrado heredero el dicho testador, se entreguen los bienes à los parientes, que le havian de succeder ab intestato.

37 Y hase de observar en tanta forma lo dispuesto por esta dicha ley 33. que aunque el Comissario sea menor, no puede pedir restitution de esta ignorancia: ut ita notat Anton. Gom. *ibi n. fin.* Matienz. *in l. 7. tit. 4. glos. 5. in fin. lib. 5. Rec. quos sequitur, & refert Acev. in dist. l. 7. n. 12.*

38 Mas dice la ley treinta y quatro, que en virtud del poder que tuviere el dicho Comissario para hacer dicho testamento, no pueda revocar el que antes tenia hecho el dicho testador, sino es dandole facultad, y poder especial para lo susodicho; y assi se advierte, que todas las veces que el testador quisiere dár este dicho poder, sea ordenado con clausula especial, en que diga:

*Formatur
alia clau-
sula.*

Y para que assimismo pueda revocar todos, y qualesquier testamentos, y codicilos, que de qualquier manera antes de aora, tuvieren hechos, y otorgados, aunque sean jurados, y tuvieren qualesquier clausulas derogativas.

39 Y prosigue mas, y dice la ley 35. siguiente: Que una vez hecho, y otorgado el dicho testamento por el Comissario, no le pueda revocar, aunque en si reserve en el dicho testamento el poderle revocar; y que assimismo no pueda hacer, y otorgar codicilo alguno, ni otra declaracion, salvo en lo que no fue guardado, conforme à la voluntad del testador.

40 Y dice assimismo la ley 36. que si de qualquier manera el dicho Comissario no cumplió el dicho testamento, y voluntad del testador, que luego succedan los parientes mas cercanos del dicho testador, los quales sean obligados à disponer de la quinta parte de los dichos bienes, no siendo hijos, ò descendientes del dicho testador, cuya disposicion ha de ser por el alma del difunto, & ita notat Aceved. *in l. 6. tit. 4. n. 29. cum aliis seqq.*

41 Y prosiguiendo con las dichas leyes, dice mas la ley siguiente 37. que si despues de haver nombrado el testador heredero, dió poder al Comissario para que le acabasse, que el susodicho no podrá, en virtud del dicho poder, mandar mas del quinto, despues de pagadas las deudas, y satisfacer los demàs descargos del dicho testador, salvo si el dicho testador le dió especial poder para disponer mas del dicho quinto.

42 Finalmente, dice la dicha ley 38. que si en caso que el dicho testador huviere nombrado dos, ò mas Comissarios, y para el cumplimiento de la voluntad del dicho testador fueren requeridos, y no lo quisieren hacer, ò no pudieren usar del dicho poder, ó porque el uno de ellos murió, que por el mismo hecho passe el dicho poder à los demàs Comissarios, para cumplir con la dicha voluntad; y en caso que en lo susodicho no fueren conformes, observese, y guardese lo que mandàre, y declaràre la mayor parte: y en caso que en igual numero sean conformes, sean obligados à nombrar por tercero al Corregidor, ó Asistente, ó Gobernador, ó Alcalde Mayor de aquel mismo Lugar: y si alguno de los susodichos no huviere, que nombren un Alcalde del mismo Lugar: y si en la eleccion de los dichos lugares no estuvieren conformes, que echen suertes, y el Alcalde à quien le cupiere la suerte, se junte con ellos, y lo que la mayor parte declaràre, aquello se execute, y guarde; y pa-

para que esto no proceda assi, será buena advertencia, que este poder se le dè à cada uno *insolidum*: ut ita notat Acev. *in leg. 12. dist. tit. 4. lib. 5. Novæ Recop. glos. La mayor parte.*

43 Y hase de advertir, que todas las veces que este poder, y facultad se diere, ha de ser con la solemnidad que se otorgara el testamento, y de otra manera será nulo todo lo que en virtud de èl se hiciere, segun doctrina vulgar.

44 Y hase de notar assimismo, que los bienes que se vendieren para satisfacer las deudas, y descargos del testador, ha de ser en pública almoneda, vendiendo primero los bienes muebles; y si no huviere suficiente cantidad, se venderán los derechos, y acciones, y luego los bienes inmuebles, sino es en caso que el testador le dió facultad para vender los que quisiere, y mejor tuviere.

45 Y assimismo se ha de notar, que si el heredero que ha de suceder ab intestato, satisfaciere las deudas, y pagare lo demás que se gastare por lo funeral, y alma del difunto, que no se podrán vender los dichos bienes: ut hæc omnia notat Acev. *in dist. 7. 6. tit. 4. n. 1. cum sequentib. lib. 5. Novæ Recop.*

46 Y es assimismo de notar, que à estos dichos Comissarios no se les debe salario ninguno, sino es en caso que por la ocupacion dexaren de ganar en su oficio alguna cantidad, que entonces será justo que se les pague, y satisfaga. Y es la razon, porque este oficio es voluntario, y hasta que le acepte, no le pueden obligar à que le cumpla: ut ita notat idem Acev. *ubi supr. n. 20. idem Acev. in l. 14. eodem tit. n. 7.*

47 Y si el testamentario, à quien el testador huviere mandado cosa alguna por el respeto del dicho oficio, lo ha de perder, en caso que no le quiera aceptar: *ut patet in authent. de Heredib. & falcid. §. Si quis autem, in auth. de Eccles. tit. 5. §. Si autem qui, hoc l. Si quis sepulchrum, §. Funus, ff. de Relig. & sumpt. Fun. l. ult. ff. de Confirmat. tut. leg. Post legatum, §. Amittere, ff. de His quibus ut in dign. leg. 13. tit. 5. lib. 3. fori.* La qual doctrina assimismo procede, aunque el dicho legado, y mandado sea dexado debaxo de aquel respeto: ut ita cum Ang. & Paul. *affirmat additio in margine ad glos. in authent. de Heredib. & falcid. citut. verb. Aufferri.*

CAPITULO II.

Adonde, de mas de los efectos que se causan por la clausula codicilar, se trata qué solemnidad se requiere en los codicilos, assi abiertos, como cerrados.

SUMARIO.

- 1 **Q**ué sea codicilo, y qué solemnidad debe tener, y qué efectos se siguen de su clausula, y en qué forma ha de ser ordenada.
- 2 Institucion de heredero, si se puede hacer en estos dichos codicilos.
- 3 Condicion, y revocacion, y desheredacion, si hà lugar en los dichos codicilos.
- 4 Indirecta institucion, si se puede hacer en estos codicilos.
- 5 Si la institucion directa en cosa particular se convierte en legado, ò se vicia la institucion.
- 6 Qué solemnidad deben tener los dichos, codicilos, ora sean cerrados, ò abiertos.
- 7 Si los testigos de estos dichos codicilos han de ser de la misma calidad que los de los testamentos, ò si lo pueden ser mugeres.
- 8 Si por la clausula codicilar es válido el testamento, que de Derecho ipso jure era nulo.
- 9 Si el juramento interpuesto en el testamento sigue este efecto.
- 10 Si siendo ordenados con diferentes palabras, las dichas clausulas seguiràn el dicho efecto.
- 11 Si se verifica assimismo tacitamente ser ordenada inter descendentes.

1 **U**trúm, qué sea codicilo, y con qué solemnidad debe ser ordenado, y otorgado. Y para que mejor se entienda su exposicion, como lo tocante à su materia, hemos de suponer, dando assimismo quáles sean los efectos que se causan por la clausula codicilar, tan celebrada en el Derecho, que sus palabras son las siguientes; scilicèt: „ Y para que mejor, y con mayores efectos se cumpla, guarde, y execute esta mi ultima voluntad, quiero, que si valer no pudiere como testamento, valga como codicilo. Y satisfaciendo à la primera

Formatur
alia clau-
sula.

duda, digo, que codicilo no es otra cosa, segun su cierta, y verdadera exposicion, sino una ultima disposicion, manifestada, y declarada en un pequeñoCodigo, y Escritura: *ut colligitur ex tit. Instit. & Cod. & ex ff. de Jure codicillorum, & ex l. 1. tit. 12. p. 6.*

2 Y dice la ley 2. del mismo titulo, que de ninguna manera se puede hacer institucion de heredero en estos dichos codicilos; porque de hacer lo contrario, seràn nulos: *ut ita etiam probatur in §. Codicillis, Institut. eodem, & in §. Directo, & in l. Si idem, Cod. eo.*

3 En cuyo codicilo assimismo no se puede poner condicion ninguna, que fuerza tenga; ni assimismo se puede revocar, ni quitar herencia en los dichos codicilos; y por el consiguiente no se puede desheredar à persona alguna: *ut in §. Codicillis, supr. relat. Inst. eod.* Aunque en el codicilo bien puede el testador declarar, y manifestar el delito cometido por su heredero, por el qual deba ser privado de aquella herencia: *ut in l. Hæreditas, C. de His quibus, ut indign. & in d. l. 2. d. tit. 12. p. 6.*

4 Y aunque es verdad, como dicho es, que no há lugar la directa institucion en los dichos, con todo esso havrà lugar la directa, assi como fideicomitendo al heredero instituido, o al que havia de suceder ab intestato restituya la herencia á tercera persona, que el dicho testador nombra; y entonces se debe restituir, reservando en si la quarta parte de los bienes, que el Derecho llama Trebelianica: *ut patet Inst. de Fideicommiss. hæredit. §. Sed quia hæres, l. 2. d. tit. 12. p. 6.* Y assimismo se puede hacer esta institucion indirecta de la substitution pupilar: *ut ita notat Molina de Justia, & jure, 2. tract. disp. 124. n. 8.*

5 Y es de notar, que aunque la institucion sea directa, siendo en cosa cierta, y particular, no por esso se vicia la institucion; porque por el mismo hecho se convirtiò en legado, *secundum Bald. in l. Non codicillum, C. de Testam.*

6 Y lo que ahora resta es, dàr à entender la segunda duda que se propuso; scilicèt: Què solemnidad se requiere en estos dichos codicilos. Y supuesto que por la dicha ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. consta, que la solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, essa haya de tener el codicilo; de la misma calidad parece dà que dudar, si se ha de entender en el uno; y otro codicilo, abierto, y cerrado. Y aunque es verdad, que por la misma ley 2. no se puede verificar, que en los codicilos cerrados se requiera la misma solemnidad, que en los testamentos cerrados,

como lo dispone en los abiertos, quedarán sin duda alguna en la disposición del Derecho Comun, adonde se requieren cinco testigos en los codicilos cerrados, con aquella solemnidad, que en los testamentos cerrados; salvo que aunque no intervenga Escribano, no se viciarán los dichos codicilos; ut ita probatur *in l. fin. C. de Jure codicil. & in l. 1. tit. 12. p. 6. Anton. Gomez in l. 3. Taur. n. 69. Cifuent. in d. l. 3. n. 10. Gregor. Lopez in l. fin. d. tit. 12. p. 6. gloss. Magn. Acev. in l. 2. tit. 4. n. 33. lib. 5. Recop. Matienz. ibid. gloss. 9. n. 5.*

7 Y lo que se puede dudar es, si en el otorgamiento de estos dichos codicilos se requiere la misma solemnidad, y calidad de testigos, que en los dichos testamentos. Y segun parece de la dicha ley 2. ibi: ,, Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad ,, que se requiere en el testamento nuncupativo, ò abierto: nõ dà à entender no hay dificultad alguna, tamen està dudosa, respecto de que la dicha ley 2. no dice, que los codicilos hayan de tener la misma calidad de testigos, que en los testamentos se requiere; sino tan solamente dice, que hayan de tener la misma solemnidad. De donde se infiere, que en estos codicilos cerrados, y abiertos, seràn suficientes mugeres por testigos; atento, que como dicho es, la dicha ley no se ha de entender respecto de la calidad de los dichos testigos, sino tan solamente respecto de la solemnidad. Question es dudosa, adonde cada uno sigue su opinion, de que por la una parte afirma assi se ha de entender la dicha ley Anton. Gomez. *in l. 3. Taur. n. 70. ubi dicit: Ita est tenendum in consulendo, & judicandum: & idem tenet Cifuent. in d. l. 3. n. 12. Burg. de Paz in d. l. 3. n. 1349. Palac. Rub. in d. l. 3. n. 34. Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 131. n. 10. & pro contraria parte defendit Molina de Primog. lib. 2. cap. 8. n. 2. Aceved. in l. 2. tit. 4. n. 36. lib. 5. Novæ Recop. Matienz. ibidem gloss. 9. n. 8. Tellus in d. l. 3. 4. p. n. 22. Gregor. Lopez in l. 7. tit. 1. p. 6. verb. Dos testigos.* Y en caso de duda, si el codicilo fue ordenado, y otorgado ante mugeres, y fue en favor de obras, y causas pias, siguese la opinion de los Doctores, que afirman, que las mugeres valgan por testigos; y si fuere ordenado para causas profanas, seguirè la contraria, movido de la doctrina de Suarez *in Paræmio Fori tertium præsupositum in antiqua impressione.*

8 Y para que se conozcan los efectos de esta dicha clausula codicilar, en que assimismo preguntamos en el principio de este capitulo, digo, que de qualquier manera que el testamento en

lo público suene codicilo, aunque el dicho testamento sea nulo, teniendo la dicha clausula codicilar, ha de valer jure codicillorum. Y aunque es verdad, que esta clausula no se puede verificar en los testamentos nuncupativos, para que se causen sus efectos, pues de necesidad se requiere la misma solemnidad en los codicilos, que en los dichos testamentos abiertos; pero con todo esso, se verificarán, y practicarán estos dichos efectos en los testamentos cerrados; porque faltando alguna solemnidad, que en los dichos testamentos se requiere, teniendo la solemnidad de los dichos codicilos, serán válidos los dichos testamentos: ut ita notant *Tellus in d. l. 3. Taur. n. 5. p. 5. Acev. in l. 2. n. 47. tit. 4. lib. 5. Novæ Recop. & ibidem Matienz. glos. 10. n. 3.*

9 Primeramente, tiene efecto la clausula codicilar el juramento interpuesto en el dicho juramento; y assimismo tiene, y sigue el dicho efecto, aunque sea ordenada la dicha clausula con las palabras siguientes; scilicet: „Y quiero, y es mi voluntad, que se cumpla, y guarde en este mi testamento todo lo en él contenido. Y por el consiguiente sigue los mismos efectos, siendo ordenada en la forma siguiente: „Y quiero, y es mi voluntad, que mi heredero jure, que guardará todo lo contenido en este mi testamento: ut ita probatur *in l. Cum pater, §. Filius matrem, ff. de Legat. 2. & ibi Bart. & commun. DD. Gomez Arias in d. l. 3. Taur. n. 72.*

10 Demás de los dichos casos, se verifica ser clausula codicilar, y seguir sus efectos, si el testamento fue ordenado, y otorgado con la clausula siguiente; scilicet: „Y es mi voluntad, que este mi testamento, y ultima voluntad valga por la mejor vía, y modo, que de Derecho valer pueda. Y en este caso, si no pudiere valer como codicilo *in scriptis*, valdrá como testamento nuncupativo: ut ita probat *Greg. Lopez in d. l. 2. tit. 11. p. 6. gloss. 1. ubi asserit per banc clausulam testator videtur voluntatem suam ostendisse, ut testamentum valeat meliori modo quo valere possit.*

11 Finalmente se verifica ser clausula codicilar, y seguir sus efectos, quando el testamento es otorgado entre descendientes, y ascendientes: ut notat *Anton. Gomez in d. l. 3. n. 74. vers. Tertius. Gomez Arias in d. l. 3. n. 71.*

CAPITULO III.

Adonse se nota con què clausulas derogatorias se deben otorgar todos, y qualesquier ultimos testamentos , para revocar , y dár por nulos todos aquellos, que primeramente assimismo fueron con qualesquier clausulas derogatorias otorgados.

SUMARIO.

- 1 **U**ltimo testamento , si deroga , y anula el primero.
- 2 **C**lausula derogatoria , en què forma se ha de ordenar.
- 3 Si havrà lugar esta dicha clausula contra la precedente , y primera.
- 4 Si en estas clausulas se requiere hacer mencion de las primeras especiales , especialmente siendo jurados los dichos testamentos , ibi n. 5.
- 6 Si por el segundo jurado se revoca el primero , que no lo està.
- 7 Testamento inter liberos , si es visto tàcitamente ser otorgado con clausula derogatoria , y si procede assimismo quando es otorgado entre parientes , ibi n. 8.
- 9 Legado , ò manda , en pena de no revocar el testamento , si es válida.
- 10 Si por romper , y cancelar el testador el testamento , es visto assimismo revocarse ; y si ha de ser el traslado , ò el original , ibi n. 11.

1 **U**trùm , si por legitimo , y perfecto que el primer testamento sea , y fuere otorgado , por otro posterior assimismo perfecto , se revocarà el primero , y passado , aunque estè otorgado con mas solemnidad , y al parecer con mas entera voluntad. Y porque hay condicion , y ley , por inviolable que sea en estos testamentos , que el testador no pueda quebrantar , digo , que siendo ordenados , y otorgados todos , y qualesquier testamentos posteriores con la debida solemnidad del Derecho , se cumplirà , guardarà , y executarà inviolablemente , quedando revocados los primeros , y precedentes , por legitimos , y solemnes que sean: ut ita sequitur Covar. in Rub. de Testam. 2. p.n. 1. & ex l. 23. & 25. tit. 1. p. 6.

2 Y porque en realidad de verdad , algunos de estos dichos testamentos son ordenados , y otorgados con clausulas , y palabras de-

derogatorias , de que se suelen ofrecer algunas dificultades ; para que esto no proceda assi , y ocurrir no puedan las dichas dificultades , se notaràn ciertas palabras , con que todos , y qualesquier testamentos han de ser ordenados , para que de todo punto cesen estos inconvenientes , que de su orden se conoceràn , y notaràn, cuyo tenor es el siguiente ; scilicèt : ,, Y quiero , y mando , que ,, este mi testamento , y ultima voluntad se cumpla , y guarde en ,, qualquier forma, Y manera que de Derecho valer pueda , sin em- ,, bargo de otros , y qualesquier testamentos , que antes de este ,, otorgados tenga , con qualesquier clausulas , y palabras deroga- ,, torias , que ordenados sean. Y aunque es verdad , que estos di- chos primeros testamentos unas veces son ordenados con clausu- las, y simples palabras , y otras con palabras generales, sin embar- go se han de executar , y cumplir los dichos segundos testamentos, y son revocados los primeros : *ut ex text. in l. Si quis in princip. vers. Nemo enim, & ibi gloss. ordin. ff. de Legat. 3. commun. DD. in l. Divi, §. Licet, & ibi etiam gloss. ordin. ff. de Jure codicill.*

Formatur alia clausula.

3 Y porque no se dude quales sean estas clausulas derogato- rias de los primeros testamentos , que segun comun opinion de los Doctores se han de executar , sin embargo de otros quales- quier segundos testamentos , que no huvieren sido otorgados con la clausula supra referida : *ut ita probatur in d. l. Si quis, in princ. ff. de Legat. 3. & ibi Bart. & commun. DD. text. in l. Si mihi, & tibi, §. Legat. ff. de Legat. 1. & ibi etiam commun. DD.* son las si- guientes ; scilicèt ; ,, Y si otro testamento hiciere , y otorgare, ,, quiero , y mando , que todavia se cumpla , y guarde lo conteni- ,, do en este primero testamento ; porque en otorgar , y disponer ,, lo contrario, desde luego lo revoco , y doy por ninguno : & ita ex confirmatio hujus doctrinæ, notat etiam Cov. *loc. cit. conclus. 1. Jul. Clarus quest. 99. §. Testamentum. Greg. Lopez in d. l. 22. tit. 1. p. 6.* per illa verba ; scilicèt : La otraes, quando el testador dice assi : ,, Este mio testamento , que agora fago , quiero que va- ,, la para siempre, è no quiero que vala otro testamento , que fue- ,, se fallado , que oviesse fecho ante deste , nin despues.

Formatur alia clausula.

4 Demàs de las clausulas supra referidas , hay otras especia- les , con ciertos limites circumsriptas , que si no se hace especial mencion de ellas en el dicho segundo testamento , serà válido , y perfectò el dicho primer testamento , y se ha de cumplir , y exe- cutar todo lo en el contenido ; assi como si dixesse : ,, Y quiero ,, y es mi voluntad , que no se cumpla , y guarde lo que por qual-

Formatur alia clausula.

qualquier testamento mandare, y dispusiere, sino es que en su principio, ò fin fuere escrito, y ordenado tal Psalmo, ó Oracion. Y aunque parece, segun dicho es, que es necesario hacer especial mencion de la dicha clausula, para que se cumpla, y guarde el dicho segundo testamento; pero con todo esso, siguiendo la mas cierta, verdadera, y comun opinion, es suficiente, que el testador diga, que revoca todos, y qualesquier testamentos que con qualesquier clausulas, y palabras derogatorias tenga ordenado, y otorgado, assi como dicho es, sin ser necesario ser singular, individua, ó especifica: ut ita notat Covar. loco citat. conclus. 3. Anton. Gomez in l. 3. Taur. n. 49. Julius Clar. ubi sup. quæst. 99. & etiam tenet Bart. in d. l. Si quis in princ. col. 3. n. 8. ff. de Legat. 3. Gomez Arias in d. l. 3. Taur. n. 77. & est communis, secundum Villalob. in Ærario mill. commun. opin. litter. T. n. 65. 66. & 67.

Formatur
alia diffe-
rens: clau-
sula.

5 Lo qual se ha de limitar, si el dicho primero testamento fue jurado, porque entonces es necesario hacer mencion de aquel dicho testamento jurado, ò añadir en la clausula; scilicet: ,, No obstante assimismo que los dichos primeros testamentos sean con juramentos confirmados, y de otra qualquier manera otorgados: ,, ut ita sentit Anton. Gomez ubi sup. n. 96. & Arias n. 76. Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 153. n. 27.

6 Y en caso que el primer testamento no sea jurado, aunque tenga qualesquier clausulas derogatorias, será revocado por el segundo, aunque tan solamente esté jurado: ut ita notat Covar. & Julius Clar. in locis sup. cit. & idem Molin. ubi sup. n. 26.

7 De cuya regla se saca, y assimismo se infiere, tener clausula derogatoria tacitamente el segundo testamento, quando fue otorgado entre descendientes, y el primero entre estraños: ut ita probatur in d. l. 22. & ibi Greg. Lopez.

8 Lo qual assimismo procede, si el postrero, y ultimo testamento fue otorgado en favor de parientes, que muriendo ab intestato, le havian de succeder; ò quando fue otorgado en favor de algun intimo amigo, siendo el primero otorgado en favor de estraño, que de ninguna manera derecho tenia à los bienes del testador, ó si entre el heredero, y testador, despues del primer testamento, nació alguna grande enemistad: ut hæc omnia probat Molina ubi sup. n. 29. 30. & 31. & Covar. loco sup. cit. ad fin. conclus. 5. quem refert, & sequitur idem Molina.

9 Y es en tanta forma, que estas ultimas voluntades deroguen

à las primeras en la forma que dicho es , que aunque el mismo testador se haya puesto pena , se ha de revocar el primero adonde fue puesta la dicha pena ; y aunque dixesse las palabras siguientes:

„ Y quiero , y es mi voluntad , que si este mi testamento fuere re-
„ vocado por otro segundo testamento , que à mas de darle por
„ ninguno , en pena de ello , mando que se le den de mis bienes al
„ dicho primer heredero mil ducados : ut ita tenet Covar. ubi su-
pr. in Rub. de Testam. 2. p. n. 17. Gutier. de Juram. confirm. 2. part.
cap. 1. n. 3. Y esto procede , aunque la pena de los dichos mil du-
cados sea por causa de legado , ò donacion entre vivos : ut conclu-
dit Jas. in cons. 122. vol. 4. n. 2. Bart. in l. Si quis cit. ff. de Legat.
3. quos sequitur , & refert Villalob. ubi supr. in Ærario, litter. T.
n. 68. Lo qual se limita en el caso que adelante diremos en el §.
Legados , num. 241.

Formatur
alia clau-
sula.

10 Y de muchos casos que de Derecho es visto revocarse los dichos testamentos , es en particular , quando el mismo testador rompe , y cancela su mismo testamento ; y esto se ha de entender , quando es la parte substancial del dicho testamento , secus si tan solamente fue borrado lo que no era de substancia , y solemnidad ; porque en aquello fue visto tan solamente quiso no valiesse : ut in l. Cancellaverat , ff. de Is , quæ testam. delentur , salvo si otro lo huviere borrado sin voluntad , y consentimiento del dicho testador ; por que entonces ha de valer , como si borrado , y cancelado no estuviera : ut in l. 1. §. Si lignum , cum seqq. ff. de Bonor. poss. secundum tab. l. Si unus , vers. ult. & l. Nostram , C. de Testam.

11 Y en caso que conste , que el mismo testador borrò , ò cancelò el dicho testamento , no se ha de entender en el traslado , que està en poder del dicho testador , sino en el mismo original , que està en poder del Escribano , pues es el principal instrumento : ut contra Anton. Gomez ubi supr. n. 91. & Paul. de Castro tenet Angel. Alex. quos Julius Clar. §. Testamentum , quæst. 93. & Greg. Lopez in l. 24. tit. 1. p. 6. sequuntur.

CAPITULO IV.

Adonde se nota , si de Derecho son licitos los pactos de transaccion sobre testamentos , y alimentos , sobre las palabras de cierta clausula , que assi lo declara.

SUMARIO.

1 **P**acto , y transaccion , si hà lugar sobre lo no visto en testamentos ocultos , y què clausula se requiere para el dicho efecto.

- 2 Si teniendo algun genero de malicia , se deben executar.
- 3 Renunciar , si se puede en estos dichos contratos la ley 1. tit. 2. part. 6.
- 4 Juramento en estas dichas transacciones , de què efecto sea.
- 5 Pacto de transaccion sobre alimentos , si es válido.
- 6 Què pena tienen todos aquellos que ocultaren , y no manifestaren los testamentos.

* **U**Trùm , y porque de no abrirse , y ocultarse los testamentos cerrados , y los que se otorgan ante testigos , de que es necessaria publicacion , suelen resultar grandes inconvenientes à los herederos , è interessados à los bienes del testador , ordenò el Derecho , que demàs de las penas establecidas por Leyes Reales de este Reyno , que si los que con malicia , y engaño ocultaron los dichos testamentos , huviessen celebrado pacto , y transaccion con los dichos herederos , sobre los bienes del difunto , que de ninguna manera se cumpliesen ; y assi , lo que se dificulta en nuestra question es , si por ventura , para que el dicho pacto , y transaccion tenga efecto , y se cumpla , y execute la voluntad de los contrayentes , se podrá usar de algun remedio , y clausula , para que se observe , y guarde inviolablemente todo aquello que entre las dichas partes fuere tratado. Y que estas dichas transacciones se hayan de cumplir , y executar , parece no hay duda , especialmente si fueron otorgadas con la clausula siguiente : „ Y habiendo visto , y conocido los dichos otorgantes todo lo contenido en el dicho testamento *a* , se obligaron en la mejor via , y forma que mas lugar haya en Derecho , de que no pediràn , ni demandaràn cosa alguna , mas de lo que al presente se han convenido , y concertado , renunciando , como renuncian generalmente , el auxilio de las leyes que hablan en su favor ; y en especial renunciaron *b* , la ley 1. tit. 2. part. 6. y para mas cumplir , y guardar todo lo susodicho , juraron *c* .

*Formatur
alia clau-
sula. in
ordinem.*

2 Ibi : „ Todo lo contenido en el dicho testamento *a* . Y considerando bien el natural de este contrato , parece que todavia queda con dificultad , atento que estas dichas transacciones tienen algun genero , y labe de fingimiento , y simulacion , pues solo es fin de perturbar la voluntad del testador , y quedarse con sus bienes ; y de tener fuerza semejantes contratos , resultarán grandes daños , assi por ocultár la verdad , como por el agravio , y perjuicio que resultará contra los dichos herederos , y legatarios ,
pues.

pues assi nos enseña la dicha *ley 1. tit. 2. p. 6. ibi* : „ Porque antes que el testamento se abra , no deben escudriñar la verdad de las cosas que son escritas en él , ni podrá ser sabida la verdad ciertamente de lo que es escrito , y mandado en el testamento , à menos de ser abierto ; è por ende podría acaecer , que recibirían algunos engaños en la composicion que ficiesse ante. Y assi , para que tenga efecto la clausula supra referida , es necesario , que conste ser verdad haver visto el dicho testamento las dichas partes interessadas , como en ella se contiene ; porque constando lo contrario , aunque en la dicha forma se declare , se daràn por nulos los dichos contratos , como si en realidad de verdad no se huvieran otorgado : ut ita probat Bart. in l. His , ff. de Transaction. n. 5. idem Bart. in l. Sub prætextu 1. n. 2. C. de Transaction. Paulus de Castro , & comun. DD. in d. l. de His , ff. de Transaction. Rolandus à Valle in cons. 13. n. 1. vol. 1. Greg. Lopez in d. l. 1. tit. 2. part. 6. gloss. 7.

3 Et ibi : „ Renunciaron la ley *b.* Y menos obsta el haver renunciado la dicha *ley 1. tit. 2. p. 6.* Si los dichos contrayentes , herederos , y legatarios , ignoraron , como dicho es , lo contenido en el dicho testamento , especialmente si hubo engaño , y malicia : ut ita probat Bart. in l. Mævius , §. Duobus , n. 20. ff. de Legat. ubi loquitur de Renuntiatione , l. de His , ff. de Transactionib. cui consonat dist. l. 1. tit. 2. p. 6. Albericus , Paul. & Jas. in d. l. de His , Ripa in l. Qui Romæ , §. Duo fratres , n. 68. & 71. ff. de Verb. oblig. Padilla in l. Sub prætextu , n. 11. C. de Transactionib. Decis. Pedemont. 112. n. 2.

4 Ibi : „ Juraron , *c.* Cuyo contrato se observará , y cumplirá con mayor fuerza , si juntamente con haver renunciado el auxilio de las leyes , se huviesse jurado en la forma , como los demás contratos ; salvo si precedió error , malicia , fuerza , y engaño , porque en tales casos no se observará , ni guardará el dicho pacto de transaccion , segun , y de la forma que queda dicho : & ita sentit Abb. in cap. Cum contingat , de Jurejurand. n. 30. & ibi Alciat. n. 107.

5 De cuya regla se saca el pacto de la transaccion sobre alimentos , ora sean debidos de Derecho Natural , ora sean dexados por testamento ; porque por el favor público no han de valer , sino es consulto Prætores ; porque aunque la Escritura del dicho contrato sea jurada , teniendo necesidad el transiguiente , y pidiendo relaxacion del juramento , ad effectum agendi , & excipiendi , podrá ser alimentado , y tiene accion à pedir todo aquello que
de

de derecho por via de mandá le pertenece , ò que se le deba dár de Derecho Natural : ut hæc omnia probantur *in l. Cum hi, in princ. ff. de Transactiõ. & ibi Bart. & commun. DD. Alciat. in d. cap. Cum contingat, de Jurejurand. n. 107. Covar. de Pactis in 6. 2. p. §. 6. in fin. fol. 105. Padilla in l. de Aliment. n. 6. C. de Transactiõ. arg. text. in l. Si quis à liberis in princ. in vers. Sed & si filius, ff. de Lib. agnoscend. text. in l. Cum hi, in l. Necare, ff. de Lib. agnosc.*

6 Y porque diximos arriba , que demàs de otras penas establecidas por el Derecho , y Leyes Reales , no se havian de executar las dichas transacciones , resta ahora el saber quales sean estas penas ; y assi digo , que si el Albacèa , ó Testamentario , ó otra qualquier persona , no manifestare el testamento , ora sea nuncupativo , ut in scriptis , dentro de un mes , ante la Justicia Ordinaria , que por el mismo hecho pierda lo que el testador le huviere mandado , si con alguna malicia le ocultáre. Y quanto lo segundo , si à alguno le fuere mandado , demàs de pagar el daño à la parte , pague assimismo dos mil maravedis para la Camara ; y la manda que por el mismo hecho perdiò , conviertase en utilidad del Alma del testador , y difunto , como assi se prueba en la *ley 14. tit. 4. lib. 5. Novæ Recop. & ibi Aceved.*

CAPITULO V.

Adonde se notan varias clausulas , y condiciones , que de Derecho se juzgan por injustas , y reprobadas en testamentos , y ultimas voluntades.

SUMARIO.

- 1 **V**oluntad del testador , siendo honesta , y possible si se debe cumplir , y guardar.
- 2 Remitir , si se puede por el testador la cuenta de los Tutores , y Curadores , y demàs Administradores.
- 3 Si esta administracion se ha de entender de la administracion preterita , y futura.
- 4 Si se puede disponer contra la costumbre , y fuero del Lugar , y Region adonde se otorga el testamento , y en què forma : y si en el fuero de Sepulveda havrà lugar que los bienes hereditarios sean vinculados , y de Mayorazgo.
- 5 Fianzas que el usufructuario tiene obligacion à dár , si se pueden remitir por el testador.
- 6 Y si en caso de pobreza cumplirá el dicho usufructuario dando

do fianza juratoria ; y si en caso de sospecha se han de arrendar los bienes , ò ponerlos en administracion.

7 Condicion , que el Obispo , ò su Vicario no se meta en pedir cuenta de la administracion de los bienes de Capellania , ò Memoria , si será justa , y válida.

8 Si por el segundo matrimonio perderá la muger la administracion de los bienes de sus hijos , especialmente siendole concedida por el dicho su marido la dicha tutela , y administracion.

9 Condicion contra la libertad del hombre , si se debe guardar , y cumplir.

10 Si assimismo será injusta la condicion contra la libertad del estado del matrimonio.

11 Condiciones impossibles , si se juzgan por no escritas.

12 Si por entrar en Religion el legatario , pierde el legado que le fue mandado , porque fuesse casado.

13 Si ha de ser de mejor condicion el legado en favor del matrimonio , que el que suena en su perjuicio , y odio.

14 Y si la Religion ha de ser de mejor condicion.

15 Prohibir , si puede el testador la quarta Falcidia , y Trebelianica.

16 Quarta Trebelianica , y Falcidia , si no ocupandose la herencia , se deben.

17 En qué casos no se deben la dicha quarta Trebelianica , y Falcidia.

18 Si en los bienes vinculados se deben.

19 Y si se deben por causa de la libertad , y en qué otros casos. ibi n. 20.

21 Si esta prohibicion ha de tener su efecto por congetura.

22 Consideracion del Autor en todos estos dichos casos que se tratan para sacar esta Falcidia , en especial en la forma que se debe tener , quando el legado estan solamente del usufructo.

1 **U**Trùm , y porque la voluntad , y ultima disposicion del testador , para ser obedecida , y guardada por sus herederos , y legatarios , ha de ser justa , possible , y honesta ; si por ventura siendo contra Derecho , y buenas costumbres , ha de cessar esta dicha voluntad , ò se ha de cumplir en la manera , y forma que por el dicho testador fuere mandado , y ordenado. Y aunque es verdad , que la voluntad , y ultima disposicion del testador es libre , y no forzada , como dice el Emperador Constantino en la ley 1.

C. de Sacrosanctis Ecclesiis, no es tan posible, que siendo injusta, y contra buenas costumbres, que se deba cumplir, y guardar; cuya experiencia nos enseña los muchos, é innumerables pleytos que se han ofrecido, por dár lugar á que el testador disponga, lo que por ventura, siendo advertido, y avisado, no dispusiera; el qual descuido, y error procede muchas veces de malicia, ò de ignorancia de Escribanos, pues dàn causa, que los testadores dexen dificultades en sus testamentos, assi como condiciones, y clausulas, que segun Derecho, y disposicion de leyes, son injustas, y reprobadas, por cuya causa no se deben cumplir, y guardar. Y visto, pues, que muchos pleytos, y diferencias resultan de estos errores, è injustas disposiciones, para que cesen sus inconvenientes, y los dichos Escribanos estèn advertidos de algunas disposiciones, que de Derecho no se deben cumplir, y que al tiempo de ordenarlas, y otorgar los dichos testamentos, las hagan notorias á los dichos testadores, se notarán las mas necessarias, y que de ordinario se suelen ofrecer en los dichos testamentos, y ultimas voluntades, las quales son las siguientes.

2 Primeramente, no es permitida por Derecho la condicion, y clausula, que por voluntad del testador fuere ordenada con las palabras siguientes: „ Y quiero, y mando, que á fulano, tutor que „ dexo nombrado por mis legitimos hijos, no se le pida, ni to- „ me cuenta de los bienes, que de los dichos mis hijos huviere ad- „ ministrado. Y es la razon, que ningun testador puede remitir la cuenta de la administracion, assi de los dichos Tutores, y Cura- dores, como de otros Administradores, que han tenido en admi- nistracion, y à cargo algunos bienes; porque sin embargo que el testador mande, que no se le pueda pedir la cuenta de la dicha administracion, tiene obligacion à darla, aunque no sea sino tan solamente por causa, y razon de engaño: *ut ex text. in l. Quidam decedens, ff. de Administrat. Tut. & in l. Si unus, & §. Patra, ff. de Pactis, l. Patra quæ, C. de Pactis, l. Ita autem, §. Julianus, juncta gloss. ibi in verb. Jus publicum, ff. de Administ. Tut. l. 29. tit. 11. p. 5. l. Cum necessitatem, C. de Fideicommiss. & ibi gloss. & com- mun. DD.*

3 Y aunque es verdad, que esto procede assi, en quanto á la administracion futura, y por venir; pero no se ha de entender en la preterita, y passada: *ut ex text. in d. l. Si unus, §. 2. Illud, & de Pactis, & ita colligitur ex l. Tres fratres, ff. de Pactis, & in d. l. Quidam decedens, ff. de Administ. Tut. & in l. 30. d. tit. 11. p. 5.*

4 Assimismo será injusta la disposicion del testador , ordenada en la forma siguiente : „ Item mando , que quanto à lo por mi „ dispuesto , y ordenado en este mi testamento , no haya lugar la „ costumbre , y fuero que en este Lugar se guardare , que contra „ rio fuere à lo susodicho. Y es la razon , que el testador no puede proceder , ni disponer contra la costumbre legitima de la jurisdiccion del Lugar , y tierra ; porque sin embargo se guardará inviolablemente , especialmente siendo sobre succession de bienes sitos en aquel Lugar , y region donde se guarda el dicho fuero , y costumbre : ut ita tenet Joan. Faber in §. fin. ad fin. n. 4. Institut. de Legat. text. in §. Ex non scripto , Instit. de Jure Natural. Gent. & Civil. & in l. 2. Cod. Quæ sit longa consuetudo, l. 1. §. Denique , ff. de Aqua pluvia arcend.

Formatur
alia clau-
sula.

La qual doctrina procede en los Lugares donde se guarda el fuero de Sepulveda , en que dispone , que los bienes del que muere ab intestato tornen al tronco , y la raiz à la raiz , adonde de ninguna manera puede disponer simplemente ningun testador , diciendo , que en quanto à la succession de los dichos sus bienes , muriendo qualquier poseedor de ellos ab intestato , tornen al tronco , y raiz , segun el fuero , sino que en ellos se suceda segun el Derecho Comun. Pero si el dicho testador tuviere voluntad de que en los dichos sus bienes , y hacienda no se guarde el dicho fuero , tengo por mejor consejo que los dexé vinculados por via de Mayorazgo , ò Capellania ; pues en estos dichos vinculos , y Mayorazgos no se succede jure hæreditario , como en los demàs bienes del dicho fuero ; cuya orden , en la forma que dicho es , siendo voluntad del dicho testador , se guardará , y cumplirá , como cada dia se vè , salvo siendo el testador descendiente , ò ascendiente , de que teniendo herederos forzosos , no puede vincular los dichos sus bienes en perjuicio de su herencia , y legitima : ut hæc omnia colliguntur ex cap. Apostolica 8. quæst. 1. Lambert. de Jure hæreditario patronat. lib. 2. 3. part. quos sequitur , & refert Lara de Capell. lib. 2. cap. 3. n. 45.

5 Lo tercero , no es de Derecho cumplirse , si el testador en la manda , ò legado que otorga del usufructo de sus bienes , puiere la condicion siguiente : „ Y mando , que Seyo , usufructuario que le dexo de mis bienes , no tenga obligacion à dar caucion , y fianzas , aunque por el propietario le sean pedidas , y demandadas. Porque sin embargo de que sea voluntad del dicho testador de que el dicho su usufructuario quede libre de es-

Formatur
alia clau-
sula.

ta dicha obligacion, ha de ser compulso, y apremiado á que de fianzas de bolverlos en la forma que los recibe, usando de ellos á arbitrio de buen varon; ut infra diremos en el ultimo cap. Y esto se entiende, aunque el dicho testador remita las dichas fianzas por modo de condicion, y pena: *ut ex text. cum glos. in l. 1. C. de Usufruct. ibi: Si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relicto est, quamvis cautionem à te prohibuerit. exigi, tamen non aliter à debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblatam secundum formam Senatusconsulti cautione, & ibi Bald. & communiter Doctores, Anton. Gom. Var. res. 2. tom. cap. 15. in fin. Aceved. in l. 4. tit. 1. n. 49. lib. 5. Novæ Recop. Villalob. in Ærar. comm. opin. littera C. num. 26. Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 7. n. 14.* La qual doctrina assimismo procede en la remission del prohibir que el usufructuario de los dichos bienes no haga inventario: ut voluit Alex. in l. Nemo potest, n. 18. ff. de Legat. 1. Jason. in cons. 40. n. 2. Boer. decis. 61. n. 12. Pinel. l. 1. p. 2. C. de Bon. matern. n. 76. quos sequitur, & refert Escobar de Ratiociniis, c. 9. n. 48.

6 Y en caso que el dicho usufructuario sea pobre, se limitará la doctrina supra referida; porque en caso que no halle las dichas fianzas, concurriendo con la dicha pobreza fidelidad, cumplirá con dar fianza juratoria, de que usando de los dichos bienes á arbitrio de buen varon, labrandolos, y cultivandolos, y haciendo los demás aprovechamientos necesarios en los dichos bienes, los restituirá, y entregará el dicho usufructuario, ó sus herederos, cumplido el tiempo del dicho legado. Y si el dicho usufructuario fuere persona de sospecha, demás de ser pobre, de que se presume consumirá los dichos bienes, y no usará bien de ellos, en la forma que dicho es; se ha de mandar, á pedimento de parte, que los dichos bienes se arrienden, ó se pongan en deposito, y administracion, para que el dicho usufructuario goce de los bienes, y usufructo por mano del dicho Administrador, quedandose con lo que justamente huviere gastado en conservar, y labrar los bienes, de donde procede el dicho usufructo, ut hæc omnia probantur per Ant. Gom. ubi supr. n. 4. Gutier. in l. Nemo potest, de Legat. 1. n. 300. per legem Si fidejussor. §. fin. ff. Qui satisfacere cogantur. Ricard. Ang. & communiter DD. in l. 4. C. de Usufruct. Greg. Lop. in l. 20. tit. 31. part. 3. gloss. 5.

7 Item, demás de los casos supra referidos, será reprobada assimismo la condicion del testador, que en la memoria, ó

Capellania dexasse, diciendo assi: „ Item, mando, y es mi voluntad, que el Obispo, ò su Vicario no se metan en pedir cuenta de la administracion de la dicha memoria, ò Capellania, que fundada, é instituida dexo; porque de hacerlo, è ir contra esta mi voluntad, desde luego por el mismo hecho revoco la dicha memoria, y Capellania; y mando que se convierta en tales obras. La qual voluntad, como dicho es, es injusta, pues fuera dàr lugar à dolo, y malicia, que de no pedir esta dicha cuenta, pudiera resultar; no obstante que el dicho testador revoque la dicha memoria, y mande se convierta en otras obras, y legados: ut ita sequitur Covar. in 4. p. c. 3. §. 1. n. 22. Decis. Rotæ in antiquis 868. quæ hodie posita est in titulo de Testam. in antiq. decis. 10. fol. mihi 61.

8 Y assimismo será voluntad reprobada contra los hijos del primer matrimonio, quando el padre dixo las palabras siguientes en su testamento: „ Y quiero, y mando, que si la dicha mi muger passare á segundo matrimonio, todavia quede por tu tora de los dichos mis hijos, y no pierda el administracion de los dichos sus bienes. Y es ignorancia de muchos testadores, que entienden, y tienen por cierto, que aquella disposicion es justa, y que se debe cumplir, y es al contrario; pues de dàr lugar à que la voluntad del dicho testador en la forma dicha se cumpliera, y executara, resultaran grandes daños, y perjuicios à las partes interessadas, que son los hijos del dicho primer matrimonio: ut ita notat Ant. Gom. in l. 14. Tauri, n. 11. in fin.

9 Dexando, pues, el testador algun legado debaxo de condicion que parezca ser contra la libertad del legatario, no havrà razon de cumplirla; y esto se exemplifica, como si el dicho testador dixesse: „ Item, mando mil ducados à Sempronio, con condicion que haya de vivir, y viva en tal parte perpetuamente. Y assi esta condicion, por ser imposible, y contra la libertad del hombre, no se debe cumplir, sino que sin embargo alcanzará el dicho legatario su legado, y se dará por ninguna la dicha condicion: ut ex text. in l. Titio, §. Titio, ff. de Condit. & demonstr. & ibi Bart. & communiter DD. Anton. Gomez in c. 12. n. 79. tom. 1. Var. res. Acev. in l. 9. tit. 15. n. 33. lib. 4. Recop.

10 De aqui se infiere, que assimismo será injusta, y no posible la condicion contra la libertad del estado del matrimonio, como si dixesse el dicho testador: „ Y mando à Ticio cien ducados, con condicion que no se case, ò que se case con fulana.

La qual primera condicion, sin ninguna distincion, podrá muy bien no cumplirla, y sin embargo casarse con la persona que el dicho testador manda no se case, y sin contradiccion alguna seguirá, y alcanzará el dicho legado: *ut ita docet Anton. Gom. ubi supr. cap. 12. n. 79.* Y quanto á la segunda condicion, queda en eleccion de la persona en favor de quien se hizo, y otorgo el dicho legado: y en caso que no quiera casarse con el dicho legatario, alcanzará el dicho legado, y no tendrá obligacion despues á casarse con ella: *ut hæc omnia, & alia similia probantur in l. Jure Civili, ff. de Condit. & demonstr. & in l. 14. tit. 4. p. 6. & ita sequitur Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 206. n. 16.*

11 Y en todas las condiciones que de Derecho se reputan por imposibles, no se ha de esperar ocasion, y tiempo para cumplirlas, ora sea de hecho, ó de Derecho, y se juzgan por no escritas, y repetidas, sin viciarse la institucion, y legados; porque desde luego tienen su fuerza, y valor; sino es en caso que al tiempo de la disposicion tuvo por cierto, que la condicion era possible, que despues de Derecho parece no lo era: *ut hæc omnia habentur in l. 1. in l. Si quis ita institutus, l. Qui sub conditionem, l. Conditiones, ff. de Condit. inst. l. Si Mævia, ff. de Heredib. instituend. l. Obtinuit, ff. de Cond. & demonstr. §. Impossibilis, Inst. de Hered. instituend. & l. 3. tit. 4. p. 6.*

Formatur alia clausula. 12 Y si el testador en su testamento, y ultima voluntad dixesse: „ Item, mando ducientos ducados, si fuere casado; aunque no se case, en entrando en Religion, alcanzará el Convento el dicho legado, y manda, y se juzga por no escrita la condicion: *ut ex auth. de Sanctis Episc. §. Sed & hæc, & ex auth. Nisi rogati, C. ad Trebel.*

Formatur alia clausula. 13 Y si el testador dixesse: „ Mando à Ticio ducientos ducados porque no se case, y ciento porque se case, alcanzará el dicho legatario casandose, los dichos ducientos ducados por favor del matrimonio: *ut in l. Titia, ff. de Conditionib. & demonstrat.*

Formatur alia clausula. 14 De todo lo qual se sigue con mas cierta, y fundada razon, si el testador dixesse: „ Mando à Ticio ducientos ducados, si se casare, y ciento si entrare en Religion; porque en este caso se deberán los ducientos ducados, entrando el dicho legatario en Religion, y se juzga por no escrita la condicion del matrimonio carnal en favor del espiritual; pues fuera cosa indigna, y torpe á qualquier varon Christiano, retraherle, y apartarle de un estado tan santo, y honesto, como es el de la Religion, por los

Los buenos fines que de él se esperan, el qual se prefiere á qualquier estado, y comodo temporal, segun el Santo Concilio de Trento. Todo lo qual se debe entender, no constando expressamente lo contrario del dicho testador; como si dixesse: „ Y mando, que *Formatur*
„ aunque el dicho Ticio entre en Religion, no haya de gozar, ni *alia clau-*
„ goce, ni el Convento por él, mas de los dichos cien ducados: *sula.*
„ *ut ita colligitur ex duob. authent. & ita docet Molin. de Just. &*
jure, 2. tract. disp. 207. n. 10. cum aliis seqq.

15 Y aunque es verdad, que en todos los dichos casos supra referidos, de Derecho no hà lugar su cumplimiento en la manera, y forma que dicho es; pero con todo esso hay otros, que aunque sean de Derecho permitidos, y mandados guardar, puede muy bien el testador mandar, y disponer lo contrario. Y porque en diferentes partes de este libro, y tratado se ha hecho mencion de muchos, tan solamente se tratarà, si el testador puede disponer contra el Derecho de la quarta Trebelianica, y Falcidia, en perjuicio de los legatarios, y fideicommissarios. Y para que esto se conozca por el orden que vamos tratando, supongase, que el testador dixo en su testamento las palabras siguientes:

„ Y mando, que los dichos mis bienes, caso que suficientes no *Formatur*
„ sean, para que despues de pagadas mis deudas, mandas, y *alia clau-*
„ legados, el dicho mi heredero no succeda en alguna parte en *sula.*
„ ellos, que de ninguna manera pueda pedir, ni pida la quarta
„ Falcidia, y Trebelianica de Derecho concedida, que por el
„ mismo hecho doy por ninguna la dicha institucion; y quiero,
„ y es mi voluntad que se cumplan las dichas mis mandas. Por
manera, que el testador, sin duda alguna, parece puede prohibir la quarta Falcidia, y Trebelianica, que de los legados universales, y fideicomissos se suele conceder, y sacar; assi como si el heredero fue rogado, ó gravado del dicho testador, restituya los bienes de que por heredero le nombra, y dexa, para que passado cierto, y determinado tiempo, los dè, y entregue al substituto; por manera, que si el heredero fideicomissario quisiere desde luego dexar la herencia, y gozar de la quarta Trebelianica de Derecho concedida, por ser voluntad del dicho testador lo contrario, no havrà lugar lo que sin la dicha prohibicion se le concedia, y se le debia dár; lo qual assimismo se ha de considerar en la quarta Falcidia, por militar la misma razon; y es assi, que si pagadas las deudas, y legados, por lo menos no le quedó al dicho heredero la quarta parte de todos los dichos bienes, y ha-
cien-

cienda, siendo assimismo prohibido por el dicho Testador en la forma que dicho es, no se le concederá, ni sacarà de los legados prorata; y fuera lo contrario, si de la voluntad contraria del Testador no constara: *ut ita habetur in auth. Sed eum testator, C. ad Leg. Falc. & in authent. de Hæred. & falc. §. Hinc nobis, vers. Si verò expressim, & ita tenet, & sequitur Anton. Gom. in c. 5. n. 11. tom. 1. Var. res. Mol. de Primog. c. 17. n. 11. Greg. Lop. in l. 6. tit. 11. part. 6. & ibi gloss. Magna: Covar. in cap. Reynaldus, de Testam. §. 3. n. 6. Añman á Costa in c. Si pater, 2. part. verb. Trebel. n. 11. fol. 278.*

16 Y aunque se ha dificultado entre graves Doctores, si en caso que no se hayan prohibido las dichas quartas Falcidia, y Trebelianica, tendrán lugar, y se practicaràn, fundandose muchos en la decision de la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Nov. Recop.* en aquellas palabras, *ibi: „ si el tal heredero, ò legatario no quisiere aceptar, ò renunciar la herencia, ó el legado, el substituto, ò substitutos lo puedan haver todo.* Para cuyo fundamento dãn la razon, y dicen, que para que antiguamente por Derecho Comun se concediesse la quarta Falcidia, era necessario, que el heredero aceptasse la herencia del Testador, la qual havia de ser voluntaria, y no forzada, la qual era al contrario en los fideicomissos; porque aunque no aceptasse el heredero, le obligaron á que forzosamente aceptasse, para restituír los dichos bienes, y hacienda al dicho fideicomissario; y assi por esta razon, en este caso, convienen todos se debe la quarta Trebelianica: *ut ita notat Anton. Gom. tom. 1. Var. res. c. 12. n. 11. per totum; pero sin embargo de la razon fundada en la dicha ley 1. tit. 4. lib. 5. en quanto la quarta Falcidia, es comun opinion, sin distincion alguna, se debe, y ha de pagar: ut ita sequitur Molin. de Justitia, & jure, 2. tract. disput. 213. n. 3. qui sequitur, & refert Molin. lib. 1. de Primog. c. 17. supr. relat. n. 9. cum Padill. & Burg. de Paz.*

17 Pero casos hay en que no hà lugar el Derecho de la quarta, que en especial es en los legados piadosos, y que por tales se reputen, salvo, si assimismo la institucion fue piadosa; porque entonces havrà lugar este Derecho, por no gozar un privilegiado contra otro igual, *secus aliàs: ut notat Molin. ubi supr. n. 9. & in l. 4. tit. 11. part. 6.*

18 Lo segundo, no se debe esta dicha quarta, quando los bienes quedan vinculados, ò son de fideicomisso perpetuo: *ut affirmat idem Molin. de Primog. c. 17. n. 18. Greg. Lop. in l. 6. dist. tit. 11. p. 6.*

19 Lo tercero, no se debe sacar esta dicha quarta Falcidia, ò quarta Trebelianica del legado, para fin de manumitir, y dàr por libre algun esclavo: *ut inl. Papien. §. Quarta autem, ff. de Inof. testam. & in §. ult. Inst. de Leg. Falc.*

20 Y de otros muchos casos por donde el heredero pierde este dicho derecho diremos en el cap. 11. de este segundo libro, §. Inventario.

21 Y no solamente havrà lugar el no sacar este derecho de la quarta Falcidia, y Trebelianica, constando de expressa voluntad del Testador; pero tambien, aunque tan solamente conste de voluntad presumpta, assi como si el Testador dixesse: ,, Y cumplidos, y pagados, en todo, ò enteramente todos los dichos legados, dexo, y nombro por mi universal heredero á fulano. Y assi en este caso ha de cessar este Derecho de la Falcidia, de que por ventura no fue la voluntad del Testador, sino abundancia, y superfluidad de palabras del Escribano; y assi no se puede decir en todo, ó enteramente, sino es que el testador lo dixere, y aun entoces es menester advertirle la fuerza que tienen, como assi lo tiene Bald. & Paul. de Castr. *in authent. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. Greg. in l. 6. dict. tit. 11. p. 6. gloss. 3.*

Formatur alia differens clausula extra ordinem.

22 Finalmente se debe considerar, que todas las veces que en todos los suprà referidos casos huviere lugar el sacar esta Falcidia, ha de ser despues de las deudas, y legados piadosos, como queda dicho; y luego, no alcanzando al heredero la quarta parte de todos los bienes del Testador, se ha de suplir de los demàs legados, hasta que alcance: *ut ita notat. Mol. de Just. & jur. disp. 213. n. 19.* Y para que los Legatarios no queden agraviados, y que de cada uno se saque rata por cantidad lo que le cupiere, se desfalcarán en esta forma: Supongamos, que el Testador dexó ocho, y mandò siete, por manera, que no quede mas de uno, haviendo de quedar dos, que es la quarta parte de ocho; y assi, siendo mas lo que se manda, de forma, que no quede esta dicha quarta parte, se sumarán los legados, y lo que queda de hacienda, y ver qual es la quarta parte, y mirar què parte mandò mas el Testador de lo que pudo, juzgando por no suya la quarta parte de sus bienes; assi como si tenia seis mil ducados, y mandò cinco mil, por manera, que la quarta parte de estos seis mil son mil y quinientos, de que forzosamente se han de quedar para el heredero, de que no quedan mas de mil de los seis mil, de que segun esta cuenta, faltan quinientos, los quales, siendo tres mil y quinientos ducados

dos los que el testador podrá mandar, y no mas, por ser los mil y quinientos la quarta parte, vienen á ser los quinientos, que faltan, la septima parte de tres mil y quinientos, que al Testador tan solamente le havian de quedar; y assi se sacará de cada legado la septima parte de su cantidad, y assi quedarán ajustados, sin que á ninguno se le haga perjuicio, ni agravio, como assimismo diremos adelante en el cap. 11. §. Legados, num. 224. Y si estos legados fueren del usufructo de los bienes del Testador por los dias del legatario, ò por causa de alimentos, para sacar esta Falcidia se hará computacion de lo que cada un año puede valer, y lo que puede vivir, como desde la primera edad, hasta treinta años; y si el legatario tuviere treinta y uno, ó mas, hasta sesenta; y si de alli passare, añadirle siempre cinco; y esto hà lugar en todos los casos, que se debe hacer esta compuncion, supuesto que hà lugar engaño, ut ita notat Suar. in l. Quoniam in priorib. amp. 3. n. 8. fol. 24. per l. Hæreditatum, ff. ad l. Falcid.

CAPITULO VI.

Adonde se refiere la forma, y orden, y con què clausulas de prohibicion han de ser instituidos, y ordenados todos, y qualquier Vinculos, y Mayorazgos, para que de ninguna manera puedan ser vendidos, ni enagenados; y que por el mismo hecho se impida la transaccion de su dominio, y que se transfiera en el siguiente en grado, ò en la persona en favor de quien fueron otorgados.

SUMARIO.

1 **S**I por gravamen de no poder ser vendidos, ni enagenados los bienes vinculados, ò legados, es visto por la venta de ellos impedirse la translacion de su dominio.

2 Si por ser bienes legados, debaxo de la dicha condicion de no poder ser enagenados se impedirà assimismo la translacion del dicho dominio, y debaxo de què clausula se puede verificar.

3 Si es necessario significar causa en la dicha prohibicion, para que siga su efecto; y si por no haver significado la dicha causa, havrà lugar la dicha enagenacion, ibi num. 4.

5 Y si procederá la referida doctrina, siendo otorgados los dichos legados, vinculados, ò fideicomissos, en favor de otro tercero, &c. ibi num. 6.

7 Si por ser dexados estos dichos vinculados, y fideicomissos con pa-

labras de futuro, se impedirà este dicho dominio, ò si passará irrevocable en el comprador.

8 Pena, si tiene el vendedor de los dichos bienes, y si està obligado al interès de los bienes vendidos con restitucion de ellos al siguiente llamado.

9 En què forma, y con què palabras han de ser ordenadas estas dichas clausulas, para que aunque sean enagenados los dichos bienes, no passe, ni se transfiera su dominio en el comprador.

10 Si en el ordenar estas dichas clausulas es inconveniente usar el Testador de palabras de futuro indicativo.

11 Clausulas de prohibicion en los dichos legados, vinculos, y fideicomissos, otorgados en contratos, si seguiràn el mismo efecto, que los otorgados en testamentos, y ultimas voluntades.

12 En què forma, y con què clausula de prohibicion han de ser otorgados estos dichos legados, vinculos, y fideicomissos en los dichos contratos, para que de ninguna manera se transfiera el dominio de los dichos bienes en el comprador de ellos.

13 Y si por la venta de qualquier parte de los dichos bienes, vinculados, y sujetos à restitucion, es visto transferirse los demàs al siguiente llamado.

14 Y si el siguiente llamado podrá repetir los dichos bienes enagenados en qualquier tercero possedor que estèn, y gozar, y tomar la possession de ellos de su misma autoridad; y si no expressandose las dichas clausulas de prohibicion en favor de tercero en los dichos fideicomissos, bavrà lugar la dicha reputacion.

15 Si siendo dexado otorgadas las mejoras de tercero, y quinto debaxo de las dichas clausulas de prohibicion, seguirá el mismo efecto, que los dichos legados, y fideicomissos siguen, y què forma se debe observar, y guardar en la substitution de estas dichas mejoras, teniendo el testador descendientes.

16 Condicion si sine liberis decesserit, quando hà lugar, y se puede verificar, y si hà lugar quando los dichos fideicomissos son dexados entre estraños, y que por tales de Derecho se reputan.

UTRùm, si por la venta, y enagenacion de los bienes vinculados, ò legados con gravamen, y condicion de que assi no lo pudiessen ser, es visto por el mismo hecho no transferirse en el comprador su dominio: de forma, que luego celebrado el dicho contrato de enagenacion, quede destruido, como si en realidad de verdad no se huviesse otorgado. Y aunque es ver-

dad, y á todos es notorio, que en quanto à los bienes vinculados, y de Mayorazgo se puede responder por la parte negativa, por ser de su misma naturaleza enagenables, aunque la dicha prohibicion fue omissa, y olvidada, *secundum legem Si quis ita*, §. *Ea leg. C. de Condit ob caus.* pero la mayor duda, que en semejantes casos ofrecer se puede, es, si los legados condicionales con la dicha prohibicion de enagenacion seguirán el natural de los dichos Vinculos, y Mayorazgos, ò si licitamente podrán ser vendidos, sin que el comprador sea inquietado de su dominio, y possession en vida del enagenante, y vendedor. Y porque muchas veces por no apercibir el Testador, ó el Escribano las dificultades, que en estos casos se pueden ofrecer; y esto sucede muchas veces por omission, y cortedad de palabras, y otras por abundancia, y superfluidad de ellas, será bueno, para que esto no proceda assi, y que las dichas dudas se declaren con mas distincion, que se traygan á la memoria tres formas de clausulas, de que por su explicacion se vea la diferencia, que hay en la forma de ordenar, y los inconvenientes, que de lo susodicho pueden resultar. Y assi, lo primero se supone, que la voluntad del testador fue, que todos sus bienes, ò parte de ellos, los gozassen sus herederos, ò legatarios debaxo de la condicion de la primera forma de la clausula siguiente, scilicet: ,, Item mando, que el ,, dicho mi heredero no pueda vender, ni enagenar tal heredad, ò ,, Castillo, por ser, como es, de mis antepassados, y ascendientes; ,, y assi es mi voluntad, que quede reservado para memoria de ,, todos.

*Formatur
alia clau-
sula.*

2 Ibi: ,, De mis antepassados. Y teniendo atencion al orden de las dichas palabras, parece no siguen el natural, que las que se escriben; y notan para el efecto de los supradichos Vinculos, y Mayorazgos; porque de seguirle, no era necessario significar causa, como al fin en los dichos legados se requiere: *ut in l. Filiusfam. §. Divi, ff. de Legat. 1. & in l. Pater filius, §. Julianus, & in l. Lucius, ff. de Legat. 3. Gutierr. in l. Nemo potest. n. 24. ff. de Legat. 1. Acev. in l. 11. n. 10. lib. 5. tit. 4. Novæ Recop.* Por manera, que lo que de aquí se infiere, es, que si en el dicho legado se especificó, y significó la causa, por la qual se prohibia la enagenacion de los dichos bienes, es cierto, que por ella ipso jure será de ningún valor, y efecto, de que por el mismo hecho no se transfiera en el comprador el dominio de la tal cosa; sino que siempre queda en el enagenante: *ut infra n. 6. & ita col-*

ligitur ex glos. l. Cum pater, §. Libertis & ibi. DD. ff. de Legat. 2. Jas. in dist. l. Filius, §. Divi, ff. de Leg. 1. Ant. Gom. in leg. 40. Tauri, n. 38. adonde dice, que aunque no se expresa la causa de prohibicion, es visto tacitamente haverse expressado, considerando la calidad de la cosa, assi como si fuesse algun Castillo, ó Torre de sus antepassados: & iterum ad conclusionis nostræ probationem, vide eum in dist. l. 40. n. 88. Tell. Fernand. in leg. 3. Taur. n. 2. ex 2. part. & ita prob. in l. 44. tit. 5. p. 5. ibi: ,, Por ,, qualquiera de estas razones, ò por otra que fuesse guisada seme- ,, jante de ellas, no la puede enagenar. Y lo mismo se entiende, siendo en favor de menor: *ut ant. ut supr.*

4 Y la segunda forma con que estos dichos legados pueden ser dexados, es como si el dicho testador dixesse: ,, Item mando que el dicho mi heredero, ó legatario no pueda vender ,, tal heredad. Y en este caso no es visto impedirse la translacion del dominio de la dicha heredad, ò cosa vendida, por poderse vender, y enagenar licitamente, por presumirse de la voluntad del testador tan solamente fue precepto, y buen consejo para el dicho legatario, ò heredero; porque si quisiere que la dicha cosa no fuera vendida, fuera cierto expressára causa, como queda dicho; y assi es bueno, que el Escribano repita las dichas palabras, y dè à entender al testador el natural de ellas, para escusar gastos en averiguar estas dificultades: quæ decissio sumitur ex l. 2. §. fin. ff. Mandati, & in dist. §. Divi, ubi supr. & ibi Bart. & comm. DD. Ant. Gom. ubi proxim. n. 37. & in dist. l. 44. tit. 5. p. 5. ibi: ,, Mas si èl dixesse simplemente, que la non vendiessen, no ,, mostrando razon guisada por què, ò non señalando persona alguna, ò cosa cierta por què lo facia, si la vendiesse, valdria ,, la vendida, maguer èl lo oviesse defendido.

Formatur alia differens clausula.

5 Y la tercera forma con que estos dichos legados pueden ser dexados, es, como si el dicho testador dixesse: ,, Item, instituyo ,, á Ticio por mi universal heredero, ò dexole tal cosa, con con- ,, dicion, que de ninguna manera la pueda enagenar, ni vender, ,, y que por el mismo hecho es mi voluntad que passe à Seyo.

6 Ibi: ,, Que passe à Seyo. De donde se sigue, que si el legatario, ó heredero vendiere la dicha cosa, perderá el dominio de ella; el qual por el mismo hecho se transfiere en el llamado en favor de quien se hizo la dicha prohibicion: *ut dist. l. 44. tit. 5. p. 5. ibi: ,, O non señalando persona alguna, & ibi Greg. Lop. Anton. Gom. ubi supr. n. 36. 37. & 38.*

Formatur alia differens clausula.

7 Demás de lo qual , es necessario considerar con qué palabras están ordenadas estas dichas clausulas , notando si son de futuro , ò de presente ; porque si el testador dixesse : ,, Y si el dicho ,, mi heredero , ò legatario la enagenare , &c. no hay duda , sino que se podrá enagenar , y vender. Y es la razon , porque aunque es verdad , que procedió mediante persona , no usó el testador de palabras , por las quales se pudiesse impedir la translacion del dicho su dominio ; porque haviendo de usar de palabras de presente , usó de palabras de futuro subjuntivo ; y assi passa el dominio de la dicha cosa vendida en el comprador , sin temor de revocacion : *ut ex text. in l. Stbicus, ff. de Statu homin. Bart. in dist. §. Divi, ubi supr. n. 7. Greg. Lop. in dist. l. 44. tit. 5. p. 5. gloss. 4.*

8 Y aunque es verdad , que esto procede assi , y que es doctrina cierta , hase de entender sin perjuicio de substituto , legatario , ò fideicomissario , en favor de quien se hizo la dicha prohibicion ; porque de qualquier manera se le concede accion contra los bienes del enagenante , por el interés de la cosa enagenada : *secundùm Suar. in allegat. 19. fol. mibi 3. in medio Ant. Gom. ubi supr. n. 28. quos refert Acev. in l. 11. tit. 6. n. 10. lib. 5. Recop. & in gloss. l. Ea leg. C. de Condit. ob caus. Bart. ubi supr. in dist. §. Divi , n. 6. in fin.*

9 Y para que no se dificulte en la determinacion de estos casos , y que por la dicha enagenacion passe el dominio en el siguiente llamado , será ordenada la dicha clausula de prohibicion con las palabras siguientes : ,, Y mando , que la dicha heredad no ,, pueda ser enagenada , ni vendida ; y si en alguna manera el di- ,, cho mi heredero , ò legatario la vendieren , ò enagenare , que ,, por el mismo hecho pierda su derecho , y passe al siguiente llama-
Formatur
alia clau-
sula.
 do. Y esto quiero que se cumpla , y guarde en todos , y qualquier successores en la dicha heredad. Y assi , usando el dicho testador de estas dichas palabras , no havra lugar la venta , y enagenacion de los dichos bienes ; y por el mismo hecho se transfere el dominio de ellos en el siguiente llamado : *ut ita docet Bartul. ubi supr. n. 6. in fin. & est communis secundùm Azon. in Summ. de Reb. alien. vel non, Greg. Lop. in dist. l. 44. tit. 5. p. 5. gloss. 1. in princip.*

10 Y aunque es verdad , que diximos , que usando el testador de palabras de subjuntivo , no cessa , ni se impide la dicha venta , *ut supr. n. 7.* pero con todo esso , será lo contrario , si el testador usare de palabras de futuro de indicativo ; assi como si di-

esse : „ La qual heredad no enagenarà , ni venderà el dicho mi
„ heredero , ò legatario : *ut in gloss. dict. §. Divi, ubi supr. & ibi*
Bart. n. 6. in med.

11 Y porque no hay regla que dexede padecer excepcion,
digo, que aunque es verdad, que todo lo suprarreferido es cierto,
y verdadero, hase de entender, quando los dichos legados, y
fideicomissos son otorgados en testamentos, y ultimas volunta-
des ; pero no se debe entender, quando fueron otorgados en
contratos inter vivos, porque sin embargo que en los dichos
contratos haya gravamen, y condicion, de que los dichos bienes
de Mayorazgo, ò fideicomisso no pudiesen ser vendidos, y ena-
genados, no se impide la translacion de su dominio, sino que
recta via passa al comprador, y no se le puede pedir cosa alguna
en ningun tiempo ; porque si alguna cosa se puede pedir, assi de
pena, como de interès, ha de ser con tal enagenante : *ut in l. Ea*
leg. C. de Condit. ob caus. & in l. 43. tit. 5. part. 6. & ibi Gregor.
Lopez, quem refert Molina lib. 1. de Primog. cap. 12. n. 30. vide
n. 31. 32. 33. & 34.

12 Y para que esto proceda assi, y que el dominio de los
dichos bienes no se transfiera en el comprador, aunque sean otor-
gados por via de fideicomisso, y Mayorazgo, en los dichos con-
tratos serà buena clausula la siguiente.

„ Item, que los dichos bienes sean perpetuamente de Mayo-
„ razgo, enagenables, è indivisibles, è imprescriptibles, y que no
„ se puedan ceder, renunciar, vender, trocar, ni enagenar, ni
„ assimismo no se puedan hypotecar, ni arrendar por largo tiem-
„ po, en todo, ni en parte, aunque la enagenacion, è hipoteca
„ sea por causa de dote, ò arras, ò alimentos, ni para redimirse,
„ y salir de cautiverio el poseedor, ni para otro alguno, Y esto
„ quiero que se cumpla, y guarde, aunque la dicha enagenacion
„ se haga para mayor utilidad del dicho vinculo, y Mayorazgo,
„ y que por el mismo hecho luego passe en el siguiente llamado
„ la possession, y dominio de los dichos bienes, sin que para su
„ restitucion tenga remedio el poseedor enagenante. Y de esta
forma no se transfiere el dicho dominio en el comprador : *ut ita*
notat Molin. ubi supr. n. 35. & in cap. 16. n. 32. usq. ad fin. & etiam
notat Molin. Theol. de Just. & jur. 2. tract. disp. 655. n. 1.

*Formatur
alia diffe-
rens clau-
sula.*

13 Y lo que se pudiera dificultar en este caso es, si por la
enagenacion de qualquier parte de los dichos bienes serà visto as-
simismo perder el enagenante el dominio de aquella parte que

vendiò, y no de los demás bienes, sino es constando lo contrario de la voluntad del testador; assi como si dixesse: „ Lo qual „ quiero que se cumpla, y guarde, aunque tan solamente se ven- „ dan parte de ellos, porque por el mismo hecho quiero los pier- „ da el que assi los enagenare, no solamente los unos, pero los „ otros, que no se vendieren, y enagenaren, y luego passen al „ siguiente llamado: ut ita notat cum aliis Villad. in sua Polit. de la Instruccion, forma de libelar, fol. 188. & 265.

14 De todo lo qual se infiere, y se sigue, que en todos los casos, que por el mismo hecho, por la venta, y enagenacion de los dichos bienes de fideicomisso, ò de Mayorazgo, no se transfere el dominio de ellos en el comprador, podrá lícitamente, y con justicia el siguiente llamado, aunque sea en vida del poseedor enagenante, repetir los dichos bienes, y tomar la posesion de ellos con autoridad de Juez, gozandolos, desfrutandolos usque ad mortem: ut ita docet Anton. Gomez in l. 40. Taur. n. 88. Segura in l. Hæredes, §. Cum filia, ff. de Vulg. column. 92. & 93. Peral. in Rub. ff. de Hæred. institut. n. 114. quos sequitur, & refert Molina de Primog. ubi supr. n. 33. vers. Communis tamen. Lo qual se limita en dos casos. El primero, quando en el fideicomisso, sujeto á restitution, no se expressò la clausula de prohibicion. Y el segundo assimismo, quando en la institucion de los dichos vínculos, ò Mayorazgos faltò, y no se expressò la dicha prohibicion de enagenamiento; porque aunque es verdad, que de su misma naturaleza son enagenables, como en el principio de este capitulo diximos; pero con todo esso, no se podrán pedir al comprador, y poseedor de ellos, hasta que muera el que los enagenò, successor que fue de los dichos bienes: ut ita docet Molina ubi supr. dist. num. 23. per totum.

15 Finalmente se ha de notar, que todo lo que dicho es en los dichos vínculos, y fideicomissos, assimismo hà lugar en la mejora de tercio, y quinto, que el ascendiente hace, y otorga en favor de sus descendientes; y assimismo la que otorgan los descendientes en favor de los dichos sus ascendientes con gravamen de restitution, segun el orden de la ley 27. Tauri, bodie l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. aunque en estos casos no impide que las dichas mejoras se otorguen en contratos entre vivos: ut in dist. leg. 11. & ibi Aceved. numer. 14. con tanto, que las dichas substitutiones se hagan segun el orden de la dicha ley, que en suma es el siguiente: Que en la mejora del tercio los pa-

padres puedan poner las condiciones, y gravamen que quisieren á sus hijos, y descendientes; con tanto, que si las dichas substitutiones passaren de un ascendiente à otro, sean primeramente llamados los hijos; y si hijos no tuviere, se ha de hacer la dicha substitution entre sus hijos naturales; ora sean de parte de padre, ò de madre; y faltando los hijos naturales, se ha de hacer la referida substitution entre sus ascendientes, y luego entre sus parientes; y á falta de parientes, entre estraños. Y para mayor declaracion, digo, que si el padre, ó la madre, teniendo hijos legitimos, hiciessen la dicha substitution en uno de ellos, y que despues de sus dias, ò á tiempo cierto, viniessse à un nieto suyo, y excluyesse al otro hijo, que sin embargo del nieto llamado, ha de suceder el hijo excluido; salvo si todos fueron llamados, porque entonces bien pudo llamar antes à sus nietos: *ut ita uotat Aceved. in d. l. 11. n. 38. cum aliis*, sin tener atencion de llamar al menor, ò al mayor: *ut ibi n. 41.* y con tanto, que sea entre sus mismos hijos, y nietos; despues de lo qual tienen obligacion à llamar à los hijos naturales, y no espurios, ora sean de parte de padre, ò de madre; no obstante que de Derecho Real no lo son de parte de padre forzosos, sino voluntarios, como lo son de parte de madre, faltando hijos, y descendientes legitimos: *ut in l. 9. & 10. Taur.* Por manera, que si el padre, despues de los hijos legitimos, llamasse á sus ascendientes, han de suceder primero los hijos naturales; y faltando todos los suprarreferidos, no puede el padre, ni la madre; despues de llamar los hijos, y nietos, hacer la dicha substitution entre estraños, teniendo parientes, porque estos han de suceder primero; y en caso que los dichos parientes sean llamados, han de suceder segun la voluntad del testador; porque no es obligacion llamar al mas cercano, ni al de mejor calidad, y conjuncion, como todos sean llamados, aliás sucederà el mas propinquo, como diximos en los descendientes: *ut ita voluit Angel. in d. l. 11. gloss. 13. n. 1. Pelaez de Majorat. 1. p. quest. fin. quos sequitur, & refert Aceved. ubi supr. n. 25.*

Mas se advierte, que esta dicha doctrina de la mejora de tercio no há lugar en el quinto, por poder el padre disponer de él como quisiere: *ut ibi idem Aceved. n. 55. cum Tello Fernandez in l. 27. Taur. n. 3.* adonde el mismo Tello Fernandez dice, que la dicha doctrina de substitution assimismo se estiende, aunque los hijos sean de dos matrimonios; porque respecto de los padres, no son de desigual calidad, y conjuncion: *ut ibi n. 6. Aceved. in d.*

l. 27. gloss. 2. n. 11. Y mas dice el mismo Acevedo, que si esta substitucion se hizo, y otorgò en favor de algun nieto, de que por ventura despues nacieron otros hermanos del dicho substituto, è hijos del padre mejorado, que sucederán todos igualmente en la dicha mejora: *ut ibi n. 27. contra distinctionem Anton. Gomez 1. tom. cap. 5. n. 39.*

Lo qual se debe limitar, en caso que en vida del mejorado se haya de hacer esta dicha substitucion, porque entonces no será excluido el nieto por el nacimiento de los demàs, siendo assi expressado por el testador, aliàs no havrà lugar por la tacita voluntad: *ut ita voluit Angulo ubi supr. n. 10. quem refert, & sequitur idem Aceved. n. 27. in fin.*

16 Demàs de lo qual, es justo se note, que si el hijo del testador fuere gravado à restituir la dicha mejora à otro su hermano, hijo assimismo del testador, que la dicha substitucion no havrà lugar, si el primer mejorado dexare hijos, por aquella condicion si sine liberis decesserit: *ut notat Anton. Gomez n. 32. vers. Ex quo infero singul.*

Lo qual es al contrario, quando un descendiente dexa algun fideicomisso à su ascendiente, con gravamen de restituirle à algun estraño, ò pariente del testador, aunque sea hermano; porque aunque mueran con hijos, se debe restituir el dicho fideicomisso al substituto, no constando lo contrario de la voluntad del testador: *ut in l. 10. tit. 4. p. 6. advirtiendò, que en todos los casos que huviere lugar la dicha condicion si sine liberis decesserit, no se ha de entender en los hijos naturales, sino es expressandose por el testador: ut ita notat Gregor. Lopez in d. l. 10. gloss. 8.*

CAPITULO VII.

En declaracion de la ley 9. y 10. de Toro, hodiè ley 7. y 8. lib. 5. de la Nueva Recopilacion, donde por su decission consta, en què parte de los bienes de sus padres serán capaces herederos, assi los hijos espurios, como los naturales, con declaracion de ciertas clausulas, que por su fuerza, y forma, assi los dichos hijos naturales, como los espurios, serán capaces herederos ex testamento en los bienes de sus padres aunque tengan descendientes legitimos.

SUMARIO.

NUM. 1. Los hijos naturales, y espurios en què parte de los bienes de sus padres serán capaces herederos

2 Si los hijos espurios, y de punible ayuntamiento lo pueden ser, y debaxo de que forma, y clausula.

3 Si lo que por una via se prohibe, hà lugar el concederse por otra, en declaracion de la ley 9. y 10. de Toro en su segunda parte.

4 Si el efecto que se sigue de la cosa prohibida en tiempo illicito, hà lugar, como el que se sigue en tiempo licito, y permitido, siendo en tiempo, y que de Derecho huviesse lugar, & ibi n. 5.

6 Si los hijos de Clerigos, y Frayles, ò otra alguna persona de las prohibidas podrán ser instituidos por los dichos sus padres, y en que parte de los bienes, con conclusion de la question 3. ibi numero 6.

7 Possession, si se debe dar à los hijos espurios de los bienes de sus padres, siendo instituidos debaxo de condicion, hasta que su efecto se siga.

8 Institucion de heredero, si se puede hacer en los nietos, hijos de espurios, y de punible, y dañado ayuntamiento.

9 Ceruo, ò nuera, casado con hija, ò hijo espurio, si puede ser capaz de los bienes de su suegro.

10 Dote, si se puede prometer à hija espuria, y que de Derecho no puede suceder en los bienes de sus padres.

11 Hijos naturales, si pueden ser instituidos en los bienes de sus padres, en perjuicio de los descendientes, y legitima de ascendientes, y debaxo de que forma, y clausula, con decission de la dicha ley 10. en su última parte.

12 Hijos naturales, si deben ser de peor condicion, que los estranos, especialmente en la substitucion pupilar que los padres hacen en sus hijos.

13 Hijos naturales, si pueden ser instituidos por herederos universales en testamento en los bienes de sus padres.

14 Si el substituto sucede en los bienes mediante la persona del padre, ò mediante la persona del hijo, con declaracion de la ley 5. tit. 5. p. 6.

15 Si la dicha substitucion se viciará, siendo ordenada en persona del padre, y de que forma.

16 Concluyese, que los hijos naturales pueden ser instituidos en los bienes de los dichos sus padres, en perjuicio de sus descendientes, y ascendientes.

17 Si lo pueden ser sin la dicha substitucion, aunque sea en perjuicio de los demás descendientes, siendo Frayles, que de Dere-

cho no pueden suceder. y con qué clausulas deben ser ordenadas las dichas instituciones.

18 Concluyese, que los dichos hijos naturales, en caso que los descendientes legitimos sean Frayles Franciscos, serán capaces herederos à sus padres ex testamento.

19 Y si lo pueden ser, en caso que segun las clausulas del Derecho, pueden ser los descendientes legitimamente desheredados.

20 Condicion, y gravamen de restitucion de lo que se dà à los hijos espurios, y naturales, si hà lugar.

1 **U**trum, porque ofrecerse pueden muchas dificultades en la succession, è institucion ex testamento de los hijos espurios, y naturales, se duda en qué parte de los bienes de sus padres pueden suceder, y de Derecho serán capaces herederos. Y aunque es verdad, que segun las palabras de la ley 9. y 10. su decision, sin darle limitacion alguna, está clara en quanto à la succession de los hijos naturales; pero en quanto à la succession de los espurios, es adonde mayor duda, y dificultad se puede ofrecer, puesto que segun las dichas leyes, son incapaces de la succession de los bienes de los dichos sus padres.

2 Y porque no hay regla tan general en Derecho, que no padezca su excepcion, se notaràn ciertas clausulas en limitacion de las dichas leyes 9. y 10. de que por su forma, y orden, assi los hijos naturales; como los dichos espurios, podrán en ciertos casos ser instituidos por universales, y particulares herederos en los bienes de los dichos sus padres, aunque sea en perjuicio de los demás descendientes legitimos; y assi, quanto lo primero, en limitacion de la dicha ley 9. que un padre, siendo sabidor que tenia un hijo espurio, y queriendole instituir por su universal heredero, ordenó su testamento, por el qual hizo, y otorgò la dicha institucion en el dicho su hijo, nombrandole por su universal heredero en todos los dichos sus bienes, que fue ordenada con las palabras de la clausula siguiente.

3 „ Dexo, nombro, è instituyo por mi universal heredero à Ticio, hijo mio ilegítimo, y espurio, con condicion, que des-
 Formatur „ pues de mi fin; y muerte, legitime su persona en la forma, y
 alia clau- „ con la solemnidad, que de Derecho en tal caso se requiere,
 sula. „ para que lícitamente goce, y suceda en los dichos mis bienes
 „ y hacienda. Et ibi: „ Con condicion. Cuya institucion en alguna forma parecè frustratoria, ordenada con algun genero de

engaño, siendo como dicho es, incapaces herederos de los dichos bienes, especialmente siendo conforme à Derecho, que lo que por una via se prohíbe, no há lugar el concederse por otras, y assi parece es en fraude de la dicha ley 9. si bien se consideran sus palabras, ibi: ,, 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 à sus madres ex testamen- ,, to, ni ab intestato: & in l. 10. Taur. ibi: ,, Y por causa de los ,, dichos alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegítimo. Cuyas palabras parece anulan todo genero de institucion, sino es en el caso de los dichos alimentos. Y caso que por tales herederos fueran instituidos, eran incapaces de entrar en la possession de los dichos bienes: ut ibi in d. l. 9. ,, Que en tal caso no puedan ,, heredar.

4 Y por otra parte hace fuerza, y milita ser de igual condicion, y calidad el efecto que se sigue de la cosa prohibida en tiempo ilícito, como el que se sigue en tiempo licito, y permitido, como en el uno, y otro caso se haya conferido en tiempo permitido, y no contrario à Derecho: ut in l. Si quis instituat, ff. de Hæredib. instituend.

5 Y supuesto que la dicha institucion fue celebrada en tiempo licito debaxo de aquella condicion, será válida, y se seguirá su efecto, cumpliendose la dicha condicion. Y pues assimismo la legitimacion es acto ficto, y de Derecho permitido, segun la ley 12. de Toro, el qual succede en lugar de acto vero, se ha de entender en nuestro caso serle atribuidas todas, y qualesquier calidades, y efectos resultantes de aquel acto vero, y pues la condicion fue en tiempo: ut ex text. in l. Cornel. ff. de Testam.

6 Y assi es conclusion llana, cierta, y verdadera, que aunque el padre sea Clerigo, ó Frayle, ó Freyle, ó otro alguno de los prohibidos, y habil para testar, podrá muy bien instituir por sus herederos universales à qualquiera de sus hijos espurios, en todos sus bienes, ó en parte de ellos, aunque los dichos hijos sean nacidos de punible, y dañado ayuntamiento, sin embargo de la decision de las dichas leyes; porque en quanto à esta limitacion no hán lugar, segun la más comun, y probable opinion de los Doctores antiguos: ut ex text. in l. In tempus, ff. de Hæredib. instituend. & ibi Bart. & comun. DD. Aret. in l. Si filius fam. ff. de Testam. Bald. & commun. DD. in l. Gallus, §. Instituens, ff. de Lib. beris, & posth. Cœpola. caut. 38. in fin. Cov. in 4. de Spons. 2. p. c. 8. §. 5. n. 12.

7. Y assi, despues de muerto el padre, se le ha de dàr la possession al dicho hijo espurio de los bienes del dicho su padre, de quien fue instituido, dando fianzas del entrego, hasta que legitime su persona: *ut in l. Si quis instituatur hæres, ff. de Hæredibus instituend. & ibi Bald. Roxas in Epitome succession. cap. 24. n. 6. Palac. Rub. in Rubr. de Donat. inter virum, & uxorem, §. 29. n. 3. & 4. Greg. Lop. in l. 19. tit. 3. p. 6. gloss. 7. in princip. ubi post medium dicit esse communem, secundum DD. in dist. l. Gallus, §. Instituens; ff. de Lib. & posthum. quamvis ipsi videatur probabilis contraria.*

8. Y de otras muchas limitaciones, que de Derecho havia lugar en las dichas leyes 9. y 10. de Toro en favor de los dichos hijos espurios; ò por lo menos, que mediante algun remedio, no pierdan en todo la possession de los bienes de sus padres, especialmente no teniendo descendientes legitimos: es en particular la institucion que el abuelo hace en la persona del nieto, hijo de espurio, è incapaz de la succession de su padre, ora sea el tal hijo espurio vivo, ò muerto, como no se haga por su contemplacion; y en duda, siempre se presume por contemplacion de nieto, pues es capaz de qualquier succession, pues las dichas leyes, tan solamente se han de entender en los hijos espurios, y no en los nietos; pues su decission no se debe estender à mas de lo que suena; pues fuera odiosa, si contra los nietos se huviera de entender, como se entiende en los padres: *ut in dist. l. 9. ibi: „ Salvo si los tales hijos fueren de damnado ayuntamiento: Et ibi: „ Salvo si fueren los hijos de Clerigos, ò Frayles, ò Freyles, ò de Monjas professas, & ita docet text. in l. fin. C. de Natur. lib. & ibi Bart. & commun. DD.*

9. Y assimismo se deben limitar las dichas leyes, y hà lugar su institucion en la persona del yerno, ò nuera, casado con hijo, ò hija espuria; secundum Anton. Gomaz in l. 18. Taur. n. 17. per totum & Roxas in Epitom. success. l. 20. n. 36. & 37. fol. 167. Didac. Pérez in l. 22. tit. 3. lib. 10. Ordinament. fol. 163. caut. 3. Cifuentes in l. 9. Taur. n. 7. Covar. in 4. p. 2. c. 8. §. 5. n. 11.

10. Y de qualquier manera pueden los dichos hijos ser instituidos en la quinta parte de los bienes de sus padres, por razon de sus alimentos: lo qual assimismo ha lugar por contrato entre vivos, por titulo oneroso, por razon de dote, que el padre, ora sea Clerigo, ò Frayle, ò Freyle promete, ó dà al yerno casado con su hija; pues el dicho dote succede en lugar de

de alimentos, como no exceda del quinto: *ut ibi in l. 10.*, Man-
,, danos, que en caso que el padre, ò la madre sea obligado à
,, dár alimentos à algunos de sus hijos ilegítimos, en su vida, ò
,, al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no
,, se pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la
,, que podia disponer por su anima; y por causa de los dichos
,, alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegítimo. La qual ley
se debe limitar, que si el yerno, que recibe la dote, tenia por
cierto que la hija era natural, y que fue concebida en tiempo
que el padre podia muy bien contraher Matrimonio con su ma-
dre, ò por lo menos al tiempo que nació: *ut in l. 11. Tauri*;
siendole prometido, ó entregado mas dote de lo que podia va-
ler el dicho quinto, no se le debe repetir por los herederos del
padre, no siendo descendientes, hasta que muera el dicho yerno,
siendo heredero, ò habiendo de gozar del usufructo de los di-
chos bienes; secus, si el marido, y esposo supiese lo contrario;
porque en tal caso, muerto el padre, los dichos parientes repe-
tiràn el dicho exceso del dicho quinto: *ut ita docet Ant. Gomez
in l. 10. Tauri, n. 44. per totum: Ripa in l. 1. n. 68. ff. Solut. matrim.
Còvar. in 4. 2. p. cap. 8. §. 6. Dueñas reg. 367. n. 3. Avend. in Rescri-
pens. respons. 19. n. 5. Felin. in cap. Pastoralis, de Rescriptis: Acev. in
l. 6. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 9. ubi dicit: Quod propter bene-
merita ipsius filii, aut filie pater ei possit plus ultra alimenta re-
linquere, secundùm Didac. Perez in d. l. 6. fol. 165. in fin. Baez.,
de Dotib. cap. 7. n. 8. Bart. in l. fin. §. Si à socio, ff. Quæ in frau-
dem credit.*

¶ 11. Y porque assimismo queden declaradas las dichas leyes 2.
& 10. de Toro, assi en su decission, como en sus falencias, y
limitaciones, se advierte, que aunque los padres tengan descen-
dientes legítimos, los dichos hijos naturales podràn ser institui-
dos por herederos universales por los dichos sus padres; *ut in-
frá*: y assi, se supone en limitacion de la dicha ley 10. que un pa-
dre, teniendo descendientes legítimos, instituyó por su universal
heredero à un hijo natural que tenia, cuya institucion fue orde-
nada con la clausula siguiente: „ Dexo, è instituyo por mi uni-
,, versal heredero à Sempronio, mi legitimo hijo, de edad de
,, diez años; y en caso que el dicho mi hijo muera dentro de la
,, edad pupilar, substituyo à Séyo, hijo mio natural, a. para que
,, suceda en los dichos sus bienes b.

Ibi: „ A mi hijo natural, a. Cuya institucion, en quanto à su

Formatas
alia clau-
sul,

Formatas
alia clau-
sul,

for-

forma, por la una parte parece ser ordenada en fraude de la dicha ley 10. pues por su decission antes consta lo contrario, como de ella se colige; ibi: ,, Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos, ò descendientes legitimos, mandamos, ,, que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos. Por manera, que segun nos dá à entender, de ninguna manera pueden los dichos hijos naturales ser capaces de todos los bienes de sus padres, teniendo hijos, ò nietos legitimos, y naturales.

12. Y por la otra parte parece satisface, trayendo à la memoria la substitucion que el padre puede hacer en persona estraña en qualquiera de los bienes de sus hijos, y que conforme à esto, no debe ser de peor condicion el hijo natural que el estraño; pues como dicho es, puede ser substituído, aunque sea en perjuicio de los demás descendientes legitimos, y legitima de ascendientes: *ut in l. 2. ff. de Vulg. & pupill. substit. & ibi Bart. & comun. Doctores, Anton. Gom. in tit. de Pupill. substit. 1. p. n. 7. per totum, & in l. 5. tit. 5. part. 6.*

13. Todo lo qual con mayor razón se verifica en que los dichos hijos naturales puedan ser substituidos, supuesto que por la dicha ley 10. los dichos hijos naturales pueden ser instituidos por universales herederos ex testamento por los dichos sus padres: *ut ibi: ,, Pero Mandamos, que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere.*

14. Ibi: ,, Para succeder en los dichos sus bienes, *b.* Por cuyas palabras se verifica, y hace fuerza lo que de nuestra question se pretende en la parte afirmativa, mayormente, que el substituto no succede mediante la persona del padre, sino tan solamente mediante la persona del hijo, ibi: ,, Para succeder en los dichos sus bienes. Como assi lo declara la dicha ley 5. tit. 5. p. 6. ibi: ,, Establezco por mi heredero à fulano, mio hijo; è si fuere mio heredero, è muriere ante que sea de edad de catorce años, ,, ibi: ,, Establezco à fulano, que sea su heredero.

15. De donde se sigue, que de ser ordenada en otra forma la dicha substitucion, no havrà lugar, ni se seguirà su efecto; assi como si dixesse el testador: ,, y si el dicho mi hijo muriere dentro de edad pupilar de catorce años, dexo, y nombro por mi heredero en todos mis bienes à Ticio, hijo mio natural. Y aunque es verdad como dicho es, que el substituto no succede *ex persona patris*, sino tan solamente *ex persona filii*, no se vi-

Formativa
alia clau-
sula.

ciará la dicha substitucion , aunque sea ordenada en la dicha forma ; porque de qualquier manera , se ha de juzgar por perfecta la substitucion pupilar : *ut ex text. in l. Si ita scriptum , §. pen. ff. de Bonor. poss. secund. tabul. ubi Bart. & inglos. Notab. super verb. Cayus Seyus , in l. 1. ff. de Vulg. & pupill. substitut.*

16 Y en conclusion , se tiene por doctrina cierta , y verdadera , segun la comun de los Doctores , que los hijos naturales pueden ser instituidos en los bienes de sus padres , muriendo el hijo legitimo heredero dentro de la edad pupilar de catorce años ; siendo varon ; y dentro de doce , siendo muger : *ut in l. 2. C. de Natur. lib. glos. in verb. Participium , ut in authent. Quib. mod. natural. lib. efficiam. sui , §. fin. col. 7. Bart. in l. Quod conditionis , ff. de Condition. causa mortis : Socin. regula 352.*

17 Y quanto á lo segundo , en limitacion de la dicha ley 10. se supone , que un padre teniendo descendientes legitimos , hizo institucion de heredero en un hijo natural , la qual institucion fue ordenada con la clausula siguiente : „ Item decláro , que por „ quanto los descendientes legitimos que yo tengo , son Frayles „ Menores , de la Orden de San Francisco , los quales , conforme „ à Derecho , no me pueden suceder en los dichos mis bienes „ ex testamento , ni ab intestato , ni el dicho Convento en su lu- „ gar , dexo , y nombro por mi universal heredero á Ticio , hijo „ mio natural.

*Formatur
alia clau-
sula.*

18 Ibi : „ Son Frayles , Cuya institucion assimismo con evi-
dencia parece ser , y estar ordenada con algun genero de fraude ,
pues los hijos naturales no pueden ser mas capaces , que del
quinto de los bienes de sus padres , conforme dicho es , y se
prueba en la dicha ley 10. de Toro , especialmente siendo en per-
juicio de Descendientes. Y aunque es verdad , que en este caso
no lo es , respecto de que los Frayles no pueden suceder en los
bienes de sus padres ; pero considerando la intencion de el Legis-
lador en la dicha ley 10. parece habla generalmenete , como en
Derecho en semejantes casos se debe entender : *ut ibi : „ Y el pa-
„ dre no tuviere hijos , ò descendientes legitimos. Por manera ,
que en quanto à estò , no se deben reputar por muertos ; pues
como dicho es , parece en fraude de la dicha ley. Pero sin em-
bargo de lo susodicho , supuesto que los Frayles Professos Fran-
ciscos no pueden suceder ex testamento , nec ab intestato , à sus
ascendientes , segun el Concilio Tridentino , por juzgarse por yá
difuntos , y no en el siglo , podrán justamente los dichos ascen-
dien-*

dientes instituir, y dexar por sus herederos universales de todos sus bienes à los dichos sus hijos naturales; pues en hacerlo assi, no es en fraude de la ley, pues reputandose por difuntos los dichos descendientes legitimos por razon del Habito, pueden ser instituidos ex testamento por los dichos sus padres: *ut ex text. in l. Papinianus §. Unde si quis, ff. de Inofficios. testam. in l. unica, §. In primo, ubi Bald. num. 11. C. de Caduc. tollen. & in l. Cum acutissimi, & ibi comun. DD. C. de Fideicommiss. glos. in verb. De la quinta parte, in l. 9. tit. 5. lib. 3. Fori. Et hinc est, quod stante statuto, quod masculi succedant, exclusis fœminis, intelligenda sunt, si masculi sunt capaces, & possunt succedere: ut ita docet Bart. in l. 2. §. Si duo in fin. ff. de Collat. bon. & in l. §. Et videndum, ff. de Testam. optimè Decius cons. 375. n. 3.*

19 De aqui se sigue, que todas las veces que los hijos legitimos, y naturales deben ser desheredados, y preferidos por sus padres por las causas del Derecho, pueden assimismo los dichos hijos naturales ser instituidos por herederos universales por los dichos sus padres, ex testamento, supuesto que los que son legitimos, son incapaces de la dicha succession por las dichas causas de pretericion; pues assimismo se juzgan, y son reputados en el Derecho por difuntos, y yà muertos: *ut est text. in l. 1. §. Si pater emancipatus, ff. de Conjung. cum emancip. & in l. 1. §. fin. ff. de Bonor. poss. contra tab. Bald. in l. unica, n. 20. C. Quando non peten. part. Bart. in l. Qui aliena, §. Interdum in princ. ff. de Acquirend. heredit. glos. Que hayan de heredar, in dict. l. 9. tit. 5. lib. 3. Fori.*

20 Mas se debe advertir, que todas las veces que el padre, ó la madre, por causa del Derecho Natural que tienen de alimentar à sus hijos espurios, y naturales, les mandaren, y dieren el quinto de sus bienes, no pueden de ninguna manera poner ninguna condicion, ni gravamen de restitucion; pues siendo, como es, el quinto legitima que se les debe à los hijos naturales, y espurios, no ha lugar la dicha condicion, sino que en el succederàn los herederos de los dichos hijos, ora sea ab intestato, ò ex testamento; aunque segun comun opinion de muchos, y graves Doctores, havrà lugar la dicha condicion en aquello, que extra de lo necessario huviere menester para los dichos alimentos; pues no es fuerza, que no habiendo menester todo el quinto para el efecto, que se le entrègue enteramente: *ut ita notat Tell. Fern. in l. 10. Taur. n. 15. quem sequitur Acev. in l. 8. tit. 8. n. 15. lib.*

lib. 5. Nov. Recop. Lo qual assimismo se ha de entender, quando la dicha condicion se pone por contrato entre vivos; assi como si un Clerigo prometiesse, ò diesse à su hija espuria, ò natural alguna cantidad en dote con condicion, que si no tuviere hijos, torne la dicha dote al dicho Clerigo, ò à sus herederos; aunque en este caso tiene lo contrario Joan. Garc. *de Expens. c. 3. n. 27. & 54.* Pero la contraria es la comun, segun Lara *in l. Si quis à liberis, §. Idem rescripsit. de Lib. agnos. n. 61. Matienz. in dict. l. 8. glos. 3. num. 5. lib. 5. Recop.*

CAPITULO VIII.

En declaracion de la ley 6. 7. y 8. tit. 5. part. 6. por cuyas palabras consta, en què forma, y con què clausula se debe ordenar la substitution pupilar, para que en virtud de ella, no solo el substituto succeder pueda en los bienes del menor de parte de su padre, sino tambien de otra qualquier parte adquiridos, aunque sean de parte de la madre.

SUMARIO.

1 **S**ucceder, si puede el substituto; assi en los bienes del padre, como en los demàs bienes adquiridos por el pupilo por titulo universal, ò particular.

2 Clausula, en què forma se debe ordenar, para que en todos los dichos bienes el dicho substituto pueda succeder.

3 Si lo que es ageno se puede enagenar, y disponer de ello, sin voluntad de su dueño.

4 Morir, si puede por la una parte *ex testamento*, y por la otra *ab intestato*; y si el pupilo puede morir *ex una parte ex testamento*, y de la otra *ab intestato*; y si el substituto succederà en todos los dichos sus bienes, segun la decission de la l. 7. dict. tit. 5. p. 6.

5 Si assimismo succederà el dicho substituto en los bienes que el dicho pupilo huviere adquirido de parte de su madre, segun la decission de la dicha ley 6. dict. tit. 5. p. 6.

6 Aceptando el dicho substituto los bienes del pupilo de parte de su padre, si deben assimismo aceptar los que el pupilo huviere adquirido de parte de su madre, ò de otra qualquier parte, segun la decission de la ley 8. dict. tit. 6. p. 6.

7 Si para haver lugar la dicha substitution de todos los dichos bienes se requiere se expresse, ò tacitamente se ha de entender en todos los dichos bienes.

8 Si el dicho substituto succeder puede en los bienes raíces, que segun el fuero de la tierra, muriendo ab intestato, buelven al tronco, y la raíz à la raíz.

9 Si en los casos que la madre es excluida de su legitima, por causa de la dicha substitucion, le compete remedio para ser alimentada.

UTrúm, si en caso que la substitucion hecha, y ordenada por el padre en qualquiera de sus hijos, por la potestad que en ellos tiene, otorgada en favor de qualquier persona, especialmente para que succeda en los bienes del pupilo, que de parte de su madre le fueren adquiridos; id est, en la legitima, que segun los demás descendientes le pueden pertenecer, havrà assimismo lugar la dicha substitucion en los demás bienes que al hijo dentro de la dicha edad pupilar se le pudieron adquirir, particularmente si la dicha substitucion por el dicho testador fue ordenada con la clausula siguiente post filii institutionem: „ Y si el dicho mi hijo muriere dentro de la edad pupilar, establezco, y nombro à Sempronio por su universal heredero, el qual no solo haya de succeder en los dichos mis bienes; sino tambien le substituyó, para que succeda en los demás bienes; que por qualquier titulo, *a.* ò persona, *b.* se le huvieren adquirido al dicho mi hijo.

Formatur
alia clau-
sula.

2 Ibi: „ Que por qualquier titulo, *a.* Y trayendo à la memoria aquella regla vulgar, que lo que es ageno, sin voluntad de su dueño, no se puede enagenar, ni disponer de ello, sin duda parece nos dà à entender, que tan solamente el padre tiene potestad para disponer, y hacer la dicha substitucion de los bienes, que por razon de su legitima al dicho pupilo le pueden pertenecer, y no en los demás bienes, que por qualquier titulo le pudieren pertenecer; pues assi hacerlo, serà disponer de lo que es ageno; lo qual, como dicho es, parece contra Derecho, segun la dicha regla *Quæ est, id quod nostrum est, ff. de Reg. jur.*

3 Y por otra parte pelea, y hace fuerza lo que assimismo el Derecho dispone; pues el que muere no puede dexar sus bienes debaxo de dos disposiciones: *Id est, ex una parte ex testamento, & ex alia ab intestato, secundum l. Jus nostrum, ff. de Regule jur. ubi Decius.* Y si bien se considera, no hà lugar la dicha primera regla; pues muriendo el pupilo dentro de la edad pupilar, en quanto à los bienes de su padre morirà ex testamento, pues el

dicho su padre testò por el ; y en los demàs bienes , que al dicho pupilo se huvieren adquirido , morirà ab intestato : lo qual , como dicho es , será contra la segunda regla ; y sin embargo de que los demàs bienes le sean adquiridos por qualquier titulo , no se deben juzgar por ajenos , pues se adquieren para el hijo dentro del tiempo que el padre pudo testar por èl ; y pudiendo en lo principal , con muy mas justa razon puede en lo accessorio ; y assi será justa la dicha substitucion en los demàs bienes , que por qualquier titulo se le huvieren adquirido , especialmente , que el substituto no succeda ex persona patris ; sino tan solamente ex persona filii , mediante la persona del dicho su padre , que testò por èl , como en la dicha ley 7. se prueba , cuyas palabras son las siguientes :
„ Tal fuerza hà la substitucion , que es dicha pupilar , que aquel
„ que gana la heredad , por razon de ella debe haver los bienes
„ del mozo , en cuyo lugar fue establecido por heredero , tam-
„ bien como si el mismo lo oviesse establecido por su heredero ,
„ en tiempo que pudiesse facer testamento. E por estas razones ,
tal substitucion como èsta , es como otro testamento , que hace el padre al mozo sobre dicho , è heredera tal subetituto como èste todos los bienes del mozo , ibi : „ Onde quier que los haya , & ita probat text. in l. Sed si plures , §. Ad substitutos , ff. de Vulg. & pupil. subst. & ibi Bart. & commun. DD.

4 Ibi : „ O persona. *b.* De donde se sigue , que no solo havrà lugar la dicha substitucion en todos los dichos bienes , por qualquier titulo adquiridos ; pero tambien bavrà lugar , aunque sean adquiridos mediante qualquier persona , assi como si la madre huviesse muerto dentro del dicho tiempo de la edad pupilar , de que el dicho pupilo huviesse sucedido en los dichos sus bienes , como hijo , y legitimo heredero : lo qual procede , aunque sea en perjuicio de otros qualesquier ascendientes , como de la dicha ley 6. se colige , ibi : „ E aun puede esto facer , maguer los deshere-
„ dasse de lo suyo por alguna derecha razon , diciendo assi : Des-
„ heredo tal mio fijo por razon del tal tuerto , ò yerro que me
„ fizo , è establezco por su heredero à fulano en los bienes , que à
„ aquel mio fijo vinieron de parte de su madre , ò de los otros
„ sus parientes.

5 Todo lo qual assimismo hà lugar ; pues en caso que el dicho substituto quiera aceptar los bienes de parte del padre del dicho pupilo , no puede aceptar los unos bienes sin los otros , ó repudiar toda la herencia , pues se reputan , y están yà incorpora-

dos con el patrimonio del dicho menor ; y assi no há lugar separacion, ni distincion en quanto á la dicha aceptacion, ò repudiacion, como assimismo de la decission de la dicha ley 8. se prueba, y collige, *ibi* : „ Muriendo el mozo à quien el padre, ó abuelo ovies- „ se dado otro heredero substituto en la manera que dicen pu- „ pilar, si este substituto quisiere heredar tan solamente los bie- „ nes, que fueren del padre del huérfano, è non los que oviera „ el mozo, *ibi* : De parte de su madre, ò de los parientes de ella, „ decimos, que si el substituto fuesse establecido por heredero en „ uno con el mozo en el testamento de su padre, è otrosi, si fues- „ se dado por substituto, que estonce conviene en todas guissas, „ que sea otrosi heredero en los bienes del mozo, maguer no quie- „ ra, ò los desampare todos, & *in leg. 1. 2. ff. de Acquirend. hæred.*

6 Y no solo procede la dicha substitucion con la dicha clausula especial, haciendo expressa mencion de los demàs bienes, que el hijo por qualquier titulo adquiere ; pero tambien se ha de entender tacitamente, aunque de lo dicho no se haya hecho la dicha especial mencion : *ut est text. in dist. 1. Sed si plures, §. Ad substitutos, ubi Bart. & comm. DD. ff. de Vulg. & pupil. subst. Mol. de Just. & jur. tract. 2. disp. 184. litt. B. vers. His ita constitutis, Ant. Gom. in tit. de Pupil. & vulg. subst. n. 7. in med.*

7 En cuya succession se ha de notar, que no solo el dicho substituto succederà en todos los dichos bienes, aunque sea en perjuicio de la legitima de qualesquier ascendientes ; pero tambien, aunque los dichos bienes sean raíces, que segun el fuero de la tierra, muriendo ab intestato el descendiente, vuelven al tronco, y la raíz à la raíz, segun la ley 6. de Toro, & ita docet Gutier. in *Pract. quest. lib. 3. q. 76. per totam.*

8 Y en todos los casos, que la madre es excluida por causa de la dicha substitucion pupilar, siendo pobre, le compete acion, y remedio para pedir alimentos de los bienes del pupilo su hijo ; pues los dichos alimentos de Derecho, y equidad Canonica no se pueden, ni deben denegar : *cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim. & in l. Si quis à liberis, §. Idem rescriptum, ff. de Lib. agnoscend. Covarr. in cap. Cum esses, de Testam. n. 11. in fin. Greg. Lop. gloss. 3. prop. finem, dist. 1. 7. tit. 5. part. 6.*

CAPITULO IX.

En declaracion de la ley 11. tit. 5. p. 6. de cuya decission se collige cierta clausula, de que de su orden se duda, si la substitution, que los padres, y ascendientes hacen á sus hijos, y descendientes, locos, sin memoria, y entendimiento, assimismo estender se puede à los hijos, y descendientes mudos, y sordos à nativitate, á exemplo de la pupilar.

SUMARIO.

1 **S**ubstition exemplar, si hà lugar en los hijos, y descendientes, que à nativitate son mudos, y sordos, assi como la que procede, y se hace en los hijos incapaces, y sin entendimiento, y con que clausula se debe ordenar la dicha substitution.

2 Si saben leer, y escribir los dichos mudos, y sordos, porque no lo son à nativitate, si podrán ser substituidos.

3 Si es necessario, que los dichos mudos, y sordos, para no poder ser substituidos, sepan leer, y escribir, ò es suficiente lo uno sin lo otro.

4 Quien debe ser substituido en lugar de los dichos mudos, y sordos, en caso que lugar haya la dicha substitution, en declaracion de la dicha ley 11. tit. 5. part. 6.

5 Hijos naturales, mudos, y sordos, si pueden ser substituidos por sus padres, ò madres, y en que personas.

6 Hijos de segundo matrimonio, si pueden ser dados por substitutos en los bienes de los hijos del primero.

7 Si puede la madre ser desheredada por la dicha substitution exemplar, y si hà lugar passando à segundo matrimonio.

8 Constante el matrimonio, si pueden el marido, y muger, cada uno por su parte, hacer la dicha substitution, y por que causas se anula, y cessa la dicha substitution, ibi n. 9.

1 **U**trum, si supuesto que por defecto de incapacidad pueden los ascendientes, padres, y madres substituir à sus hijos, y descendientes, á exemplo de la pupilar, segun la dicha ley 11. havrà assimismo lugar la dicha substitution en los descendientes, que à nativitate son mudos, y sordos. Y para que esto proceda con mayor claridad, y distincion, supongase que la dicha substitution fue ordenada con la clausula, que la dicha ley 11. ordena en su segunda parte, que su tenor es el siguiente: Esta-

„blezco por mio heredero à fulano mio fijo, è si él muriere en
 „aquella locura *a*, èn que àhora es, establezo por su heredero
 „en su lugar à fulano ome *b*.

2 Ibi: „ En aquella locura *a*. Para cuya conchlussion se ha de
 advertir, que de qualquier manera que uno no sea capáz de De-
 recho para testar, podrá ser substituido por sus ascendientes: *ut*
ibi in d. l. in sua l. p. se prueba, ibi: „ Exemplar substitucion; di-
 „ximos que era aquella, que pueden facer los padres, è las ma-
 „dres à sus hijos, que son locos, y sin memoria. Y assi, en
 quanto à los mudos, y sordos, por ser defecto assimismo de in-
 capacidad para poder testar, se distingue en la forma siguiente.
 Y es assi: Que si los dichos hijos, y descendientes son sordos, y
 mudos à nativitate, en tal forma, que no sepan escribir, ni leer,
 los dichos sus padres podrán substituirlos, y testar por ellos; pe-
 ro si son mudos, y sordos por alguna enfermedad, y saben escri-
 bir, y leer, en tal caso no procede, ni hà lugar la dicha substitucion,
 pues son capaces para significar, y manifestar su voluntad,
 segun la ley 13. tit. 1. p. 6. & ibi Gregor.

3 Pero si escribir, ni leer no saben, aunque sean mudos, y
 sordos por enfermedad, podrán ser substituidos exemplarmente,
 como dicho es, por los dichos sus padres, y madres; para lo
 qual, no solo sepan leer, pero tambien que no ignoren el escribir;
 porque faltando lo uno sin lo otro, se viciará el dicho testamento,
 que fuere ordenado por qualquiera de los dichos incapaces, sino
 es caso que fuere ordenado con autoridad del Principe: *ut ita*
docet d. l. 13. tit. 1. p. 6. cui consentit Anton. Gomez Var. res.
cap. 6. n. 3. tom. 1.

4 Ibi: „ A fulano ome *b*. Y en caso que los dichos ascen-
 dientes puedan hacer las dichas substituciones, como dicho es,
 ha de ser de forma, que si los dichos mudos, y sordos, ó locos, ó
 mentecatos, tuvieren hijos, ó descendientes, ó ascendientes, que
 estos primeramente han de ser dados por substitutos antes que
 otro alguno; y faltando alguno de los dichos, de manera que
 no haya descendiente, ó ascendiente, lo han de ser los hermanos
 legitimos: *ut ita docet nostra l. 11. in 3. p. ibi*: „ Pero si esté loco,
 „ à quien dàn el substituto, oviere fijo, ó nieto, ó alguno de los
 „ otros que descien den por derecha linea de él, debenlos substi-
 „ tuir en su lugar, è non otros. E si alguno de estos non oviere,
 „; estonce le pueden dàr substituto à su hermano, si lo oviere, è
 „; si non oviere hermano, puedenle dàr por substituto otro extra-

„fo: Et ita notat Greg. Lopez *in d. l. 11. gloss. 6. & 7.* Anton. Gomez *ubi supr.* Molina *de Just. & jure, 2. tract. disput. 185. vers. Si is, fol. 1119.*

5 Y en caso que los hijos sean naturales, no podrán por los dichos sus padres ser substituidos exemplarmente, respecto de no tener potestad en ellos, pues no le son herederos forzosos, segun la ley 10. de Toro; pero si los dichos hijos naturales tuvieren madres, y no tuvieren otros descendientes legitimos, assi como les son herederos forzosos *ex testamento, & ab intestato*, assi mismo les pueden hacer la dicha substitucion, y testar por ellos; pues los dichos hijos, y descendientes no son capaces por si para hacer, y ordenar su testamento, como se colige de la ley 9. de Toro; lo qual se limita, segun la dicha ley 9. si los dichos hijos fueren nacidos de punible, y damnable ayuntamiento, que por el tal coito incurriesse la madre en pena de muerte; ó si fueren hijos de Clerigos, ò de Frayles, ò Freyles, ò Monjas professas; porque assi como no pueden suceder indistintamente á las dichas sus madres, y padres *ex testamento, nec ab intestato*, sino es en sus alimentos, por el consiguiente en ninguna manera, en ninguna parte de los dichos sus bienes pueden ser substituidos; y en caso que la madre, como dicho es, sea natural, y no tenga descendientes legitimos, aunque tenga otro qualquier ascendiente, podrá substituir à los dichos sus hijos naturales exemplarmente en las personas que dicho es, salvo en los ascendientes de parte del padre; porque de ninguna manera lo puede ser *ex necessitate*, sino es que es voluntad de la dicha madre; y esto ha de ser faltando descendientes legitimos del dicho hijo natural, mudo, y sordo à nativitate, y assimismo ascendientes de parte de la madre, y hermanos naturales, hijos de una misma madre; pero no, si lo son de diferentes madres; sino es que assimismo es voluntad de la dicha su madre: ut de hac materia en el capitulo 10. se dirà mas largamente.

6 Y si huviere hermanos de dos matrimonios, aunque es verdad que en esta succession, muerto el padre, ò la madre, de donde assi proceden, y son descendientes, es preferido el hermano *ex utroque latere* en los bienes que dexó, de que murió *ab intestato*, ò los demàs, que tan solamente *latere*; id est, tan solamente lo son *ex uno de parte de padre, ò de madre*; pero con todo esso los dichos descendientes pueden ser substituidos por los dichos sus ascendientes en qualquiera de los otros hermanos, aunque

que tan solamente sea de una parte, porque para la dicha substitucion es suficiente, que tan solamente lo sea de parte de padre, ó de madre. Lo qual no se ha de entender que lo pueden ser los hijos de otro matrimonio, que de ninguna manera son hermanos, ni de parte de padre, ni de parte de madre: ut ita affirmat Bart. quem refert, & sequitur Anton. Gomez ubi supr. n. 15. vers. Quod notabiliter, quamvis contrarium teneat Molina Theol. de Just. & jure, 2. tract. disp. 185. vers. Idem, fol. 1120.

7 Y aunque es verdad, que substituyendo el padre pupilarmente á qualquiera de sus hijos en perjuicio de la legitima de su madre, se ha de entender, siendo otorgada dentro de la edad pupilar de catorce años, siendo varon, y doce, siendo muger; pero siendo otorgada la dicha substitucion despues del dicho tiempo, aunque la dicha substitucion sea hecha á exemplo de la pupilar, no puede la madre, y demás ascendientes perder su legitima: ut ita declarat Bart. in l. Ex facto, ff. de Vulg. & pup. subst. quem sequitur Anton. Gomez ubi supr. n. 8. Lo qual procede, aunque la muger passe á segundo matrimonio, porque de qualquier manera se le ha de dar su legitima; ni por el mismo hecho pierde la facultad de hacer la dicha substitucion en qualquiera de sus hijos, siendo mudos, y sordos, y locos, ó mentecatos, como dicho es.

8 Finalmente se ha de notar, que si el padre, ó la madre hicieron, cada uno de su parte, la dicha substitucion, succederán los dichos substitutos en los bienes de parte de quien fueron substituidos; y en los demás bienes adquiridos succederán igualmente: arg. text. in l. Ex facto, ff. de Hæred. instit. Anton. Gomez ubi supr. n. 13.

9 Cuya substitucion se destruye ipso jure, y no há lugar despues de celebrada, por tres causas. La primera, si el que assi fue mudo, y sordo, ó loco, ó sin entendimiento, y memoria, por tiempo fuesse capaz, de forma que careciesse del defecto porque lo estaba para no poder hacer testamento. La segunda, si siendo tal incapaz, tuviesse hijo legitimo: id est, siendo concebido en tiempo de la memoria, & ante furorem: ut ex text. in dist. leg. Ex facto, ff. de Vulg. & pupil. substit. & in l. Patre furioso, ff. de His, qui sunt sui, vel alien. jur. & ita notant Doctores. La tercera, si fue revocada por otro testamento: todo lo qual se prueba de la dicha ley 11. cuya es vera interpretacion.

CAPITULO X.

Adonde se trata si las madres pueden substituir pupilarmente à sus hijos, y descendientes, y en què parte de sus bienes, y con què clausulas tendrà fuerza la dicha substitucion.

SUMARIO.

- 1 **S**UBstituir, si pueden las madres à sus hijos, y en què parte de los bienes, y con què clausulas.
- 2 Gravamen, y condicion, si podrán los padres poner en las dichas substituciones.
- 3 Si por el matrimonio espiran estas dichas substituciones antes de los catorce años.

1 **U**TRùm, y supuesto que de ninguna manera por Derecho puede la madre pupilarmente substituir à ninguno de sus hijos, si por ventura haviendose otorgado la dicha substitucion en favor de alguno de los dichos sus hijos, quedará en todo por nula, è ilusoria la dicha substitucion pupilar; y no hay duda, sino que la dicha substitucion, por ser, como es, contra Derecho, no se cumplirá, ni guardará, puesto que las madres no tienen aquella libertad, y potestad en sus hijos, que los padres tienen por Derecho. Y aunque es verdad, que la question propuesta parece està clara; pero con todo esso, nos dà materia para manifestar una admirable limitacion al proposito, digna de tener en la memoria; y assí, para mas claridad, supongase, que despues de haverse ordenado en el testamento de la madre la dicha substitucion, se añadió la clausula codicilar, en que dixo: „ El „ qual dicho mi testamento, y todo lo en èl contenido, quiero, „ y mào, que se cumpla, y guarde, como dicho, y ordenado „ tengo, ò por la mejor via, y forma que mas lugar huviere en „ Derecho. Por manera, que lo que nos dà à entender esta dicha clausula, que yà que no puede valer como substitucion pupilar, valdrà como mejora, ó legado; es à saber, que siendo ordenada la dicha substitucion, ora sea testamento, ó codicilo, siendo en favor de algun extraño, y muriendo el hijo substituido en la edad pupilar, succederà el dicho extraño en el quinto de los bienes de la dicha su madre; y si la dicha substitucion fuere otorgada en favor de otro qualquier hijo, ò descendiente, serà válida en quanto al tercio, y remanente del quinto de los dichos bienes de la madre. Y es la

*Formatur
alia clau-
sula.*

razon, porque aunque es verdad, que esta dicha substitucion directè, no vale como pupilar, tiene fuerza, y se convierte, en virtud de la dicha clausula codicilar, en fideicomisso particular; lo qual, como dicho es, procede si el pupilo muere dentro de la dicha edad pupilar, aliàs cessarà, assi como substitucion pupilar, que en quanto aquella cantidad ha de seguir el natural de la dicha substitucion; pues en el dicho quinto, y tercio vale como puede, en virtud de la dicha clausula codicilar: *ut ita sequitur Anton. Gomez. tom. 1. Var. res. cap. 4. n. 6. Covar. de Testamentis, in cap. Raynuntius, §. 5. fol. 104. Menes. in l. Si frater tuus, n. 9. C. de Fideicom. fol. 43.*

2 De aqui se duda, si la madre en este caso, ó el padre en las substituciones directas, podrán licitamente poner gravamen, y condiciones en las dichas substituciones. Y segun razon de Derecho, parece, que sin duda alguna serán válidas qualesquier condiciones, y gravamenes, supuesto que el substituto sucede al substituido por voluntad de su padre; bien assi, como si èl mismo por su universal heredero le instituyera, de que en los dichos bienes le pudiera poner qualquier gravamen, y condicion; y en caso que el padre huviesse hecho la dicha substitucion, no solo puede poner esta condicion en los dichos sus bienes, pero aun en los de la madre, ò de otra qualquier persona, muriendo en la dicha edad pupilar; mas se estiende esta dicha potestad, que no solamente podrá el padre substituir al hijo en los bienes de su legitima, pero tambien en el tercio, y quinto de mejora; con tanto que este gravamen se haga segun lo ordena la *ley 11. tit. 6. lib. 5. Novæ Recop. ut hæc omnia colliguntur, ex l. Titio pecunia, §. ultim. junct. l. Quod fideicommissum, ff. de Legat. & affirmat Bart. & communis Doctorum sententia, quam Ant. Gom. 1. tom. Var. resol. c. 4. n. 12. refert, & sequitur.*

3 Demàs de todo lo dicho, se duda assimismo, si esta substitucion espirarà luego que el hijo se casò, antes de haver cumplido los catorce años de la edad pupilar, siendo varon, y doce, siendo muger; y segun el Derecho Comun, està facil la conclusion, atento, que hasta cumplida la dicha edad pupilar, no cessa la dicha substitucion; y por el consiguiente, hasta aquella edad no podia testar, ni por el dicho matrimonio salia de la patria potestad: *ut ita refert Emmanuel de Acosta in cap. Si pater, 1. p. vers. Impuberis, n. 9. fol. 28.* Y segun el Derecho Real, que es la *ley 9. tit. 1. lib. 5. Recopilat.* se ha de entender assimismo, pues el

el hijo, è hijos no salen de la potestad de sus padres, hasta cumplidos catorce años, ni hasta pasado el dicho tiempo pueden hacer testamento, ni assimismo se pueden casar: ut ibi notat Baez. Aceved. in n. 19. quamvis contrarium tenuit Molin. de Just. & jure, 2. tract. disp. 184. num. 13.

CAPITULO XI.

Adonde por las clausulas mas principales de la ley 80. tit. 18. part. 3. se declara en què forma, y con què solemnidad se debe preceder en el Juicio Divisorio, para que de su orden de ninguna manera causar se pueda error, ni engaño, especialmente en los casos que consisten en Derecho.

S U M A R I O.

1 **E**N què forma, y con què solemnidad se debe proceder en las particiones, para que perjuicio, y agravio no resulte contra alguno de los herederos, en declaracion de la primer clausula de la ley 80. tit. 18. p. 3.

2 En quantas formas se pueden dividir, y partir los bienes, y hacienda del testador.

§. Inventario. 1.

3 Inventario, si se debe hacer primero, y ante todas cosas de los bienes del difunto, para el efecto de partirlos, y dividirlos, en declaracion de la segunda clausula de la dicha ley 80.

4 Quièn tiene obligacion à hacer este dicho inventario.

5 Què pena tiene el Tutor, y Curador que no hicieron inventario de los bienes de sus menores.

6 En què tiempo tiene obligacion el heredero à hacer, y acabar el dicho inventario, y què pena mercede, si no lo biciere.

7 Y si por el mismo hecho pierde la quarta Falcidia, y Trebellianica.

8 Si por no haver hecho el heredero el dicho inventario, se difiere la cantidad que falta en el juramento in litem de los acreedores, y legatarios del testador; y si los dichos se han de hallar presentes, para ver hacer el dicho inventario, para que cesse esta pena.

§. Aprecios. 2.

9 *Apreciados deben ser estos dichos bienes, para que perjuicio, ni agravio no resulte contra los dichos herederos, en declaracion de la clausula de la dicha ley 80.*

10 *Citados, si deben ser los herederos, è interessados à los dichos bienes, para ver hacer estos dichos apreciios; y si en caso de discordia en los dichos apreciios, ha de nombrar el Juez tercero para la reduccion pedida.*

11 *Aumentar, si pueden el precio de los dichos bienes los dichos herederos.*

12 *Y si despues de estar aprobados los dichos apreciios, los dichos herederos podrán apelar del Auto de aprobacion del Juez, y dentro de que tiempo.*

13 *Si para hacer estos dichos apreciios deben ser citados todos los acreedores à los dichos bienes, y hacienda.*

§. Deposito. 3.

14 *Depositar, si se deben estos dichos bienes, y à pedimento de quien.*

15 *Por cuenta de quien corre el peligro de los bienes depositados.*

16 *Y si los dichos herederos deben nombrar los dichos depositarios, para que el peligro de los bienes corra por su cuenta.*

17 *Si pidiendo los herederos que se remueva el deposito, no lo hiciere, que culpa se le puede imputar.*

18 *Si este deposito ha de ser removido con mandamiento, y consentimiento del dicho Juez.*

19 *Vender, si puede el depositario los dichos bienes, y por que causas.*

§. Aceptacion. 4.

20 *Aceptar, y repudiar, si deben los herederos los bienes del testador, y en que tiempo.*

21 *Si passado el tiempo en que se debe aceptar, ò repudiar esta dicha hacienda, es visto haverla aceptado tacitamente.*

22 *Pidiendo los acreedores, que los herederos acepten esta dicha hacienda, si la deben aceptar tacita, ò expressamente, y dentro de que tiempo.*

23 Y què tiempo se les concede à los dichos herederos , quando à pedimento de los legatarios se pide acepten , ò repudien los dichos bienes , y hacienda.

24 Y si passado el dicho tiempo no hubiessen aceptado , y hecho el dicho inventario , se sujetaràn ultra vires hereditarias para satisfacer à los dichos acreedores.

25 Hase de aceptar esta dicha hacienda con beneficio de inventario para no incurrir en las penas suso referidas.

26 Y en caso que el heredero repudie , y hubiere ocultado algunos bienes de las penas referidas , ha de ser condenado en el duplo para satisfacer las deudas de los acreedores.

27 Por què causas es visto haver aceptado el heredero esta dicha hacienda.

28 Si para executar el acreedor à los dichos herederos , es necesario probar primero que lo son.

29 Ocultando , y escondiendo el hijo , y descendiente algunos bienes de sus padres , tiene obligacion à pagar las deudas , extra vires hereditarias.

30 En què lugar se debe hacer esta dicha aceptacion.

§. Contadores. 5.

31 Contadores , si han de ser nombrados para hacer esta dicha division , y quièn lo puede ser.

32 Si lo pueden ser los padres , hijos , hermanos , Clerigos , y libertos , siendo de consentimiento de las partes.

33 Si lo puede ser la muger , en particiones extrajudiciales.

34 Si lo pueden ser los menores , el furioso , y el mudo , y sordos.

35 Y si de consentimiento del Prelado , lo puede ser el Frayle.

36 Si los dichas Contadores pueden ser recusados por causas injustas.

37 Quales se dicen en el Derecho causas justas , para que se admitan las dichas recusaciones.

38 Si el Sacerdote , no siendo nambrado de consentimiento de las partes , puede ser recusado.

39 Si por soborno , y dadiwas pueden ser recusados.

40 Contadores , y particion , en que parte se deben nombrar , y

adonde se debe hacer.

§. Adjudicaciones. 6.

41 *Haciendo pacto, y transaccion los herederos, si pueden venir contra la dicha particion, en declaracion de la quarta clausula de la dicha ley 80.*

42 *Traslado, si se debe dar à los herederos de las adjudicaciones, para si tienen que decir, y alegar contra ellas.*

43 *Engañado, y leso, siendo el heredero en mas de la mitad de lo que de su legitima le puede pertenecer, si podrá venir contra la dicha particion.*

44 *Bienes, que no tienen comoda division, como deben ser partidos.*

45 *Si los dichos bienes, que no tienen comoda division, se han de vender en pública almoneda.*

46 *Si el no tener comoda division, se ha de entender, así en los predios urbanos, como en los rusticos.*

47 *Papeles, y Executorias, à qual de los herederos se deben entregar.*

§. Deudas. 7.

48 *Si los dichos herederos quedan obligados à la eviccion de los bienes que salieron inciertos, en declaracion de la 5. clausula de la dicha ley 80.*

49 *Convenidos, si pueden ser los dichos mas de prorata de las dichas deudas.*

50 *Si habrá assimismo lugar en las cosas especialmente hipotecadas.*

51 *Partiendo, y dividiendo los herederos los bienes, y hacienda del testador en ausencia de algun heredero, si volviendo quedàran obligados insolidum por su parte.*

52 *Y si se debe tornar à hacer la dicha particion por la venida del dicho ausente.*

53 *Si habiendo error, y agravio en las dichas particiones, se puede venir contra ellas, en declaracion de la 6. clausula de la dicha ley 80.*

54 *Si haciendose las dichas particiones extrajudiciales, habrá*

lugar el alegar el dicho error , y engaño.

55 Si le havrà assimismo siendo hechas judicialmente.

56 Si consistiendo el dicho error en Derecho , se podrá pedir reduccion , y reformation , despues de estàr consentida , y aprobada la dicha particion .

57 Quàles se dicen errores del Derecho.

§. Capitales. 8.

58 En què forma se le aumenta à la muger su dote , y capital.

59 Recibiendo el marido la dote inestimada , si tiene obligacion à su restitucion , y quàndo precisamente tiene obligacion à restitucion , especialmente recibiendo los dichos bienes dotales estimados con la estimacion que causò , y celebrò venta.

60 Ganados , y otros bienes semovientes , en què forma se deben restituìr.

61 Quàles se dicen bienes estimados , que la dicha su estimacion cause , y celebre venta.

§. Arras , y Joyas. 9.

62 Quàndo , y en què forma , y de què bienes se le han de pagar à la muger las arras prometidas , ò entregadas.

63 Arras , què cantidad se pueden prometer.

64 Si las dichas arras se pueden prometer de los bienes que de futuro se adquirieren.

65 Joyas , y arras , còmo se han de dividir , si el matrimonio fuere disuelto por qualquiera de los esposos de futuro , ò de presente

66 Contrato entre los dichos esposos , tocante à las dichas joyas , y arras , si se debe guardar.

67 Siendo consumidas las dichas arras , y joyas , constante el matrimonio , si se podrá repetir.

68 Si no entregandole al marido la dote prometida , tendrá obligacion à pagar las dichas arras.

69 Arras , prometiendose de los bienes de Mayorazgo , y en què forma se deben pagar.

70 Mejora de tercio , y quinto , si se debe sacar de las arras , y otras donaciones , que la muger huviere recibido del primer ma-
tri-

trimonio, casandose segunda vez.

71 Si se podrá sacar la dicha mejora de las otras donaciones, que la esposa recibe por contemplacion del dicho su primer marido.

72 Si demàs de la decima parte, que el esposo puede prometer en arras, puede assimismo disponer del quinto de sus bienes.

73 Si las dichas arras son forzosas, ò voluntarias.

§. Bienes parafernales. 10.

74 Quales se dicen bienes parafernales.

75 Si estos dichos bienes siguen el privilegio de hypoteca que los demàs bienes dotales.

76 Si entre estos dichos bienes se reputan assimismo parafernales todo lo que dà el marido à su muger.

77 Si las demàs donaciones de otra parte adquiridas se reputaràn por bienes parafernales.

78 Si suelto el matrimonio, tendrà obligacion el marido à dár, y entregar estos dichos bienes parafernales.

§. Mandas. 11.

79 Mandando el marido à su muger los bienes dotales, si se le deben dár juntamente con su valor.

80 Y si es visto mandarles con todos los mejoramientos que al tiempo de la manda tienen.

81 Mas del quinto si puede mandar el marido à su muger, quedando preñada.

82 Què parte de los bienes se ha de entender de la manda de todos los bienes, teniendo descendientes legitimos.

83 Mandando el marido à su muger todos sus bienes, si se ha de entender assimismo de los vendibles.

§. Mejoras. 12.

84 Mejoras de los bienes inmuebles, que se han causado constante el matrimonio, si se han de comunicar entre marido, y muger.

85 Arboles, y vides plantadas en tierra, y heredades de uno de los dichos casados, si se deben assimismo comunicar.

86 Si estando los bienes por partir, suelto el matrimonio, si se

deben sacar por deuda los gastos que en los dichos bienes se hicieron, y si se deben reditos del dinero que se gastò.

87 Partos de esclavas, si se reputan por frutos, ò reditos para comunicarse entre marido, y muger.

88 Lasto que el marido hizo como fiador, si se debe comunicar.

89 Si lo que el marido juega, y gasta deshonestamente, se debe comunicar, & ibi n. 90. 91. 92.

93 Si assimismo se debe comunicar lo que el marido gastò por razon de algun delito, y assimismo las donaciones otorgadas en favor de particulares, & ibi n. 94.

§. Renunciacion. 13.

95 Si antes, y despues del matrimonio puede la esposa, ò el esposo renunciar las ganancias en fraude de sus acreedores.

96 Y si en caso que haya lugar la dicha renunciacion, se ha de entender en las ganancias yà adquiridas.

§. Frutos. 14.

97 Si los bienes de Mayorazgo se han de comunicar, y si se dicen bienes gananciales mientras el marido, ò la muger no gozan de la propiedad de los bienes que trageron al matrimonio.

98 Si se han de comunicar como bienes gananciales los frutos del vinculo, ò Mayorazgo de hijo de familias, de que el padre como administrador goza.

99 Y si se ha de comunicar assimismo con la segunda muger el fruto de los bienes adventicios de los hijos, de que el padre como usufructuario ha gozado.

100 Si los bienes castrenses, vel quasi castrenses, ganados por el hijo, de que el padre es administrador, se han de comunicar como bienes gananciales, ò por lo menos la comodidad de ellos.

101 Si son bienes gananciales los frutos que fueron cogidos de la heredad en el interin que se litigò sobre la propiedad.

102 Si se reputaràn assimismo por bienes gananciales los frutos que se huvieren causado, mientras se ha tratado el Juicio divisorio, de que entre los herederos fuere movido pleyto.

103 Frutos que el marido, ò la muger goza de algun vinculo,

ò manda temporal , si se han de traer à division como bienes gananciales , & ibi n. 104.

105 Si procederà la dicha doctrina , consolidandose el dicho usufructo con la propiedad.

106 Si recibiendo el marido , ò la muger estos bienes estimados , havrà obligacion de restituir enteramente los dichos frutos.

107 Si ha de intervenir industria de entrambos casados para reputarse , y juzgarse por bienes gananciales.

108 Frutos pendientes al tiempo del divorcio , còmo se han de comunicar.

109 Frutos pendientes de los bienes de Mayorazgo , si se deben comunicar como los demás frutos gananciales.

110 Si mientras no se biciere particion con los hijos del primer matrimonio , ha de durar la compañia en pèrdida , y ganancia , aunque el padre passe à segundo matrimonio.

§. Reservacion. 15.

111 Passando el marido , ò la muger à segundo , ò tercero matrimonio , bay obligacion à reservar à los hijos del primero matrimonio los bienes del hijo que murió ab intestato.

112 Si bay obligacion de reservar à los dichos primeros hijos los bienes , ultra de los que el dicho adquirió de substancia paternal.

113 Si se han de reservar las arras , y donaciones mandadas , y legados del primer marido , ò muger.

114 Si havrà obligacion de reservar lo que se huviere adquirido antes de passar à segundo matrimonio de los dichos primeros hijos.

115 Frutos pendientes de la heredad que se ha de reservar , si se reputan por parte de la dicha heredad , y se deben restituir.

116 Si lo dispuesto en las madres , se ha de entender assimismo en los padres.

117 Gozar , si debe el padre del usufructo de los bienes del hijo muerto , que por algun titulo adquirió , aunque la madre succede en la mitad.

118 Si la dicha doctrina se debe assimismo estender al abuelo

lo de parte de padre, respecto de los nietos concebidos, y nacidos del hijo no velado.

119 Casandose el padre, ò la madre segunda vez con licencia expressa de sus primeros hijos, no tiene obligacion à hacer la reservacion suprà referida.

120 Si procede assimismo, casandose segunda vez con licencia que para ello diò la primera muger, ò el marido al tiempo de su fin, y muerte.

121 Si casandose con licencia del Principe, procederà la referida doctrina.

§. Fianzas. 16.

122 Si hay obligacion, passando à segundo matrimonio, à dár fianzas los dichos marido, y muger de los bienes que tienen obligacion à reservar à los dichos primeros hijos.

123 Si hay obligacion à dár fianza de los bienes del hijo, que murió ab intestato.

124 Si enagenando el padre, ò la madre estos bienes, podrán los hijos repetirlos, y sacarlos de los terceros poseedores.

125 Si siendo enagenados los bienes adventicios, podrán assimismo los dichos hijos sacarlos de qualquier tercero poseedor, siendo emancipados por el matrimonio.

126 Si aceptando el hijo los bienes de su padre, tendrá obligacion, como heredero, à satisfacer à los terceros por la eviccion.

§. Entrègo. 17.

127 Dentro de què tiempo debe entregar el marido, ò sus herederos la dote, y demás bienes pertenecientes à la muger, ò à sus herederos.

128 Si mientras no entregàren estos dichos bienes, ha de gozar el marido de los frutos de ellos, ò si de ellos se ha de alimentar la muger, no teniendo otros bienes.

129 Fianzas del dicho entrègo, si ha de dár el marido, ò los dichos sus herederos.

130 Tendiendo el padre hijos en su potestad, cessa todo lo suprà referido.

§. Graduacion. 18.

131 Deudas posteriores, en qué casos deben ser primeramente pagadas.

§. Funeral. 19.

132 Gastos funerales, han de ser preferidos à todas, y qualquier deudas, por anteriores, y privilegiadas que sean.

133 Si estos dichos gastos se han de sacar del cuerpo, y monton de los bienes comunes entre marido, y muger.

134 Gastar, si se debe el quinto de los bienes del que murió ab intestato, ò diò poder al Comissario para disponer de sus bienes.

135 Quinto de los bienes, no se debe gastar, ni mandar, siendo en mayor cantidad que la legitima, que à cada uno de los hijos le puede pertenecer en los bienes de sus padres.

§. Fisco. 20.

136 El Fisco, si tiene antelacion, y privilegio de hypoteca en los bienes de su deudor, & ibi n. 137. & 138.

139 Si en caso de duda, por equipararse el Fisco, y dote, se prefiere la dicha dote.

§. Dotes. 21.

140 Deudas de dotes, siempre son preferidas, y en qué casos lo serán las arras, joyas, y donaciones propter nuptias.

141 Concurriendo dos dotes, qual ha de ser primeramente pagada.

142 Tacita hypoteca privilegiada anterior, si se prefiere à la expressa, y tacita posterior de igual privilegio.

143 Desde qué tiempo tiene privilegio de hypoteca la muger por razon de su dote.

144 Si la muger segunda ha de ser privilegiada por razon de su dote en los bienes gananciales del primer matrimonio.

145 Haviendo bienes suficientes en el primero, ò segundo matrimonio, se han de pagar las deudas, que los dichos marido, y muger antes del dicho matrimonio havian contrahido de los bienes que de su capital, y ganancia les pertenecieren.

146 No constando en qué matrimonio se ganaron los bienes que

que quedaron por fin , y muerte del marido , se han de comunicar entre los herederos del primero , y segundo matrimonio.

147 Primera dote , si ha de ser pagada de los bienes gananciales de la segunda. Y si procederà esta doctrina en favor de la dote de la segunda muger , respecto de los gananciales de la primera , ut *suprà*.

148 Bienes gananciales , enagenados por el padre despues del matrimonio , si se podrán sacar por los hijos , y en què tiempo.

149 Retencion , si le compete à la muger en los bienes de su marido , por razon de su dote.

150 Si à la muger se le deben intereses licitos , no entregandole su dote desde el dia que de derecho se le debe entregar.

151 Gastos que la muger ha hecho por causa de sacar , y cobrar la dicha su dote , si se le deben restituir.

152 Bienes comprados con el dinero de la muger , si siguen el mismo privilegio que los demás dotales.

153 Si procede la misma doctrina en la cosa trocada , raíz dotal por otra.

154 Si este privilegio se debe assimismo estender al Fisco , menor , Iglesia , furioso , y prodigo.

156 Si se tiene este privilegio en la cosa comprada del dinero que procedió de la cosa que se trocò con la dotal.

§. Salarios. 22.

157 Salarios de criados tienen privilegio , y antelacion por Derecho Divino.

158 Si estos dichos salarios se deben , passados tres años continuos desde el dia que se despidió , ò cumplió.

159 Y si estos dichos salarios se deben à los hijos que están debaxo de la potestad de sus padres.

160 Y el salario , que el hijo huviere ganado fuera de casa de su padre , que el padre huviere cobrado , y gozado , se le ha de entregar con los demás bienes adventicios.

§. Iglesia. 23.

161 Por los diezmos , y primicias tiene assimismo privilegio de anterioridad la Iglesia , especialmente en los bienes de que proceden.

162 Y si en las demás deudas concurre con la dote, y Fisco.

§. Menores. 24.

163 Menores, si tienen privilegio de antelación, y tacita hypoteca en los bienes de sus deudores.

§. Refaccion. 25.

164 El dinero gastado en el reparo de la casa, ó otro edificio, como lo que se presta para sustentar ganado, ó para otro qualquier beneficio, es preferido en la misma cosa à todos, y qualesquier acreedores.

165 Si lo es assimismo lo prestado para comprar casa con hypoteca de ella.

166 Si procede assimismo en los oficios comprados con el dinero prestado.

167 Dote, y Fisco, si se han de preferir en los bienes adquiridos despues de su hypoteca por los dichos sus deudores à los demás acreedores anteriores.

168 Si assimismo procede en las demás no privilegiadas.

169 Privilegiado, si debe ser el señor del censo en la misma cosa hypotecada.

170 Desde què tiempo tienen el Fisco, y dote su anterioridad.

171 Si en la cosa que se vende al fiado con especial hypoteca de ella, se tiene privilegio de antelación.

172 Instrumento por donde consta de verdadera paga, si se prefriere à otro, que no conste de ello.

173 Cedula particular, otorgada con especial hypoteca, y firmada de tres testigos, si tiene su antelación desde el día de la fecha, sin ser reconocida para la dicha antelación.

174 Si el que es primero en tiempo, ha de ser mejor en derecho.

175 Bienes enagenados en segundo acreedor, si se podrán repetir, aunque sea por causa de dote, ibi n. 176.

177 Y si lo que se enagenò fue dinero, procederà la dicha doctrina.

178 Y si en caso que la pecunia no esté consumida, se podrá repetir por los dichos primeros acreedores.

179 Dentro de que tiempo se podrá repetir este dicho dinero.

§. Deudas personales. 26.

180 Deudas personales, si han de ser pagadas pro rata.

181 Pagar, si puede el deudor con buena conciencia estas deudas por entero, no teniendo conque pagar à las demás.

182 Siendo reconocida la Cedula, è Instrumento particular, si puede hacer el deudor la dicha paga.

§. Luto. 27.

183 Luto, si es deuda que à la muger se le debe por fin, y muerte de su marido, y en que lugar debe ser pagado.

184 Si este dicho luto se debe sacar con el funeral.

185 Y si por el segundo matrimonio pierde la muger el dicho luto; y si tiene obligacion à restituirlle à los herederos del dicho su primer marido.

186 Si este luto se le concede assimismo al marido, como à la muger.

§. Lecho cotidiano. 28.

187 Lecho cotidiano, si assimismo se le debe à la muger, ò al marido.

188 Si por el segundo matrimonio se pierde la dicha cama, y si se debe restituir, habiendo ganancias.

§. Quarta del superstite. 29.

189 Quarta parte de los bienes del difunto, si se le debe à la muger, quedando pobre.

190 Si pudiendo trabajar el superstite, se le deberà la dicha quarta parte.

191 Si viniendo en riqueza el superstite, tendrá obligacion à restituirlle la dicha quarta parte.

192 Si cessará este derecho, teniendo el superstite persona, que de derecho tenga obligacion à alimentarle.

193 Si por vivir la muger deshonestamente en el estado de la viudèz, pierde este derecho.

194 Si por el segundo matrimonio se pierde la propiedad de esta dicha quarta parte.

195 Si esta quarta parte ha de exceder de cien libras de oro, qual sea su valor.

§. Compensacion. 30.

196 Si demàs de la quarta parte , que al superstite se le debe , podrá el testador disponer del quinto , ò si se debe compensar.

197 Y si la manda en cantidad se debe compensar con esta dicha quarta parte , y quando es visto compensarse cantidad con cantidad ; y si haurà lugar cantidad con especie , ò especie con cantidad , ò especie con especie , ibi n. 198. 199. 200. 201. 202. 203.

§. Tercio , y quinto. 31.

204 Si el testador podrá de dos quintos disponer , y de qual de ellos se debe sacar para el gasto del entierro.

205 Donacion por causa de muerte , si se podrá revocar.

206 Mejora de tercio , y quinto en cosa agena , en que parte debe valer.

207 Mejora de tercio , y quinto , si se debe aumentar mientras la particion de los bienes no se hiciere ; y si se aumentará assimismo siendo en cosa fructifera , respecto de su valor , y frutos , ibi n. 208.

209 En qual de los quintos es visto señalar el tercio.

210 Si se viciará el legado por la causa falsa , è incierta por que se dexa.

211 Tercio , y quinto , si se puede señalar en heredad , ò casa de mejor calidad , y mas fructifera.

212 Si no valiendo la heredad el valor de la dicha mejora , se debe suplir de los demàs bienes del testador.

213 Si saliendo incierta la heredad , ò casa adonde se señaló la dicha mejora , estarán los demàs herederos obligados à la eviccion , y saneamiento.

214 Si los descendientes podrán señalar en cosa cierta el tercio de que pueden disponer en favor de estraños.

215 Mejorado , si se ha de entender ser el hijo en lo que el padre gastò , y pagò por causa de sus travesuras , y delitos , y estudios , ibi n. 216.

217 Alimentos que los hijos reciben de sus padres , de que bienes es visto darselos quando son administradores de sus bienes.

Dote

218 Dote prometida por los padres, siendo viudos algunos de sus hijos, de què bienes fue visto ser dada, y se podrá repetir, siendo entregada por los padrastreros, ibi n. 219.

220 Mejoradas, si pueden ser las hijas por via de casamiento, ò por contrato entre viudos.

§. Legados. 32.

221 Legados de una misma calidad, si han de ser pagados pro rata, aunque sean piadosos, ibi n. 222.

223 Liberacion del acreedor, si ha de ser assimismo pagada pro rata.

224 Si los legados en especie han de ser preferidos à los legados en genero.

225 En què forma, y manera se deben cumplir los legados de cantidad.

226 Aumento de la cosa mandada, si se debe assimismo entregar al legatario.

227 Manda de lino, ò lana, còmo se debe entender.

228 Acciones, y derechos, si se comprehenden en la manda de todos los bienes muebles, ò inmuebles.

229 Eleccion, si se le dà al legatario en las cosas mandadas de una misma calidad.

230 Albaja de casa, en què bienes se comprehende.

231 Legados para casar huerfanas, en què tiempo se deben entregar.

232 Mandas graciosas, si se han de sacar del quinto dexado al hijo natural.

233 Legados, y fideicomissos condicionales, en què forma se deben cumplir, & ibi n. 234.

235 Legado de la cosa hypotecada al señor de ella, si se debe redimir, y entregarsela libre al legatario.

236 Mandar, si puede el testador las cosas de su heredero.

237 Cumplir, si se debe una cosa muchas veces mandada, & ibi n. 238. 239.

240 En què casos hà lugar el derecho de acrecer en los cohe-

rederos, y legatarios; y si es válida la condicion de no revocar los legados, & ibi n. 241.

§. Usufructo. 33.

242 *Usufructuaria*, si puede quedar la muger de todos los bienes de su marido, teniendo descendientes legitimos.

243 Si en el legado de usufructo se comprehenden los Instrumentos señalados para el efecto de cogerlos.

244 *Frutos pendientes*, si son parte de la heredad mandada.

245 *Fianzas*, si tiene obligacion à dar el usufructuario, y de què bienes, y en què forma.

§. Succession colateral. 34.

246 *Tios, y sobrinos*, como deben ser admitidos à la succession del hermano, que muere ab intestato.

247 *Tios, y sobrinos ex utroque latere*, si deben succeder tan solamente al dicho difunto.

248 Si los primos hermanos ex utroque latere han de ser preferidos à los hermanos, y sobrinos del dicho difunto ex uno latere tantum.

249 Si los sobrinos, y tios ex uno latere succedem in stirpem, aut in capita.

250 *Hermanos de parte de padre*, y otros de parte de madre, como deben succeder al hermano hijo de entrambos.

251 *Sobrinos de dos hermanos*, en què forma deben succeder à su tio.

252 *Sobrinos hijos de hermano ex utroque latere*, ò de una persona tan solamente, si serán preferidos al tio difunto, hermano de su padre.

253 *Hasta què grado tiene prerogativa la dicha succession.*

254 *En què casos succeden los maridos à sus mugeres*, y por el contrario; y si faltando, succederà el Fisco, ibi n. 255.

255 *Hermanos, è hijos de hermanos*, siendo instituidos por herederos por su hermano, y tio, como deben ser admitidos, ibi num. 257.

258 *Institucion de hermanos*, si se ha de entender assimismo de los sobrinos, hijos de otro hermano; y si en esta institucion es

visto ser llamados los hermanos ex uno latere tantum, ibi n. 259.

§. De los naturales. 35.

260 En la sucesion de los hermanos naturales quien debe ser admitido.

261 Nietos naturales, hijos de hija legitima, si han de suceder à sus abuelos, representando la persona de la madre.

262 Si en la sucesion de los hermanos naturales hà lugar la calidad ex utroque latere.

263 Hermanos naturales, si concurren juntamente con los ascendientes à la sucesion de los demàs hijos naturales, que mueren ab intestato.

§. Sucesion de espurios. 36.

264 Quien debe ser admitido à la sucesion de los hijos, y hermanos espurios, que mueren ab intestato.

265 Hijo legitimo, si por el matrimonio de sus padres se hace legitimo, y capaz heredero.

266 Si por la disposicion del Sumo Pontifice serà legitimo el hijo concebido entre padres, que para casarse padecieron algun impedimento, ibi num. 267.

268 Quien debe suceder à los hijos, è hijas de Clerigos, siendo casados.

§. Bienes troncales. 37.

269 Fueros municipales, si se deben guardar en la sucesion de los descendientes, siendo usados, y guardados.

270 Con que autoridad fue instituido, y ordenado el fuero de Sepulveda.

271 Si en estos bienes troncales se ha de suceder representatiuè; y si los hermanos ex utroque latere seràn preferidos à los hermanos utroque latere, y en que se funda, ibi n. 272. 273. 274. 275. 276.

277 Si en la sucesion del hermano difunto ab intestato, no teniendo hermanos ex utroque latere, sucederàn igualmente los hermanos de parte de padre, con los de parte de madre, y como se ha de entender.

278 Usufructuario, si debe ser el padre de estos bienes troncales

les por el tiempo que viviere.

279 Concluyese, que en el fuero de Sepulveda no ha de gozar el padre de este dicho usufructo, sino es en los bienes que, constante el matrimonio, se huvieren ganado, y esso ha de ser por el tiempo de sus dias.

280 Frutos pendientes de las heredades troncales, si se han de reputar por parte de la misma heredad.

281 Bienes estimados, que el marido recibe con su muger al tiempo del matrimonio, si se han de reputar por bienes troncales.

282 Si de los dichos bienes troncales se han de alimentar los padres, siendo tan pobres, que no tengan bienes de que poderse sustentar; y si para el dicho efecto podrán ser vendidos los dichos bienes troncales, ibi n. 283.

284 Deudas, si se deben pagar por rata de estos dichos bienes.

285 Quales bienes se reputan por troncales.

286 Tinajas, y cubas, si se reputan por bienes troncales.

287 Si lo que está fixo en casa, ò edificio, aunque se pueda mover, se reputa por bienes inmuebles; y mediante esso, por bienes troncales.

288 Molinos, y ruedas, aunque se muevan, y estén separadas, si se reputan por bienes inmuebles.

289 Si los Colmenares, estando fixos en la tierra, se reputan por bienes inmuebles.

290 Bienes muebles, quales son, y que por tales se deben reputar.

291 Si los censos se reputan por bienes muebles.

292 Acciones, y derechos, que genero de bienes sean.

293 Si el precio que succede de la venta de los bienes raices, se reputa por bienes muebles.

294 Bienes trocados, y permutados, siendo troncales, si succeden en su lugar, y como.

295 Bienes dotales, trocados por otros de la misma calidad, si succeden en su lugar, en quanto à la succession del dicho fuero.

296 *Si procede assimismo en su lugar la cosa comprada con el dinero dotal.*

297 *Y si procederà assimismo, siendo vendida, ò trocada la cosa raíz dotal con otra de la misma calidad, y quando.*

298 *Refierese una sentencia dada, y pronunciada en la Villa de Tevenes, en confirmacion de muchos casos de los referidos.*

299 *Si este dicho fuero hà lugar ex testamento, ò si se ha de entender ab intestato, y si es necessario probar su uso.*

300 *Si el padre podrá substituir pupilarmente à sus hijos en estos bienes troncales, aunque seax en los de parte de su madre.*

301 *Si para observancia de este dicho fuero se ha de considerar el lugar, y fuero de los bienes, ò el lugar, ò fuero del difunto.*

302 *Si se debe observar todo aquello que fuere contrario de lo que dicho es, siendo costumbre del dicho fuero.*

S. Prescripcion. 38.

303 *Reformar, si se debe la particion por el engaño, y error.*

304 *Si por causa de lesion, y engaño se podrá pedir reformation de la dicha particion.*

305 *Dentro de què tiempo se ha de pedir este remedio.*

306 *Si al menor le compete en todo tiempo restitution in integrum.*

307 *Si en los bienes que no se partieron hà lugar prescripcion.*

308 *Y si por el lapso del tiempo se podrá defender el poseedor de ellos, no probando lo contrario de los demás interesados.*

UTrùm, y porque el dividir, y separar los bienes, y hacienda del patrimonio del testador, y difunto, sin que de su distincion resulte perjuicio, y agravio à los herederos, ò interesados à los dichos bienes, es una de las cosas mas felices que se puede adquirir con el trabajo, y estudio, especialmente siendo materia, como es, la del Juicio Divisorio una de las mas importantes que hay en el Derecho, por los grandes pleytos, y diferencias, que en las dichas causas se suelen ofrecer. Y assi, considerando los muchos, y grandes errores que se han causado,

y cada dia se hacen en las dichas particiones, me pareció, para que cesen estos inconvenientes, pues la materia nos dá causa para ello, traer à la memoria por las causas mas principales de la ley 80. tit. 18. parte 3. los casos mas ocurrentes, y tocantes à este Juicio; pues, como dicho es, será causa para que cesen estos agravios; y se conozca la justicia, y el derecho de cada uno de los herederos, y partes. Esto atento à que fiandose, como hoy se fian, estas dichas particiones en dos Contadores, que quando no ignoren el estilo, y orden con que se debe proceder en ellas, es imposible dexar de ignorar lo que consiste en Derecho por cuya causa se siguen assimismo notables agravios, cuya experiencia cada dia nos enseña, que si no se previenen sus daños, de su tardanza se puede temer su remedio. Y supuesto esto, lo primero que se duda es, ibi: En qué forma, y con qué solemnidad se debe proceder en estas dichas particiones, para que justificadamente se dè à cada uno de los dichos herederos lo que pertenece, y de derecho es suyo. Y porque el discurso es largo, y en esta materia hay mucho que advertir, se declarará la dicha su forma, y solemnidad por las clausulas de la dicha ley 80. que en su consecuencia, ora se hagan las dichas particiones de consentimiento de las partes extrajudicialmente, ora se hagan judicialmente, se notará lo que por ventura despues de hecho no se puede venir, ni decir con ello, sino es la forma, y manera, que por la dicha ley irá advertido; dando à entender assimismo, que por manifesto, y oculto que sea el error, que en las dichas particiones haya precedido, especialmente siendo caso, que consistió en Derecho, que no se pueda deshacer, y emendar en satisfaccion de la parte agraviada, aunque entre los dichos herederos, y partes se haya celebrado pacto, y transaccion de no venir, ni contradecir la dicha particion; y aunque assimismo sobre lo susodicho haya havido sentencia, que yà esté passada en cosa juzgada. Y assi, para que todo lo suprarreferido se declare con verdadera, y cierta difinición, se notarán principalmente las palabras de la primera clausula de la dicha ley 80. que su tenor es el siguiente: „ Sepan

*Formatur
alia clau-
sula.*

„ quantos esta Carta vieren, como Domingo Perez, è Rodrigo,
„ hijos que fueron de Perez Estevan, queriendo hacer particion a,
„ de todos los bienes que havian de so uno, è heredaron de su
„ padre; è son escritos en esta Carta b, acordadamente hicieron
„ de ellos dos partes.

2. Ibi: „ Queriendo facer particion a. Y de três formas,

de

de que se puede hacer particion , me parece que cada una de ellas , haciendose con justificacion , y consentimiento de las partes , y herederos , es justo que se alabe. De las quales es la una , la que se hace judicialmente de pedimento de los dichos herederos , y partes interessadas ; y la segunda es , la que entre los dichos herederos es ordenada , y otorgada ante Juez competente , que los dichos la presenten , para que en aquella forma sea confirmada. Y la tercera , y ultima es , la que sin autoridad de Juez se hace , y otorga entre todos los dichos herederos , y hermanos , haciendo , y otorgando unos en favor de otros Escritura , en que se contiene de la forma que han hecho , y otorgado la dicha particion , con distincion , y claridad de lo que á cada uno de los dichos herederos les perteneciò , y en su parte se les adjudicò ; la qual , por ser de consentimiento , y conformidad suya , es la que con mas justa razon se debe alabar ; pues de assi hacerse , resulta paz , y quietud entre los dichos herederos : *ut ita notat Bald. in §. Præterea ducatus, de Prohib. feud. col. penult. & ex text. in l. fin. ff. Famil. ercis. & ita notat Greg. Lop. in gloss. 1. dist. l. 80. tit. 18. part. 3.*

§. Inventario. 1.

3 Ibi : ,, E son escritos en esta Carta *b.* Y de qualquier manera que la particion se determine hacer , siempre se ha de hacer inventario de todos los bienes que se han de partir , y dividir entre los dichos herederos. Y para evitar las penas en que muchas veces incurren los herederos , y otras personas , por no hacer el dicho inventario , especialmente quando las dichas particiones se han de hacer judicialmente , se advierte lo primero , que estos bienes se han de inventariar publicamente ante Escribano del Numero de todos los dichos bienes de que se trata particion : *ut ex text. in l. fin. C. de Jure delib. & in l. 5. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. Guid. Pap. de Forma inventar.*

4 Y las personas que tienen obligacion á hacer el dicho inventario , son las siguientes ; scilicèt : El heredero *ex testamento* , ò *ab intestato* , que de derecho le pertenecen los bienes del de difunto : *ut in l. Sancimus , C. de Jur. deliber. & in l. 5. tit. 6. p. 6.* El fideicommissario , que por tiempo cierto ha de gozar de los bienes , y hacienda , con condicion , y gravamen de restituirlos : *ut in l. Ratione , §. Quod vulgo , & ibi gloss. & in l. Falcidiam , & in l. 1. & ibi gloss. §. Hæc verba , ff. Si cui plusquam , per l. Falcid. & ibi DD. & in l. 10. d. tit. 6. p. 6. & ibi Gregor. Joan. Garc. de Expens. cap.*

cap. 11. n. 668. Molina de *Hisp. primog. lib. 1. cap. 27. n. 3.* Angeli in §. *Constitut. Inst. de Usufruct.* Y assimismo el padre, que es legitimo Administrador de los bienes del hijo, tiene obligacion à hacer descripcion de los bienes del hijo, secundùm Boer. *decis. 61. n. 7.* Bertrandus *cons. 242. vol. 1. n. 6.* Arias Pinel. in l. 1. C. de *Bonis mater. 2. p. n. 23.* Escobar de *Ratiocin. cap. 9. n. 66.* Item, el Fisco, que como heredero sucediò en algunos bienes, tiene obligacion à hacer subscripcion de los dichos bienes, secundùm Bart. in *authent. de Heredib. & falcid. §. penult.* Escobar *ubi supr.* Item, el Obispo, y Beneficiado han de hacer inventario de los bienes de la Iglesia: *ut in gloss. in cap. Auditis, de In integr. rest. gloss. in cap. Nulli, de Reb. Eccles. & ibi commun. DD. Paul. in l. Orphanotrophos, C. de Episc. & Cler. Didac. Perez in l. 2. tit. 2. lib. 10. Ord. & facit l. 6. tit. 2. lib. 1. Recop.* Item, la madre, que fue instituida por heredera de alguno de sus hijos, ò que suceda ab intestato, por la reservacion que debe tener de los dichos bienes à los demás hijos, casandose segunda vez: *ut ita probat Bald. in l. fin. C. de Jur. deliber. en princ. Alex. in l. Juris ignorantia, C. Qui admit. ad bonor. posses.* Y assimismo el Tutor, y Curador de los bienes de sus menores tiene obligacion à hacer inventario de todos sus bienes: *ut ex text. in l. Tutor, qui repertorium, ff. de Administ. Tut. & in l. Curatores, C. eo, & in l. 15. tit. 6. p. 6. & in l. 2. & 3. tit. 7. lib. 3. For.* El qual inventario se debe hacer en presencia del Juez, y ante Escribano, luego que la curaduria le fuere discernida: *ut in gloss. verb. Mox, in l. Tutores, C. de Administ. Tut. & ibi Bart. Bald. & comm. DD. Ayora de Partitionib. 1. p. cap. 1. n. 15.*

5 Y si el Tutor dexare de hacer el dicho inventario, por ocultar, y dexar de inventariar algunos de los dichos bienes, ha de ser removido de la dicha tutela como sospechoso. Y esta pena tiene, si lo hicièsse tarde: *ut in l. 3. §. Tutores, ff. de Suspectis Tut. & ibi Bart. & commun. DD.* Y si el dicho inventario no le hicièsse en ningun tiempo, se sujetarà al interès que el dicho su menor declarare por su juramento, que para este caso se le diere: *ut in d. l. Tut. qui repertorium, ff. de Administ. Tut. & in l. fin. C. de Arbitr. tutel. & in l. 1. C. de In litem jurand. & per tot.* El qual juramento no se dà contra los herederos del Tutor, ò Curador: *ut in l. Alio, & in l. fin. & ibi Bart. & commun. DD. C. eo.*

6 Y en quanto à la pena del heredero, que no hizo inventario dentro del termino del Derecho, treinta dias para empezarlo, y dentro de tres meses acabarle, ò empezarle, y acabarle den-

tro del dicho termino, es que será convenido por lo que el testador, y difunto debia, aunque exceda, y sea mayor la deuda, que los bienes del testador; y aunque sea hijo del difunto, Clerigo ò rustico, ò muger: ut ita docet Bart. Paul. & plures alii, quos sequitur, & refert Covar. in cap. Si hæredes, de Testam. n. 5. l. 10. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. Lopez.

7 Y demàs de las dichas penas, pierde assimismo el dicho heredero la quarta Falcidia, y Trebelianica, que el Derecho, como à tal heredero, le concede ut in l. fin. §. Si verò non fecerit, & ibi commun. DD. C. de Jure deliberand. Gregor. Lopez in d. l. 10. tit. 6. Covar. in cap. Rainuntius, de Testam. §. 1. n. 10.

8 Y si el dicho heredero escondió, ò no hizo inventario de los dichos bienes en la forma dicha, se defiere su cantidad en el juramento, que el Derecho llama in litem, á los acreedores, y legatarios del testador, y difunto; ut in d. l. fin. §. Illo, C. de Jure delib. & ibi Doctores, & in l. 9. tit. 6. p. 6. ubi Gregor. Y assi, para que cesse esta pena, es necessario que los dichos acreedores, y legatarios se hallen presentes, ò por lo menos, que sean citados para hacer el dicho inventario: ut in l. fin. C. eod. & in l. 5. d. tit. 6. p. 6. & ibi Gregor. Lopez. Y han de ser citados los dichos acreedores para donde se hiziere el dicho inventario, siendo allí la mayor parte de los bienes: ut notat Gregor. Lopez in l. 100. tit. 18. p. 3. gloss. 1.

§. Precios. 2.

9 Ibi: ,, Acordadamente hicieron de ellos dos partes c. Y para que á cada uno de los dichos herederos se les dè lo que es suyo, siempre es necesario, que estos dichos bienes sean apreciados por personas que entiendan, y sepan de ello; y el estilo que hoy se guarda es, que como se vãn inventariando los dichos bienes, se vãn apreciando por los dichos apreciadores, que cada uno de los herederos nombra el suyo, secundum text. in l. Hac edictali, C. Secundis nuptiis, & communiter Doctores.

10 De cuyo precio (especialmente quando se trata judicialmente) se manda dàr traslado á las partes interessadas, para que dentro de tres dias naturales las aprueben, ò contradigan; donde no, en su rebeldia, que se les protesta, los aprobará el Juez. Y es de notar en este dicho caso, que si alguna de las partes dixere contra los dichos precios, alegando estàn subidos, y apreciados, en mucho mas de lo que valen, debe el Juez de la misma Causa, pidiendo reduccion à alvedrio de buen varon, mandar, que se

tornen à apreciar , y para ello nombra un tercero en discordia ; y con lo que la mayor parte dixere , debe aprobar los dichos apreciados , y dárselos por justos , y buenos , y que se vaya procediendo en la dicha particion , sin alzar mano de ella : *ut in l. Si unum , §. Principalitèr , ff. de Recept. arbitr. Ayor. de Partit. 1. p. c. 3. n. 2.* Y ha de tener atencion el dicho Juez , que si los dichos apreciadores no se conformaren , les puede compeler , y apremiar á todos tres à que se conformen , por prisiones , ò por otro qualquier remedio del Derecho ; y no es necesario juntar los apreciados de todos , y sacar el tercio de ellos ; y aquello se guarde , como dice el dicho Ayor. *ubi supr.* pues no es cosa cierta , y de ello resultar puede perjuicio à los dichos herederos ; y lo que mas se practica en estos Juicios Divisorios , es , que para que los herederos no tengan rencillas , y enojos , y no se consuma el patrimonio en pleytos , arbitre el Juez lo que mas santo , y justo le pareciere ; pues de su oficio puede hacer todo aquello que fuere en utilidad de las partes ; assi se colige *ex doctrina , & decissione , l. 10. tit. 15. part. 6.*

II Y en qualquier tiempo puede qualquiera de los herederos pujar los dicho bienes en lo que le pareciere , que valen mas , ò hacer diligencia , que un tercero los suba , y puje , sin embargo de qualquier contradiccion de los demàs herederos legatarios , y acreedores ; pues es provecho , y se sigue utilidad à todos : *ut ex text. in l. Ad offic. ubi notant Bart. Bald. Cin. & Alber. C. Comm. dividunt.* Y de passo se advierte , que aunque el aprecio , y estimacion de bienes , que hacen los Contadores , regularmente no prueba el valor de ellos , (pues no la hacen como los tassadores nombrados por las partes , para efecto de conocer el verdadero valor , que se ajusta por ellos , y el tercero en caso de discordia , *ut notat Salicet. in l. Hac ædiftali , §. Hic illud , C. de Secundis nuptiis*) sino para efecto de reducir la hacienda á numeros partibles , con que se hace la particion , que es lo que les està cometido : como si una casa se huviesse de dividir entre herederos , aunque su verdadero valor sea de tres mil ducados , si los Contadores para la particion la tassassen en trecientos reales , no harian agravio , como adjudicassen à cada uno de tres herederos cien reales de propiedad : porque si rentasse trecientos ducados , gozará cada uno cien ducados de renta , que es la parte proporcional , que corresponde à los cien reales de propiedad , que se le adjudicó , al respecto de trecientos : lo qual se debe notar con particular

lar atencion ; porque muchos reciben engaño en esto ; y quando en esta forma se hizo , y feneciò la particion , no se puede alegar agravio , por decir , que los Contadores la tassaron en baxo precio ; pero quando en el Juicio de Particion , y antes de cerrar la cuenta , los herederos se inquietan , y alguno de ellos hace postura en las casas , ó otra hacienda en mas cantidad , para efecto de que se ponga en el cuerpo de bienes , y redunde en beneficio comun , ò para que se le adjudique al que la puso en aquella cantidad , se dá traslado à los demás ; y hecho el remate en favor del que venciere , queda hecha verdadera venta : *l. Item labeo 33. ff. Familiæ erciscundæ , l. 1. C. eod. Ayora de Partit. 1. p. c. 3. à n. 1.*

12 Y si de ninguno de los dichos casos quisiere usar , y aprovecharse alguno de los dichos herederos , tiene otro remedio , que es apelar de la aprobacion , que el Juez hace de los dichos apreciados , y ha de pedir su Testimonio , como en las demás apelaciones , para presentarse ante el superior dentro del termino del Derecho , porque no se cause desercion. Y assi , regularmente habiendo consentido expressamente en los dichos apreciados , y habiendose dado , y pronunciado Auto de aprobacion por el Juez de la Causa , no há lugar ninguno de los dichos remedios , sino es por via de apelacion en la forma dicha ; pero si la dicha tassacion no estuviera aprobada expressamente , y confirmada por el Juez , se podrá pedir reduccion , à alvedrio de buen varon , ante el dicho Juez de la Causa ; y con conocimiento de Causa , se manda hacer los dichos apreciados , ó prueba de ellos ; y conforme las probanzas , y valor de ellos , se manda , que se pongan , y carguen en el inventario , para hacer la dicha particion : *ut ita tenet Bartul. quem communiter sequuntur omnes Doctores in l. Omnes , & in l. Societatem , §. Arbitrorum , ff. Pro socio , n. 21. & in l. 2. C. Ubi , & apud quem.* Y es de notar assimismo , que no basta el tacito consentimiento , para decir , que no há lugar pedir reduccion à alvedrio de buen varon , aunque se les haya dado traslado de los dichos apreciados ; pues de equidad mientras no estèn confirmados por Auto de Juez , se ha de tener consideracion à lo que se pide , y dàr lugar à que se miren los agravios , salvo si de estár tacitamente consentidos por los dichos herederos , y en su consecuencia los Contadores adjudicaron à cada uno sus partes ; y presentada la dicha peticion ante el dicho Juez , y mandado dàr traslado de ella à los dichos herederos , entonces se ha de advertir , que no se han de pedir nuevos apreciados ; porque no havrá lugar , ora

sea menor ò mayor; y perderá el derecho, que debia proponer, como muchas veces he visto practicar; porque lo que se debe pedir es, que en haver adjudicado alguna cosa à alguno de los dichos herederos està mas cargada, que los otros bienes, y se le adjudicò sin sortearla, y pedir reduccion, y emienda del dicho agravio; y entonces el dicho Juez con conocimiento de Causa, ora sea en este casos ò, en otro semejante, manda, que se mire el dicho agravio, ó que se dé informacion de lo dicho, como adelante se dirá. Y esta diferencia hay en estos dos dichos casos, que se deben advertir, que es pedir aprecios nuevos, adonde se debia pedir agravio de los dichos Contadores; y assi en proprios terminos he declarado no haver lugar el pedir nuevos aprecios despues de estar consentidos, y haverles adjudicado sus partes, y dado traslado, para que dixessen contra la dicha particion, ò la consintiesen; y fuera lo contrario, si pidieran el agravio, ò agravios, que dicho es; pues en todo tiempo es justo que se deshaga: *ut ita probat. in leg. Societatem §. Arbitror. & ibi Bart. & Alber. ff. Pro socio, & ita probat Ayora ubi supr. c. 3. n. 31. 32. & 33.* Y esto procede, aunque sean menores. *Ayor. c. 3. n. 31.*

13 Finalmente de esto dichos aprecios se debe dàr traslado à los acreedores de la dicha hacienda, ó citarlos para ello, para que les páre perjuicio; porque en realidad de verdad, no siendo citados, pueden pedir reduccion à alvedrio de buen varon, especialmente, quando á la muger por su dote, ò otro qualquier acreedor, se le diò, y adjudicò su deuda en bienes, que se estimaron en mucho menos de lo que valian; assi por ser en perjuicio de los demás acreedores se debe hacer esta nueva tassacion, y se recibe à prueba de lo susodicho, y èsta le incumbe al dicho acreedor, que pide la dicha nueva tassacion: lo qual se entiende con un exemplo, assi como si á la muger, conforme á los dichos aprecios, faltassen bienes de su marido, para hacerla pagada del dicho su dote, y conforme à esto, acudiesse à los terceros poseedores de los bienes de su marido, ó suyos proprios enagenados, y por el privilegio, è hipoteca, que tienen ellos, pidiesse revocacion, y el tercero possedor alegasse, que los bienes, que le fueron adjudicados en pago de su deuda, fueron estimados, en mucho menos de lo que valian al tiempo de los aprecios, y que segun su justa, y comun estimacion, valen la cantidad de su dote. Y con esto se recibe à prueba, y se sentencia definitivamente; y conforme lo alegado, y probado, se pronuncia sentencia, en que nuevamente se mandan

tassar los dichos bienes: *ut ita colligitur ex l. 1. circa ædium, vers. Cum dicitur, ff. Si cui plusquam per leg. Falc. & ita notat Ayora de Part. d. c. 3. n. 39.*

§. Deposito. 3.

14 Y hecho el dicho inventario de todos los dichos bienes, y aprecio de ellos en la forma que dicho es, se han de poner en deposito en persona lega, llana, y abonada, y de la jurisdiccion, obligandose en forma à darlos, y entregarlos de manifesto, cada, y quando que pedidos les fueren; y si entre los herederos, despues de haver pedido particion, se presumiere ha de haver pesadumbres, no se debe nombrar à ninguno de los dichos herederos por depositario, ni dár la possession por indiviso: *ut ita notat Autor Curixæ Philip. 2. p. §. 27. in fin. per l. Si usufructus, §. Sed si inter duos ff. de Usufruct. & per l. Si quis cautiones, ff. Fam. erciscund.* aunque en caso que la muger muera, y no dexe descendientes legitimos, ha de ser forzosamente el marido depositario de los bienes, para pagar el dote, arras, y ganancias; y esto se ha de entender, aunque el marido muera, por transferirse este derecho à sus herederos; pero en este caso, no entregandole los dichos herederos à la muger su dote, arras, y ganancias, se quedará en su casa, y gozará de aquella possession, como los demás que alliestaban: *ut ita notat Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 236. n. 12.* aunque en Portugal, dice, se guarda lo contrario: *ut disp. 422. num. 3.*

15 Y hase de notar, que si el Juez de su propria autoridad nombrò depositario, corre por su cuenta el peligro; aunque si el dicho depositario, à quien el Juez nombrò, en aquel tiempo era abonado, y despues faltó, no se le podrá imputar culpa alguna: *ut ita notat Bart. in l. Soluturus, n. 1. cum aliis, ff. de Solut. per text. in l. Cum, §. fin. ff. Commod.*

16 Y lo mas seguro será en este caso, que los mismos herederos nombren depositario; porque si no fuere idoneo, corra por su cuenta el peligro: *ut ita colligitur ex doctrina Acev. in l. 13. tit. 9. lib. 3. Recop.* Y bien pueden ser depositarios los menores de veinte y cinco años, y mayores de catorce, y los Clerigos, y las mugeres, segun la ley 3. tit. 3. p. 5. salvo si el Juez, y salvo en las Causas Executivas.

17 Y siendo el Juez requerido à que remueva el deposito de la persona à quien havia nombrado, por causa de ir en quiebra,

y pobreza, y no lo hiciesse, se le imputará la culpa, y pagará aquel daño: *ut ita probat Acev. ubi supr. n. 14.*

28 Y si fue nombrado por voluntad de los dichos herederos, ò partes interessadas, se puede revocar en otro depositario; y esto procede, aunque el dicho primer depositario sea por tiempo limitado: *ut ita probat. in l. 5. d. tit. 3. part. 5. Greg. Lop. in l. 2. gloss. ibi, tit. 9. p. 3.*

19 Y de ninguna manera debe el depositario vender, ni enagenar los bienes depositados, ni el Juez lo debe mandar, sino es por justas causas, assi como para pagar los gastos funerales, ò para alimentar alguno de los herederos, ò constando por los inventarios, que segun lo que tiene recibido, se le debe alguna cosa, ò para pagar alguna deuda del difunto, que por su mora se incurra en alguna pena, ò para reparar algun edificio, y cultivar las heredades, y criar los ganados; y si de otra manera lo hiciere el depositario, siendo extraño, será condenado al interés; y si tuvo malicia en su enagenacion, será condenado en las penas por Derecho establecidas contra los dichos depositarios; y si heredero fuesse, y vendiesse los dichos bienes sin la dicha autoridad, es visto haver aceptado por su parte la herencia tacitamente, està obligado extra vires hereditarias por su parte; aunque esto no havrà lugar, si vendió algunos bienes para alguna precisa necessidad, como dicho es, como todo se prueba de la *ley 3. tit. 6. part. 6. & ibi Greg. Lop.*

§. Aceptacion. 4.

20 Y es cosa muy ordinaria, que luego que muere el testador, à pedimiento de los acreedores de los bienes hereditarios, ò legatarios, se manda, que los herederos acepten la herencia, ò la repudien; y es à saber, que los herederos tienen nueve meses para aceptar, ò repudiar la dicha herencia, en especial siendo pedido por alguno de los otros herederos; y este tiempo no se puede abreviar, ni prolongar, sino es hasta cien dias: *ut est text. in l. fin. §. Sed quia quidam, C. de Fur. deliberandi, & in l. 2. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. gloss. 3.*

21 Y passado el dicho tiempo, siendo extraño el heredero, se pronuncia por aceptante, ó repudiante; pero si el heredero es de los descendientes, ò ascendientes, aunque el dicho tiempo sea pasado, y no hayan aceptado, ò repudiado la dicha herencia, siempre tienen accion á los dichos bienes: el qual derecho assimismo se

se transfiera en sus herederos legitimos, como se colige de la *ley 2. tit. 6. p. 6. ante fin. & ibi Greg. Lop.*

22 La qual doctrina se debe limitar, si el pedir que aceptasse, ò repudiassse la dicha herencia, fue à pedimento de los acreedores à los dichos bienes; porque en tal caso deben repudiarla, ò aceptarla dentro de nueve dias, desde la muerte del difunto; (aunque no se haya acabado el dicho inventario) y aquel passado, con tres rebeldias, que se deben acusar por los dichos acreedores, que se han de notificar dentro de los dichos nueve dias, se pronuncian por aceptantes, ò repudiantes, y se manda, que los dichos bienes se pongan en deposito, y se cria un defensor; y esto se entien- de en el heredero extraño, que expressamente no aceptò, ò repu- diò la dicha hacienda; pero si el dicho heredero era legitimo, no se puede criar defensor, hasta que se le notifique personalmente, que acepte, ò repudie los dichos bienes; como dichos es; y assi- mismo à los demás herederos, que de derecho debian succeder ab intestato: y los dichos no aceptaren, ò repudiaren, en su rebel- dia se cria el dicho defensor, con quien se sigue la Causa; la qual doctrina se colige *ex l. fin. tit. 13. p. 3. & ex l. 13. tit. 9. p. 7. & ita probatur Joan. Gutier. de Juram. confirm. c. 4. n. 19. Paz in Prax. 4. p. c. 1. n. 41. Acev. in l. 1. tit. 21. Recop. n. 91. & ipsa Praxi vide eundem Paz. ubi supr. 1. p. 2. tempor. n. 50. & eun- dem Acev. ubi supr. n. 124. quos sequitur, & refert Rodrig. Amat. in tract. de Executionib. c. 4. ex n. 2. usque ad n. 11. per totum.*

23 Lo segundo se limita, quando se pidió por los legatarios, y fideicomissarios, que los herederos de la dicha hacienda la acep- tassen, ò repudiassen: lo qual deben hacer los dichos herederos dentro de tres meses, que el Derecho les concede para hacer el inventario, y aceptar, ò repudiar la dicha hacienda, segun la *ley 8. tit. 6. p. 6.* y passado el dicho tiempo; en caso que los dichos herederos no hayan respondido, se dàn por repudiantes, ò acep- tantes, como mejor les estuviere à los legatarios, ò acreedores; y esto procede por haverles sido señalado el tiempo legal del Dere- cho por el Juez, ora sean los herederos extraños, forzosos, ò legi- timos: ut ita probat Greg. Lop. *in l. 2. dist. tit. 6. gloss. 3. post princip. & in gloss. fin. per totum.*

24 Passado, pues; el dicho tiempo, no habiendo hecho in- ventarios los dichos herederos, possessores de los dichos bienes, es- tã obligados ultra vires hæreditarias, y han de cumplir de sus bienes lo que faltare à las deudas de los dichos acreedores, y le- ga-

legatarios, segun la dicission de la *ley 10. dist. tit. 6. & ibi Gregor. Lop.*

25 Y assi es bueno, que esta hacienda se acepte con el beneficio de inventario; pues gozando de su tiempo, no tienen obligacion los dichos herederos à mas de los bienes hereditarios. Y luego passado el dicho tiempo, han de repudiar, ò aceptar; y aceptando, se pagaràn las deudas en la forma suprà dicha; y si repudiarèn, se han de poner en deposito, y se cria un defensor, para que los defienda, y de ellos satisfaga à los dichos acreedores, Y legatarios: *ut ita probat Rodrig. Amat. ubi supr. c. 4. n. 5. per l. 5. tit. 6. p. 6.* Y es de notar, que si el hijo de familias aceptò la herencia, no puede despues repudiarla, salvo si fuesse menor de veinte y cinco años: porque entonces le compete el beneficio de la restitucion: *ut ita notat Greg. Lop. in l. 18. dist. tit. 6. gloss. 6.* el qual se le concede hasta veinte y nueve años, *ut alibi diximus;* y aunque la haya renunciado, no le compete beneficio de abstencion, haviendose enagenado los bienes hereditarios, ó de ellos se huviere hecho pago à los dichos acreedores, ó legatarios, salvo si fuesse menor, como dicho es; pero en caso que no estuviessen enagenados en la forma dicha, podrà el hijo de familias, que estaba en la potestad de su padre, aunque sea mayor de veinte y cinco años, hasta veinte y ocho, abstenerse, id est, de revocar la abstencion: lo qual no se estiende à los hijos emancipados, ni à los nietos en la succession de sus abuelos, por no estar en su potestad, sino es que son menores: *ut hæc omnia probant. in l. fin. C. de Repud. hered. cui confonat, l. fin. dist. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. Lop. á donde dice, que generalmente se les concede à los descendientes, y ascendientes un año para revocar esta abstencion, no estando los bienes enagenados, como es dicho: per l. Filii mater, §. primo & ibi gloss. & Bart. ff. Ad Senat. Cons. Tertul.*

26 Y mas se advierte en esta dicha materia, que si el heredero escondió algunos bienes, con animo de defraudar à los acreedores, y legatarios, ha de ser condenado al duplo de lo que escondió, y se ha de poner por aumento de la hacienda; y assimismo ha de perder la quarta Falcidia, y Trebelianica: *per l. 9. dist. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. Lop. y siendo de mucho valor, ora sea hijo, siervo, ò la muger, han de ser convenidos por via de hurto: ut notat Anton. Gom. 3. tom. Var. res. c. 5. n. 3. per text. in l. 4. tit. 14. p. 7. ut infrà n. 29.*

27 Y aunque el heredero no acepte la dicha hacienda expresa-

mente, hay causas, que por ellas tacitamente se colige haverla aceptado; assi como si el dicho heredero se huviesse entrado de su autoridad en los bienes del difunto, ladron, cultivado, y desfrutado las heredades: lo qual no solo hà lugar en el heredero extraño; pero tambien en los hijos, y demás descendientes: *ut ita probat. in l. Si jilius qui patri, ff. de VAlg. & pupil. subst. & ita docet Rodrig. Amat. in dict. tract. de Execut. c. 4. n. 2.* adonde dice, que mientras no constàre, que el hijo no se ha entrado en los bienes de su padre, desfrutando, y gozando de su aprovechamiento, segun, y de la forma que dicho es, no se le puede pedir cosa alguna, ni como heredero puede ser executado: *ut in l. 11. dist. tit. 6. p. 6. & ibi Greg. Lop.*

28 Y en caso que como heredero se le pidan los bienes hereditarios, id est, se pida execucion por los acreedores, ha de probar primero, que son herederos; y esto se puede diferir en el juramento de los dichos herederos; y caso que lo nieguen, protestarlo probar en el termino de los diez dias de la execucion, si la trae aparejada la deuda que pedia: lo qual se puede probar, por haverse entrado el dicho heredero en los dichos bienes, como dicho es: *ut ita affirmat hanc praxim semper observasse Rodr. Suar. secundùm per idem Rodrig. Amat. ubi supr. num. 8. vers. Tertio infero.*

29 Y si el hijo, ò descendiente escondiesse, y ocultasse algunos bienes de la hacienda de su padre, es visto haverla aceptado, y tiene obligacion à pagar las deudas extra vires hæreditarias: lo qual es al contrario en otro qualquier heredero, que el Derecho reputa por extraño; porque no por esto es visto aceptar la dicha herencia, aunque se le mandàra la restituya, como en manera de hurto con el duplo: *ut ita docet l. 12. dist. tit. 6. & l. 9. ibi, p. 6. & ibi Greg. Lop.*

30 Finalmente se ha de notar, que esta aceptacion se debe hacer ante el Juez del lugar donde estuviere la mayor parte de los bienes: *ut in l. Fideicommissam in princip. ff. de Judiciis, & in l. 1. in med. d. tit. 6. p. 6.*

§. Contadores. 5.

31 Y aunque es verdad, que en las particiones extrajudicialmente hechas, no se guarda, ni considera in totum la solemnidad del Derecho; pero con todo esso es impossible, que para ser bien hechas dexen de preceder inventario, y aprecios de los dichos bienes, como dicho es. Y assimismo es impossible, que se le dè

à cada uno lo que es suyo por iguales partes, sin que resulte agravios ; sino es que para lo susodicho se nombren Contadores à personas doctas en sus officios, y que sepan, y entiendan bien de particiones : para lo qual pueden ser nombrados por tales Contadores qualesquier personas, aunque sean infames, ò menores de edad, conforme la *ley 5. tit. 4. p. 3. & l. 3. tit. 4. lib. 3. Recop. & ibi Acev. Accus. in l. Prædium per text. ibi, ff. de Arbitr. Ayor. de Partitionib. 1. p. c. 4. n. 2. 3.*

32 Assimismo pueden ser Contadores (ora sean las particiones extrajudiciales, ò judiciales) los padres, hermanos, Clerigos de Orden Sacro, siendo de consentimiento de todas las partes ; y assimismo el hijo, y el liberto en las cosas de su padre, y señor que le libertó : *ut ex text. in l. Sed, & filius fam. cum duab. ll. seqq. ff. de Recept. arbitir. & in l. 48. tit. 6. p. 1.*

33 Item, pueden ser Contadores la muger, como la particion sea extrajudicial ; pero no si es judicial : *ut ita tenet Parlad. lib. 3. Rer. quotid. different. 43. §. 1. n. 5.*

34 Y los que no pueden ser Contadores son el menor de catorce años, el furioso, el sordo, y mudo, y el esclavo ; sino es que antes de la sentencia fue libre, y de consentimiento de las partes pronunciò sentencia, y diò su parecer : *ut ex text. in l. Sed, & in servum, ff. de Recept. arbitir.*

35 Item, no puede ser Contador el Frayle, sino es de consentimiento, y licencia de su Prelado : *ut in c. fin. de Testam. lib. 6.* aunque el Clerigo lo puede ser sin licencia de su Vicario, como se prueba en la *ley Non distinguimus, §. Sacerdocio, ff. de Recept. arbitir.*

36 Y siendo todos los dichos Contadores nombrados de consentimiento de las partes, no pueden ser recusados, segun Bolaños *in Commercio Terrestri, lib. 2. c. 9. n. 27.* pero siendo nombrados separadamente por las dichas partes por cada uno el suyo, ò por el Juez, podrán ser recusados por legitima causa ; pero no se ha de entender, que el que nombró puede recusar el suyo, y por su parte nombrado ; sino es por causa nacida, ò sabida despues del dicho nombramiento : *ut ita tenet idem Bolañ. ubi supr. Joan. Garc. de Expens. c. 24. n. 26. Ayor. de Partit. 1. part. cap. 4. num. 9. 10. 11.*

37 Y dicensen causas justas de recusacion la enemistad capital, el parentesco hasta el quarto grado, ora sea por sanguinidad, ò afinidad el amistad grande. Y assimismo es causa bastante, si el

Contador huviesse sucedido en los bienes de la parte que nombro, ó por causa de enfermedad, ò ausencia larga, ò por condenacion de destierro, ò larga prision; ò si fuesse infame, ò herege, ò si fuesse hijo, ò padre, que uno á otro se huviesse nombrado por tal Contador. Y aunque es verdad, como dicho es, que el infame, y los demàs podian ser Contadores, hase de entender, quando de consentimiento de las dichas partes fueron nombrados sin contradiccion alguna, salvo si en lo dicho la hubo; porque precediendo las dichas causas, no hay duda, sino que son causas justas, y bastantes para poder ser recusados: *ut ita tenet Ayora, ubi supr. n. 16.*

38 Y por el consiguiente, el Sacerdote puede muy bien ser recusado por la parte contraria, segun se colige del §. *Sacerdotio, ubi gloss. d. l. Non distinguimus, ff. de Arbitr.* adonde dice, que los Sacerdotes pueden ser nombrados por arbitros, y Contadores; y segun se consideran sus palabras, se ha de entender, quando se hizo el nombramiento de consentimiento de las dichas partes; pues dice la misma glossa, que si despues nació la dicha causa; que fue recibir el Orden de Sacerdote, es necessario nuevo consentimiento de las dichas partes, donde no, será nula la sentencia: *ut ita notat etiam, idem Ayora de Partition. d. num. 16.* y esto corre con mas cierta averiguacion; pues de haver aceptado el dicho oficio otro qualquier Contador, puede el Juez compelerle á que prosiga, y acabe las cuentas contra su voluntad: *ut est tex. in l. Labeo ait, §. Tametsi, ff. de Arbitr. & ibi Barr. Escob. de Ratiocin. cap. 32. n. 16. cum aliis seqq.* lo qual es al contrario en el Sacerdote; pues de haver aceptado el dicho oficio, no puede ser compulsado, y apremiado á proseguir en la dicha Causa contra su voluntad: *ut sup. diximus in cap. fin. lib. 1. n. 18. 19. 20.* lo qual assimismo se comprueba; pues de Derecho à los Clerigos les está prohibido el meterse en Causas profanas, y merè legas: *ut in c. 1. & per tot. Ne Cler. vel Monach. & ita tenet Acev. in l. 15. tit. 16. lib. 2. n. 1. & in l. 10. tit. 3. lib. 1. n. 1. Novæ Recop.* cuya doctrina fue fundamento para declarar por recusado cierto Sacerdote, que para ciertas cuentas por la una parte fue nombrado; de cuyo parecer, antes del dicho acuerdo, fue conforme el Doctor Alonso Gutierrez, Abogado en la Villa de Mora, y Relator que fue de la Chancillería de Granada, persona muy docta, y de grande opinion por todo el Arzobispado de Toledo; *ut alibi diximus.*

39 Demàs de las dichas Causas, hay otras por que pueden ser recusados, assi como si la parte contraria prometière dadas à su Contador, ò le sobornàre: *ut ita probatur in dict. l. Sed & si in servum*, §. *Si quis Judex*, ff. *de Receptis arbitr.* & *in l. 31. tit. 4. p. 3.* & *in l. 17. tit. 23. p. 3. in fin.* Escob. *de Ratiocin. c. 8. n. 31. usq. ad n. 20.* adonde dice, que haviendo causas bastantes, que son las que el Derecho dispone, que podrán ser recusados los dichos Contadores por las partes contrarias, aunque no por la suya, sino es por causa que naciesse despues.

40 Y aunque es verdad, que el inventario, y aprecio de los bienes, y aceptacion se debe hacer en el lugar adonde estuviere la mayor parte de los bienes, ò que conforme à esto parece tambien que se debe hacer la dicha particion en la parte adonde estuviere la mayor parte de los bienes, como en realidad de verdad se debe conceder; pero con todo esso, si alguno de los herederos pidiere particion en otra jurisdiccion, ò adonde murió el testador, y ante el mismo Juez respondieren los demás, sin declinar jurisdiccion, dando consentimiento que alli se haga, y trate aquel Juicio, no hà lugar, si despues quisieren pedir ante otro Juez, atento que por su consentimiento adquiriò jurisdiccion, y haverse contestado allí aquel Juicio: *ut est text. in l. Ubi ceptum de Judicis*, & *in l. Nulli, C. eodem*, Acev. *in l. 1. tit. 21. lib. 4. n. 155. Recop.* & *constat ex doctrina glos. per text. ibi in cap. fin. de Foro competenti, ubi numeratur in quib. causis reus in jurisdictione alterius judicis conveniri possit*, & latè ostendit Rodrig. Amat. *in 1. p. de Modo examinandi processum, c. 1. n. 44. & 45. & confirmatur per l. 32. ubi Greg. Lop. tit. 2. p. 3. Covar. Pract. qq. c. 10. n. 3. & c. 11. n. 2. cum seqq.* Y esto se confirma por un texto elegante, y al proposito, que es la ley *C. Commun. utriusq. jud.* adonde dice: Que la division hecha de consentimiento de las partes por el Juez incompetente, es vâlida, y no se puede decir contra ella. Luego con mas fuerte razon se podrà rescindir, siendo pedida, y otorgada ante Juez que tenga jurisdiccion, y sea competente en su jurisdiccion: *ut ita notant ibi Bald. Paul. & Salicet.*

§. Adjudicacion. 6.

Formatur
alia clau-
sula.

41 Y prosiguiendo con la dicha ley, dice mas, que son las palabras siguientes; scilicèt: ,, Poniendo, ò señalando en una ,, parte tal casa, que es en tal lugar, è tales linderos; otrosi tal ,, viña, è tal pieza de tierra, è de tantas alfajas, è de tantos ma-

„ ravedis, la qual parte con avenencia de ambas las partes cu-
„ po á Domingo Perez, el sobredicho, con placer del hermano so-
„ bredicho, escogió, ò tomò aquella parte, è otorgòse por pa-
„ gado de ella. E en la otra parte pusieron, é señalaron una ca-
„ sa, è una viña, que son en tales lugares, é en tales linderos,
„ é tantas alfajas, è tantos maravedis; è esta partida de estos
„ bienes cupo á Rodrigo, è escogióla, è tomòla con placer de
„ su hermano el sobredicho, è otorgòse por pagado de ella. Y
„ siendo con la distincion hecha la dicha particion, es cierto, que
„ si algun engaño hay, no le ignoran; pues saben la parte que à
„ cada uno les cupo, y lo que puede valer; y assi parece impos-
„ sible poder alegar engaño, y error, por haver otorgado pacto,
„ y transaccion de lo dicho los unos en favor de los otros: *ut ex*
text. in l. 1. & quæ ibi notant DD. C. de Error calcul.

42 Lo qual fuera al contrario en las particiones que se ha-
cen judicialmente, que despues que han inventariado los bienes
del difunto, y hechos sus aprecio, se manda por los Contadores
nombrados por las partes, que los dichos herederos dentro de
tercero dia presenten sus memoriales, y pretensiones; y dado
traslado de ellas; y hechas las pruebas en los casos que se re-
quiere, conforme lo alegado, se manda, que los dichos Conta-
dores vayan por la particion adelante, y hagan las adjudicacio-
nes, que por Auto, ó sentencia les fue mandado; de lo qual se
les dà traslado por mandamiento de Juez de la Causa; para que
dentro de tercero dia las adicionen, y contradigan, ò aprueben;
con apercibimiento, que passado, el dicho Juez las aprobarà; y
en tal caso, el alegar, y manifestar qualesquiera agravios, y er-
rores, de que se manda se prueben, y liquiden con tercero en dis-
cordia, que siendo necesario, por el dicho Juez se nombra; y
con lo que la mayor parte se conformare, se pronuncia sentencia
de la justicia, y con esto se dà lugar à deshacer todos, y quales-
quier agravios, y errores: lo qual parece al contrario, quando
de la dicha particion se librò Escritura, como dicho es; pues
siendo hechas las suertes de consentimiento de las partes, y haver
tenido noticia de las desigualdades, consintieron en la dicha par-
ticion: y assi por haver sido en culpa, y negligencia del agravio,
y ser à todos al principio igual aquella desigualdad, y agravio,
no hà lugar su reformation: *ut ita tenet in minore Bald. in l. Air*
Prætor, §. fin. ff. de Minor. per legem verum, §. Sciendum, ff.
ead. idem Bald. in l. Si duobus, C. Commun. de Leg. adonde dice,
que

que no se puede apelar de la particion que se hace por suertes.

43 Pero no obstante lo susodicho in judicando, & consulendo, se ha de tener lo contrario en este dicho caso; scilicet, que si alguno de los herederos fue leso, y engañado en mas de la mitad del justo precio, que havrà lugar reformarse la dicha particion, y se puede venir contra ella, y pedir que se deshaga, y emiende, siendo tan leso el heredero, que su valor estime en mas de la mitad del justo precio, y no menos: *ut est iext. elegans in l. Majorib. C. Comm. utriusque Judicis*, ibi Bal. & Paul. idem tenet Franch. in *Rubr. de Appel. n. 18.* Y esto no tiene otro fundamento, mas de que en todos los contratos bonæ fidei se dà este remedio de la *ley 2. C. de Rescind. vendit.* ut ita tenet Bart. in *d. l. Majorib.*

44 Y entre otros muchos casos, que los Contadores tienen obligacion à mirar, y considerar, en especial quando se trata judicialmente de las dichas particiones, ò quando los herederos están discordes, y tienen diferencia sobre à quien se han de entregar, y adjudicar en pago de su legitima, ò parte de los bienes, que no tienen commoda division; y assi, si en la casa, ò meson, ò molino, ó otro qualquier edificio, de que se trata particion, no tuviere commoda division, se debe entregar al hermano mayor de edad, descendiente del difunto, y testador, dando el precio de la estimacion: *ut in l. Existimavit, & ibi gloss. C. Commun. divid. & ita notat Flor. de Mena lib. 1. Var. quæst. cap. 17. n. 22.*

45 Cuya doctrina se debe entender, quando alguno de los dichos herederos descendientes no permitió mas de lo que estaba apreciada toda la casa, porque se ofreció mas, no hay duda sino que se le debe adjudicar, aunque tenga la mayor parte; salvo, que en caso que no se dà mas por la casa de lo que estaba apreciada, se le debe dàr al heredero que tuviere mayor parte en ella, sin atender à mayoria; y en este caso no debe ser admitido à esta mejora, y postura ningun estraño, sino es en caso que alguno de los dichos herederos fuesse tan pobre, que no pudiesse hacer aquella postura, y en su nombre la huviesse hecho el tercero, con poder, y permission suya, como no sea tan excessiva la dicha puja, que fuesse mayor el precio de la casa, que lo que alguno de los dichos coherederos diere por ella; porque siendo su justo valor, y precio, se le debe dàr cessando en todo fraude; y en caso que los dichos herederos no se convengan en esta licitacion, debe el Juez nombrar dos personas que sean peritas en

el arte, á las quales es les darà credito, y se ha de estàr à su dicho, como sentencia de Juez, aunque havrà lugar en este caso revista de tassacion, como todo esto prueba Bald. *per leg. Ad officium, C. Commun. divid. & ibi commun. DD. Jason in §. Quadam, Inst. de Actionib. & est text. Regalis in l. fin. tit. 15. p. 6. & ibi Greg. glos. 4. & 5. Anton. Gom. 2. tom. Var. res. c. 9. n. 5.*

46 Y para que lo susodicho haya lugar, es necessario probar por quien lo alega, no tener la casa sobre que se litiga commoda division, y hasta entonces no hà lugar el apremiar á las partes à que nombren alarifes que hagan la dicha division.

47 Todo lo qual assimismo se debe entender en las viñas, y heredades, segun la dicha ley fin. tit. 15. part. 6. ibi: ,, E por en- ,, de quando èl viesse, que alguna casa, ó viña. Y esto se debe entender en los animales comunes: *ut ibi gloss. 2.* aunque Paulo de Castro dixo, no se podia decir, que las tierras, y otros predios rusticos no tienen commoda division: *ut ita affirm. in l. Si quis, ff. de Legat. 1.* Y sobre todo se ha de estàr á la declaracion de los Alarifes, y personas peritas en aquel arte, siendo nombradas por las partes; y en su rebeldia por el Juez: *Cœpol. c. 40. de Servit. col. penult.*

48 Y en quanto à los Instrumentos, y Executorias, è Informaciones, ad perpetuam rei memoriam, que el testador dexó, se le deben entregar al hermano mayor, dando traslado de ellas á los demàs, salvo el que tuviere mayor parte en la herencia, porque esse las debe llevar; y si iguales fueren en la hacienda, honra, y fama, no obstante mayoria, echarán suertes; y en caso que no se convengan, se pondrán en archivo de alguna Iglesia: *ut in l. 7. dist. tit. 15. p. 6.* adonde dice han de ser preferidos los hermanos á las hermanas en este caso, sino es que expressamente el testador las haya mandado á qualquiera de sus hijos: *ut in l. 8. ibi:* Y en quanto à la marca, y sello de que el testador usaba en su oficio, se le debe conceder al hermano mayor que tuviere el mismo oficio, satisfaciendo á los demàs hermanos el valor que aquella marca puede tener, por la buena fama y opinion: *ut ita affirmat vidisse judicatum Lara lib. 1. de Capell. 7. n. 25. & 26.*

§. Deudas. 7.

48 Y prosiguiendo con la dicha ley 80. dice: ,, E otrosì, los ,, sobredichos hermanos por si, è por sus herederos prometie- ,, ron, è otorgaron el uno al otro, que si contienda, ò pleyto ,, fues-

„ fuesse movido contra alguno de ellos por razon de alguna de
 „ aquellas cosas que cupieren en su parte , &c. Y es à saber , que
 quando entre los dichos herederos no se huviera convenido el pa-
 gar prorata las deudas , quedaban en la misma obligacion : *ut*
in leg. Si familiæ eriscundæ , C. Famil. eriscundæ , & in l. 9. tit.
15. p. 6.

49 Lo qual procede en tanta forma , que no se le podrá pe-
 dir por los acreedores mas de lo que cupiere , como à uno de los
 dichos herederos : *ut in l. fin. C. de Jure deliberand. & in l. 7. & ibi*
Greg. Lop. verb. Que las deudas , tit. 6. p. 6.

50 Lo qual se debe limitar , en caso que la cosa que se le
 adjudicò al heredero estaba especialmente hypotecada à la deuda
 del acreedor , y no si lo esta generalmente : y se le reserva su
 derecho à salvo al dicho heredero para pedir à los demàs lo que
 de aquella deuda les pertenece : *l. Pro hæreditariis , C. de Hæred.*
actiõ. Parlad. lib. 2. Rerum quotidian. 4. p. §. 1. n. 21. como as-
 si se prueba en los lugares citados. Demàs de lo qual se debe no-
 tar de la dicha ley , en que dice : „ Y si por ventura aquella co-
 „ sa fuesse vencida en Juicio à alguno de ellos , que el daño se
 „ refiriesse , è se compartiesse entre ellos comunalmente. De don-
 de se infiere , que si despues de adjudicada al heredero la cosa , le
 saliere incierta , no havrà duda , sino que los demàs tienen obli-
 gacion à satisfacerle lo que les cupiere , segun , y de la forma que
 dicho es : lo qual se debe entender con la distincion siguiente. Y
 es à saber , que si la casa , ò heredad se partiò , y dividiò entre
 dos , ò mas herederos tan solamente , y à otros se adjudicò otros
 bienes , para igualarse con los que llevaron la dicha casa , ò he-
 redad , y èstas fueron vencidas en Juicio , como dicho es ; porque
 en tal caso se le debe suplir de los demàs bienes lo que assì les
 fuere quitado por sentencia. Pero si la casa , ò heredad fue par-
 tida entre dos , ò tres herederos por partes iguales con los demàs
 bienes , y à uno de ellos le condenassen à que diesse su parte ,
 porque el acreedor no quiso , teniendo accion à pedir las demàs
 partes , à cobrar mas de aquella , por hacerles amistad , ò por-
 que se defendieron por haver adquirido algun titulo en ellas , ò
 por otras causas , no tendrà accion el dicho heredero à pedir à
 los demàs prorata de lo que le quitaron por sentencia , pues no
 fue por su culpa haverse la quitado ; pues tambien les corrió el
 mismo riesgo , y peligro que al dicho su hermano , ò coherede-
 ro ; y porque por alguna causa , y titulo el dicho acreedor no

tuvo accion, y derecho à pedir à los demàs, pues pudo haver pacto de no pretender en favor de los demàs herederos, ò por- que passó tanto tiempo, fue bastante para su prescripcion, se- gun que dicho es, & ita notat Guillelm. de Cun. *in l. Si familiae ercisc. C. Famil. erciscund.* & ibi etiam Paul. de Castro, quos se- quitur, & refert Ayora 3. p. c. 9. n. 20. *de Partit.*

51 Mas se infiere de la dicha clausula, que si los herederos que quedaron por fin, y muerte del testador, y difunto, hicieron division de los dichos bienes entre los susodichos por partes igua- les, sin hacer mencion de algun heredero, que estaba ausente en aquel tiempo, y sin hacer mencion de èl, y sacarle, y adjudi- carle su parte, y legitima, hicieron separacion de los dichos bienes, tendràn obligacion, bolviendo el dicho ausente à su pa- tria, cada uno de los dichos herederos *insolidum*, à satisfacer, y entregar al susodicho, como heredero, la parte que le pudo per- tener al tiempo que se hizo la dicha particion: y esto sin em- bargo, que alguno de los dichos herederos haya consumido su patrimonio, y los demàs hermanos alegan, que no pueden ser convenidos mas de prorata de los bienes, que à cada uno les perteneciò; y esto es por la malicia que tuvieron en dividir los dichos bienes, pues sabian que aquel heredero estaba ausente. Y assi cada uno *insolidum* puede ser convencido, y tendrá obli- gacion, assi en el Fuero exterior, como en el interior de la conciencia: ut ita notat Covar. *in cap. Peccatum*, 2. p. §. 12. num. 3. 4. Y assi es bueno, que los herederos ausentes sean citados por requisitoria, para que les pare perjuicio; y en caso que no se sepa adonde está, ò no quisiera venir, se le sacará su parte legitima, y se le pondrà en deposito en el pariente mas cercano, por via de administracion, como no sea muger, sino es que es ma- dre, ó abuela; y siendo passados diez años, con fama pública, ò con otras vehementes presumpciones de su muerte, se dividiràn los dichos bienes entre los herederos que le havian de succeder ab intestato, dando fianzas, y obligandose cada uno *insolidum*; y de no hacerse en esta forma, siendo la particion judicial, pa- garà el Juez, haciendo excursion en los demàs bienes: ut ita no- tat Escob. *de Ratiociniis*, c. 6. n. 47. 48. 49. *per l. 14. tit. 14. p. 3.* & *in quæstione principali docet Aceved. in l. 6. tit. 15. n. 7. cum aliis seqq.*

52 Mas dice, que la dicha particion no se debe reformar, ni enmendar, ni hà lugar el titulo *de Hæreditariis actionibus*; por-

que aquel titulo tan solamente habla respecto de los acreedores hereditarios estraños, è interessados à los dichos bienes por deuda del difunto, y no respecto del heredero ausente; y assi tienen los demás herederos obligacion à la dicha restitucion, *ex suo facto, & non facto defuncti: ut ibi n. 12.*

53 Finalmente dice la dicha ley 80., „ E esta particion, è todas las otras cosas, è cada una de ellas, que en esta Carta son escritas, prometieron los sobredichos hermanos de lo haver todo por firme, è de nunca venir contra ello en ninguna manera. Dos cosas tenemos de suponer, para que esta ley quede perfectamente declarada. La primera, si por qualquier agravio, ò engaño se podrá venir contra estos dichos pactos, y convenciones que se causan en razon de las dichas particiones extrajudiciales, aunque sea en poca cantidad. La segunda, si habiendose dividido los bienes del difunto, y testador judicialmente; y siendo aprobadas por las partes, y mandada guardar por sentencia de Juez, habrá assimismo lugar reformation de qualquier agravio, ò error en Derecho; ò si forzosa, y precisamente tienen los dichos herederos obligacion à passàr, y estàr por las dichas particiones.

54 Y respondiendole à la primera duda, y presupuesto, digo, que aunque es verdad, que no excediendo el agravio de la mitad mas del justo valor, y precio, no se puede venir contra las dichas particiones extrajudiciales, como arriba queda dicho, de que passò pacto entre los herederos de lo sobredicho: hase de entender quando se hizo la dicha particion por suertes, de que conocidamente cada uno de los dichos herederos viò, y conociò lo que poco mas, ò menos le podia pertenecer; pero quando en dividir los dichos bienes hubo error de cuenta, ò que consistia en Derecho, de que por no entender los Contadores su disposicion, lo erraron, se ha de tener lo contrario, y no es necesario que exceda de la mitad del justo valor, y precio; aunque en la dicha forma la dicha particion se haya aprobado por los dichos herederos, como assi lo tiene *Ayora de Partitionib. lib. 3. cap. 7. per totum.*

55 Y en quanto lo segundo, se responde, que si el dicho agravio no consistio en error de Derecho, sino en otro qualquier agravio, assi como adjudicarle à uno mas que à otro, ò darle una cosa mejor que otra, no havrà lugar el dicho remedio, sino es excediendo de la mitad mas del justo valor, y precio; y assi no

se admitiràn los herederos à pedir esta reformation, siendo aprobada por ellos; y fuera lo contrario si no lo estuviera; porque entonces havrà lugar reduccion á alvedrò de buen varon, ò prueba del dicho agravio, que en este caso se admite, citadas las demás partes interessadas con un breve termino; y esto sucede raras veces, porque desde el dia que se pide la particion, suelen alegar los herederos de su derecho; y habiendo que probar, se recibe á prueba con un breve termino, y en la sentencia viene determinado en la forma que se debe hacer la dicha particion.

56 Y para conclusion de estos dos dichos presupuestos se debe notar, que si el error que arriba diximos, consistió en Derecho, del qual resultó á alguna de las partes agravio, y hubo sentencia de Juez en Contradictorio Juicio, no havrà lugar el reformar la particion en aquel Juicio, sino es apelando de ella, y no dexandola passar en cosa juzgada; y en caso que la sentencia no se haya pronunciado en Contradictorio Juicio, sino que los partidores despues de hecha particion, parecen ante el Juez juntamente con las partes, y piden confirme, mande guarde aquella particion, como es de uso, y estilo en todos los Lugares; porque entonces, por no haver sido pronunciada en Contradictorio Juicio, havrà lugar la dicha reformation en este caso: ut ita notat Ayora *ubi supra*, n. 15. *cum sequentib. in decis. l. Ex majoratibus, C. Commun. utriusq. jud.* Y para que en qualquier tiempo se puedan deshacer los agravios, ora consistan en Derecho, ò no, ora excedan, ò no de la mitad mas del justo valor, y precio, es muy buena advertencia, que el Juez en la sentencia confirmatoria reserve qualquier agravio, error, ò engaño que despues constàre, ó resultàre en la dicha particion; porque por esta reservacion se podrá reformar la dicha particion, aunque la sentencia estè pasada en cosa juzgada, ex Bald. *in l. Cum eorum*, n. 2. *C. de Sent. & interloc. omn. judic.* Aym. *cons. 29. n. 8. quos sequitur, & refert Escob. de Ratiocin. c. 41. n. 3. 4. 5. cum aliis*: el qual error há lugar de pedirse, segun el natural de la accion sobre que cayeron las dicha cuentas, que suele ser de diez, ò veinte, ò treinta años, segun el mismo Escobar, con otros *ubi sup. n. 25. 26. 27. cum aliis sequent.*

57 Y porque no se puede dàr regla cierta, qual se puede llamar error, que consita en derecho, por los innumerables que se pueden hacer, y causar en las dichas particiones se notaràn su-

mariamente, y con distincion las conclusiones de muchos casos contingentes, y cotidianos, que cada dia se causan en esta materia de particion, y division, para que por lo menos, no ignorados, no se pueda decir, que en su determinacion se adivinó; pues lo que siempre se ha de pretender es, entender el caso, y saber la duda; y sabido, mirar en què parte del Derecho se decide, ò què Autor puede tratar de él; pues aunque consista en opiniones, por lo menos, siendo preguntado el Abogado, ò Contador en què se fundó, no le podrán decir que lo ignoró, ni que por no saber lo procedido, erró, los quales iràn declarados por los parrafos siguientes, para que por la materia de su natural se halle mas facilmente.

§. Capitales. 8.

58 Y assi lo primero que se advierte es, quanto à los capitales del marido, y la muger, y en què casos, y por què causas se les aumentan, lo qual irà advertido con suma distincion, refiriendo assimismo por què causas se disminuyen los dichos capitales, y en què casos tendrà obligacion el marido à satisfacer la dote à su muger, aunque con el uso se haya deteriorado; y si se debe suplir de las ganancias, ora sean los bienes dotales, muebles, ó inmuebles, raices, ò semovientes; y si procederá lo mismo en los bienes capitales del marido, siendo deteriorados con el uso, con la distincion siguiente.

59 Primeramente se nota, que si el marido huviere recibido la dote de su muger inestimada, ora sean en bienes muebles, semovientes, y se huvieren consumido con el uso, ò caso fortuito, no siendo por su dolo, ó culpa lata, no tiene obligacion à restituirlos el marido de su capital, y hacienda, probando, como dicho es, se consumieron en la dicha forma: *ut ex text. in l. Plerumque, ff. de Jur. dot. ibi: Idcirco, quod neque periculum rerum ad eum pertineat, & ita probatur in l. 18. tit. 11. p. 4.* salvo si constante aquel matrimonio, se ganaron algunos bienes, porque entonces aquel menoscabo, ò pérdida se debe suplir de las ganancias; y esto procede assimismo en el capital del marido, ora sean bienes muebles, è inmuebles, raices, ò semovientes, aunque estèn consumidos, gastados, vendidos, ò deteriorados; *ut ita tenet Rodrigo Suarez in tit. De las ganancias, in fin. Ayora de Partitionib. l. p. cap. 7. n. 5. 6. 7. & 39. Greg. Lop. in l. 55. tit. 5. verb. Comunalmente.* Y en caso que la dicha dote se haya recibido en genero que consista en peso, numero, ò medida, assi como vino, aceyte, ò trigo,

ò lana , los ha de restituir en la especie de su precio , y bondad , ò dâr el precio com que se pueda comprar otra tal calidad , conforme valiere al tiempo que se dissuelve el matrimonio , *per text. in l. Res in dotem, ff. de Jur. dot.* Anton. Gomez *in l. 50. Taur. n. 43.* y esto se entiende , aunque no haya bienes gananciales : Molina *de Just. & jur. 2. tract. disp. 426. n. 3.* Pero si la dicha dote fue estimada con aquella estimacion , que de Derecho causò , y celebrò venta , ora haya ganancia ; ó no , ora consitan en bienes que se consuman , ò no , con el tiempo , y uso , siempre està obligado el marido , ó sus herederos à su restitucion , en el valor en que al tiempo del matrimonio se estimaron , considerando , que dissuelto , no puede la muger ser apremiada à recibir la misma cosa dotal , que el marido recibió , estimada con aquella estimacion , que causò , y celebrò venta ; y por el consiguiente el dicho su marido no puede ser apremiado à dâr la misma cosa , sino tan solamente el valor en que fue estimada , sino es en caso que no lo fue : *ut in l. 18. tit. 11. p. 4. Covar. de Pract. QQ. cap. 28. n. 6. Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donationibus inter virum , & uxorem , §. ult. n. 11 in fin. Matienz. in l. 3. tit. 9. lib. 5. glos 7. n. 6. Anton. Gomez ubi supr. n. 43. & 44.* Y no se dice hacer venta aquella estimacion que se hace de los bienes dotales , quando solo es à fin de que se sepa su valor , para que el marido , ó sus herederos paguen el menoscabo de ellos , en caso que haya ganancias , ó en caso que por su culpa se destruyeron ; porque en realidad de verdad , en qualquiera de estos dos dichos casos corre esta dicha obligacion , ó por sus herederos , aceptando su hacienda : *ut ita notat Molina de Just. & jur. 2. tract. disp. 426. n. 4. 5. 6. Anton. Gomez ubi supr. n. 43. & ex text. relatis, in l. 21. d. tit. 11. p. 4.*

60 Demàs de todo lo susodicho , se debe assimismo notar , que si el marido recibió en dote algun ganado de ovejas , cabras , ó de yeguas , ó bacas , las quales estaban proximas à parir , y esquilas , que recibendolas con la estimacion que hizo venta , *ut supra* , que tan solamente tendrá obligacion à dâr , y pagar el valor en que le fueron dadas , y estimadas , pues en substancia no fue entrego de dote , sino contrato de venta : *ut in l. Cum dotem, C. Solut. matrim. & in l. 26. d. tit. 11. p. 4.* Y en caso que este dicho ganado le huviesse recibido inestimado , segun , y de la forma que dicho es , y que luego à poco tiempo fue dissuelto el dicho matrimonio , gozará tan solamente el marido de aquellos frutos pro rata del tiempo que duró el dicho matrimonio , y los demás se le han

han de restituir à la muger, ò à sus herederos, *per l. Divortio, ff. Solut. matrim. ibi: Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fœtusque pecorum præstentur,* quem text. sic intelligunt Bart. & Paul. & Joann. Garc. *de Expens. cap. 8. n. 32.* quos sequitur, & refert Escob. *de Ratiocin. cap. 18. n. 31.* teniendo atencion, que en los casos que estos dichos bienes se recibieron inestimados, hay obligacion, faltando algunas cabezas de los partos con mejora de las demás, haviendo bienes gananciales: *ut in l. 21. citat. d. tit. 11. p. 4.* ibi: „ Ganados dan las „ mugeres en dote à las vegadas à sus maridos; y si por ventu- „ ra, quando establecen la dote en ellos, no la aprecian, el peli- „ gro que yá viniere serà de la muger, y llevarà el marido los „ frutos de ellos, para sostener el matrimonio, mientras que du- „ rare; pero si acaeciesse, que de los ganados, que diere la muger „ à su marido, mueran algunos, tenuto es el marido de tornar „ otros tantos en lugar de aquellos que murieron, de aquellos „ fijos mismos, que nacieron de ellos: la qual ley se debe enten- der sin la distincion que muchos Doctores quisieron darla, que dixeron, que para assi entenderse, se havia de atender, si era re- baño entero, ò no; porque de no serlo, no havia lugar el suplir- los con los partos, de que no es cierta; y porque sin embargo de la dicha distincion, se ha de observar la decisson de la dicha ley 21. *ut ita docet Escobar de Ratiocin. cap. 18. n. 39.* advirtiendole, que en todos los casos que el marido no tiene obligacion à pagar los bienes, que se consumen con el uso, que nose han de entender los que de su autoridad, ò con la de su muger vendiò, aunque sean bienes parafernales: *ut ita notat Ayora de Partitionib. 1. p. cap. 8. n. 2. 3.*

61. Y porque muchas veces se dificulta, quales se dicen bienes estimados, de manera, que hagan venta, se ha de tener atencion si el marido se obligò al tiempo que otorgò Carta de dote à pagar los bienes dotales en la estimacion en que fueron apreciados, y entonces es visto hacer venta aquella estimacion: *ut ita notat Covar. de Pract. QQ. cap. 28. n. 7. cum aliis:* salvo si en la dicha Escritura de dote se sacasse por condicion, que fuesse en eleccion de la muger, ò sus herederos el cobrar la estimacion, ò pedir sus mismos bienes; y entonces estando los bienes enagenados en tercero possedor, los podrà repetir directè, sin ser necessario hacer excursion en los bienes de su marido; salvo si huviesse elegido su estimacion, porque entonces tiene obligacion à hacer primero

excursion en los dichos bienes de su marido, por el util que en este caso le pertenece: *ut ita habetur in l. Quod si fundus, ff. de fund. dotal. & in l. 1. C. eod. Ant. Gomez in l. 53. n. 44. col. 2. in fin. Gregor. in l. 7. tit. 11. p. 4. in verb. Apreciada, quos sequitur, & refert Gutierrez de Jurament. confirmat. 1. p. cap. 1. n. 9.* la qual distincion de aprecio, y estimacion se puede assimismo poner en eleccion del marido. Y si acaso no constare en favor de quien se hizo la dicha convencion, se presume es en favor del marido *ut ita colligitur ex doctrina l. Plerumque, cum sequent. ff. de Jur. dot. & ex l. 18. dist. tit. 11. p. 4. Molina de Just. & Jur. 2. tract. disp. 426. n. 13.* y el que eligere una via, es visto renunciar la otra, *quia electio unius excursio alterius.*

§. Arras, y joyas. 9.

62 Item, se le aumentan á la muger sus bienes dotales por las arras prometidas por su marido, y esto procede assimismo en las joyas, no habiendo arras; y assi los partidores las sacarán por deudas: y esto se ha de entender estando entregadas, porque si no fueron mas de prometidas, no se sacaràn del cuerpo de bienes; y sacando primero los capitales, siendo, como dicho es, entregadas, se le daràn á la muger de lo que al marido le perteneciere de su capital, y ganancias; y si no fueron mas de prometidas, se le han de pagar del cuerpo de bienes, despues de haver sacado los dichos capitales, como dicho es; y de no haver bienes gananciales, las pagarà al marido de sus mismos bienes: *ut ita notat Ayora ubi supr. cap. 7. n. 15. vers. Quarto. Villadiego in sua Politic. cap. 7. n. 20. fol 183.*

63 Las quales arras no deben exceder de la decima parte de los bienes del esposo que al presente tiene, segun la *ley 50. Taur. bodie l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop.* Y dicensen bienes los que el esposo tiene, y posee con buen titulo, y fè, sacadas las decimas; por manera, que si despues de prometidas estas dichas arras, condesassen al dicho esposo, y marido à que restituyesse algunos bienes que poseia con buena fè, no por esso se dexarian de cumplir las dichas arras en la cantidad que cupiessen al tiempo de la promessa: *ut ita tenet Anton. Gomez in l. 53. n. 13. Matienz. in l. 2. tit. 2. gloss. 1. n. 4.* Y aunque es verdad, que estas dichas arras no pueden exceder de la decima parte, ni las joyas de la octava de la dote de la muger al tiempo del matrimonio; pero con todo esso, si fueron prometidas en mayor cantidad en premio de nobleza, ò por ser muy honesta, hermosa, ò doncella, ò por ser causa de re-
mu-

muneracion , es visto hacerle donacion de exccesso , que es válida, por causa de la dicha remuneracion ; las quales arras se pueden prometer constante el dicho matrimonio , siendo dadas , ò prometidas por las dichas causas , aunque no se expresse antes de la otorgacion de la dote , como despues se expresse , aunque sea constante el matrimonio ; todo lo qual no se debe entender , precediendo las causas dichas aliás secus : ita cum Bart. Panomit. *cap. ult. de Donat. inter virum , & uxorem , n. 7. in Epitom. part. 2. cap. 3. §. 3. n. 3. Anton. Gomez in l. 50. Taur. n. 66. & in 2. tom. Var. resol. cap. 4. n. 23. Covar. 2. part. cap. 3. §. 3. n. 2. Ayora de Partit. 3. p. cap. 20. n. 30. quos sequitur , & refer Aceved. in l. 2. tit. 2. lib. 5. n. 11. Recop. Molina de Just. & jure , 2. tract. disp. 289. n. 17. vers. Tertius , & in disp. 431. n. 7. & vide supr. cap. 26. ex n. 3. & 4. in 2. lib.*

64 Y en caso que el esposo no tenga bienes de que poder dár las dichas arras , las puede prometer de los bienes que constante el matrimonio tuviere , y adquiriere , expressandose antes de contraherse , y no despues , por presumirse donacion entre marido , y muger , que de Derecho no es permitida. Y es la razon , que en dár estas dichas arras , se han de considerar los bienes que el esposo tenia al tiempo del dicho matrimonio ; salvo si hubo condicion , de que el dicho esposo prometió , que para pagar el diezmo de las dichas arras , se considerasse , assi el tiempo presente , como el futuro , del dicho matrimonio , que entonces se debe cumplir la dicha condicion en la forma prometida : ut hæc omnia notantur per Montalv. *in l. 2. tit. 5. lib. 3. Fori. Rodrig. Suarez in l. 1. ejusdem tit. 2. quest. vers. Circa hanc partem. Ayora ubi supr. n. 17. Aceved. ubi supr. in l. 4. n. 20.*

65 Y en quanto à la forma , y orden que se debe tener en partir estas dichas arras , y assimismo las joyas dadas , y prometidas por el esposo , consta por la ley 52. *Taur. bodi l. 4. tit. 2. lib. 5. Novæ Recop.* en que dice : „ Qualquier esposa , ora sea de futuro , „ suelto el matrimonio , gane , si el esposo la oviere besado , la „ mitad de todo lo que el esposo la oviere dado antes de consu- „ mar el matrimonio , ora sea precioso , ò no ; y si no la oviere „ besado , no gane nada de lo que le oviere dado : tornese á los „ herederos del esposo ; pero si qualquiera de ellos muriere des- „ pues de consumado el matrimonio , que la muger , y sus here- „ deros ganen todo lo que , seyendo desposados , le ovo el espo- „ so dado , no habiendo arras en el tal casamiento , y matrimonios

„ pero si arras oviere, que sean en escogimiento de la muger, ò de sus herederos; ella muerta, tomar las arras, ò dexarlas, y tomar todo lo que el marido le ovo dado, siendo con ella desposado, lo qual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y sino escogieren dentro del dicho termino, que los dichos herederos escojan.

66 Y adviertese en limitacion de esta ley, que si el esposo al tiempo de la promission de arras, y joyas se obligò, ó prometió, que de ninguna manera las havia de repetir, se guardará el dicho contrato, aunque no la haya besado, y ganara la esposa, ò sus herederos las dichas arras, y joyas, dissuelto el dicho matrimonio: ut ita tenet Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donat. inter virum, & uxorem. Tambien se debe advertir, que si la esposa huviere dado, ò prometido á su esposo alguna cosa, assi como por via de arras, ò joyas, de ninguna manera las ganará el dicho esposo, aunque la aya besado, sino es en caso que intervino copula: ut ita notat Castell. in l. 52. Taur. litter. Z, col. 2. per l. 3. tit. 11. p. 4.

67 Y si la esposa, constante el dicho matrimonio, huviere consumido las dichas joyas, que le fueron entregadas, podrá muy bien, dissuelto el matrimonio, renunciar, y dexar las dichas joyas, y pedir las arras, siendole assimismo prometidas, ò entregadas, con tanto que no estèn deterioradas, ò consumidas, porque de estario, debe suplir la muger el menoscabo, y valor que por entonces tienen: ut ita notat Ayora de Partit. 1. p. cap. 7. n. 35.

68 Demás de lo qual, en limitacion assimismo de la dicha ley, se ha de advertir, que no entregandole al marido la dote prometida, no tiene obligacion à dár las arras que prometió à la dicha muger: ut ita colligitur ex auth. Sed quæ, C. de Donat. ante nupt. Y si la dicha dote no le fuere pagada enteramente, assimismo no tendrá obligacion á pagar las dichas arras por entero, sino es respectivamente considerada la una, y otra cantidad: ut tenet Alvar. Vel. consult. 3. Gam. decis. 370. n. 2. cum alliis, quos sequitur, & refert Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 431. n. 14.

69 Y porque muchas veces los partidores tienen duda en la forma que deben sacar estas dichas arras, quando el que las prometió gozaba de algun vinculo, ò Mayorazgo, en especial habiendo de ser en la décima parte de los dichos bienes, se ha de considerar, que para que sea justa esta computacion, se ha de estimar el valor del fruto, que en cada un año puede valer el di-

cho vinculo , ò Mayorazgo , ò otros qualesquier bienes sujetos à restitucion. Y segun esto , se ha de considerar , què tiempo puede vivir el poseedor de los dichos bienes , segun su edad , sugeto , y calidad ; y estimandose el valor del dicho fruto de todo el dicho tiempo , se dirà lo que puede rentar todo el dicho tiempo , á razon cada un año de á uno por diez , cuya computacion colijo de la que en este caso hizo Molina , en que dixo , que valiendo el Mayorazgo dos mil ducados de renta en cada un año , se podia prometer en las dichas arras mil y seiscientos ducados : que segun parece , fingiò que el poseedor havia de vivir ocho años , que de diez y seis mil ducados , en que se havian de estimar los frutos del dicho tiempo , segun dicho es , viene à ser la decima parte los dichos mil y seiscientos ducados : de que assimismo se colige , que esta decima parte de las dichas arras se ha de computar à razon de uno por ocho , como censo de por vida , como assi lo dixo el mismo Molina , y essa fue la causa porque fingiò la edad de los ocho años , para darlo bien á entender , y en essa conformidad lo entendiò Escobar ; sino que dixo , que havia de ser á razon de uno por siete por la nueva Pragmatica ; pero hoy , segun la mas nueva , ha de ser á uno por diez : *ut in l. 12. añadida al tit. 15. lib. 5. Novæ Recop. & vide Molina de Primog. c. 19. n. 40. Escob. de Ratiocin. cap. 2.*

70 De cuyas arras no puede la muger disponer , casandose segunda vez ; sino que las debe reservar à los hijos de aquel matrimonio , sin que à ninguno le pueda mejorar en ellas : *ut ita tenet Gutier. lib. 2. Quotid. c. 18. n. fin. & in l. 26. tit. 13. p. 5.*

71 Sigüese mas : que si por contemplacion del marido , ora ser estraño , ò pariente de ella , se le huviere dado á la dicha su muger alguna cosa por titulo de legado , ó donacion , que assimismo tiene obligacion á reservarlo á los hijos de aquel matrimonio ; y esto procede por la misma causa de los bienes , que la madre heredò de alguno de sus primeros hijos ab intestato ; pero no ex testamento ; porque aunque es verdad , que en los unos , y otros bienes ha de gozar la madre , ò el padre del usufructo de ellos por el tiempo de su vida ; pero con todo esso ha de quedar reservada su propiedad para los dichos sus hijos : *ut ex l. 15. Taur. quæ est l. 4. tit. 1. lib. 5. Recop. & ibi Anton. Gomez n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & ad probationem totius materiæ vide Tello Fernand. in l. 19. Taur. n. 11. & in l. 4. ibi n. 17. Covar. 2. p. lib. 4. cap. 9. n. 7. Pelacz de Majorat. 1. p. q. 54. Aceved. in l. 3. tit. 1. lib. 5. n. 2. 3. Recop. & vide infra , §. Reservacion.*

72 Mas se sigue , que si el esposo huviere dado , ò prometido à su esposa las dichas arras , y joyas , no por esso se impide la libre voluntad de poder disponer del quinto , ultra de la cantidad , y valor de las dichas arras , y joyas , salvo teniendo hijos de otro matrimonio , porque en tal caso no puede disponer mas de un quinto , ora sea en arras , ò joyas , ò por otra qualquier voluntad , por causa de haver passado á segundo matrimonio : *ut ita tenet Gutier. de Juram. confirm. 1. p. cap. 14. n. 8.*

73 Finalmente se advierte , que si al tiempo del matrimonio no fueron prometidas las dichas arras , ó joyas , aunque despues se prometan , no deben los partidores adjudicarselas à la muger , ni à sus herederos , porque estas no son forzosas , sino voluntarias : *ut ita docet Tell. in l. 16. Taur. n. 8. Acev. in l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop.* Y por què decimos , que constante el matrimonio , no se pueden prometer , ni dár joyas , ni arras , tiene fundamento , pues se colige ser donacion entre marido , y muger , *ut supra diximus* : la qual de Derecho es prohibida , sino es conformandose con la muerte , ò juramento , y en la forma que las demàs donaciones son confirmadas , siguiendose su tradicion , *verè , aut fictè* : *ut ita sentit Gregor. Lopez in l. 1. tit. 11. p. 4. verb. En España* ; aunque muchos Doctores tuvieron lo contrario , fundandose en que sucediendo , como sucedieron , las dichas arras en España , en lugar de las donaciones *propter nuptias* , se podrán justamente prometer , y aumentarse hasta la cantidad dicha , constante el matrimonio , y no seguirà el natural de la donacion *inter virum , & uxorem* , supuesto que el prometerse las donaciones *propter nuptias* , havia lugar constante el dicho matrimonio : *ut ita probatur ex d. l. 1. tit. 11. p. 4. Alvar. Velas. consult. 4. n. 1. Cov. in Epitom. c. 3. §. 7. n. 12. Ant. Gom. in l. 50. Taur. n. 12. Tu cogita , & sequere communem.*

§. Bienes parafernales. 10.

74 Item , se le aumenta à la muger su capital , y dote por los bienes parafernales ; y son bienes parafernales todos aquellos bienes , que ultra de la dote , al tiempo del matrimonio le pertenecian à la muger , cuyo nombre Griego se dividirà à *Para , quod aut juxta , & pherna* , que quiere decir dote , como se prueba de la *l. 17. tit. 11. p. 4.*

75 Cuyos bienes son de la misma naturaleza que los demàs bienes dotales en quanto su restitution , y privilegio ; por manera , que si el marido los recibió estimados con la estimacion que arriba diximos , ora el marido los reciba en bienes que se

consuman con el uso , ò no se consuman , dissuelto el matrimonio , se le ha de entregar à la muger , ò á sus herederos su estimacion , y valor ; y si estimados no le fueron entregados , siendo bienes que consistian en peso , ó medida , como miel , trigo , aceyte , y otras cosas , por ser de natural consumibles , se han de entregar en la estimacion que valian , ò entregar otras tales en el mismo genero ; y si fueron bienes , que con el uso no se consumen , no havia obligacion de entregarse , sino de la forma que dissuelto el matrimonio fueren hallados ; scilicèt , mejorados , ò deteriorados ; aunque si el marido los administrò , tacitamente se entiende se ha de satisfacer su deterioracion de los bienes gananciales , si los huviere , aliàs secus , como todo se prueba de la ley 17. referida , adonde dice , que en caso que el dicho su marido los haya administrado para la paga de ellos , siendo enagenados por el dicho su marido , que quedan sus bienes tacitamente hypotecados. Dice assimismo , que del fruto de estos dichos bienes ha de gozar el marido para sustentar las cargas del dicho matrimonio.

76 Dicense assimismo bienes parafernales todo aquello que la muger adquiere por el marido per sponsalitiã largitatem , como assimismo lo son las donaciones , que el Derecho llama inter virum , & uxorem , en los casos que de Derecho se confirman con la muerte.

77 De aquí se saca , que todo aquello que al tiempo del matrimonio les fue dado , y donado à los dichos esposos , y se sabe por contemplacion de quien se diò , ora sean estraños , ó parientes , siempre se reputan por bienes gananciales entre marido , y muger ; y siempre en duda se ha de juzgar en esta dicha forma , sino es que conste lo contrario de voluntad de la persona que lo dà : ut affirmat Anton. Gomez in l. 50. Taur. n. 67. & in l. 2. tit. 9. p. 5. Julius Clarus lib. 4. Sent. verb. Donatio , quæst. 10. Guierrez de Pract. QQ. quæst. 120. lib. 2. quos sequitur , & refert Molina de Just. & jur. 2. tract. disp. 430. n. 5.

78 Y porque diximos arriba , que el marido tiene obligacion á satisfacer los bienes muebles , quando fueron deteriorados con el uso , hase de limitar , que si fueron bienes de que el marido tenia necesidad para el uso de su casa , y familia , tendrá obligacion à pagar su valor , pues para el dicho su gasto se escusò de comprar los dichos bienes ; lo qual no há lugar en los bienes dotales inestimados , por ser de mejor condicion los bienes parafernales : ex traditis per DD. in l. Si vitrico , C. de Negot. gest. & ita advertit Anton. Gom. in l. 5. Taur. n. 44. in fin.

79 Y en quanto à las mandas, que assimismo son aumento de dote, se ha de advertir, que si el marido mandò à la muger alguna casa, ò heredad, ò otra cosa, que con la dicha su muger recibio en dote, estimada con aquella estimacion que de Derecho causò, y celebrò venta, tacitamente fue visto mandarle su valor; y assi se le deberá à la muger, no solo la estimacion de los bienes dotales; pero tambien ellos mismos, ni en este caso hà lugar compensacion; lo qual fuera al contrario, si la cosa que le mandò, la recibiera inestimada, por ser propria de la muger, y no del marido: *ut ex text. in l. Licinus locusta, ff. de Leg. 2. & ibi gloss. ordin. Bart. Bald. & commun. DD. Paul. de Castro, & Imol. in l. 2. §. fin. ff. de Dote prælegat. probat etiam Bart. in l. Si quis servum, §. fin. ff. eodem, & in l. Qui quadraginta, & in l. Marcel. ff. ad Trevel.* Y assi se debe entender el §. *Sed si uxori, Instit. de Legat.* cuyas palabras en romance son las siguientes: „ Y si el marido man- „ dàre à su muger la dote, vàlida es la manda, porque mas cum- „ plido es el derecho que se tiene para pedir la manda, que el „ que se tiene para pedir la dote; y si le mandàre la dote que no „ recibìò, los Emperadores Severo, y Antonino dieron por res- „ puesta, que si la mandasse simplemente, seria inutil la man- „ da; (scilicèt, no haviendola recibido) pero que si la manda „ señalasse cierto dinero, ó cierta cosa, ò las Escrituras en que „ mostraba haver recibido alguna dote, vàlida seria la manda: *& vide infra, n. 299. & 300.*

80 Y si el marido dixere: „ Mando restituir á mi muger to- „ dos los bienes dotales, que traxo al matrimonio, es visto dexarselos con todos los mejoramientos, que los dichos bienes dotales tuvieren al tiempo que aquel matrimonio se dissuelve; lo qual fuera al contrario, si el marido dixera: „ Mando que se „ le restituyan sus bienes dotales; porque entonces, por no haver usado el testador de aquella palabra *todos*, se sacaràn primeramen- te los mejoramientos que tuvieren, y de la estimacion que al ma- rido le tocàre, como de bienes gananciales, en caso que los haya: *ut ita affirmat supra relati DD.*

81 Y si el marido mandò á su muger alguna heredad, ò algu- na pieza de oro, ò plata, ò otros qualesquier bienes, que su valor exceda del quinto, ò tercio de bienes, quedando preñada y el parto no fuesse legitimo, segun la *l. 2. tit. 8. lib. 5. Recop.* valdrà en todo el dicho legado, no haviendo otros descendientes, en quanto

Formatur alia diffe- rens clausula extra ordinem.

Formatur alia diffe- rens clausula.

al quinto, ó ascendientes en quanto al tercio; pero si nació natural el postumo, y fue bautizado, y vivió 24. horas, no valdrà el dicho legado, sino tan solamente en el dicho quinto, del qual se han de sacar los gastos funerales: *ut contra Ayoram tenet Acev. in l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 17.*

82 Mas se advierte, que si el marido mandare á su muger el usufructo de todos sus bienes, ò de alguna parte de ellos, teniendo descendientes, ò ascendientes; tan solamente se ha de entender del usufructo del quinto, ò del tercio, no teniendo descendientes, y teniendo ascendientes, segun doctrina de Anton. Gomez 1. tom. *Var. res. cap. 11. n. 26. quem sequitur Acev. in l. 11. tit. 6. n. 17. lib. 5. Recop.* Rodrig. Suarez *in rep. l. Quoniam in priorib. in 3. amp. n. 5. Gomez Arias in l. 25. Taur. n. 6.*

83 Y en caso que no huviesse descendientes, ò ascendientes, y quedasse, como dicho es, por usufructuaria de todos los bienes de su marido en su casa contenidos, no se debe entender de los bienes vendibles, que el dicho su marido tenia en la dicha su casa por trato de grangeria, assi como si era Mercader de qualquier mercaderia; salvo si fuere trigo, cebada, lana, ó ganado, y otras cosas semejantes, que se criaren en casa; porque aunque son vendibles, siendo de su cosecha, y estando señaladas para el gasto cotidiano, aunque es verdad que son vendibles, no estando diputados, y señalados para grangear con ellos, se han de comprehender en el dicho legado: *ut ex text. in l. Generali, §. Uxori, ff. de Usufruct. legat. & ibi Bart. & Jas. & commun. DD. Covar. lib. 2. Var. res. cap. 5. n. 3. Ayora 2. part. de Partit. cap. 23.*

§. Mejoras, y ganancias. 12.

84 Siendo, como es notorio, que lo adquirido, y ganado, segun leyes Reales de este Reyno, constante el matrimonio, es comunicable entre marido, y muger, sino es en Cordova, y otras partes, que se usa, y guarda lo contrario, es necesario, que se adviertan, y traygan à la memoria los casos mas practicables, que en esta materia se pueden ofrecer, para que assimismo en las particiones no se cause error. Y assi, lo primero se advierte, que aunque es verdad que las mejoras de las casas, y heredades se deben comunicar en quanto su mas valor de lo que se estimaron, ò se probare valieron, y por el consiguiente su menoscabo, y se debe suplir de las ganancias, como diximos en este capitulo en el §. Capitales, se ha de tener lo contrario en los bienes de Mayorazgo, y demás bienes sujetos à restitucion; porque luego que

muere el ultimo poseedor , passa al llamado , y successor en el con todas aquellas mejoras , segun la *ley 6. titul. 7. lib. 5. Recop. & ibi scribes* : aunque si el Vinculo , ò fideicomisso es temporal por algunas vidas , y que no ha de ser perpetuo se ha de tener lo contrario , y se han de repetir estas expensas , y mejoras : ut ita notat Molina *de Primog. lib. 1. cap. 26. n. 14. vers. Sed mea , & n. 15. vers. Ex his* ; pero no hay duda que en el uno , y otro caso podrá repetir la mitad de aquestos gastos la muger , ó el marido , á quien le toca , como bienes gananciales , y se han de suplir de los demàs bienes , pues no es justo que el poseedor del dicho Mayorazgo gaste lo que no es suyo , y haga los dichos mejoramientos en perjuicio del otro : ut ita notat Ayora *de Part. 1. p. c. 10. n. 4.* y de qualquier manera que sea , tienen derecho los herederos , ò mugeres del ultimo poseedor à destruir , ò echar por el suelo los dichos mejoramientos , no pagandoles su valor , como no sea en daño , y fealdad de los demàs bienes : *Molin. ubi sup. n. 16.*

85 De aqui se infiere , que si el marido plantò vides , ó otros qualesquier arboles en tierra de su muger , ò por el contrario , no llevará la heredad cuya era , ni sus mejoramientos , sino tan solamente su estimacion , y luego se partirà la dicha heredad entre los dichos marido , y muger. Y es lo contrario en la mejora , ò edificio , fabricando en tierra de uno de ellos , porque entonces estimandose su valor , se le entregará enteramente à cuya fuere ; ó si el marido la huviere recibido (estimada con aquella estimacion que causò venta) y es la razon , que el edificio no tiene commoda division , como la tiene la tierra con los dichos arboles. Y porque es decission de la *ley 3. & 9. tit. 4. lib. 4. For.* de que para su efecto es necesario probar estar en uso.

86 Y estando los dichos bienes , ò otros qualesquier que se deban partir , algun tiempo por dividir , se ha de sacar por deuda , no solo lo que en el dicho tiempo se huviere gastado en conservacion , y mejora de los dichos bienes ; pero tambien los re-ditos del dinero de aquel gasto , à razon de à veinte : *ut hodie , ut colligitur ex l. His consequentè , §. 1. in fin. ff. Fam. exerciscund.* Joann. Garc. *de Expens. c. 7. in princip.* Ayora *3. p. de Partition. c. 20. n. 59.* los quales re-ditos assimismo pagará la hermana , ò hermano , ò heredero legitimo , que siendo requerido no traxere à particion los bienes que tuviere recibidos ; y lo mismo es los frutos de las heredades desde el dia del dicho requerimiento *per text. in l. Filius emancip. §. Filia , ff. de Collat. Escob. de Ratiotin. comp. 5.*

87 Y aunque es verdad que hay diversas opiniones en la forma de dividir los partos de esclavas, por dudar si han de ser frutos, ò si precipuos los ha de llevar el que las traxo al matrimonio; y aunque es verdad, que parece no hà lugar, que los dichos partos se comuniquen assi como frutos; pero con todo esso, siguiendo la mas comun, y probable opinion, digo, que estos dichos partos se deben comunicar entre marido, y muger, assi como reditos, y ganancias adquiridos constante el dicho matrimonio: ut probat Baeza de *Decim. tutor. c. 23. n. 10. & 13. Villalob. in Ærario mill. comm. opin. litt. D. n. 236. qui in hoc modo intelligunt l. 13. tit. 21. p. 3.*

88 Y hasè de advertir en esta materia de ganancias, que si el marido lastò la deuda del deudor por quien saliò fiador, que no será justo que la muger, ó sus herederos sientan este daño, pues de la fianza no se espera ningun provecho, ni es contingente la ganancia en este caso, como lo es la pérdida, sino es en caso que se obligò como principal, de que por lo menos, de aquella fianza, y obligacion se le podia seguir alguna utilidad, è interés, por mitad, ò tercias partes, como en rentas Arzobispales, y otras semejantes; ó quando el dicho deudor le fiò en otras ocasiones, estando casado, y en tiempo, que quando se perdiera, pudiera assimismo lastar por èl; porque si quando se obligò como fiador, era tan pobre, que de ninguna manera podia pagar la deuda, pagando el marido la deuda en la forma dicha, no debe participar la muger la mitad de aquella pérdida, sino que se le debe sacar su mitad, como si en realidad de verdad no se huviera perdido. Y es comun sentencia, segun los mas pràcticos Doctores, como lo es Gutierr. *lib. 2. Pràct. quæst. c. 228. cum aliis, quos citat. quibus consentit Gam. decis. 162. & ita sancitum est in l. 7. tit. 3. lib. 5. Recop. ibi: „ Mandamos, que por fianza que el marido hiciera en qualquier manera, ò por qualquier razon, no sea obligada su muger, ni sus bienes.*

89 Demàs de todo lo dicho, se puede dudar, si lo que el marido jugò, ò gastò deshonestamente se le debe suplir habiendo bienes gananciales, ganados constante aquel matrimonio; ò si se le debe restituir, y entregar à su muger la mitad de lo que assi constàre, y se probàre haver gastado el dicho su marido, especialmente siendo con dolo, y malicia, y contra la voluntad de su muger. Y en quanto à lo primero digo, satisfaciendo por la parte afirmativa, de que à la muger se le sacará otra tanta canti-

tividad como la dicha mitad de lo que consumió, siendo contra su voluntad, y daño: lo qual consta por las razones siguientes: Primeramente, que todas las veces que alguno de los compañeros, è interessados à los bienes comunes, y de compañía, por su culpa, dolo, y malicia, destruyere, ò perdiere alguno de los dichos bienes, ganados en la dicha compañía, que precisamente tendrá obligacion à satisfacer à los demás compañeros, è interessados aquel daño, ò pérdida que por su culpa previno; porque de qualquier manera es visto hacerles perjuicio, y daño à los dichos compañeros, supuesto que lo que se adquiere es comun, y como hacienda de todos, no debe sentir el daño, quien por su culpa no lo perdió; y assi se le debe restituir la parte que le pudiere pertenecer, como à uno de la compañía: *ut hæc omnia probantur in §. ultim. Inst. de Societate, & in l. Cum duob. §. Venit, cum similib. ff. Pro socio.*

90 Demàs de que en la general administracion no es permitido el engaño, especialmente siendo en perjuicio, y daño del señor, è interessado à los dichos bienes, de que en ninguna manera le puede dañar, *ut in l. Creditorum, §. Mandati, ubi Bald. & notat Afflict. deccisione 29. & latè Palac. Rub. in Rub. de Donat. inter virum, & uxorem, §. 66. n. 26. in fin.*

91 Y aunque es verdad, que por haver bienes gananciales se pudiera dificultar, si la referida doctrina havia lugar, se satisface, que precediendo el dicho dolo, y engaño, no hay duda sino que tiene obligacion el que en la forma dicha lo perdió à restituir otra tanta cantidad à los demás sus compañeros; por manera, que si el marido perdió al juego alguna cantidad de maravedis de los bienes comunes, y del capital, no hay duda, sino que siendo la muger, como en efecto lo es en estos Reynos, interessada à la mitad de estos dichos bienes gananciales, que por razon de la dicha perdida se le sacaràn otros maravedis, y cantidad como el dicho su marido perdió, habiendo bienes comunes; cuya doctrina, sin distincion de fraude, la tuvieron Montalvo *in l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori*, à quien refiere, y sigue Ayora *1. part. de Partitionibus, c. 8. n. 10.*

92 Y aunque en quanto à este articulo hay diversidad de opiniones, pero ningun Doctor, y Autor niega, que siendo con fraude, y engaño de la muger, no se le debe adjudicar, y sacar de los bienes comunes otro tanto à la muger en la forma que dicho es, como se prueba *en la ley 7. titul. 10. part. 5. ibi: „ Fue-*

„ras ende , si los daños , è los manoscabos acaecieren por cul-
 „pa , ó por engaño de alguno de los compañeros , ca estonce
 „tan solamente à aquel pertenece , è non à los demás : & ibi
 Gregor. Lopez gloss. 4. & in l. Si fratres , §. ultim. ff. Pro socio,
 & ita notat Molin. de Justitia , & jure , 2. tractatu , disp. 421. n.
 3. per totum , & iterum in disputat. 422. n. 13. & in l. 5. tit. 9.
 lib. 5. Novæ Recop. ibi : „ Salvo si fuere probado que se hizo cau-
 „telosamente por defraudar , ò damnificar à la muger : adonde
 todos los Doctores , que sobre la dicha ley escribieron , afirman
 contra Montalvo , y Ayora , que es necessario que proceda el di-
 cho fraude , y damnificacion , para que se le saque otro tanto à
 la muger , como assi lo tiene Gregor. Lopez in l. 13. gloss. Gananc-
 cias , tit. 10. p. 5. y en practica , dice Suarez , assi se guarda ; in
 d. l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori , vers. Quæritur circa : Burg. de Paz. in
 Quæstionib. suis , quæst. 8. n. 13. & 19. sequitur Anton. Gom. in leg.
 53. Tauri , n. 79. ad finem : Navar. in Manuali Latino , c. 17. num.
 155. & Matienz. in l. 5. citata , tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 6. n. 7.
 quos sequitur , & refert Aceved. in dicto l. 5. n. 19. Y aunque pa-
 rece que contra esto obsta la decission de la l. Adeo , §. penult. ff.
 Pro socio , ibi : Quod in alia , vel in adulterio perdiderit socius ;
 pero considerada bien la dicha l. 5. tit. 9. lib. 5. Novæ Recop. dis-
 pone lo contrario , que el Derecho Comun en las compañías ;
 porque en realidad de verdad , mientras no precediere fraude del
 marido , que lo que gasta no lo hace por gusto , y deleyte , sino
 por solo damnificar à su muger , no se debe sacar otro tanto de
 los bienes gananciales , sino que todo se debe partir por igual.
 Y esta es la mas recibida , y practicada opinion.

93 Y quanto á lo segundo , digo , que la misma razon corre
 en lo que el marido gasta deshonestamente con mugeres , ò lo que
 de su voluntad hace donacion con su manceba : ut ita sentit Ant.
 Gomez ubi sup. n. 73. Bæz. de Decim. tut. cap. 27. n. 28. Molin.
 de Primog. c. 10. n. 66. Ayora de Partitionib. 2. part. c. 41. n.
 46. Y aunque muchos Doctores tuvieron lo contrario en quanto
 á este artículo ; pero con todo esso , dice Acevedo en la misma
 ley 5. n. 7. que no precediendo el dicho engaño , han de valer las
 dichas donaciones ; y assi se dice han de entender las opiniones
 contrarias , aunque parece , por ser gastado deshonestamente , se
 debia presumir ser siempre en fraude de la muger : ut ita notavit
 Palac. Rub. in Rub. de Donationib. inter virum , & uxorem , §.
 66. n. 29. Tellus Fernand. l. 19. Taur. n. 2. Y dice Avendaño

resp. 37. & 20. que aunque la muger consienta en las dichas donaciones, todavia se le debe sacar, habiendo ganancias, otro tanto como el marido dió, y donó, aunque lo contrario se debe seguir en Derecho, y justicia: ut ita sentit idem Aceved. *ubi sup.* n. 9. Y hase de advertir, que en caso que al marido se le pruebe culpa, no ha de ser leve, sino lata; assi como si lo hizo con dolo, y con animo de defraudar, y damnificar à su muger, conforme la dicha ley 5. citada, & notat Molin. *de Just. & jure 2. tract. disp.* 421. n. 3. adonde dice, no se ha de entender la doctrina supra referida en lo que el marido, ò la muger gastò por causa de algun delito, y assi lo siente Palac. Rub. *ubi sup.* §. 66. quem sequitur idem Molin. *ubi sup. disp.* 275. n. 9. Y aunque es verdad, que assimismo en este articulo hubo diversidad de opiniones, oy està determinado que haya la muger otro tanto de lo que assi se gastó: *ut in l. 10. tit. 9. lib. 5. Recop.* siguiendose primero la condenacion, *ut ibi.*

§. Renunciacion. 13.

95 Y aunque es verdad que el esposo, ò esposa de futuro matrimonio puede renunciar estas dichas ganancias; pero con todo esso, no se podrán renunciar las adquiridas, y las que adquirir se pudieren constante el matrimonio, por juzgarse ser donacion entre marido, y muger, que de Derecho es prohibida, sino es confirmandose con la muerte del donante, ó renunciante, ò siendo jurada, y en la forma, y con la solemnidad que las demàs donaciones de esta misma calidad se confirman, y valen, segun, y que mas largamente diximos en el primer libro, cap. 26. & ita tenet Gregor. Lopez *in l. 3. tit. 11. p. 4. glos. ult.* Menoch. *lib. 1. Controversiar. cap. 13. n. 6.* Burg. de Paz *in suis Qæstionibus, quæst.* 9. n. 10. quos sequitur & refert Molin. *ubi sup. de Just. & jure, 2. tract. disp.* 435. n. 4. contra Suarez *in l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori,* & contra Palac. Rub. *ubi sup.* & contra alios, quos citat Covar. *in Epitome, 2. p. cap. 7. §. 1. n. 11.* & Anton. Gomez *in l. 50. Tauri, n. 66. cap. 5. & in l. 60. n. 1. artic. 2.* & Gutierrez *de Pract. quæst. lib. 2. quæst. 126.*

99 Todo lo qual, y con la misma distincion se debe entender, quando el renunciante tiene acreedores; porque en realidad de verdad, aunque se pueden renunciar las no adquiridas, no se pueden las que ya lo estuvieren, por ser en perjuicio de acreedores, y presumirse ser en fraude, supuesto que son bienes adquiridos, y que de Derecho le perténcen; y mediante à èl, à los

dichos acreedores : *ut ita sentit Gutier. ubi sup. quest. 127. n. 1.*
§. Frutos. 14.

97 Y aunque es verdad , *ut supra diximus* , que los bienes de Mayorazgo , y perpetuamente vinculados se reputan por bienes gananciales entre marido , y muger , en quanto su usufructo , y aprovechamiento , es por razon , y causa , que mientras vive el ultimo poseedor de los dichos bienes de Mayorazgo , tiene , y goza del dominio , y propiedad de los dichos bienes saltem revocable ; pero constando que el marido , y la muger no tienen propiedad , y dominio en los bienes del usufructo que gozan , se han de tener lo contrario , y no se deben reputar los dichos frutos por bienes gananciales entre marido , y muger ; sino que se le han de adjudicar integralmente à quien le pertenecen por razon del vinculo que gozaba , sin que de ellos haya de llevar , ni lleve cosa alguna el supeſtite , sino tan solamente la comodidad , y aprovechamiento de ellos ; y es la razon , porque no se dicen ganancias mientras juntamente no se adquiere el dominio , y propiedad de la cosa de adonde proceden los dichos frutos ; y esta fue la intencion de las leyes Reales : *ut ita collig. ex Stipulatio ista , ff. de Verb. obligationib. ubi dicit. Nec plene , nec perfecte dicitur habere rem , nisi eam possideat , & ita ibi dotat DD. & etiam probatur , in l. Qui aſtinenem habet ; ff. de Regulis jur. in quantum dicit. Ipsam rem habere videtur ; quod ad verbum est notat improprietatis.* Y eso se verifica por las conclusiones siguientes.

98 Primeramente no se reputan por bienes comunes , y gananciales los frutos adquiridos del Vinculo , ò Mayorazgo perpetuo , de que el padre es administrador en nombre del hijo ultimo poseedor del dicho Mayorazgo ; porque aunque es verdad , segun opinion de muchos , y muy graves Doctores , que el padre es verdadero usufructuario de los dichos bienes de Mayorazgo , y sujetos , à restitucion , no por esso se ha de entender se han de comunicar con su muger ; porque aquellos bienes se han de sacar por aumento del capital , y se han de dividir entre los hijos herederos del padre , sin llevar parte alguna la muger , sino tan solamente la comodidad de ellos : *ut coligitur ex doctrina Anto. Com. in l. 48. Tauri , n. 4. per totum , & etiam Molin. de Just. jur. 2. tract. disp. 470. fol. 1399. litt. C. Ayor. de Partitionib. 1. p. ca. 8. n. 23.* pero en caso que este dicho Mayorazgo tuviesse clausula particular , en que por ello prohibiesse el instituidor de el , que el padre no gozasse del usufructo , entonces no ha de gozar del dicho

usufructo, ni se ha de comunicar con los hijos del primero, y segundo matrimonio; sino que integralmente se han de restituir al hijo de familias poseedor del dicho Mayorazgo, por fin, y muerte de su padre, ò por emancipacion del matrimonio: ut ita notat idem Molin. *ubi supr. fol. 1400. litt. D.* Y para que el hijo sea preferido en el valor de este dicho usufructo, se procure, que antes que el padre se constituya por pagador de la segunda dote, reciba estimados los frutos del dicho Mayorazgo, assi de los que huviere gozado, como de los que adelante huviere de gozar, haciendo computacion de lo que pudieren valer, segun el futuro evento: lo qual se puede hacer por convencion de partes, segun el orden de la decission de la *ley Hæreditatum, ff. Ad legem Falcid.* de que aunque haya engaño por el vivir menos, ò mas, no havrà remedio de restitucion, segun el doctissimo Covarr. *lib. 3. Var. resol. c. 9. n. 8. vers. Hinc deducitur contra alios, ut ibi videbis*; del qual valor del dicho usufructo gozarán los hijos de segundo, ò tercero matrimonio, supuesto que lo adquiere el padre, salvo, si la institucion del dicho Mayorazgo fue otorgada con clausula de no poder ser enagenados, ni vendidos; porque entonces, por ser especie de enagenacion el derecho del dicho usufructo, no gozarán los demás hermanos de cosa alguna: sino tan solamente el hijo de familias poseedor; pues en virtud de la dicha clausula, no goza de aquel usufructo; sino tan solamente de su comodidad; ut ita docet Molina. *de Primog. lib. 1. c. 19. n. 29. cum aliis, quem refert Molin. Theol. ubi supr. n. 6. litt. D.*

99 Y en consecuencia de esto, no se reputan por bienes gananciales los frutos de que el padre goza de los bienes adventicios del hijo; porque en realidad de verdad, sacando las expensas, y otros gastos, que se huvieren hecho en los dichos bienes, se le darán precípuos, ò su valor al hijo, ò hijos del padre, ora sean del primero, ò segundo matrimonio; y no ha de llevar la muger cosa alguna de los dichos bienes, sino tan solamente de su comodidad, salvo si la tal muger fuere madre del hijo, cuyos son los bienes; porque entonces llevarà la mitad de aquellos frutos: ut ita notat Palac. *Rub. de Donat. inter virum, & uxorem, §. 62. n. 11. & in §. 65. in fin. Ayor. de Partitionib. 1. p. c. 8. n. 22. per totum.* Y de aqui se infiere, que en los casos que el hijo fuere usufructuario de alguna heredad, no serán comunicables, supuesto que el padre no goza cosa alguna de aquel usufructo, sino tan solamente de su comodidad; porque aunque es verdad que el

el padre es usufructuario de los bienes del Mayorazgo, en la forma que dicho es, es porque el hijo, ó poseedor de él, también adquiere la propiedad de él: lo qual es al contrario en los fideicomissos, y vinculos temporales, y no perpetuos, en los quales no se adquiere propiedad: *per authent. Idem est. C. de Bon. que liber, & ibi commun. DD.*

100 Demàs de lo dicho, no se dicen bienes gananciales los bienes castrenses, ó que por tales se reputan, como son los ganados en la guerra, y los ganados por qualquiera de los siete Artes liberales: lo qual se estiende hasta el oficio de Escribanos. Y assi mismo se reputan por castrenses, vel quasi lo ganado intuitu Ecclesiæ, y los bienes dados por los padres, ó por otra qualquier persona, para que à titulo de ellos se ordenassen, con tanto que sean ordenados de Orden Sacro; y no bastan las primeras Ordenes, sino es gozando de algun beneficio Ecclesiastico, ó trayendo habito Clerical, y en los demás casos contenidos en el Santo Concilio Tridentino, *sess. 23. c. 6. & ita notat Molin. Theolog. de Justitia, & jur. 2. tract. disp. 138. n. 4. & in disput. 231. n. 4.* lo qual assimismo se estiende á los bienes ganados, y adquiridos despues de las dichas Ordenes: ut ita docet Covarr. *in c. Quinque nos, n. 2. 3. & 4.* aunque lo contrario tuvo Anton. Gom. *in l. 48. Tauri, n. 7.* reprehendido por Molin. *ubi sup. n. 7. & ita pro opinione Molinæ, tenet Molin. de Primog. c. 19. n. 25. cum aliis*, adonde habla de los bienes de Mayorazgo del hijo Clerigo, adonde en el num. 24. dice, que assimismo se reputan por bienes castrenses los que son dados por el Rey, ó Principe al hijo de familias, salvo si fueron concedidos por via de Mayorazgo perpetuo, ó el hijo, siendo libres los bienes, los vinculò, y de ellos instituyò algun Mayorazgo; porque entonces muerto el hijo, no se juzgan por bienes castrenses; y assi viniendo los dichos bienes en hijo de familias, ha de gozar el padre de su usufructo; pero si los dichos bienes fueron dados, ó constituidos por causa de Mayorazgo á persona que no fuesse hijo de familias, y despues sucediesse en él algun hijo de familias, entonces gozará su padre de aquel usufructo: pero no para dividirlo, como bienes gananciales con su segunda muger: ut ita colligo ex doct. Molin. *de Just. & jur. 2. tract. disp. 470. fol. 1400. litt. A.*

101 Lo quarto no se dicen bienes gananciales los frutos cogidos del fundo legado al marido, ó á la muger, especialmente quando los demás herederos hicieron contradiccion en entregar al di-

dicho legatario la dicha heredad, por causa de no haber en el quinto, ò porque era invàlida la manda, ò por otra justa razon, y despues de mucho tiempo fueron condenados los dichos herederos al entrego, y restitution de la dicha heredad, con mas los frutos; y es la razon, porque hasta entonces no se le adquiriò al legatario la propiedad, y dominio del dicho legado; pues, como dicho es, no hay ganancia mientras no se adquiere dominio, y propiedad de la cosa de adonde proceden: *ut ex text. in leg. Habere duobus modis dicitur, ff. de Verb. significat. & in cap. Ex publico, de Convers. conjugat. & in l. Qui actionem habere, ff. de Regul. jur.* Y assi se han de entender las leyes Reales del Reyno, que son la ley 1. 2. 3. 4. & 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

102 De aqui se sigue, que si sobre la division, y particion de los bienes del difunto fue movido algun pleyto, y durare algun tiempo, y en particular sobre la heredad, que se movió el dicho pleyto, y juicio, se huvieren cogido algunos frutos, y despues del dicho tiempo fue condenado el poseedor de la dicha heredad à su restitution, juntamente con el dicho usufructo, por secaumento de la dicha herencia, no se deben comunicar aquellos frutos, como bienes gananciales entre marido, y muger: *ut it. colligitur ex l. Item veniant, §. Idem non solum, & in l. Hæres furiosi, §. Fructum, ff. de Partition. hæredit. & notat Ayor. de Partit. 3. p. c. 27. per totam.*

103 Lo quinto se ha de notar, que todas las veces que la muger traxere en dote, y casamiento el usufructo de alguna heredad, ò los reditos de algun censo por estimar, no es visto haverle otorgado al marido la mitad de aquel usufructo, como bienes gananciales, sino que integralmente, suelto el matrimonio, se le han de entregar à la muger, ò à sus herederos el valor de aquel usufructo, porque tan solamente ha de gozar el marido del fruto adquirido de aquel usufructo, id. est, de la comodidad de èl; y esto se debe entender en la misma forma, quando el marido dotò à su muger en el usufructo de alguna heredad: *ut hæc omnia probantur in l. Si usufructus, & in l. Cum in fundo, & in l. Dotis fructus, & in §. Si usufructus, ibi, ff. de Jur. dot. & ita notat Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 432. fol. 1171. vers. Nomine usufructus, Ayor. ubi supr. 1. p. c. 8. n. 22.*

104 Lo sexto, y ultimo para fin de esta conclusion, se ha de notar assimismo, que si la muger traxere al matrimonio el fruto de alguna heredad, que les fue dexado por via de manda, ò de

vínculo temporal, que estos dichos frutos no se deben comunicar assi como bienes gananciales; sino que tan solamente los ha de llevar precipuos quien los traxo, disuelto el matrimonio: *& est ratio, quia fructus dum non veniunt ex conjugum industria, non communicantur tanquam lucro acquisita constante matrimonio, & quia non dicitur fructus, qui non renascitur, ut ad alium casum notat Greg. Lop. in l. 18. gloss. 5. tit. 11. p. 4. & ita docet Gutier. cum aliis, de Tutellis, lib. 3. c. 32. n. 2.* adonde dice, que fuera lo contrario, si el dicho vínculo fuera perpetuo de que en él huvieran de succeder sus descendientes, segun, y de la forma que en los Mayorazgos. Cuya doctrina assimismo se debe entender, quando el padre goza del usufructo, que al hijo le fue dexado assimismo temporal; porque en realidad de verdad, se le deberán precipuos, como los demás bienes adventicios, sin que el padre, ni la madre gocen más de su comodidad: *ut in authent. Idem est, C. de Bon. quæ lib. & docet Jacob. Bald. in l. Cum oportet, C. eod. Anton. Gom. in l. 48. Taur. n. 2. quem sequitur Molin. de Justit. & jur. 2. tract. disp. 8. n. 2. vers. Quartus.*

105 Y no solo havrà lugar la conclusion suprà referida, pero tambien aunque el dicho usufructo seconsolide con la propiedad, porque enonces de ninguna manera se comunicará la propiedad del dicho usufructo; sino que como incremento de dote, ò capital se le adquiere al usufructuario; pero lo que despues se acreciere à la dicha heredad de mejora, que se haya hecho constante el dicho matrimonio, ha de ser comunicable en quanto su estimacion, como assimismo lo será el fruto que de allí procediere; pues de qualquier manera que se le adquiriera al dicho usufructuario, ora sea por título de venta, ò por haverse muerto el usufructuario, basta que sea constante el dicho matrimonio, para que lo dicho haya lugar: *ut ita docet Greg. Lop. ubi supr. glos. 5. Anton. Gom. in l. 50. Taur. n. 78. Gutier. lib. 2. Pract. qq. quæst. 16. quos sequitur, & refert idem Molin. disp. 433. n. 2.*

106 Y para que el marido no tenga obligacion à satisfacer enteramente estos dichos frutos, viviendo mucho el usufructuario, será buena advertencia, que los reciba estimados, haciendo computacion de lo que valdrán un año con otro, y que tiempo podrá vivir el dicho usufructuario: lo qual se puede, y debe hacer, segun el orden de la ley *Hereditatem*, ff. *Ad l. Falcid.* supuesto, que quando viva mas el dicho usufructuario; puede el que se obligò pedir restitucion del engaño, ora exceda, ò no de la mi-

tad mas del justo valor, y precio, sino es que se obligò en forma à no pedirlo, porque entonces no havrà lugar, como en el primer caso lo tiene Rodrig. Suar. *in l. Quoniam in priorib. 3. ampl. n. 8. fol. 24.* Palac. Rub. *in cap. per vestras, §. 25.* Covar. lib. 3. *Var. resol. cap. 9. n. 8.* adonde dice, no hà lugar la decission de la dicha ley *Hæreditatem*, sino es en el caso de su decission *Tu cogita*: y vease lo que queda dicho en el capitulo 5. de este libro, num. fin. *in fin.*

107 Por manera, que lo que de nuestra conclusion se saca es, que mientras no se gozàre de la propiedad de adonde los frutos proceden, no serán gananciales entre marido, y muger.

108 Los frutos pendientes, ò aparecidos en las heredades, dissuelto el matrimonio, se han de comunicar entre marido, y muger; y si pendientes, ò aparecidos no estuvieren, se le adjudicaràn à quien traxo las dichas heredades al matrimonio en la forma que estuvieren, sacando las expensas, y otros gastos por mitad; lo qual tan solamente procede, quando los bienes fructiferos son raices, assi como vides, y otros qualesquier arboles; porque si son tierras, y estàn sembradas, aunque los frutos no estèn aparecidos, ni nacidos, se han de comunicar esperando el tiempo de la cosecha; y en caso que tan solamente estèn barvechadas, se entregaràn à cuyas fueren, pagando por mitad de la costa: *ut in l. 10. tit. 4. lib. 3. Fori*: la qual es usada, y guardada en estos Reynos de Toledo, y aun en la mayor parte de Castilla; la qual ley se comprueba por la *l. 26. tit. 11. p. 4.* Y en caso que estos dichos bienes sean ganados, assi como ovejas, bacas, ó yeguas, y al tiempo que el matrimonio se dissuelve, estuvieren preñadas, se ha de esperar que pàran para dividirse con los demás bienes gananciales: *ut tenet Mont. in d. l. 10. Fori. Matienz. in l. 4. tit. 9. lib. 5. Rec.* Y lo mismo procede en quanto à los arrendamientos de casas, molinos, heredades, y colmenares, y otros arrendamientos, aunque estos se deben partir prorata del tiempo; y en caso que à poco tiempo que se celebrò el matrimonio, fue dissuelto, assi como dentro del año diximos en este capitulo en el §. Capitales, num. 60. advirtièdo, que aquella doctrina havrà lugar, quando este ganado estaba proximo à parir al tiempo que se celebrò el dicho matrimonio: *ut ita notat Aceved. in l. 4. tit. 9. n. 28. lib. 5. Recop. contra Anton. Gomez in l. 53. Taur. n. 33. vers. Hodie tamen.*

109 Siguese mas: que los frutos pendientes de los bienes de Mayorazgo se deben comunicar segun, y de la forma que dicho es;

y si el dicho matrimonio fuere disuelto por fin, y muerte del poseedor del dicho Mayorazgo, se comunicarán tan solamente la mitad de los frutos, y censos del dicho Mayorazgo, porque la otra mitad se le debe al successor en él, como assi se debe entender ex doctrina Covar. 1. tom. Var. res. cap. 15. n. 14. Molin. Theol. 2. tract. de Just. & jur. disp. 633. n. 10.

110 Finalmente se concluye, que si el marido, ò la muger passaren à segundo matrimonio, sin hacer particion con sus primeros hijos, y herederos ex præsumpta societate, se juzga durar hasta que se dividan los dichos bienes, y se han de comunicar las ganancias, pérdidas, y lo demás que constare haverse pedido, y ganado, per text. in l. Itaque, & per l. Societatem, & per l. Si fratres, aliàs incipit, cum duob. §. Item, ff. Pro socio: & ibi Bart. & commun. DD. & ita sentit Gregor. Lopez in l. 10. tit. 10. gloss. 2. limit. 3. p. 5. Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donationib. inter virum, & uxorem. §. 62. n. 25. cum aliis, & in l. 9. tit. 4. lib. 5. For. Y aunque es verdad, que muchos Doctores dudaron, si la dicha doctrina havia lugar, no probando estar en uso la dicha ley del Fuero, como fue Matienzo en la l. 2. tit. 9. gloss. 1. n. 9. lib. 5. Rec. & ibi Aceved. n. 15. sin embargo de su autoridad, se debe seguir la primera opinion, por fundarse, como se funda, en Derecho Comun, que siempre debe estar in viridi observantia, no siendo, como no es, contra Derecho Real, como assi lo tiene Gutierrez 1. p. de Juram. confirm. cap. 3. n. 26. 27. 28. la qual compañía cessará todas las veces que el padre, ò la madre quedaren por Administradores, y Tutores de sus hijos, ò quando para el dicho efecto se hizo inventario de todos los bienes, porque entonces no se entenderá compañía, aunque se hayan ganado, y perdido muchos bienes: ut ita notat Palac. Rub. ubi supr. n. 13.

§. Reservacion. 15.

111 Despues de lo qual tiene obligacion el marido, y la muger, passando á segundo, ó tercero matrimonio, á reservar á los hijos del primero la propiedad de lo adquirido del passado, y precedente, y lo que heredò de alguno de sus hijos ab intestato; aunque en quanto à los bienes gananciales no hay obligacion á reservar los dichos bienes, sino que libremente podrá disponer de ellos: ut in l. 14. 15. & 16. Taur. hodie l. 3. 4. tit. 1. lib. 5. Novæ Recop. salvo si la muger en la viudèz vivió torpe, y deshonestamente; porque entonces, ora sea antes, ò despues del año de la tristeza, y llanto, pierde las dichas ganancias en propiedad, y usufruc-

fructo, y se han de aplicar à los herederos de aquel matrimonio de parte del marido, aunque sean estraños: *ut in l. 5. tit. 9. lib. 5. Recop. & ibi Aceved. n. 22. Palac. Rub. in rep. cap. Per vestras, de Donat. inter virum, & uxorem, §. 67.* Y lo mismo se debe entender en lo que succediò de alguno de sus hijos ab intestato, causandose la dicha deshonestidad dentro del año; pero no si despues se causa, porque entonces ha de gozar de su usufructo por el tiempo que viviere: *ut ita notat Tell. in l. 6. Taur. n. 21. quem sequitur Aceved. ubi supr. n. 22.* la qual pena no hà lugar en el marido, por no juzgarse en èl deshonestidad alguna: *ut ita notat Ant. Gomez in l. 14. Taur. n. 14. Tell. ubi supr. n. 22.*

112 Y en todos los casos que la muger, ò el marido, passando à segundo matrimonio, pierden la propiedad de lo en que succedieron de alguno de sus hijos, se debe estender assimismo en los abuelos respecto de los nietos; pero hase de entender en aquellos bienes en que los hijos, ò nietos succedieron de la substancia paternal, ò maternal, y no de los demàs bienes que el hijo, ò nieto adquiriò, ò heredò de otra qualquier parte, aunque sea de sus abuelos: *ut in authent. Ex testamento, C. de Secund. nupt. Anton. Gomez in l. 15. Taur. n. 2. Ant. Gabr. in tit. de Secund. nupt. fol. 13. n. 16. Aceved. in l. 4. tit. 1. n. 9. & 23.*

113 Todo lo qual que dicho es, assimismo se debe estender, que los dichos deben reservar las arras, donaciones, legados dexados por el marido, ò la muger; de los quales bienes no pueden disponer en ninguna manera, sino que han de quedar reservados à los hijos, y descendientes, y no estraños, por cessar esta reservación, y no estenderse à mas de los hijos, y descendientes: *ut notat Aceved. ubi supr. n. fin. salvo si la muger, como dicho queda, viviere deshonestamente, porque entonces succederán los herederos estraños, ora sea antes, ò despues del dicho año: ut ita notat Avilès in Proemio, c. Præt. n. 37. cum aliis per l. 9. tit. 12. lib. 3. For. usitatam, & Furi Communi concordantem, & contra l. 3. tit. 12. p. 4.* la qual deshonestidad basta probarse por testigos singulares, y aunque sea de oculto: *ut advertit Aceved. ubi supr. n. 19.*

114 Cuya doctrina en los casos que se deben reservar los dichos bienes, se ha de entender, ora la madre, ò el padre hayan succedido antes; ò despues del segundo matrimonio, porque basta qualquier tiempo para perder la propiedad de estos dichos bienes: *ut ita notat Anton. Gomez in d. l. 15. n. 1.*

115 Y hase de notar, que si al tiempo que el padre murió es

taban los frutos pendientes en la heredad del hijo ya muerto, que por haver passado á segundo matrimonio, tenia obligacion à reservar à los primeros hijos, tendrá assimismo obligacion à reservar la propiedad de los dichos frutos, pues estando pendientes, son parte de la misma heredad: *ut in l. Cum oportet, §. Sin autem res, C. de Bon. quæ lib. Cassan. in Consuet. Burg. rubr. 6. §. 7. in fin. quem refert. Aceved. in respons. 5. n. 5. vers. Ex ista conclus. Aceved. ubi supr. n. 56.*

116 Y no solo procede lo dicho en el padre, pero tambien en la madre; y por el contrario, assi en este caso, como en los demás, segun la decision de la ley 16. de Toro; y esto se ha de entender; siendo consumado el matrimonio con la copula carnal; porque de otra manera no havrá lugar de reservar la dicha propiedad: *ut notat Covar. in 4. p. 2. cap. 5. §. 9. n. 10.*

117 Y adviertese, que aunque es verdad, que muerto el hijo, el padre, y la madre concurren igualmente à la sucession de sus bienes; que por algun titulo, ó causa huviesen adquirido; muerta la madre, gozará assimismo el padre del usufructo de todos aquellos bienes hasta que muera, y no hay obligacion de reservarlos à los herederos de la muger, aunque sea segunda vez; y esto procede estando el hijo muerto en potestad de su padre, allás se le entregarán à los herederos de la muger, luego que murieren, en propiedad, y usufructo, sino es que los herederos assimismo son hijos de familias, que entonces los gozará el padre por el tiempo de su vida: *ut ex text. in l. ult. vers. ult. C. Ad Tertulian. in l. ult. vers. ult. C. Commun. de Succession.*

118 La qual doctrina con la misma distincion se estiende al abuelo de parte del padre; lo qual se debe entender, quando el hijo desposado por palabras de presente, y antes que fuesse velado murió, de que sucedió dexar à la muger preñada, porque assi como el abuelo havia de gozar del usufructo de los bienes de su hijo, assimismo le ha de gozar, aunque el nieto viva, hasta que con el matrimonio sea emancipado; y si antes de este tiempo muere, gozará el abuelo por sus días de este dicho usufructo, y luego tornarán los dichos bienes à la madre, ó à sus herederos. Y es la razon, porque por el matrimonio de presente no se libra el hijo de la potestad de su padre, hasta que se vele; y assi no solo no pierde la potestad el padre en los dichos sus hijos, pero aun en sus nietos, por ser concebidos de hijo de familias: *ut ita affirmat Anton. Gomez in l. 6. Taur. quem sequitur, & refert Molina*

de Justia, & jure, 2. tractat. disput. 163. littera A.

119 Y porque no hay regla, que no padezca su excepcion, y que en alguna forma se puede limitar, digo, que para que el padre, y la madre gocen de la propiedad, y usufructo de los hijos, que ab intestato murieren, que para casarse segunda vez pidan licencia á sus hijos, porque siendo de consentimiento expresso de todos, sin que quede ninguno, succederán pleno jure, sin tener necesidad de reservar propiedad á los demàs, sino que en aquellos bienes succederán assi, los hijos del primero, como los del segundo, y tercero, quedandoles libre voluntad para mejorar los dichos bienes á qualquier de ellos, como lo prueba Cifuent. in d. l. 15. Taur. limit. 1. Didac Perez in d. l. 15. Ant. Gabr. in lib. Commun. opinion. lib. 3. de Secund. nupt. conclus. 1. n. 34. quos sequitur, & refert Aceved. in d. l. 15. quæ est in l. 4. tit. 1. n. 38. lib. 5. Recop. ubi dicit: *Quod in præjudicialibus tacens non habeatur pro consentiente; præsertim data majorum reverentia, prout patri debita: quis enim filius, præsertim puer, & impubes, patri reclamavit?*

120 Lo segundo, se ha de limitar la dicha regla, quando el marido á su muger, ó por el contrario, al tiempo de su muerte se prestaron consentimiento para passar á segundas bodas: ut ita confirmat idem Cifuentes in d. l. 15. Anton. Gabr. ubi supr. conclus. 3. n. 35. Villalob. in Herar. Commun. opinion. litt. B. n. 37.

121 Lo tercero, y ultimo se limita, quando fueron casados de licencia del Principe, secundum Boerium decis. 185. num. 25. Ant. Gabr. ubi supr. d. conclus. 1. n. 45. Ant. Gomez in d. l. 15. Taur. n. 6. Por manera, que si no es con las limitaciones dichas, ó que los hijos dexen, y nombren á los dichos sus padres por sus herederos, tendrán obligacion despues de sus dias á dexar el usufructo de la propiedad que han gozado de los bienes que han havido ab intestato: ut ex text. in authen. C. de Secund. numpt. & ibi Bart. & commun. DD.

§. Fianzas. 16.

112 Solo resta dár á entender, si la madre, y el padre, pasando á segundo matrimonio, tiene obligacion á dár fianzas, y de qué bienes: y para que mejor se entienda, se distingue en la forma siguiente; scilicet: que si la madre quedò por tutora, y curadora de sus hijos, tiene obligacion á dár fianzas como los demàs tutores, sino es en caso que lo es como tutora, ó curadora testamentaria, porque entonces no tiene obligacion á dár las fian-

fianzas, como assimismo no la tienen los demás tutores testamentarios: *ut in §. i. Inst. de Satisfatione, & in l. 4. 9. tit. 16. part. 6. & ibi Greg. Lopez*; pero por el mismo hecho que la mujer passa à segundo matrimonio, pierde la tutela, y tiene obligacion à dár cuenta de ella, aunque sea tutora testamentaria, segun la ley 5. & ibi Greg. Lopez *glos. 2. dict. tit. 16. part. 6.* lo qual es al contrario en el padre, que aunque passe à segundo, ò tercero matrimonio, no pierde la administracion, y usufructo que de Derecho tiene en los bienes de sus hijos, de que en ningun tiempo tiene obligacion à dár fianzas, sino es en los bienes muebles, como assi lo dice Anton. Gomez *in l. 14. Taur. n. 5. ibi: Si verò sint mobilia, debet fieri eorum æstimatio per arbitros electos à partibus, & præstari satisfatio, ut post mortem conjugis transeuntis ad secunda vota restituatur illud pretium, & æstimatio, vel restituantur illa bona mobilia, si non sint deteriorata, vel restituantur cum æstimatione damni, vel deteriorationis, per text. in l. Hac æditali, §. Illud, & §. Mobilium, & ibi glos. ordinaria, & commun. DD. C. de Secund. nuptiis, ubi idem Anton. Gomez in matre, & patre loquitur, ibi: Quòd talis mulier, vel maritus transiens ad secunda vota & ita tenet Acevedo in l. 4. tit. 1. n. 52. lib. 5. Recopilat.*

123 Todo lo qual que dicho es, se ha de entender de los bienes de los hijos que quedaron del primer matrimonio: lo qual es al contrario de los bienes del hijo que murió ab intestato, porque en estos no tiene obligacion el padre, ni la madre à dár la dicha fianza, assi para los bienes inmuebles, como en los muebles, y semovientes, aunque la madre tendrá obligacion à prestar la dicha fianza en quanto los bienes muebles, *per text. in dict. l. Hac æditali, §. Is illud, C. de Secundis nupt. Aceved. ubi sup. n. 49. usque ad num. 54.*

124 Y es en tanta forma el privilegio que el Derecho les concede à los dichos padres, que si enagenaren alguno de los bienes que heredaron de los hijos del primer matrimonio, no podrán los demás hermanos repetirlos, ni reivindicarlos de los terceros poseedores, hasta que el padre, ò la madre muera, porque en el interin ha de gozar el tercero poseedor del usufructo de los dichos bienes enagenados; aunque si la madre antes de casarse segunda vez enagenáre algunos bienes del primer matrimonio, y despues se casasse, podrán los hijos primeros reivindicar los dichos bienes de qualquier tercero poseedor; y esto se

ha de entender , sin que sea necessario hacer excursion en los bienes de la madre , por la reservacion que de ellos se les hace ; ex legis disposicione : *ut est text. in authent. de Non eligend. secund. nubent. §. Hoc autem, collat. 1. & ibi Bart. & Angel. & commun. DD. & ita notat Anton. Gomez :* lo qual no debe proceder en el padre , porque primero , y ante todas cosas se debe hacer excursion en sus bienes , pues no solamente goza de ellos como bienes reservativos , pero tambien como adventicios , por la generalidad de la ley 24. tit. 13. part. 5.

125 En cuyos bienes adventicios , en caso que estén enagenados en tercero poseedor , le competen al hijo dos acciones , la una util , y la otra directa. Y assi muchos Doctores dixeron , que recibiendo el padre los bienes dotales inestimados , y siendo enagenados , le compete la directa , que es pedir à los dichos terceros poseedores los dichos bienes , sin ser necesario hacer la dicha excursion ; lo qual fuera lo contrario , si los dichos bienes fueran estimados con aquella estimacion , que de Derecho hiciera venta , como dicho queda , porque entonces era necesario hacer la dicha excursion por la util , y entonces cumpliràn los dichos poseedores la estimacion de los bienes à que el padre en rigor estaba obligado , segun Greg. Lopez *in dict. l. 24. glos. 9. per totam :* Gutier. 1. p. de Jurament. confirmat. c. 1. n. 10. lo qual reprobaron otros muchos Doctores , y dixeron , que sin distincion por la generalidad de la dicha ley 24. se debia hacer primero excursion en los bienes del padre ; como fue Covar. *lib. 1. Var. res. c. 8. n. 5.* Pinel. *in l. 1. C. de Bon. maternis , 3. p. n. 21. & Joan. Garc. de Expens. c. 13. n. 16. 17. 20.* y esta es la que mas se practica. Y en quanto à los bienes gananciales , enagenados disuelto el matrimonio , diremos adelante en el §. Dotés , n. 149.

126 Todo lo qual no procederà , si el hijo aceptare el hacienda de su padre enagenante , porque como heredero universal ha de cumplir la obligacion de su padre , salvo si la dicha enagenacion fue por causa lucrativa : porque entonces no havrà lugar la dicha obligacion , sino es que por la Escritura de donacion quedò obligado el padre à la eviccion de la cosa enagenada. Y finalmente ; sin ninguna distincion no se ha de entender toda la supra referida doctrina en los bienes de Mayorazgo , ò vinculados de fideicomiso , y sujetos à restitutione : *ut hæc omnia notat Gomez de Leon cent. 75. Aceved. in l. 4. tit. 11. n. 33. lib. 5. Recop. Matienz. in l. 7. tit. 11. glos. 11. n. 72. lib. 5. Nova Recop.*

§. Entrégo. 17.

127 Despues de todo lo qual, dissuelto el matrimonio, se le ha de otorgar á la muger, ò á sus herederos la dote: conviene á saber, los bienes raices luego, y los muebles, y semovientes dentro de un año: *ut in l. unica, §. Ex actio, C. de Rei uxori. act. & est text. Regal. in leg. penult. tit. 11. p. 4.*

128 Y assi, para que todos estos dichos bienes se entreguen luego, será buena advertencia, que en la Escritura de dote se diga: „Y passados treinta dias, dissuelto el matrimonio, „ darà, y restituirá el dicho fulano todos estos dichos bienes do- „ tales: Anton. Gomez *in l. 59. n. 46.*

129 De cuyos bienes, aunque el marido los haya de tener el dicho tiempo, no les pertenece los frutos de ellos, ora sean muebles, ò semovientes, que de su misma naturaleza son fructiferos, entregados sin la estimacion que dicho queda, como lo son los partos de ovejas, cabras, yeguas, bacas, miel, cera, y enxambres de colmenas, partos de esclavas, y alquileres de jumentos, y de mulas, y otros animales; porque de estos dichos bienes tan solamente le pertenece al marido el uso, y aprovechamiento, y no mas; lo qual asimismo se estiende á los descendientes del marido de aquel matrimonio, y no mas, aunque no sean descendientes, salvo que en este caso ha de ser la muger alimentada del usufructo de estos bienes, no quedandole otros de donde lo pueda ser, sino es quedando preñada; y entonces ha de ser por cuenta de su marido hasta el tiempo del parto: *ut hac omnia notant Anton. Gomez ubi supr. n. 47. cum seqq. Joann. Garc. de Expensis, c. 8. n. 30. per totum, per l. Divortio, §. Non solum, ff. Solut. matrim. & est text. Regalis in l. penult. & ultim. tit. 11. p. 4. & ibi Gregor. Lopez adonde dice, assimismo há lugar esta dilacion del año, aunque el que prometió la dote sea extraño, y adonde afirma no havrà lugar en caso que al marido no le hayan entregado la dote prometida, sino es que hubo pacto de dote lucranda, de que por el consiguiente no havrà lugar la dicha dilacion, quando la dicha dote le fue mandada á la muger por su marido; y al fin dice, que si el marido, ò sus herederos descendientes no quieren gozar de esta dilacion, no pueden ser á ello apremiados: *ut ibi in glos. Un año.**

130 Y para usar de estos dichos bienes es necesario, que primero, y ante todas cosas se dé una fianza de su restitucion, y que usará bien de ellos á arbitrio de buen varon, salvo si la mu-

ger dexare descendientes legitimos ; porque entonces , como usufructuario de ellos , no hay esta obligacion , advirtiendo assi mismo , que si esta dicha fianza no se pudiere dar por causa de pobreza , que tan solamente han de gozar la mitad del dicho año ; salvo si pudieren , y no quisieren , porque entonces no se les concede tiempo alguno , segun el práctico Gutierr. 1. lib. cap. 27. n. 7. de *Juram. confirmat.* Y si passado el dicho tiempo , los dichos no tuvieren con que pagar la dicha dote , no pueden ser presos , ni convenidos en mas de lo que pudieren , porque de fuerza se les ha de dexar lo neccessario para sus alimentos , aunque hayan renunciado este Derecho ; cuyos alimentos se les han de dar segun su calidad , y hacienda , y segun su trabajo , siendo oficiales , ò teniendo otro qualquier oficio , cuyo privilegio assi mismo se estiende al suegro de la muger , padre de su marido ; y por el contrario por la dote , y capital prometido , segun Angelo in §. *Item si de dote* , *Inst. de Actionib.* & ibi Jason , aunque se limitará en caso que la muger quede muy pobre , ò quando los bienes dotales no estaban consumidos , ora fuessen muebles , ó inmuebles , ó semovientes , ó si son los que se trocaron ó compraron con los dineros , ò bienes dotales , por quedar subrogados en su lugar. Y assi en estos dichos casos se le entregarán à la muger , ò à sus herederos , y à ello ha de ser apremiado el dicho su marido , excepto en la dicha prision : ut ita docet suprà citati Doctores in *dist.* §. *Item si de dote.* Y al fin , viniendo á mejorar fortuna , han de pagar enteramente la dicha dote , dando una fianza de su restitution , la qual basta que sea juratoria , segun Gutierrez *ubi sup.* n. 8. Y assi en este caso será el mejor consejo elegir el derecho de la quarta jure debita , de que dirèmos adelante , haciendole primero cargo al marido , ó à sus herederos de lo que faltare del dicho dote , y ponerlo por cuerpo de bienes , como deuda que se le debe à la muger , siendo recibida la dicha dote con aquella estimacion que hizo venta , como arriba queda dicho ; porque si no lo fue , y fueron consumidos con el uso , será lo contrario.

§. Graduacion. 18.

Y aunque es verdad , que el separar , y dividir los bienes incorporados del patrimonio , y hacienda del testador , y difunto , es una de las cosas mas faciles , que un Escribano , y Contador con el trabajo de su estudio puede adquirir ; pero con todo esso , será de poca importancia saber lo neccessario , è ignorar lo principal , que es el conocer quales sean legitimamente deudas,

das, y de què formà se deben pagar, y graduar, dando á cada uno lo que es suyo, supuesto que en el fuero exterior, è interior de la conciencia es justo que por su anterioridad sean pagadas; y assi, dexando aparte aquella regla vulgar: *Qui prior est in tempore, portior est in jure*; y tomando el fundamento de la contraria, scilicèt, *Qui prior est in tempore, posterior fit in jure*; y por mejor decir, el que es posterior en tiempo, ha de ser primero en la paga: y assi se trataràn varios casos en limitacion de la primera regla, y en comparacion de la segunda; pues hay casos en Derecho, que el que es posterior en tiempo, sea primero en la paga; y esto es por el especial privilegio concedido por Derecho en deudas privilegiadas, pues en ellas no se considera la anterioridad, sino la causa de adonde proceden: *ut in l. Privilegia, & ibi glos. ff. de Privileg. creditor.*

§. Funeral. 19.

132 Primeramente tiene privilegio de hypoteca, y anterioridad el acreedor, por razon de los gastos funerales que se causaren en el entierro del difunto del mismo dia, en el qual se comprehenden los gastos de Botica de aquella enfermedad; y assimismo el salario del Medico, las quales son preferidas á qualesquier deudas, por anteriores, y privilegiadas, y expresas que sean *ut in l. 13. tit. 6. lib. 5. Recop. & ibi Regnicolæ: Velazquez in l. 30. Tauri & ibi omnes Tauristæ.*

133 Cuyos gastos, quando se trata particion con la muger, ò sus herederos, no se deben sacar de los bienes comunes multiplicados, sino tan solamente de la parte que le pertenece al marido de sus bienes gananciales, por ser deuda que cada uno debe pagar de sus bienes; porque si estos gastos se sacáran del cuerpo de bienes, fuera hacer agravio à qualquiera de ellos; pero en caso que no haya bienes multiplicados, se ha de pagar primeramente lo funeral, como queda dicho: *ut in leg. Si quis post medium, §. Idem labeo ait, versic. De suo enim, ff. de Religios. & sumpt. fun. & in l. In eum, & in l. Celsus, ff. eodem, in leg. dist. 13. tit. 6. lib. 5. Recopilat. & ibi commun. Moderni.*

134 Y porque en todos casos debe haver limitacion, se debe notar, que si el testador diò poder al Comissario para disponer de sus bienes, ó caso que murió ab intestato, no se ha de gastar en lo funeral del entierro el quinto de sus bienes; porque en esto se ha de considerar el hacienda, y herederos legitimos, y forzosos, y condicion, y calidad de persona; y con esta consideracion se ha de hacer el dicho gasto: *ut ita probat, & sentit*

Cifuentes *in l. 38. Taur.* Tellus *in l. 37. n. 1.* quos sequitur, & refert Acev. *in l. 6. tit. 4. n. 29. lib. 5. Recop.*

135 Y en todos los casos, que el ascendiente puede dexar el quinto por su alma, ò mandarle à qualquier estraño, segun el Derecho; se ha de entender sin perjuicio de la legitima de sus descendientes; porque si los hijos son cinco, no será justo que se gaste el dicho quinto, ni que los demàs hijos sean de peor condicion que el estraño, ò gasto funeral; pues si el testador tiene cinco mil ducados, y de ellos mandò el quinto, que son mil, quedando quatro mil, será la legitima de los hijos en mucha cantidad menor: y assi, siempre se ha de considerar, que el quinto no exceda de lo que á uno de los hijos, y descendientes les puede pertenecer de su legitima: *ut ita tenet Tell. in leg. 9. Taur. n. 31. Aceved. in l. 1. tit. 8. lib. 5. n. 30. Nov. Recop. & ita collig. ex doct. Greg. Lop. in l. 8. tit. 13. p. 6. gloss. 5.*

§. Fisco. 20.

136 Lo segundo tiene privilegio de anterioridad el Fisco en los contratos honerosos, siendo anteriores; pero no en los lucrativos, ni en las penas aplicadas por condenacion del delincente, sino es despues de la sentencia executable en quanto á la paga, por razon del delito que cometìò, pagando primero las deudas expresas que tenia anteriores; porque aunque sean tacitas de hypoteca, como no concurren en igual privilegio, ha de ser pagado primeramente el Fisco, *secundùm Bartol. in l. 1. C. de Pœn. Fiscalib. creditor. lib. 10. idem Bartol. in l. Aufertur, §. Fisco, ff. de Jur. Fisci, & in l. Post contractum, ff. de Donat. Greg. Lopez in l. 25. tit 13. gloss. 6. p. 5. y en caso de duda, siempre se ha de juzgar contra el Fisco: ut in l. Non puto, ff. de Jur. Fisci.*

137 Tambien tiene privilegio de anterioridad el Fisco por el debito de administracion, que es el dinero destinado, y señalado para las mas precipuas, y urgentes necessidades de la guerra: de manera, que se prefiere à la dote, por anterior, y expressa que sea: *ut in l. Non satis, C. In quib. caus. ping. vel bypot. contrahend. & in leg. 2. C. de Primipil. lib. 12.*

138 De aqui se infiere, que la deuda que procede de servicio Real, como moneda forera, sissa, y millones, siendo impuestas para las mas precipuas, y urgentes guerras, son privilegiadas à todas, ò à las demàs, aunque sean anteriores, y de igual privilegio, como lo es la dotè, por expressa que sea: *ut probatur in l. 1. C. Si propter pub. pens. y esto se entiende en la cosa de que*

procede: Bolañ. lib. 2. c. 12. n. 15. in Commercio Terrestr.

139 Y porque equipararse en igual privilegio la deuda del Fisco, y dote, se prefiere la primera en tiempo; y siendo en tiempo igules, y no constando qual es la primera, se prefiere en duda el dote: *ut hæc omnia probantur in l. 2. de Privilegiis Fisc. leg. Dotis, C. de Jur. dot. l. In ambiguis, ff. de Regul. jur.*

§. Dotes. 21.

140. Despues de lo susodicho, la muger tiene privilegio de anterioridad por razon de su dote; pero no por las arras, ni donaciones propter nuptias, ni bienes gananciales; porque aunque es verdad, que en estos dichos bienes tiene la muger tacita hypoteca, no la tiene privilegiada; porque todas las veces que las arras, y donaciones propter nuptias tienen el mismo privilegio, y anterioridad que la dote, se ha de entender siendo dadas en aumento de ellas, siendo numerada, y no confessada, y que tenga testimonio, y fè de Escribano; porque de otra manera no perjudicará à los acreedores hypotecarios, sino es al confessante, ò à sus herederos, ò constando de legitima, y verdadera prueba, como mas copiosamente diximos in primo lib. c. 26. & in nostro primo casu est text. in l. Proculus, ff. de Jur. dotium, & in l. 17. tit. 11. p. 4. ibi Greg. Lop. gloss. 3. & in l. 29. tit. 13. p. 5. & ita intelligit Greg. Lop. ibi in verb. Arras. Y assi se advierte en práctica, que para que las dichas arras, y donaciones propter nuptias sigan el mismo privilegio, que las dichas dotes, se haga relacion en las Escrituras de Capitulaciones, como el esposo las recibe en aumento de dote: *ut ita colligitur, & probatur ex authent. de Qualitate dotis, §. His consequens, col. 8. & ibi gloss. & in l. fin. in fin. C. Qui potiores in pign. babeantur.* Y de esta forma, no solo la muger, pero tambien sus descendientes, y cessionarios gozarán de este privilegio; pero no se debe entender esta doctrina en los herederos estraños; porque à estos tan solamente es transmissible la hypoteca tacita, comun; y no privilegiada: aunque si habrá lugar en el remedio subsidiario, que la muger tiene para ser preferida en la cosa conocida dotal: *ut ita probatur in l. 33. & ibi Greg. Lop. gloss. 3. tit. 13. p. 5.* adonde en su principio nos dá à entender, que las dichas dotes, y deudas fiscales no son mas privilegiadas, quanto fueren anteriores; porque el privilegio que tienen, tan solamente se debe entender por razon de la tacita hypoteca; y privilegio, que tienen á las demás deudas anteriores de tacita hypoteca menos privilegiada; pero no à las deudas que

que la tienen expresa, por especial, ò general hypoteca de bienes: *ut ibi probatur.*

141 Y concurriendo dos dotes á los bienes del difunto, se prefiere la primera en tiempo, aunque no sea expresa, ni general; porque basta la tacita hypoteca privilegiada que tiene, para que se prefiera á la posterior tacita, ò expresa, aunque concorra con igual privilegio, sino es en los bienes conocidos dotales; porque en estos será preferida la muger, que los traxo al matrimonio: *ut hæc omnia habentur in l. In reb. C. de Jur. dot. & in l. 33. tit. 13. p. 5.*

142 Y no solo se prefiere la tacita hypoteca privilegiada anterior, à la tacita, ò expresa posterior de igual privilegio; pero tambien se ha de preferir, aunque tan solamente lo sea tacita, sin el dicho privilegio; como la posterior expresa, ò tacita no sea privilegiada; y es la razon, porque la hypoteca tacita privilegiada posterior, que se prefiere à otra qualquier hypoteca menos privilegiada, aunque sea anterior: *ut ita collig. ex l. Assiduis, C. Qui potior in pign. habeantur & ita docet Molin. de Justitia, & jure, 2. tractat. disp. 438. fol. 1206. litt. D. & fol. 1207. litt. B.*

143 Y porque hubo dificultad desde què tiempo se ha de entender tener la muger tacita hypoteca en los bienes de su marido; porque muchos dixeron, que corria este privilegio desde el dia, que se celebraba el contrato del matrimonio; y otros desde el dia del entrego de la dicha dote; y assi, para que este dicho caso no se pueda dudar, se resuelve brevemente, que esta dicha hypoteca tiene su antelacion desde el dia del entrego, ò por lo menos desde el dia de la expresa hypoteca de los bienes del marido, aunque despues se le entregue, y en el medio tiempo haya contraído el matrimonio otras deudas; porque sin embargo de no haberse entregado la dicha dote, basta que la obligacion, y expresa hypoteca sea anterior, como despues conste de su verdadero entrego: *ut ita colligitur ex leg. 1. ff. Qui potior in pign. habeantur, & in l. 33. in fin. tit. 13. p. 5. Anton. Gom. in l. 50. Taur. n. 38. Gutierr. de Juram. confirm. 1. p. c. 46. n. 10. y assi se practica en las Audiencias, y Chancillerias Reales.*

144 Pero casos hay en que la muger segunda, ò sus herederos descendientes han de ser preferidos por razon de su dote à la muger, ò hijos del primer matrimonio; y en especial es, quando por fin, y muerte de la primera muger quedaron (extra de la dote) bienes algunos, que fueron ganados constante el dicho primer matrimonio; porque en realidad de verdad, en en estos dichos bie-

nes (quando para pagar la dicha primer dote) ha de ser preferida la dicha segunda dote , por ser la hypoteca de ella tacita , y privilegiada de prelacion á las demás tacitas anteriores , y menos privilegiadas ; y assi , para que cesse esta prelacion , y que los hijos del primer matrimonio en los dichos bienes sean preferidos , assi por razon de arras , ò donacion propter nuptias , ó bienes parafemales , ó ganancias , que es adonde la muger no tiene hypoteca tacita de privilegio , sino es quando el marido los recibió en aumento de dote , como dicho queda , es necessario que el padre antes que se dè por entregado en la dote de la segunda muger , haga inventario de los bienes , que quedaron de la primera , obligandose por su persona , y bienes à dár cuenta con pago ; y de otra manera procederá la doctrina suprá referida : *ut ita colligitur ex l. 14. § 33. p. 5.*

145 Y en todos los casos , que concurriendo las dichas dos , ò mas dotes , y habiendo suficientes bienes para ser pagadas , se ha de tener atencion , que primeramente se ha de sacar el capital de la segunda muger , y luego el capital que el marido traxo al segundo matrimonio ; y de los bienes que quedaren , se le han de dár à la dicha segunda muger la mitad ; y la otra mitad à los herederos de la primera , para que de alli se hagan pagados de los bienes , que su padre les debia ; pues de otra manera fuera hacer agravio á la segunda muger ; pues fueron bienes , que se ganaron constante su matrimonio , y no es justo que de sus ganancias se paguen las deudas , que el marido contraxo constante su primer matrimonio , especialmente habiendo bienes para todo : *ut ita notat , & docet Ayor. de Partition. 1. p. c. 7. n. 2. quem sequitur , & refert Escob. de Ratiaciniis , c. 8. Var. computationum per totum.*

146 Y no constando con vehementes presumpciones , y prueba suficiente en què matrimonio se ganaron los bienes , que quedaron disuelto el segundo matrimonio , se han de dividir entre los hijos , y herederos del primero , y segundo matrimonio prorrata del tiempo que duraron los dichos casamientos , sacadas las dotes primeramente , si las hubo , en la forma que queda dicho : *& ita probat idem Escob. ubi sup. c. 9. n. 4. cum sequent.*

147 Pero hase de notar , que si constàre haver bienes dotales , y capitales de la primera , y segunda muger , y no quedaren suficientes bienes para ser pagadas , se ha de atender , que de los bienes que se ganaron constante el segundo matrimonio , se ha de pagar la primer dote ; y esto procede , aunque la segunda sea

expressa, y la primera no, porque basta la tacita hypoteca privilegiada para preferir à la expressa, y posterior menos privilegiada, como lo es en los bienes gananciales, por no tener derecho la muger en ellos de hypoteca privilegiada: ui ita notat Gomez Arias contra Anton. Gomez *in l. 53. Taur. n. 41.* & ita videbis per eundem Arias *in l. 14. Taur. n. 4.* per Gutier. *de Juram. confirm. 1. p. cap. 46. n. 6. 7.* el qual dice assi haver sido determinado en la Chancilleria de Valladolid.

148 Y por el consiguiente la segunda muger ha de ser pagada de su dote en la mitad de bienes gananciales, que se ganaron constante el primer matrimonio, por la hypoteca privilegiada, que se prefiere à la menos privilegiada, como es la que la primer muger tiene en las dichas sus ganancias, sin la dicha anterioridad, y privilegio; lo qual no solo hà lugar, y procede por causas de las dichas dotes, pero tambien por otras qualesquier deudas, de qualquier calidad que sean: v. gr. supongamos, que durante el matrimonio se adquirieron algunos bienes, assi como casas, ò heredades, los quales bienes, constante el dicho matrimonio, el marido los enagenò: dissuelto el dicho matrimonio, la muger, ó sus herederos no hallan bienes suficientes del marido para satisfacerse, y pagarse de aquella dote: la duda es ahora, si haciendo primero excursion de los bienes que quedaron por fin, y muerte del marido, ò la muger, podrán los herederos de ella venir contra los terceros poseedores de aquellos bienes gananciales. En el qual articulo se responde con suma brevedad, y digo, que faltando bienes del marido, para satisfaccion de la dote, puede, y tiene accion la muger para pedir à los terceros poseedores los bienes ganados constante el dicho su matrimonio, enagenados por el marido, haciendo primero excursion en los demàs bienes, que por su fin, y muerte quedaron, de cuyos bienes se le han de entregar la mitad que al marido pudieron pertenecer, por la hypoteca tacita, y expressa, que la muger tiene en los bienes de su marido, assi en los presentes, como en los que se adquirieren de futuro: *secundum l. 5. tit. 13. p. 5. & ibi gloss. 5. & in l. fin. ff. Quæ res obligat. posses.* Y supuesto que la mitad de ganancias son bienes de futuro, ganados por el marido, tendrá accion la muger á pedir la dicha su dote, assi pro la expressa anterior, como por la tacita posterior, y privilegiada, á qualquier tercero poseedor, que tuviere, y poseyere los bienes conocidos, que constante aquel matrimonio se huvieron ganado; pues los bienes,

ora

ora sean los hypotecados al tiempo de la obligacion, ora en los que despues se adquirieren por la general, passan siempre con esta carga en quielquier tercero poseedor: ut ita probatur *in l. 18. tit. 13. p. 5.* y en la otra mitad de ganancias, que á la muger le pertenecen, no tendrá accion à pedir las, por razon de que, como dicho es, no tiene hypoteca de prelación en ellas; y assi en quanto á ellas será preferido otro qualquier acreedor, y poseedor, por posterior que sea en la deuda, y obligacion: ut ita affirmat Joan. Garc. *de Expens. cap. 13. n. 21. & 22.* de que se admira haverse determinado lo contrario de la referida doctrina, en que no solamente los terceros poseedores fueron condenados à que diessen, y restituyessen la mitad que le pertenecia al marido, pero tambien lo que le pertenecia à la muger, la qual de Derecho no havia lugar por las razones, y causas dichas.

149 Lo qual no procede, ni hà lugar quando el padre, disuelto el matrimonio, enagenò los bienes conocidos, ganados constante aquel dicho matrimonio; porque en realidad de verdad, los hijos, y herederos de la muger podrán muy bien pedir, y traher de la reivindicacion sobre los dichos bienes enagenados en tercero poseedor, muerto el padre, ó por la emancipacion del matrimonio, saltim por la mitad de lo que de Derecho les puede pertenecer, no aceptando las ganancias, y hacienda de su padre, y sobre todo se ha de hacer excursion en los bienes del padre; atento que los dichos bienes, aunque pueden ser enagenados, se ha de entender en subsidio de no tener el padre con què satisfacer su valor, por quedar, como quedaron, reservados á los dichos herederos, como los demás bienes adventicios, y dotales: ut ita colligitur ex doctrina Aceved. *in l. 6. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. De los bienes multiplicados. Aceved in l. 14. Taur. gloss. 3. n. 1.* Joan. Garc. *de Expens. d. cap. 13. n. 20.* adonde dice, puede el padre hacer esta dicha enagenacion contra la voluntad de los hijos ex testamento, assi como mandarlas, y legarlas, aunque en quanto à la muger; id est, contra su voluntad, no havrà lugar en su mitad, ut ibi: y esto no se debe entender en la enagenacion, aunque sea contra la voluntad de la muger: ut ita tenet Anton. Gomez *in l. 50. Taur. n. 73. & 740. vide Aceved. in l. 5. tit. 9. n. 15. lib. 5. Recop.* adonde duda, si se ha de entender esta donacion, siendo otorgada causa mortis.

150 Y porque en realidad de verdad, como dicho queda, la muger no debe ser mas privilegiada, sino es en quanto fuere an-

terior, por cuya causa, y razon parece no se le atribuyen otros privilegios algunos, será fuerza traer à la memoria los que no es justo se obscurezcan, demàs de los que en diferentes partes de este Tratado se han referido, y notado: y assi, lo primero le compete à la muger retencion en los bienes de su marido, hasta que se le haga pago de los bienes dotales, salvo si los herederos del marido lo contradixeron por causas justas: *ut in l. Dotis actionem, ff. Solut. matrim. Greg. Lopez in l. 9. gloss. 4. tit. 2. p. 5. Rojas in Epitom. de Successione, c. 33. n. 12.* Y esta contradicion se entenderà assi, como no entregarle la dicha su dote hasta passado el año, segun, y que dicho queda en el §. Entrego; y por el consiguiiente en todos los casos que les pertenece possession à los herederos del testador, contradiciendolo la muger por razon de su dote, y arras, siendo traído al matrimonio inestimado, se les debe denegar la dicha possession, hasta que cada uno enseñe su derecho: *ut probat Villad. in sua Politic. cap. 8: fol. 198. vers. Como tampoco. Autor Curiaë Philippicæ 2. p. §. 27. n. 8.*

151 Lo segundo, que à la muger no se le debe denegar el dote desde el dia que de derecho se le debe entregar, aliàs que el marido, ò sus herederos se sujetaràn à pagar los interesses licitos à razon de à veinte mil el millar: *ut hodie, & in jure Communi. probatur in l. In Insulam, §. Usuras, & ibi Bart. ff. Solut. matrim. & in l. Divortio, eod. tit. ubi Paul. de Castr. & in l. 2. §. fin. ff. de Eo quod certo loco. Palac. Rub. in repetitione, cap. Per vestras, de Donat. inter virum, & uxorem in 6. Notabili, n. 8. ubi hanc affirmat esse communem.*

152 Y en caso que à la muger se le hayan seguido algunos gastos para alcanzar la dote, se le deben assimismo restituir, especialmente quando à la muger no se le sigue otro algun interes de la dicha su dote: *ut ita singularite affirmat Alber. in l. Ubi adhuc, in fin. C. de Ordine cognitionum, pro qua conclusione est text. in l. Si instituta, ff. de Inofficioso test. & in cap. Ex parte: & in cap. Olim, de Acusationib. Castell. in l. 81. Taur. in fin. Palac. Rub. ubi supr. 1. p. §. 39.*

153 Y no solamente tiene privilegio de antelacion la muger, por razon de su dote, y bienes conocidos, pero tambien en los bienes que se probare liaverse comprado con su dinero, siendo de su consentimiento, *quamvis à princip. nihil fuerit conventum, ut in l. Si ex pecunia, & in l. Si inter virum, C. de Jure dotium, & in l. Uxor verò, ff. de Donatiocib. inter virum, & uxorem.*

rem. Y si la muger no consintió en la dicha venta , es necesario hacer primero excursion en los bienes del dicho su marido : ut ita notat Bald. in d. l. Ex pecunia , C. de Jur. dot.

154 Cuya doctrina assimismo se debe entender en la cosa raíz dotal trocada con otra ; y es la razon , porque en los bienes dotales , ex legis dispositione , lo subrogado sigue el natural de los dichos bienes dotales con todos sus privilegios , prerrogativas , y efectos : ut est text. in l. Si donante , §. Si sponsus , ff. de Donation. inter virum , & uxorem , & cum Jas. tradit per ipsum text. Tiraq. de Utroque retract. tit. 1. §. 32. gloss. unic. n. 25. & in l. Si ei nuptura 25. cum leg. sequenti , & in l. Res quæ 54. & in l. Si ex lapidicinis 34. & in l. Titia 62. ff. de Jur. dot. & in l. Si mulier 21. ff. de Pact. dotal. & in terminis tenet Mart. de Afflict. Decis. Neap. 336. n. 3.

155 Todo lo qual , que dicho es , procede assimismo en el Fisco Real , Republica , y Comunidad , Iglesia , y Soldado ocupado en servicio de su Magestad ; y assimismo en el menor de 25. años , en el furioso , y prodigo , que por su incapacidad se les diere Curador à sus bienes : ut hæc omnia probantur in l. 40. tit. 5. p. 5. & ibi Greg. Lopez in l. 25. glos. 1. & in l. 30. gloss. 2. & 4. in fin. d. tit. 13. p. 5. & in l. 49. tit. 13. p. 5. cuya doctrina es tan favorable , en particular en el pupilo , que dice Molina , que aunque la cosa que se comprò con su dinero estuviesse antes de su venta à otro acreedor hypotecada , ha de ser en ella preferido , por privilegiado que sea el primer acreedor , sino es que concurra con su igual , como la dote , Fisco , Iglesia ; lo qual estiende Greg. Lopez en el mayor de catorce años , y menor de veinte y cinco , huérfano de padre : ut idem Molin. sequitur , & refert in 2. tract. de Just. & jur. disp. 536. n. 8. per l. Idemque , ff. Qui potior , in pign. habeantur , & per l. pen. C. de Reserv. pign. dato , & per l. 25. & l. 30. tit. 1. p. 5. ubi idem Greg. Lopez.

156 Pero debese advertir , que en estos dichos casos no se tiene la dicha prelación en el precio de la cosa que se trocò con la primera dotal , ò con el dinero de la cosa dotal comprada : ut est text. in l. Quamvis , §. fin. & in l. Si quis uxorem , §. Titius , ff. de Furtis.

§. Salarios. 22.

157 Assimismo procede la regla suprà referida con la misma distinción , y anterioridad en los salarios del criado , liquidandose desde el dia del assiento , que conste por Escritura , ò Memorial

del Libro de Cuentas del señor , y desde entonces tiene su antelación , y privilegio ; lo qual tan solamente se concede de equidad , y Derecho Divino : *ut constat ex Levitico , cap. 9. ibi : Non morabitur opus mercenarii tui apud te usque mane* , ut ita refert Rodrig. Amat. *in tract. de Executionibus , cap. 1. art. 3. n. 24.* Flores de Mena *in suis Quæstionib. lib. 1. quæst. 8. §. 2. n. 50.*

158 Y notese , que passados tres años continuos desde el dia que dexò de servir el criado , no se le deben los dichos salarios , sino es probando los ha pedido en el dicho termino , segun la ley 9. tit. 15. lib. 4. *Recop.* & ita sentit Boer. *decis. 333. n. 2.* & etiam probat Rebuf. *in 2. tom. tit. de Famul. sal. gloss. 15.* por manera , que esta excepcion es transmissible à los herederos del señor , y no tendràn obligacion à pagar , y satisfacer los dichos salarios en los dichos casos ; salvo si se probàre haver confessado el testador en vida deberlos , ó los haya mandado pagar , per ea quæ tradit Meneses *in l. Si quas actiones , n. 43. & 44. C. de Servitutib. & aqua* , & per ea quæ tradit Aceved. *in l. 6. tit. 15. lib. 4. Novæ Recop. gloss. fin.* aunque si se consideran las reglas Canonicas , no procede , ni hà lugar la dicha ley 6. pues de ninguna manera ha de proceder con mala fè , y assi no se debe alegar prescripcion , diciendo , que yà fueron passados los tres años , sino responder , que yà se le havràn pagado , de que se puede presumir por el lapso del tiempo : ut ita notat Villadieg. *Forma de Libelar , fol. 220. n. 58.* adonde dice , que por la nueva Pragmatica del Rey Don Phelipe Tercero , año de 1616. se manda , que qualquiera que pidiere los salarios de su servicio , no se le paguen , sino mostràre Escritura de concierto , hecha con su señor à quien huviere servido , ó que estè assentado por tal criado con salario señalado en el libro donde estuvieren los demás criados de aquella casa , adonde declara , que no se entienda esto con los criados , que continuamente habitan en las casas do sirven , ni con los criados de Mercaderes , Oficiales , y Labradores , quedando en quanto à ellos en su fuerza la dicha ley 9.

159 Y no solo se debe este dicho salario , à los criados estranos , pero tambien se le deben al hijo , ò hija de los bienes de sus padres , especialmente quando de su servicio escusò à los dichos sus padres de un criado , ò criada , porque à su falta hacia todo aquello que era necessario en sus bienes , y hacienda , assi como arar , cavar , y cultivar las heredades de los dichos sus padres : ut ita notat , & docet Aceved. *in l. 9. tit. 1. lib. 5. Recop.*

n. 12. 13. & in l. 3. tit. 8. n. 23. usque ad fin. aunque muchos Autores tuvieron lo contrario, en que al hijo, ó hija no se le debían salarios, fundandose en la ley fin. tit. 7. & l. 13. tit. 20. part. 2. cuyas leyes entendió el mismo Acevedo, con otros muchos, se han de entender en los servicios obsequiales, y no en los demás que los hijos no tienen obligacion à hacer: ut ita etiam notat Escob. de Ratiocin. cap. 27. n. 57. Pero en caso que alguno de los dichos sus hijos fuesse mejorado en tercio, y quinto por alguno de sus padres, no havrá accion para pedir los dichos salarios, por presumirse haverle mejorado en remuneracion de los servicios, salvo si los dichos sus padres tenían obligacion de derecho, y justicia, por obligacion, y Escritura, que al principio tenían hecha de dár los dichos salarios, porque entonces, como deuda, se sacará de toda la hacienda, y no se computará en el dicho tercio, ó quinto de mejora; y porque en realidad de verdad, no hà lugar compensacion, sino se expressa, ó congetura los legados con las deudas voluntarias, como adelante se dirà en el §. Compensacion, & vide Anton. Gomez in l. 29. Taur. n. 23. Covar. in cap. Cum in officiis, de Testament. n. 11. Bart. in l. Frat. de Condit. indubit. & in tract. de Duob. frat. & in l. 1. §. Castrense, ff. de Collat. bon. Navarr. in Man. cap. 17. n. 144. à quibus dessentit Molin. de Just. & jur. 2. tract. disp. 244. & Aceved. in l. 1. tit. 6. n. 43. est pro prima opinione in lib. 5. Recop. Mas se advierte, que todo el salario que el hijo de familias huviere ganado fuera de su casa, aunque el padre debe gozar de su usufructo, mientras el hijo fuere emancipado; pero con todo esso se reputan por bienes adventicios, y se le deben entregar al tiempo que los demás: ut ita practicatur secundum Flores de Mena in Pract. QQ. lib. 1. cap. 8. §. 1. n. 37. & est text. in l. 5. tit. 17. p. 4.

§. Iglesia. 23.

160 Tiene tambien privilegio de antelacion la Iglesia por los diezmos, y primicias, y demás oblaciones, y es preferida à otras qualesquier deudas, por anteriores, y expressas que sean, como sea en la misma cosa, y no en los demás bienes; el qual privilegio no se estiende al Arrendador de los dichos diezmos, haviendo concurso de acreedores para sus bienes, sino es estando viva, y permanente la misma cosa: ut ita notat Joan. Garc. de Expens. cap. 1. n. 18. Girond. de Gabel. 4. p. §. 1. n. 8. 9.

161 Y en quanto à los demás bienes del deudor, tiene assi mismo la Iglesia privilegio de antelacion à qualquier acreedor, y

concorre con la dote , y Fisco ; salvo siendo los demàs particulares anteriores , con expressa , ò general hypoteca , aunque en los bienes conocidos , ora sean de dote , Iglesia , ò Fisco , serán preferidos à otros qualesquier acreedores , por anteriores , y privilegiados que sean , con expressa , y general hypoteca , como diximos en las dotes : ut ita notat Tiraquel. in tract. de Privil. privil. 140. cum tribus seqq.

§. Menores. 24.

162 Y aunque los menores tienen tacita hypoteca en los bienes de sus deudores , no la tienen privilegiada , sino es en las cosas señaladas suyas , y que no estuvieren destruidas ; aunque en quanto à las deudas personales son preferidos à las demàs , por anteriores que sean , como no lo sean de mayor , ó igual privilegio , secundum Molin. de Just. & jure , 2. tract. disp. 536. n. 5. y en los demàs privilegios de que gozan los dichos menores , vease el §. Dotes , sup. n. 155. & 156.

§. Reservacion. 25.

163 Demàs de todo lo susodicho , tiene privilegio de hypoteca el acreedor , que prestó su dinero para el efecto de reparar alguna nave , ó casa , ò para pagar su alquiler , ó para pagar la renta , y alquiler de algun almacèn , ó para el efecto de sustentar ganados , ó para otro qualquier beneficio suyo , siendo propriamente para el dicho efecto , y siendo necesario , y util , por cuya causa será preferido à todos , y qualesquier acreedores , en quanto à la misma cosa donde se gastó : y aunque para lo susodicho no se hypoteque ; salvo si los demàs acreedores anteriores son dote , ò Fisco : ut ita probatur in l. 26. in fin. & in l. 28. & 29. tit. 13. p. 5. & ibi Greg. Lopez.

164 De aqui se infiere , que el acreedor , que prestó su dinero para comprar alguna casa , ò otra qualquier cosa , la qual à su paga fue especialmente hypotecada , será preferido este dicho acreedor á otros anteriores , aunque sean dote , y Fisco ; y esto se entiende en quanto à la misma cosa hypotecada : ut in l. 30. tit. 13. p. 5. & ibi Greg. Lopez gloss. 4. de que assimismo hicimos mencion en el 1. lib. cap. 3. n. 12.

165 Siguese mas : que el que prestó su dinero , para que otro comprasse algun Oficio , assi como de Regidor , Jurado , Ventiquatro , ó Escribano , ó Procurador , no solo será preferido este dicho acreedor en el dicho Oficio à los acreedores anteriores , pero tambien al Fisco , y dote , y á otro qualquiera , por anterior , y pri-

privilegiado que sea , salvo por los gastos de Entierro , y Funeral , porque estos , sin distincion alguna , deben ser preferidos à todos , y qualesquier acreedores , como dicho queda.

166 Y porque demòs fin à esta regla , se notaràn assimismo , en consecuencia de ella otros casos , no menos dignos de tener en la memoria.

167 Y assi se advierte , que en todos los casos que los acreedores son anteriores , y que tienen hypoteca expressa , de forma , que por la dicha su anterioridad se prefieren al Fisco , y dote posteriores , se han de entender en los bienes adquiridos , hasta el dia que se contraxo la deuda del Fisco , dote , ò Iglesia ; pero en los demàs bienes adquiridos despues , han de ser preferidos à todas las demàs deudas , por anteriores que sean , no siendo de igual privilegio : *ut ita affirmat Cinus , Bald. & Salicet. in l. Assiduis, C. Qui potior in pign. hab. & in l. 33. & ibi Gregor. Lop. glos. 4.*

168 Inferese mas de lo dicho : que si un deudor , en diferentes tiempos , huviesse contraído muchas deudas , con obligacion de sus bienes , y despues de la ultima deuda , y obligacion , el dicho deudor adquiriesse otros bienes , será preferido el dicho posterior acreedor , en quanto à la mitad de aquellos bienes nuevamente adquiridos , y ganados , sino es en caso , como dicho queda , que los acreedores anteriores son Fisco , deuda de dote ò Iglesia ; porque èstos , por el privilegio que tienen , deben , y han de ser preferidos en qualquier manera , sin la dicha distincion : *ut probatur in l. Si is qui, ff. de Fur. fisc.* Todo lo qual procede en el uno , y otro caso , sino es probando el primer acreedor , que los dichos bienes fueron ganados antes de la posterior obligacion , por la presumpcion que siempre se ha de tener , de que los bienes del deudor fueron adquiridos despues de su obligacion : *ut docet Covar. lib. 1. Var. res. c. 16. n. 5. Greg. Lop. in l. 33. tit. 13. p. 5. glos. 3.*

169 Assimismo se considera en la dicha regla , que el señor del censo es preferido à qualquier , por privilegiado , y expressa hypoteca que tenga ; lo qual se ha de entender , siendo la cosa hypotecada del señor de el dicho censo ; porque si es del que vendió el dicho censo , lo contrario se ha de decir ; porque éstas tan-solamente han de ser privilegiadas por su anterioridad : *ut in l. Generaliter, C. Qui potior in pign. hab. Fossér. de Censib. §. Tanquam, n. 58. fol. 159. Benedictus de Censibus, art. 67. fol. 172. tom. 6. tract. Novis. part. 2.*

170 Y aunque es verdad, que el que tiene instrumento público, es preferido al acreedor anterior, de que consta por confession del deudor no reconocida, se ha de limitar en el Fisco, dote, Iglesia, y otro acreedor privilegiado, porque estas deudas, probandose por qualquier genero de entrègo, y paga, tienen su antelacion desde el dia del dicho entrègo, por ser deudas privilegiadas: *ut docent commun. DD. in l. 1. ff. Solut. matrim. Peguera Decis. Crim. 48. à num. 1. Bolañ. in Commercio terrestre, lib. 2. cap. 12. n. 38.*

171 Y hase de notar en esta dicha regla, que el acreedor que vendió la cosa al fiado con especial hypoteca de ella, será preferido al dicho acreedor en la misma cosa, por anterior, y privilegiada que sea, aunque sea à la dote, Fisco, è Iglesia: *ut ita notat Covar. lib. 1. Var. resol. c. 7. n. 5. Gomez de Leon in Centur. inform. cap. 61. Cevall. Commun. contra commun. quæst. 744. n. 3. Gutierr. Practicar. Quæst. lib. 3. q. 98. n. 6. 7. Bald. in l. Si cum dotem, §. fin. à n. 31. ff. Solut. matrim.* Y de no estar hypotecada especialmente como dicho es, no será preferido en la misma cosa à otro primer acreedor, sino es en caso, que al deudor no se le transfirió el dominio de la tradicion, y possession: *ut in l. 46. tit. 28. p. 3. & ibi glos. 3. Matienz. in l. 7. glos 5. n. 9. tit. 10. lib. 5. Recop.*

172 Y aunque es verdad, segun comun opinion de muchos Doctores, que constando por Instrumento del verdadero entrego de la cosa de que procede, con testimonio, y fè de Escribano, será preferido este dicho acreedor à otro qualquiera, por anterior que sea, que tan solamente consta su entrègo por confession del deudor sin testimonio, y fè de Escribano: *ut ita notat Greg. Lop. in l. 27. glos. 1. ad fin. tit. 13. p. 5. Tiraquell. de Utrouque retractu, tit. 1. §. 1. glos. 18. n. 82. Gutierr. de Juram. confirmat. 3. p. c. 15. n. 21. Solis de Censib. c. 5. n. 23.* Pero en este caso ya oy se practica lo contrario, como assimismo lo declara Matienz. *in l. 7. glos. 1. n. 11. tit. 16. lib. 5. Novæ Recop.*

173 Procede la dicha regla de anterioridad en el acreedor, que tiene cedula, con especial hypoteca de la deuda, firmada del mismo deudor, ó otro por él, firmada assimismo de tres testigos, siendo anterior en tiempo, y reconocida de la misma parte: lo qual es al contrario en las demàs cedulas, que les falta esta solemnidad, porque tan solamente tienen su anterioridad desde el dia que son en juicio reconocidos: *ut ita probatur in l. Si scrip-*

turas, C. *Qui potior in pig. hab.* & in l. 31. tit. 13. p. 5. & ibi Greg. Lopez gloss. 4. 6. 7. Aceved. in l. 5. tit. 21. n. 23. lib. 4. Nov. Recop. Y en este caso, basta que los testigos depongan de la verdad del caso, como del debito, ò hypoteca; y para probar esta verdad son suficientes dos testigos, aunque no hayan firmado la dicha cedula, por tener fuerza de instrumento público; y assi ha de ser preferido el acreedor de esta deuda à otro que sea posterior, y tenga instrumento público de su deuda: ut notat Bartol. & Ang. in dist. 1. *Scripturas*, & per leg. *In exercendis*, C. *de Fide instrum.* Greg. Lopez in dist. 1. 13. gloss. 2. & 6. Bald. & Fulgos. in dist. 1. *Scripturas* Vincenc. de Franc. *decis.* 95. n. 6. 7.

174 Y en quanto à la segunda regla, se guardará el antigüedad de el Instrumento; segun la regla vulgar: *Qui prior est in tempore, potior est in jure*, l. *Qui prior*, ff. *de Regul. jur.*

175 En cuya consecuencia se advierte, que aunque la cosa especial, ò generalmente hypotecada, y obligada, esté enagenada en tercero poseedor, ò acreedor, se podrá repetir, haciendo primero excursion, assi en los bienes del principal deudor, como de su fiador, sino es que la cosa enagenada estuviesse especialmente hypotecada con clausula de no poder ser vendida, y enagenada, ò con clausula constituti: ut supra in cap. 4. diximus in 1. lib. & probatur in l. *Prior ult.* ff. *Qui potior in pign. habeantur.*

176 Y esto procede, aunque esta enagenacion sea por causa de dote, salvo sino estuviesse especialmente hypotecada, porque entonces, ignorando el marido, y esposo, que su suegro, ó la persona que le prometió, ò entregò la dicha dote, no tenia otros acreedores, ò yà que los tenia, tenia bienes suficientes para pagarlos, no se le podrá repetir mientras viviere èl, y sus hijos, y descendientes; y tornando à la muger, podrá ser repetida: y es la razon, que de su parte se considera causa lucrativa; y de parte del marido causa honerosa, de que fuera cierto no se casara, si entendiera que recibia à su muger indotada: ut ita probatur in l. *fin.* §. *A socio*, & ibi Bartol. & comm. Doctores, ff. *Que in fraudem creditorum*, & in l. 2. C. *eod.* & ibi glos. & Paul. de Castr. & Bald.

177 Y si fue dinero lo que assi se enagenò, y que se consumió con el uso, no se podrá repetir, siendo consumido con buena fe: ut in l. *Papilus*, vers. *Si verò*, ff. *de His quæ in fraud. cred.* & ibi Bartol. & comun. DD. salvo si los acreedores fueren Fisco, ò

muger por su dote, que en tal caso lo podrán repetir, aunque esté consumido, sin hacer excursion en los bienes de su deudor: *ut ita docent DD. in l. Pecunia, C. de Privil. Fisc. Covar. Practicar. 22. cap. 29.*

178 Y en caso que el dinero no esté consumido, se podrá repetir, haciendo primero excursion en los bienes del principal deudor, y sus fiadores: *ut in auth. Hoc si debitor, C. de Pign. & ibi DD.* Y concurriendo muchas deudas, unas con especial hipoteca, y otras con general obligacion de bienes, ha de ser primeramente pagado en los bienes especialmente hipotecados, que en los generales, por la presumpcion que se tiene, de que son quantiosos para aquella paga; cuya excepcion se puede oponer por los demás acreedores; pero no por algun extraño, que no lo sea, sino es tercero poseedor de la cosa generalmente hipotecada, que entonces, teniendo el dicho tercero poseedor Escritura de la dicha cosa enagenada, en que à la seguridad de la venta el vendedor hipotecò sus bienes, que entonces muy bien podrán, como dicho es, oponer la dicha excepcion de la excursion en los bienes especialmente hipotecados del dicho deudor: *ut hæc omnia probantur in l. 2. C. de Pign. quam post Covar. lib. 3. Var. res. cap. 18. n. 3. elegantèr explicat Molin. de Primog. c. 7. n. 21. cum aliis seqq.* Y teniendo las dichas Escrituras de deudas la clausula referida de Non alienando, cessará todo lo dicho, y se podrá executar en qualesquier bienes generalmente hipotecados, salvo si estuvieren en tercero poseedor; porque entonces se ha de hacer excursion en los demás bienes del deudor, sino es que tambien los dichos bienes enagenados tienen prohibicion de no poder ser vendidos: *ut supra dictum est.*

179 Y en los casos que hà lugar el repetir el primer acreedor la pecunia al posterior, ha de ser dentro de tres años de la ciencia del primer acreedor; porque si son passados, aunque no estén consumidos, teniendolos con buena fé el segundo, ó tercero acreedor, no havrà lugar el repetirselos: *ex leg. 1. & quasi per totum ff. de Usucap. & in leg. penult. C. de Evict.*

§. Deudas personales. 26.

180 Demàs de todo lo susodicho se considera, que las deudas personales, adonde no hay general, ó especial hipoteca de bienes, ora conste por instrumento público particular, ó por confession del deudor, y aunque conste de entrègo de la cosa que

procede, ò numeracion de ella, siendo emprestido; y aunque sean mas antiguas, no tienen prelacion, ni anterioridad unas mas que otras en los bienes del deudor, por ser de una naturaleza, sino que han de ser pagadas prorata de ellas, como iguales en derecho, salvo la deuda que primeramente se pidió en Juicio, que desde aquel dia tiene anterioridad à las demàs de su calidad: *ut ita notatur in l. Judicati actioni, ff. de Re judic. & ibi glos. & communiter Doctores, & in l. 11. tit. 14. p. 5. & ibi Gregor. Lop. idem Greg. in l. 79. tit. 15. p. 4.*

181 Y pagando el deudor à su acreedor de su libre, y espontanea voluntad, sabiendo que no le quedaban bienes para pagar à los demàs prorata, como dicho es, pecará mortalmente, no solo el deudor, pero tambien el acreedor que supiesse que tenia otros acreedores, y no le quedaban bienes suficientes para pagar à los demàs; y tiene obligacion à restituir lo que recibió para hacer la dicha paga prorata: *ut ita docet Flores de Mena Var. quest. lib. 1. q. 6. §. 2. n. 3.*

182 Lo qual se limita, que si la dicha deuda consta por cedula, ò otro qualquier instrumento particular, aunque no sea público, teniendo hypoteca en los bienes del deudor, siendo reconocido judicialmente por el dicho deudor, se prefiere, no solo à las dichas deudas personales, pero tambien à las Reales con expresa, y especial hypoteca posteriores despues del dicho reconocimiento: *ut in l. 19. tit. 18. p. 3. & in l. 5. & 6. tit. 21. lib. 4. Recop. & ibi Aceved.*

§. Luto. 27.

183 Despues de ser pagadas todas estas dichas deudas, se le ha de entregar à la muger, demàs de su dote, arras, y ganancias; y bienes parafernales, el luto que de derecho le pertenece, y se le han de dár, segun la calidad del difunto, y siendo costumbre; porque de otra manera no se le darà: *ut ita docet Palac. Rub. in Rubric. de Donationib. inter vir. & uxor. §. 11. n. 8. Afflict. decis. 315. Covarr. in 4. p. 2. cap. 3. §. 9. n. 10. Joann. Garc. de Expens. c. 8. n. 29. usque ad 40.* Y en este caso, basta le à la muger alegar que se le debe el dicho luto, sin que tenga obligacion à probarlo; porque esta dicha prueba les incumbe à los herederos del marido: *ut ita docet Aceved. in l. 13. tit. 6. n. 6. lib. 5. Recop. contra Joan. Garc. ubi supr.*

184 El qual luto no se debe contar en el funeral del entierro quando hay deudas; y assi no se debe sacar de todo el cuer-

po, sino es de el quinto; y en conclusion, se han de preferir qualesquier deudas à este dicho luto: ut ita docet Acev. *in d. l. 13. n. 6. col. 3. post medium.*

185 Y aunque es verdad que este luto se ha de entregar à los herederos del marido, ora sean descendientes, ascendientes, ò estraños, casandose segunda vez dentro del año, hase de entender siendo el dicho luto de mucha estimacion; porque si es vil, y de poco valor, no se debe bolver, por ser visto darse, y concederse para el uso cotidiano: ut ita tenet Acev. *ubi supr. n. 7. cum Lara in l. Si quis à liber, §. Si quis ex his, n. 127. ff. de Lib. agnoscend.* Y para decirse precioso, ò vil el dicho luto, se ha de considerar la calidad, y hacienda del difunto; y en caso que este dicho luto se haya de entregar à los dichos herederos en la forma dicha, ha de ser à los que fueren mejorados en el quinto: y si no huyo mejora, ò manda del quinto, se partirá por iguales partes entre los dichos herederos: ut ita notat etiam idem Acev. *ubi supr. n. 8. & 9.* Demàs de lo qual se ha de notar, que todo lo dicho havrà lugar, salvo no constando lo contrario de la voluntad del testador.

186 Mas se advierte, que este dicho luto no se concede al marido como à la muger, porque tan solamente en ella se juzga tristeza, que es la principal causa por què se le entrega: la qual no se considera en el marido, en el qual no se castiga la deshonestidad, ni la apresuracion de casarse segunda vez dentro del año. Y assi, en caso que haya costumbre de que al dicho se le conceda, no le debe restituir, aunque se case dentro del año, como la muger, per ea quæ tradit Tell. Fernad. *in leg. 6. Tauri n. 27. & iterum in l. 15. n. 1.*

§. Lecho cotidiano. 28.

187 Y no solamente le pertenece à la muger el dicho luto en la forma dicha; pero tambien el lecho cotidiano, haviendo costumbre en el Lugar, y probando estàr en el uso la ley 6. tit. 3. Fori, & ita notat Gutier. *lib. 2. Pract. quest. 95. n. 21. in fin. Quesada lib. 2. Quest. cap. 18. col. fin.* El qual assimismo se le concede al marido: ut *in d. l. 6. Fori.*

188 Y casandose el marido, ò la muger segunda vez, ora sea dentro, ò despues del año de la tristeza, han de traerla à la particion con los herederos del difunto, aunque sean estraños, y se les ha de reservar la propiedad: ut *in l. 6. Fori, & secundùm ea quæ tradit Aceved. in l. 3. n. 8. tit. 1. lib. 5. Recop.* Y lo

mismo es, quando la muger en el estado de la viudèz vivió des- honestamente; y en este caso no debe gozar del uso, y aprove- chamiento de los dichos bienes, secundùm Avil. in *Proem. cap. Præf. n. 37. cum aliis*, quem sequitur, & refert Aceved. in l. 6. tit. 4. n. 35. *Novæ Recop.* advirtiendo, que esta dicha cama no se ha de dâr con la maderâ, y colgadura, sino es repugnando la costumbre; porque en estos casos, en todo se ha de guardar, con- siderandose assimismo la calidad de las personas, y cantidad de hacienda, y dote de la muger: ut notat Gutier. lib. 2. *Præf. quæst. 95. n. fin.* Quesada lib. 1. *QQ. cap. 18. num. col. fin.* el qual lecho, y cama cotidiana no se debe, sino es que haya bienes gananciales de aquel matrimonio; y esto es lo que mas se practica en la mayor parte de este Reyno, & ita notat Alvar. de *Conject. lib. 4. c. 2. n. 39.* aunque Gutierrez dice, que en quanto à esto se ha de estâr à la costumbre de aquel Lugar, porque en muchas partes se debe, aunque no haya bienes gananciales: *ut ita affirmat ubi sup. n. 15.* Y en caso que en el primer presupuesto se deba la dicha cama, por haver las dichas ganancias, se entenderá tan solamente la mitad, porque la otra son ganancias que de Derecho al superstite le pertenecen. Y en el segundo caso, sien- do costumbre, como dicho es, se ha de restituir enteramente à los herederos del difunto, aunque sean estraños, conforme à la ley del Fuero, aunque la dicha ley se ha de entender segun *la decis- sion de la ley 15. de Toro*; id est, que el superstite ha de gozar hasta que muera de el uso, y aprovechamiento de la dicha cama, y se ha de reservar ella, ò su estimacion para sus hijos, ò he- rederos: ut ita affirmat Castillo in l. 15. *Tauri in principio, vers. Post etiam.* Finalmente digo, que en esta dicha cama seràn pre- feridos los acreedores anteriores del marido, siendo suya, ò ga- ñada constante el matrimonio, y no haviendo suficientes bienes, con la distincion que dice Gutierrez, *ubi sup. quæst. 94. n. 1.* & vide etiam Ayora de *Partit. 1. p. c. 3. n. 4.* Y lo mismo se ha de entender en quanto à la muger; y para esto vease assimismo la distincion que hicimos en este capitulo, en el parrafo dotes, n. 147.

§. Quarta del superstite. 29.

190 Despues de todo lo suprâ dicho, dissuelto el matrimo- nio por qualquiera de los dichos marido, y muger, le pertene- nece al superstite la quarta parte de los bienes de el difunto, sien- do

do tan pobre , que segun la calidad , y hacienda de su persona , no se pueda sustentarse , porque esta es deuda forzosa , que se le debe desde que se contrahe el matrimonio , demás del quinto , de que el difunto puede disponer , como todo no exceda de la legitima , que á cada uno de los hijos , y descendientes les puede pertenecer : *ut in l. 7. tit. 13. p. 6. & ibi Gregor. Lopez , & notat Leon centur. 8. Tell. Fernand. in l. 9. Tauri n. 31.* Y esto se ha de entender , no dejando el uno al otro algun legado tan suficiente , que sea bastante para alimentarse ; y assi puede muy bien el testador prohibir , y mandar no se le de mas de lo que le manda , de que se ha de cumplir , siendo bastante para los dichos alimentos : *ut in d. l. 7. & ibi Greg. Lopez glos. 5.*

191 Y aunque qualquiera de los dichos marido , y muger pueda con su trabajo sustentarse se le debe assimismo esta dicha quarta parte , porque tan solamente se les concede para consuelo del matrimonio perdido. Y esto procede , aunque despues el dicho superstite adquiera mas bienes : *ut ita docet Greg. Lopez ubi supr. glos. 6. cum aliis.*

192 Tambien procede , y se estiende la dicha doctrina , aunque el superstite tenga ascendientes , y descendientes , que segun el Derecho Natural , tengan obligacion à sustentarle : *ut ibi Greg. Lopez.*

193 El qual derecho ipso jure le pierde la muger , si en el estado de la viudèz vive deshonestamente , segun , y como diximos en el lecho cotidiano.

194 Y por el consiguiente , casandose segunda vez qualquiera de los dichos marido , y muger ora sea dentro , ò despues del año perderán este derecho en quanto à la propiedad no mas ; y ha de quedar reservada à los descendientes , y no estraños : *Molin. de Just. & jure , 2. tract. disp. 164. n. 19. & in auth. de exhibend. reis , §. Quoniam verò , & in auth. Ut liceat matri , & avia , §. Quia verò Aceved. in l. 4. tit. 1. n. 17. lib. 5. Recop.*

195 Y dice la ley 7. citada , que esta dicha parte no ha de exceder de cien libras de oro , que cada una de ellas hace sesenta y dos sueldos , ò castellanos , ò maravedis de oro , de forma , que estas cien libras de oro , siete mil y doscientos castellanos , que cada uno hace , y vale quinientos maravedis de nuestros tiempos , segun diximos en el *cap. 21. l. 1. n. 8.* aunque Escobar dixo , que tan solamente valian quatrocientos y ochenta y cinco maravedis. Y Acevedo dixo , que por la *ley 2. tit. 10. lib. 8. Recop.* fue declara-

do lo que cada uno havia de valer, segun que assimismo diximos en el dicho *cap.* 8.

Y para conclusion de este §. digo, que quedando el padre por usufructuario de sus hijos, cessarà este Derecho; pues con el dicho usufructo cessa la necesidad, que es el principal fundamento, por qué esta dicha quarta se concede al superstite: *ut ita tenet Greg. Lopez ubi supr. n. 4.*

§. Compensacion. 30.

196 Y no es menos dificultoso en esta materia de particiones el entender quàndo havrà, ó no lugar compensacion los legados con las deudas voluntarias, ò necessarias. Y assi, lo primero digo, que por darse la dicha quarta parte para el efecto de substentarse el superstite por causa de necesidad, havrà lugar compensacion, sin distincion de especie, ó cantidad, como adelante diremos en las demàs deudas que se le deben al dicho superstite *ex legis dispositione*: *ut ita notat Covar. in cap. Officii, de Testament. num. 2. Aceved. in l. 7. tit. 9. lib. 5. Recop.* Y assi se prueba de la dicha ley 7. de Partida, *ibi*: „ E por esta razon tuvieron por bien los Sa-
„ bios Antiguos, que si el marido no dexasse à tal muger en que
„ pudiesse bien, è honestamente vivir, ni ella lo oviesse de suyo,
„ que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes de èl: y esto se entiende en los bienes de ella, como queda dicho; y aunque sea contra su voluntad: *ut ibi Greg. Lopez sic notat gloss. 5.*

197 La qual compensacion no havrà lugar en las deudas voluntarias, que son las que se deben por pacto, y condicion, sin distincion de especie, genero, ò cantidad, sino es constando lo contrario de la voluntad del testador: *ut ita notat Covarrub. ubi supr. n. 11.* de donde yo infiero, que por ser las arras voluntarias, y no necessarias, no havrà lugar la dicha compensacion, ora estèn, ò no entregadas: *ut ita notat Covar. ubi supr. n. 4. Palac. Rub. in cap. per vestras, de Donationib. inter virum, & uxorem, cap. 27. n. 2. 3. Tell. Fernand. in l. 16. Taur. n. 7. 8. contra Rodrig. Suarez in tit. de las arras, vers. Tertio limita.* Lo qual es al contrario, quando las deudas son necessarias *ex legis dispositione*, ò que se deben por costumbre, ò estatuto, como el luto que se le debe à la muger, el qual se reduce à cantidad; y assi, siendo la manda en cantidad, havrà lugar compensacion, y no se le darà, segun Gregor. Lopez *in l. 16. tit. 4. p. 6. quem sequitur, & refert Escob. de Ratiocin. cap. 30. n. 30.* aunque no con la distincion que en el numero siguiente se dirà, y sobre todo se ha de notar, que

si el testador dixere : „ Dexo , y mando de mis bienes , no havrà lugar la dicha compensacion ; pues es visto no ser bienes , hasta sacar las deudas : ora sean voluntarias , ó necessarias : ut ita notat Suar. *ubi supr.* Tell. *ubi supr.* Jas. *in auth. Præterea , C. Und. vir. & uxor. n. 26.*

198 Todo lo qual cessa , quando lo uno , ò lo otro se diferencia , porque el legado es en cantidad , y lo que se debe es en especie ; ó por el contrario , como en la cama , y lecho cotidiano , que al suprestite se le debe en la misma especie , segun la *ley 6. tit. 6. lib. 3. Fori* , ibi : „ El lecho que havian cotidiano sinque à el vivo : y assi no havrà lugar la dicha compensacion : ut *idem Greg. ubi supr.* salvo si el uno al otro se mandàre la misma cosa que se deben. Y es la razon , porque dos causas lucrativas de una misma cosa , y en una misma persona no pueden concurrir , aunque la primera se haya entregado ; aunque lo contrario es , quando son diferentes especies , segun dixo Fichardo *in §. Si res aliena , Inst. de Leg. n. 9. 10. 11. 15.* Y no ignoro , que lo que se debe mediante ley , no es en todo lucrativo , porque basta que se adquiriera mediante el matrimonio ; de que fuera lo contrario , si la primera , ò segunda donacion de la misma cosa se otorgarà por causa lucrativa , que por su entrego se hizo onerosa , assi como si fuera por causa de dote , por juzgarse por contrato oneroso respecto del marido. Y porque en realidad de verdad no ignoró el testador , que lo que mandaba era suyo ; y aunque lo ignoràra por la conjuncion de las personas , per ea quæ tradit Jas. *in l. Hujusmodi , §. Cum pater , n. 15. ff. de Legat. 1.* y assi en este caso se le deberá la estimacion ; el qual entrego basta que se haga fictè , segun , y que dicho queda en el *lib. 1. cap. 14.* Y para probarse la possession , y entrego , basta que el matrimonio sesiga , per *l. 17. Taur. hodie l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop.* Y lo que se pudiera dificultar acerca de la manda de la cama es , si se ha de entender de la preciosa con todas sus colgaduras , ó de la cotidiana : lo qual , segun opinion de muchos Doctores , en los casos semejantes se debe dexar al arbitrio del Juez , considerando la calidad del superstite , y hacienda del difunto : ut ita docet Palac. Rub. *ubi supr. §. 11. n. 9. quem sequitur , & refert Joan. Gare. de Expens. cap. 8. n. 14.* Finalmente se juzga por especie del quinto de los bienes dexado por el testador ; y esto es , porque los herederos no pueden pagar contra la voluntad del legatario la dicha manda en dineros ; porque lo que se dexa , assi como especie , como decir : „ Mando el dinero que yo tengo en

, tal parte, no se reputa por cantidad: ut infra diximus en el §. Legados, & probatur in l. 20. Taur. & Tell. in l. 16. Taur. supr. cit. n. 2. Jas. in l. Talis scriptura, n. 12. ff. de Leg. 1.

199 De todo lo qual yo infiero, que si el marido mandare á su muger las arras, ó joyas, que antes la tenia dadas, ó prometidas, no es visto mandarselas duplicadas en estimacion, porque tan solamente fue confirmar las primeras ad meliorem exactiorem; y esto procede, aunque el marido las haya recibido en aumento de dote con los demás bienes dotales, como assi lo tiene Jason ubi supr. n. 8. aunque si las recibió estimadas con la estimacion que causò venta, ut alibi diximus, se deberà su estimacion, sino es que se probare fraude, por aumentar las arras à la muger, por no poder exceder de la decima parte de los bienes; y si son joyas, de la octava parte de la dote de la muger: ut in l. 50. Taur. & in l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop.

200 Mas se infiere de lo dicho, que si el marido mandare á la dicha su muger todos sus vestidos, y joyas, no se ha de entender mandarselas dos veces, no siendo consumidas las que al tiempo de la manda tenia dadas por el dicho su marido; pues dos causas lucrativas de una misma cosa, y en una misma persona no pueden concurrir, ut supr. n. 197. sino es constando lo contrario de la voluntad del testador, ò si los recibió estimados, ut suprà dictum est; pero en los demás vestidos, y joyas que la muger tenia, extra de las prometidas, y entregadas por el dicho su marido, se le deben entregar con la distincion siguiente. Y es à saber: Que si los dichos vestidos, y joyas eran dotales, traídos por la dicha muger al dicho matrimonio, no havrà razon para entregarselos duplicados, segun dicho es, sino es recibendolos el marido con aquella estimacion que arriba diximos; porque entonces no hay duda, sino que assimismo se le darán los dichos bienes, y su estimacion: ut ita probatur in l. 2. §. Mella, ff. de Dote prælegat. & ibi Bartol. Aceved. in l. 7. tit. 9. n. 5. lib. 5. Nov. Recop. Y en caso que los dichos vestidos, ò joyas, ò parte de ellas, fueren gananciales, adquiridas constante el matrimonio, no solo se le dará á la muger lo que le pertenece, pero tambien en lo que fue estimada aquella cosa; y es la razon, que los bienes gananciales no admiten compensacion, porque la mitad de ellos ipso jure se adquieren para la muger en propiedad, y possession, aunque no en el acto de poderlos repetir; y assi no es visto mandarle lo que en esta forma es de la muger: ut ita sentit Bartol. in l. 1. §. Primum, C.

de Rei uxor. action. quem refert, & sequitur Castell. in l. 6. Taur. vers. 4. Y para bien juzgar estos legados, se debe atender con qué palabras son dexados; por que si dixo: „ Mando tales bienes mios, „ ó que yo tengo en tal parte, y estos fuessen gananciales, no es „ visto mandarle mas de la parte que al marido le pertenece; y fuera lo contrario, si dixera: „ Mando à mi muger tales bienes, sin usar de este nombre *mios*, porque entonces se le deberá enteramente su estimacion, como en la materia de legados mas largamente diremos. Demàs de lo qual se debe tener atencion, que en la dicha manda de los vestidos, no solo se comprehenden los que por entonces tenia, pero tambien los que estaban cortados en casa del Sastre; y assimismo el paño, ò tela texida, ò que se estaba tejiendo para el mismo efecto: ut ita tenet Jas. in l. *Cætera*, §. *Sed si paraverit*, ff. de Leg. 1. n. 20. & in l. *Hujusmodi*, §. *Legatum*, n. 8. Bart. in l. *Quamvis*, ff. de Aur. & argent. legat. & in l. *Ex facto*, §. *Rer. ff. Hæredib. instituend.* Y dice el mismo Bartulo en la dicha l. *Quamvis*, que esto se debe entender, quando los vestidos no son contra ley, y Pragmatica, aunque en este caso se deberá su estimacion: ut ita docet Jas. in l. *Quod Julianum*, §. *Constat*, n. 18. ff. de Leg. 1. Y assimismo se ha de advertir, que aunque los vestidos se aumenten, porque fortè no murió el testador por entonces, que no se deberá mas de los que se mandaren, aunque estèn rotos, y algo gastados; salvo si de todo punto están consumidos, porque entonces succederàn en su lugar los nuevamente hechos en su valor, y estimacion no mas: ut ita notat Jas. in l. *Stichum*, ff. de Leg. 1. n. 13. Castell. in d. l. 16. *Taur. littera Z, vers. Adde, fol. mibi 74.*

201 Y para conclusion de todo lo supradicho se ha de considerar, que de ninguna manera los dichos legados se deben compensar con las ganancias, ni dote, sino es en la forma que dicho queda por la ley 16. *Taur. bodie l. 7. tit. 9. lib. 5. Novæ Recop. & ibi Aceved.*

202 Mas se advierte, que si el marido mandare á su muger alguna heredad, ò otra cosa, que estè hypotecada, especial, ò generalmente á la dote de la dicha su muger, que no es visto haver lugar la dicha compensacion: ut ita notat Gregor. Lopez in l. 16. *gloss. 3. tit. 9. p. 6.*

203 Demàs de lo qual se debe considerar, que si el marido dixere, que estos vestidos, ò joyas que manda, valian quatro, y constasse valian mas, que assimismo fue visto mandarle todo su

valor : ut ita tenet Din. in l. Si fundum 83. §. Si libertus ; ff. de Leg. 1. & ibi Paul. n. 2.

§. Tercio , y quinto. 31.

204 Considerase assimismo , para que no preceda error en esta dicha materia de particiones ; que por irrevocable que sea la donacion , ó mejora que excediere de tercio , y quinto , que se podrá revocar à lo menos en lo necesario para lo funeral , y sufragio del testador ; y esto procede , aunque los bienes de la dicha donacion estèn entregados por via de contrato lucrativo , ó oneroso : ut ita notat Ant. Gomez in l. 17. Taur. n. 10. & Matienz. in l. 1. tit. 6. gloss. 4. n. 20. lib. 5. Recop. gloss. 3. Velazquez in d. l. 17. gloss. 3. advirtiendole , que estos gastos se deben sacar de lo que cupiere en el quinto ; y esto es , porque el testador no puede disponer en perjuicio de sus descendientes de dos quintos para el dicho efecto : ut docet Aceved. ubi sup. Castell. in l. 19. Taur. n. 4. Suar. in l. Quoniam in priorib. quæst. 9. n. 1. cum seqq. Y assimismo se ha de limitar , si la dicha primera mejora , y donacion fue especial de alguna cosa , porque para la mejora general , ora sea del tercio , ora del quinto , no se revoca la mejora especial en alguna cosa señaladamente : ut tenet Tell. Fernand. in d. l. 17. n. 125. Ant. Gomez tom. 1. cap. 12. n. 56. & in l. 7. tit. 18. p. 6.

205 De aqui se infiere , que la mejora , ó donacion causa mortis , no se puede revocar , haviendose entregado la misma cosa , ó el Instrumento , ó possession de ella ; lo qual se debe entender con la distincion siguiente ; scilicet : Que si la mejora , ó legado fue entregado por consideracion , y commemoracion de la dicha mejora , se podrá revocar ; pero si fue entregada simpliciter , sin hacer mencion , y commemoracion de la dicha manda , y mejora , no se podrá revocar , porque fue visto passar , y ser celebrado assi , como por contrato entre vivos : ut ita tenet Anton. Gomez in d. l. 17. n. 24. Molina de Primog. lib. 4. c. 2. n. 19. cum seqq. Aceved. in l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 28.

206 Y si alguno de ellos fuere mejorado por su padre en tercio , ó quinto , en cierta , y señalada cosa , de que por ventura la madre , ó otra qualquier persona tuviesse parte en ella , no es visto mejorarle en mas de aquella parte perteneciente al padre , sin distincion de la ciencia , ó ignorancia , & est. ratio ; quia in re sua , vel bonis eorum , & in facto proprio nulla justa ignorantia dari potest. Pero en caso que la cosa en que fue señalado el dicho tercio , era toda del padre , y faltaron bienes para el cumplimien-

to del dicho tercio , ò quinto , se ha de cumplir de los demás bienes del padre : ut docet Abb. & DD. maximè Covar. *in cap. Filius, de Testam. & per Ant. Gom. tom. 1. Var. res. c. 5. fol. 44. col. 4. in princip. Mantic. de Conjectur. ment. test. lib. 9. Ultimar. volunt. tit. 1. n. 7. cum multis aliis. Acev. in l. 2. tit. 6. lib. 5. n. 6. cum plurib. seqq.*

207 Y si despues de la mejora del tercio , ó quinto , estuvo la hacienda en compañía , y se aumentaron los dichos bienes , assimismo se ha de aumentar el dicho tercio , ò quinto ; y por el consiguiente , si fuesse en disminucion , será la dicha mejora por el dicho grado menor : ut mirabili doctrina docet , & defendit Aceved. *ubi supr. l. 3. n. 24. cum aliis seqq.*

208 Siguese de aqui , que si el padre , ò la madre mejoraren à alguno de sus hijos en alguna heredad , hasta en cantidad de mil ducados , y despues de muerto el padre , ò la madre , estuvo la hacienda pro indiviso , ò en compañía por algunos años , se le ha de entregar al dicho mejorado el fruto de la dicha heredad prorata hasta el valor de los dichos mil ducados : ut tenet Tell. *in l. 20. Taur. n. 11. & per ea quæ tradit Anton. Gomez Var. res. lib. 1. c. 12. n. 5.*

209 Y todas las veces que el padre , ò la madre mejorare á alguno de sus hijos en dos quintos , fue visto mejorarle en el tercio de sus bienes ; y si estos dos dichos quintos fueron dexados á diferentes descendientes , se debe entender ser mejorado el primero en lo que cupiere el tercio , hasta la cantidad de dicho quinto , y del otro quinto se sacarán los gastos funerales : ut probatur Tell. *in l. 28. Taur. n. 1 in fin. Ayora de Partition. 2. p. c. 8. per tot.*

210 Y assimismo se debe considerar , que si el padre , ò la madre en su testamento , y ultima voluntad declararon deber alguna cantidad à alguno de sus hijos , y mandassen se les pagasse , y restituyesse , aunque no parezca , y conste ser assi , es visto ser mejorado en aquella cantidad en lo que cupiere el tercio , y remanente del quinto ; y si la dicha declaracion fue en favor de persona estrañã , fue visto mandarle el remanente del quinto : *Et est ratio , quia causa falsa non vitiat legatum : ut ex text. in l. 1. & 2. ff. de Caus. falsa adject. legat. Bart. & commun. DD. in l. Cum quis decens , §. Titio , ff. de Leg. 3.*

211 Demás de lo susodicho se ha de notar , que aunque es verdad que pueden mejorar á qualquiera de sus hijos en el tercio , y remanente del quinto de sus bienes , conforme à la ley 3. tit. 6. lib. 5. *Recop.* teniendo facultad assimismo de señalar el dicho ter-

cio, y quinto en qualquier parte de sus bienes; con todo esso, si el dicho tercio, ò quinto fue señalado por los dichos ascendientes en una heredad, que aunque no exceda del valor del dicho tercio la dicha heredad, excediendo en el valor del usufructo, ó siendo mejor heredad, y de mejor calidad que los demás bienes del dicho ascendiente, es perjuicio que se les hace á los demás herederos, y descendientes, y assi los repartidores, en recompensa de este agravio, satisfarán á los demás hijos, y descendientes en los demás bienes en alguna parte que de su legitima le puede pertenecer, que no es justo, que despues de ser mejorado el hijo, lo sea en los mejores, y mas fructiferos bienes: ut ita probatur Aceved. *in l. 3. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 1. & 2. Covar. in cap. Reynald. §. 2. n. 5. de Testam. Matienz. in d. l. 3. tit. 6. lib. 5. gloss. 1. n. 2.*

212 De aqui se infiere, que si esta heredad, en que fue señalada la dicha mejora de tercio, ò quinto, no vale, ni llega al valor de la dicha mejora, siendo de mejor calidad, assi como por ser mas fructifera que los demás bienes del testador, ò porque era heredad nueva, de que en poco tiempo havia de crecer su valor, no se debe suplir la dicha mejora del tercio, ò quinto de los demás bienes, pues en poco tiempo ha de tener mas valor, y estimacion que el dicho tercio, y quinto: ut notat Anton. Gomez *in l. 17. Taur.* Y pues la question nos ha dado razon de dudar, para que mejor se entienda, se supone en el primer caso, que la heredad, en que fue señalado el dicho tercio, valia más de doscientos ducados, por razon de ser mas fructifera, respecto del valor de la dicha mejora; y en este dicho caso los partidores considerando este valor, se le han de baxar al hijo mejorado los dichos doscientos ducados de los demás bienes de su legitima. Y en el segundo caso tenemos de suponer, que la heredad en que fue señalado el dicho tercio, ò quinto, no valia, segun el tiempo presente, el tercio de los demás bienes de la hacienda; pero era evidente, que dentro de poco tiempo, por ser de mejor condicion, havia de valer la estimacion del dicho tercio, y quinto de mejora, y entonces, consideradas estas dichas calidades, se ha de hacer esta computacion, segun el mejor arbitrio de los Contadores.

213 Y todas las veces que la cosa en que se señaló el dicho tercio, y quinto, saliere cierta, no serán obligados los demás herederos á la eviccion, y saneamiento, por ser dividida por el padre; salvo si fue por cuenta de su legitima, ora se le diesse al hijo en vida, ó por testamento, per ea quæ tradit Anton. Gomez *Vid. res.*

res. cap. 2. n. 34. in medio, quem sequitur *Acev. in l. 2. tit. 6. n. 14. lib. 5. Novæ Recop. per l. pen. tit. 15. p. 6.* Y en caso que el testador mandasse, è hiciesse la dicha mejora en alguna cosa señalada, en la qual no tenia sino una parte, entonces no seràn obligados los herederos à su eviccion, por no ser visto haver mandado mas de la parte que alli tenia el testador; salvo si se probasse, que el dicho testador siempre creyò, y tuvo por cierto, que aquella cosa era suya, porque entonces se le deberá toda, ó su estimacion, como diremos adelante en el §. Legados, num. 236. & ita tenet *Aceved. ubi sup. l. 3. n. 4. cum seqq. per l. 10. tit. 9. p. 6.* Pero en las demás donaciones, que se otorgan entre vivos, no se deberá la eviccion, si incipiat à traditione, sino es que se prometió, y entregó juntamente, y precedió aceptacion. Y assimismo se deberá la eviccion, aunque tan solamente se haya prometido, y aceptado: *ut ita docet Anton. Gomez 2. tom. Var. res. cap. 2. n. 35. per totum:* adonde dice, que en todos los casos que el donante no tiene obligacion à la dicha eviccion, assimismo no tiene en las mejoras, daños, costas, è intereses de la cosa vendida; lo qual con la misma distincion se debe entender en las dotes prometidas con la limitacion siguiente; conviene à saber, que si lo que se prometió fue en especie indeterminada, assi como si se prometió cien hanegas de trigo ó arrobas de vino, ò aceyte, y esto fue vendido, que entonces tendrá obligacion el donante à la eviccion; pero si fue en genero determinado, assi como casa, heredad, y despues de la tradicion sea vendida por otro tercero, entonces no tendrá obligacion à la eviccion, ni à sus daños, è intereses; salvo si la cosa que se diò, y entregò fue estimada con aquella estimacion que causò, y celebrò venta; ò quando el donante se obligò à la eviccion, y saneamiento, ó quando precedió fraude, y engaño, porque entonces tiene obligacion à la estimacion de la cosa vendida: *ut ita tenet Anton. Gomez ubi sup. num. 36. per leg. 22. tit. 11. part. 4.* Y en quanto al dolo, y fraude, tan solamente ha lugar en este caso de dote, porque en los demás no havrà lugar, sino es en quanto à la pena del dolo, que será pagar los gastos que se huvieren hecho en la cosa vendida, pero no en su valor: *ut in leg. Arist. §. fin. ff. de Donationib. & ibi communiter DD.* Finalmente, se deberá esta eviccion sin ninguna distincion, quando esta dicha dote se debe de obligacion: *ut Anton. Gomez ubi supr. n. 37.*

214. Y lo que se puede dudar es, si supuestò que por la ley

19. *de Toro* pueden los padres, y ascendientes señalar el dicho tercio, y quinto en qualquier parte de sus bienes en favor de sus hijos, y descendientes; y assimismo en favor de estraños en quanto al quinto, si podrán assimismo los hijos, y descendientes señalar el tercio de sus bienes, de que pueden disponer, no teniendo descendientes legitimos, y teniendo ascendientes, segun la *ley 6. de Toro*, en qualquier parte de los dichos sus bienes: á lo qual se responde con suma brevedad, que si el dicho tercio fue mandado á alguno de sus ascendientes, que procederá la misma doctrina; pero si fue mandado á estraño, no le podrá señalar, sino que de todas se ha de pagar. Y lo mismo es aunque el testador dexé facultad al legatario, y mejorado, para que pueda escoger, y elegir el dicho su legado en los bienes que quisiere. Y esto procede aun en los mismos descendientes, por no lo poder cometer, segun la *dicha ley 19. de Toro*, & *ibi n. 1. & num. 4.* & ita ante practicabatur, secundum *Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in priorib. fol. 88.*

215 Mas se advierte, que en lo que el padre gastó por el hijo, por causa de alguna travesura, ò delito, fue visto mejorarle, sino es que el padre era administrador de algunos bienes del hijo; porque entonces se presume haverlo gastado por su cuenta, como tal Tutor, y Administrador: ut ita tenet *Alex. in l. In quar- tam, ff. Ad l. Falcid. n. 23.* *Ant. Gomez in l. 29. Taur. n. 20.* *Molin. de Just. & jur. 2. tract. disput. 240. n. 3.* adonde lo limita con Bartulo, y dice, que esta es comun opinion, segun Sylvestre, sino es que conste, que el padre quiso se contentasse á cuenta de su legitima; pero con todo esso hay diversas opiniones, en especial lo quiso sublimar Ayora, y dice: que si lo que se gastó fue en mucha cantidad, no procedera la doctrina de Antonio Gomez, sino es caso que lo que assi se gastó fue en poca cantidad; porque entonces fue visto gastarlo por causa de piedad; id est, mejorarle en ello, sino es que assimismo el dicho su padre lo asentasse en su libro, ò constasse de otra qualquier razon, por donde pareciesse no fue voluntad suya lo gastaba por causa de piedad, ni por mejorarle en ello: ut ita scribit in *tractatu de Partitionib. 2. p. c. 17. per totum*: la qual opinion, aunque tiene buena distincion, seguirè la que siguieron muchos, y graves Doctores, referidos por el Licenciado Cevallos, Abogado insigne en la Ciudad de Toledo, en que dice: que sin ninguna distincion de poca, ò mucha cantidad, no es visto mejorarle en ello,

sino es que consta lo contrario de la voluntad de sus padres. Y assimismo Cevallos reprueba la opinion de Ayora, por no haverlo fundado en Derecho: *Vide eum in 2. lib. Pract. Quæst. c. 513. per totum.*

216 Y en lo que el hijo huviere gastado por causa de sus estudios, tambien ha havido diversas opiniones. Y assi digo, que para quitar confusiones, tengo de seguir la opinion de Avendaño, y sus sequaces, en la *ley 29. de Toro, ex n. 5.* en que dice, que todo lo que el hijo huviere gastado en aprender la Gramatica, ó en los otros Estudios, ò lo que se le huviere dado para libros, ora sea en potestad, ò no del dicho su padre, ò lo que gastò en el Grado de Bachillèr, Licenciado, ó Doctor, se ha de entender en ello mejorado, en quanto no exceda de su legitima hasta el tercio, y quinto, pagando el funeral; de cuya opinion fue el mismo Cevallos *ubi sup. lib. 1. quæst. 268.* Todo lo qual assimismo procede, y se estiende, aunque el padre proteste que lo gasta por cuenta de su legitima, con tanto que este dicho gasto no exceda de lo que el padre pudiera gastar en alimentarle, teniendole en su casa; pues á ello tienen obligacion, segun su hacienda, y calidad; assi como los mantenimientos ordinarios, como el vestir, y calzar, el habitacion, las medicinas, y las demás cosas ordinarias, salvo si el padre era administrador de su hijo, como dicho queda. Y por el consiguiente, se ha de entender en lo que se gastò, para que el hijo aprendiesse à leer, y escribir, como en aprender algun oficio, assi como Zepatero, Sastre, Carpintero, Pintor, Platero, Escultor, Bordador, Zurrador, Herrero, Herrador, y otros semejantes, por computarse con los alimentos que los padres tienen obligacion à dár à sus hijos: *ut in l. Qui pater 2. ff. de Famil. erciscund. & in l. 5. tit. 15. p. 6. & in l. 3. tit. 4. p. 5.* Demás de lo susodicho, se ha de considerar, que la donacion que el padre otorga en favor de su hijo, para que à titulo de los bienes que assi le dà, se ordène, no lo debe traer à divission, ni particion con los demás herederos, por ser visto ser mejorado en los dichos bienes en tercio, y quinto: lo qual es irrevocable desde el dia del entrègo, salvo si el padre protestasse se lo daba à cuenta de su legitima; como assi lo tiene Avend. *in l. 29. de Toro in n. 8. gloss. 3. Tell. Fernandez in l. 26. n. 16. quem sequitur Aceved. in l. 10. tit. 6. n. 29. 30. lib. 5. Novæ Recop. Anton. Gomez. in d. l. 29. n. 21. vers. Item sub infero.* Y mas dice Antonio Gomez, que de ninguna manera se le de-

debe imputar en su legitima lo que se gastò en alcanzar algun Curato, Prebenda, ò algun Grado: lo qual se ha de entender, no protestando el padre, porque entonces, ora sea en este caso, ò en otro qualquiera de mucha, ò poca cantidad, como sea en los supra referidos, se han de contar en su legitima; y en caso que no se haya hecho la dicha protesta, quedará irrevocable la dicha donacion, como dicho es: *ut ita notat Molina de Just. & jur. 2. tract. disp. 241. n. 9.* aunque en los demás gastos que se hacen para alcanzar estos dichos officios, ò dignidades, assi como convites, y colaciones, no se deben traer à particion, aunque el padre lo proteste; y es la razon, porque estos dichos gastos se deben computar con los alimentos, como dicho queda. Y assimismo no se deben imputar al padre, ó à la madre en lo que libremente puede disponer, supuesto que todos los hijos gastan al tiempo que toman estado, ò alcanzan algun officio, ò dignidad: *ut etiam notat Molin. ubi sup. disp. 238. n. 21.* Pero en los demás officios que el padre compra à algun hijo, assi como Regidor, Jurado, Veintiquatro, Escribano, ò Procurador, y otros semejantes; y en los officios Militares, que se compran para la guerra, se traerán à colacion, y particion, sin ser visto ser mejorados en ellos, sino es que se expresa: *ut ita docet Anton. Gomez, ubi sup. n. 21. vers. Item sub infero, cum seqq.* Y en quanto à los gastos que los padres hacen en las bodas con sus hijos en comida, y colaciones, no es visto gastarlo con animo de contarselo en su legitima, aunque se haga la protesta dicha, como assi lo tiene Molina, *ubi sup. n. 12.* aunque no procederà lo susodicho en las joyas de oro, y vestidos que el padre diò à su nuera, hijo, ò hija al tiempo del matrimonio; porque en realidad de verdad, se deben traer à particion; muerto el padre, con los demás herederos, por ser dadas por consideracion de su hijo, à cuenta de su legitima, ò dote prometida; salvo si se dieron por contemplacion de la nuera; porque entonces fue visto ser donacion, en quanto no exceda del quinto, como sin esta limitacion lo tiene Anton. Gomez *ubi sup. n. 13. 15.* adonde dice, que en caso que las dichas joyas estèn consumidas, ò deterioradas, se han de bolver en la estimacion que las recibió, & *vide alios casus, quos refert Anton. Gomez ubi supra, num. 21. vers. Item sub infero, cum seqq.* Mas se debe notar, que todo aquello que el padre, ò la madre diere à alguno de sus hijos, por via de casamiento, lo debe traer à particion con los demás herederos, salvo si de

de su parte renunciaren la hacienda, y herencia de los dichos sus padres; porque entonces no tiene obligacion, sino es que la dicha dote, ò donacion propter nuptias, excediò de su legitima, y tercio, y quinto; porque en quanto al exceso, se debe traer à particion: *ut ex dict. l. 29. probatur*, y esto se ha de entender en los hijos tan solamente, y no en las hijas; pues de Derecho Real no pueden ser mejoradas tàcita, ni expressamente por via de casamiento, ni por otro qualquier contrato entre vivos, *segun la Pragmatica 101. de Madrid, que es la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. & ita notat. Avend. in dict. l. 29. Taur. glos. 1. n. 1. & 2. Gregor. Lop. in l. 8. tit. 4. p. 5. verb. A otro. Matienz. in d. l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 1. Baez. de Non meliorand. cap. 1. n. 27. & cap. 7. usque ad n. 8.* Y procede en tanta forma la dicha doctrina en favor de los hijos, que de ninguna manera pueden los padres hacer otras mejoras en su perjuicio, excediendo lo que recibieron de la dicha su legitima del dicho tercio, y quinto, sino es en lo que no excediere; esto atento que las dichas donaciones, y dotes fueron irrevocables tàcitamente con su entrègo: *ut in l. 9. tit. 6. lib. 5. Recop. & ibi Aceved. adonde assimismo afirma ha de proceder la misma doctrina en las donaciones simples, otorgadas en vida por los padres, siendo entregadas; las quales ipso jure son irrevocables, sino es en lo que faltare del dicho tercio, y quinto, considerando estas donaciones al tiempo de la muerte del donante, y no al tiempo que se otorgò, segun la ley 23. de Toro;* no obstante que en las dotes, y donaciones propter nuptias, tiene eleccion el donatario de elegir el tiempo que mejor le estuviere: *ut in l. 29. Taur. in fin.* Y todas las veces que los padres han de hacer el dicho entrègo à los dichos sus hijos de las dichas dotes, se le han de computar, y contar los vestidos, y joyas que tuvieren al tiempo del matrimonio, salvo los vestidos ordinarios, de los quales comunmente usaban à traer, porque estos se computan con los alimentos que los padres tienen obligacion à dár à sus hijos: *ut notat Molina de Justitia, & jure, 2. tract. disp. 238. n. 11.* Ni assimismo se le deben computar los bienes castrenses, vel quasi castrenses, que son los que diximos en este capitulo ubi suprà en el §. Frutos, numero 10. porque estos los ha de llevar el hijo precipuo, juntamente con el usufructo que de ellos huviere el padre gozado, y assimismo los bienes que con ellos se huvieren adquirido: *ut in leg. 1. C. de Pecul. castr. lib. 2.* lo qual será al contrario en los demàs bienes que al hijo le huvieren dexado por testamento, ò por otro qualquier título adquiridos; por-

que aunque son suyos en propiedad ; pero con todo esso no llevará el fruto que de ellos el padre huviere gozado , por reputarse por bienes adventicios ; y esto procede , aunque sean los bienes donados por sus padres , per ea quæ tradit Molin. *ubi sup. disp. 230. n. 4. in disp. 233. n. 2.* Y por el consiguiente será lo contrario en los bienes que el hijo ha ganado con el dinero de su padre , ó madre , que el Derecho llama profecticios ; porque de estos no debe llevar el hijo cosa alguna , por ser propriamente del padre : *ut in l. 5. tit. 17. p. 4.*

217 Y aunque es verdad , que estando los hijos , è hijas en la potestad de sus padres , es visto darles las dichas dotes de sus mismos bienes , y no de los bienes , y hacienda de sus hijos , en caso que sean administradores : *ut ita docet Anton. Gomez in d. l. 29. Taur. n. 16. versic. Confirmatur ;* pero con todo esso ha de ser lo contrario en lo que el padre , ò la madre huvieren gastado con los dichos sus hijos en alimentarles , y doctrinarles ; y en lo demás , que de no ser sus administradores se presumiera lo havian gastado por causa de piedad , como dicho queda ; y assi , en caso que sean Tutores , y Administradores de los dichos sus bienes , siempre en duda es visto haverlo gastado por cuenta de su capital de los dichos sus hijos , aunque de los bienes comunes no se haya hecho particion : *ut in l. 36. tit. 12. p. 6. & ibi Gregorio Lop. Bart. in tract. de Duob. fratr. n. 16. Navarr. in Manuali, cap. 17. n. 160. Anton. Gom. ubi sup. l. ult. ff. de Pet. hered. & in l. Nencen. ff. de Negot. gest.*

218 De aqui se sigue , que si la madre , siendo viuda , dotó à su hija , y le dió algunos bienes para su casamiento , no se presume haverse los dado á cuenta de su legitima , sino por cuenta de los bienes , y legitima de la dicha su hija , de quien era Tutora , y Administradora ; cuya razon es el no tener potestad la madre en sus hijos , como la tiene el padre , *ut sup.* pero en caso que no fuesse Administradora , se entenderà haverlos dado por cuenta de la legitima de su madre ; y esto procede , aunque sea administradora en lo demás que la dicha dote excediere de los bienes de la dicha su hija : lo qual no procedè en el Tutor extraño ; porque aunque mas le prometa , no se presume hacerle donacion del exceso , sino es constando lo contrario de la voluntad del dicho Tutor : *ut ita probat Ant. Gom. ubi in l. 50. Taur. n. 23. & 24.*

219 Y aunque es verdad , que lo que el padre promete en dote à alguno de sus hijos , se ha de sacar de los bienes multi-

plicados, y ganados constante el matrimonio; y de no haverlos, de los bienes de el padre, ó de la madre, obligandose, en quanto à la mitad, y no mas, segun la *ley 53. de Toro*; pero con todo se ha de tener lo contrario, quando el padrastro, juntamente con su muger, ò la madrastra, juntamente con su marido, dotaron alguna hija, ò hijo de qualquiera de ellos; porque entonces no fue visto que el padrastro, ó la madrastra se obligaron de por mitad de sus mismos bienes, sino de los bienes de el entonado; y en caso que no los tenga, en duda se presume que prometió la dicha dote con animo de repetirla; y es la razon, porque de la manera que el padrastro no tiene obligacion à alimentar, ni recibir à los hijos de su muger; y en caso que lo haya hecho, se presume haverlo hecho con animo de repetirlos; assi en nuestro caso ha de correr la misma razon, sino es constando con claridad, y con vehementes presunciones, que el padrastro, ò la madrastra la prometieron de sus mismos bienes, y no con animo de repetirla. Y debaxo de este parecer nos confirmamos con el Doctor Carcava, Abogado en la Villa de Ocaña, y el Doctor Gutierrez, Abogado en la Villa de Mora, y el Licenciado Ruiz de la Vega, Abogado en Toledo, en una Escritura de promessa de dote, adonde el padrastro, y la madre se obligaron juntamente de mancomun, de dár mil ducados à la hija de ella; y assi lo sienten *Castill. in l. 53. Taur. littera G. per text. in l. Si paterno, ff. de Neg. gest. sin embargo, que en quanto à los alimentos dice la ley 37. tit. 12. p. 5. es necessario hacer protesta, porque tan solamente se ha de entender para aquel caso; demàs, que en caso que los gastos sean grandes, y el padrastro sea pobre, no es necessaria la protesta: ut ibi Gregor. glos. 1. in fin.*

220 Y aunque es verdad, que los hijos, habiendo recibido algunas dotes, ò donaciones propter nuptias, que sus padres juntamente les dieron, ò de los bienes comunes les entregaron, no se deben traer todos à particion, sino tan solamente la parte que le puede pertenecer del que muere, sino es en caso que el difunto tenga obligacion à pagarla toda, segun dicho queda, y se prueba de la *ley 53. de Toro, hodie l. 8. tit. 9. lib. 5. Recop.* pero con todo esso, excediendo las dichas donaciones, ò dotes propter nuptias, de lo que les puede pertenecer à las hijas, podrán muy bien ser apremiadas ellas, y sus maridos, à que traygan à particion, y division el dicho excesso, aunque sea en vida de sus padres;

dres; sin embargo que las dichas hijas tienen eleccion para aceptar los bienes de sus padres, que es al tiempo de la muerte del que prometió las dichas dotes, ò al tiempo del entrègo, conforme la *ley 29. de Toro, hodie l. 3. tit. 8. lib. 5. Recop.* Y es la razon, que las hijas de ninguna manera pueden ser tacitas, ni expressamente mejoradas en tercio, ni en quinto por via de casamiento, ni por otro qualquier contrato, segun la Pragmatica 101. de Madrid, *hodie l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop.* Y aunque es verdad, que en este caso hay diversidad de opiniones; pero siguiendo la mas comun, y probable, digo, que si el padre, o la madre entregaron la dicha dote, siendo excessiva de la dicha su legitima, podrán muy bien venir contra su mismo hecho, y obligar à las dichas sus hijas, y yernos à que traygan à colacion, particion, y division las dichas dotes, por la razon dicha, de que no pueden ser tàcita, ni expressamente mejoradas: ut ita in patre dicit Baeza *esse veriore opinionem in cap. 34. n. 1. 2. Matienz. in l. 3. glos. 7. n. 6. tit. 8. lib. 5. Nov. Recopilat. Angelo in leg. 10. tit. 6. glos. 9. n. 2. lib. 5. Recop. Palac. Rub. in leg. 17. Taur. n. 44.* aunque en los hermanos, muchos de los referidos Doctores tuvieron lo contrario, en que dixeron, que de ninguna manera tienen accion à pedir este exceso en vida del padre que prometió la dicha dote: ut ita disputant Baeza *in dicto cap. 34. ex Matienz. in l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 2. cum aliis sequentibus: Ayora de Partitionib. 2. p. cap. 20. n. 55.* adonde dice assi haverse determinado en el Audiencia de la Chancilleria de Granada, no solo à pedimento del padre, pero tambien de los demàs hermanos, hijos herederos: contra todos los quales, en quanto à los hermanos, lo tiene Palacios Rub. y Acevedo, en que dicen, que no solo se ha de entender la dicha doctrina en favor de los padres, pero tambien en favor de los hermanos; y assi, que no solo los unos, pero tambien los otros podrán pedir en vida el dicho exceso de la dicha legitima: tu cogita, & vide eos: Palac. Rub. *ubi supra, n. 44. Aceved. in dict. leg. 1. tit. 2. n. 20. cum sequentibus, lib. 5. Novæ Recopilat.* adonde todos concluyen, no se han de entender las dichas opiniones contra los hijos dotados, sino tan solamente contra las hijas.

§. Legados, 32.

221 Y siendo pagadas todas las dichas deudas por el orden referido, tendrán lugar los legados, y han de ser pagados en la forma siguiente. Y assi, lo primero se ha de notar, que todos
los

los legados que fueren de una misma calidad, serán pagados enteramente, habiendo bienes suficientes en el capital del difunto, y testador; y de no ser suficientes para satisfacer á todos, se pagarán pro rata de ellos, considerando su cantidad, rateandose, y desfalcandose lo que en tales casos fuere justo; de manera, que todos los legatarios lleven parte de los dichos sus legados, sin que resulte perjuicio à la legitima de los descendientes, ò ascendientes: *ut in leg. Si quis testamento, §. Apud Julianum, ff. de Legat. 1. & in leg. Si verò composita, §. 1. ff. de Milit. testam.* Cajus Juriscons. *in l. In quantitate, §. fin. ff. ad leg. Falcid. Parlad. lib. 1. Rer. quot. cap. 18.*

222 Y no solo procede en legados gratuitos la referida doctrina, pero tambien en los legados piadosos, y de caridad, y aunque sean dexados por causa de remuneracion, y de deudas: *ut notant. Bart. in authent. Similitèr, C. ad l. Falcid. ibi: Licet legata detrahantur, ut æs alienum: Tiraq. de Privileg. pie causæ, privileg. 72. Gregor. Lop. in l. 1. tit. 11. p. 6. glos. 1. Gutierr. in l. Nemo potest, n. 94. & 97. ff. de Leg. 1.* No obstante, que en el Derecho de la quarta falcidia, no ha lugar la dicha desfalcacion: *ut sup. diximus in cap. 5. n. 17. de este segundo libro.* Todo lo qual en nuestro caso se debe limitar en los casos siguientes. Lo primero, si de la voluntad del testador consta, quiere que los dichos legados se paguen enteramente. Lo segundo, en los legados que son dexados por causa de libertad, no siendo en perjuicio de los dichos descendientes, ò ascendientes. Lo tercero, en el gasto funeral del dia del entierro, assi como del gasto de la sepultura, cera, y Missas: y esto se ha de entender estando ya gastado; porque de no estarlo, es opinion, que assi mismo havrà lugar la dicha desfalcacion: *ut notat Angul. & Aceved. in l. 13. tit. 6. l. 5. Novæ Recopilat. n. 19. usque ad fin. adonde el mismo Acevedo dice, que los legados dexados á descendientes, se han de imputar primeramente en el tercio, para que haya menos que desfalcar del quinto por favor del alma.*

223 Y no solo havrà lugar la dicha desfalcacion en la forma dicha; pero tambien se debe hacer de la liberacion que el testador hace de la deuda que le debe su deudor: *ut ita notat Paul. de Castro in dicto §. Apud Julianum: Escobat. de Ratiocin. comp. 10. num. 11.*

224 Todo lo qual cessa, y no procede, quando los legados son dexados en especie, ò en cosa determinada, assi como casa, he-

heredad, libros, ò dineros, señalados, y estantes en alguna parte, y por el consiguiente en el usufructo de alguna heredad; y esto es, por ser, como son, de mejor condicion, y calidad que los legados en genero; y porque luego recta via passa el dominio de ellos en los legatarios: ut ita notatur in l. In ratione, §. Incertè ff. ad l. Falcid. & in l. Titio, ff. de Part. & in l. 1. ff. de Legat. & ita docet Escob. ubi supr. n. 10. aunque lo contrario tiene Acevedo en el lugar arriba citado. Finalmente se ha de notar, que todas las veces que huviere lugar la dicha desfalcacion, se ha de considerar, para que sea justa, que parte es la que manda mas al testador de lo que puede, ò de los bienes que tiene; porque si es segunda, ò tercera parte, á esse respecto se le quitará á cada legado otra segunda, ò tercera parte; assi como si el testador tenia quatro mil ducados, y mandò seis mil, por manera, que mandò la tercia parte mas de lo que tenia, assi, á cada legado se le quitará tercia parte: ut notat Escob. ubi supr.

225 Demàs de haverse declarado en que forma han de ser pagados los dichos legados, resta que con brevedad se noten algunas dificultades, tocantes, y concernientes á la dicha materia. Y assi, lo primero se advierte, que todos los legados, que fueren dexados en cantidad, teniendo el testador dineros, no hay duda, sino que de alli se pagará; y si dineros no tuviere el dicho testador, el heredero cumplirá con los dichos bienes, estimandolos en aquella cantidad; y si el dicho legatario travó execucion en los dichos bienes, y el dicho heredero ofreciere otros qualesquier, aunque no halle quien los compre, ha de cessar la dicha execucion: ut in l. fin. §. Et si præfatam, C. de Juré deliberand. & ibi commun. DD. Baeza de Inop. debitor. cap. 6. n. 17. Porcellon. in tract. de Inventario, quæst. 7. cap. 1. n. 3. faciunt dict. per Tiraq. de Retr. linag. §. 1. glos. 6. n. 20.

226 Mas se advierte en esta dicha materia, que si el testador mandasse en general todo lo que fuesse hallado en cierta parte, y lugar, se ha de entender assimismo lo que antes de ser muerto fue agregado, y llegado en aquella dicha parte, como sea puesto con ignorancia, ò contra el consentimiento del testador, y se probare con dos testigos: ut ex text. in l. Cum ita, ff. de Legat. 2. & ibi Bart. Alber. Bald. & commun. DD. Y si lo que se mandò fue especial de alguna cosa, assi como de trigo, cebada, ò otra qualquier cosa, no es visto mandarle lo que antes de su fin, y muerte en aquella parte se agregó; pero si el dicho trigo fue todo, ò algu-
na

na parte gastado, y despues fue ocupado el sitio con el mismo género, es visto subrogarse en su lugar en quanto à su primera cantidad, y no mas; y es lo contrario en los vestidos: *ut supr. §. Compensacion, n. 201. & ita probat Anton. Gomez 1. tom. Var. res. cap. 12. n. 49. & 50. Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 202.* adonde dice, que en el primer caso no se comprehenden los Instrumentos, y Escrituras de las acciones, y derechos del testador, sino es que no hay otra cosa. Y dice assimismo, no se debe comprehender en aquel legado los dineros que alli se hallaren, sino es que estuvieren assi como atesorados para siempre, *per l. Si ita legatum, & l. Uxorem, §. Legaverat, versic. Item quesitum est, & l. Quesitum est, §. Mævia, l. Si chorus, §. 1. & l. Prædiis, §. Pater filii, & l. Si mihi, §. ultim. ff. de Legat. 3.* Y es de notar, que si el testador dixere: „ Mando las tres, ò quatro, ò cinco partes, „ del trigo que tengo en tal parte, para ser justo este legado, y que se le dè lo que es suyo al legatario, se debe distribuir, y dividir el dicho trigo, ò otra qualquier cosa, mueble, ò inmueble, en doce partes, y de aquellas se le daràn las que el testador mandó. Y fuera lo contrario, si como dixo: „ Mando las tres partes, „ ò quatro partes, dixera: „ Mando la tertia, ò quarta parte, porque entonces se ha de dividir en las partes que suena: *ut ita tenet Gutier. de Tutel. lib. 3. cap. 22. per tot. quem sequitur Escob. de Ratiocin. cap. 30. n. 2. in casu ab ipso propos.*

Formatur alia clausula extra ordinem.

Formatur alia clausula.

227 Demàs de lo qual se ha de notar en esta dicha materia, que si el marido mandare à su muger la lana que tenia, no se debe entender de lo texido, pero se debe entender de lo que estuviere labrado, cardado, hilado, como no estè teñido en hebra, ò estè en tela, aunque no estè teñido; y no se dice lana, mientras no estè esquilada, sino es que está en la piel yà separada; todo lo qual es al contrario en la manda del lino, porque de qualquier manera que estè, siempre es visto mandarse: *ut hæc omnia in l. Si cui lana, ff. de Legat. 3. & ibi commun. DD.*

228. Y todas las veces que el testador mandare todos sus bienes muebles, no se debe entender mandar sus derechos, y acciones, por juzgarse de derecho otro genero de bienes: *ut tenet Jas. Consil. 5. vol. quem sequitur, & refert Villalob. in Aërario mill. Commun. opin. littera L. n. 54.*

229 Mandando el testador alguna heredad, ò casa, ò otra qualquier cosa, es visto, teniendo muchas de aquel mismo genero, no siendo determinada, y señalada la dicha manda, mandar

las mas pequeña, y de menos valor, y es en eleccion del heredero de darle la que quisiere: *ut ex text. in l. Semper in obscuris, ff. de Regul. jur. Covar. in cap. Indicante, n. 4. de Testament.* Y en caso que el legado fue dexado por causa pia, es en eleccion del legatario: *ut ita notat idem Covarrub. Bart. in l. Titio, §. Scio, de Aur. & argent. legato.*

230 Y si el testador mandare toda la presea, y alaje de su casa no se ha de entender serle mandado sus vestidos, joyas, y galas, por razon de que los vestidos no se comprehenden, ni reputan por alaje, y presea, como assimismo no se comprehenden los libros, y armeria del testador; pero todas las demàs cosas comunes para el servicio de casa; como son las camas, colgaduras, ropa blanca, bufetes, carpetas, mesas, arcas, y todo aquello que fuere para el servicio de la cocina, aunque sean dobladas, y muchas, se ha de entender ser la presea: *ut ita probatur in l. Supellectili legata, & ibi gloss. & commun. DD. ff. de Supellect. legat.*

231 Mandando, pues, el testador cierta cantidad á persona cierta, para dote, y casamiento, se le ha de entregar, aunque al tiempo del testamento, y despues de muerto el dicho testador, estè casada la dicha persona; lo qual es al contrario, si la manda fue dexada para casar doncellas, ó parientas, no señalando persona determinada: *ut hæc omnia probantur in l. Hæc conditio 10. & in l. Si jam facta, & in l. Condicio nostra 40. ff. de Conditionib. & demonstrationib. Sarmient. lib. 2. Select. cap. 1. n. 11. Spin. de Testament. glos. 14. n. 152. Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donationib. inter virum, & uxorem, notabil. 3. n. 4. Covar. ubi supr. in cap. Officiis, n. 9. Thom. Sanchez lib. 1. de Sponsalib. disp. 33. n. 32. vers. Standum. Cevall. Commun. contra commun. quæst. 138. n. 6. Jas. in l. Quo minus, num. 157. ff. de Pluminib. Hyppolit. in Pract. §. 2. num. 53.*

232 Y si el testador mandare el quinto de sus bienes á un hijo natural, aunque huviesse dexado otros legados, y mandas, gracias, no se han de sacar del dicho quinto, no dexando el dicho testador hijos, ó descendientes legitimos aliàs secus; pero en quanto á las deudas, será obligado el hijo natural á pagar pro rata de lo que le cupiere, sino es constando lo contrario de la voluntad del dicho testador; y haviendo dexado, y mandado otros legados en especie, assi como un cavallo, casa, ó heredad, se sacaran primeramente que el dicho quinto; lo qual es al contrario, si las dichas mandas fueron en cantidad, porque éstas se han

han de sacar despues del dicho quinto: *text. est in l. Si quis servum, §. fin. ff. de Legat. 2. & in leg. Qui quadraginta, ff. ad Trebel.*

233 Y porque en los legados condicionales, especialmente en los que son à dia cierto, se ofrecen algunas dificultades, para su claridad se advierte lo primero, que si la manda, y legado de voluntad del testador, fue dexado para dia cierto, assi como si dixesse: „ Mando à Sempronio cien ducados, los quales quiere, y mando se le den la Pasqua de Navidad proxima que vendrà; ò mando, que se los den dentro de dos meses despues de yo muerto, que el dicho legado seguirá su efecto. Y assi, lo que se quiere dár à entender es, que si el legatario muere despues del dicho testador, y antes del tiempo, se transfere, y passa el dicho legado à los herederos del dicho legatario: *ut ex text. in l. Si dies apposita, & in l. Si post diem, ff. Quando dies legat. & in l. Sempronius in principio, ff. de Usufruct. leg. & in l. 1. §. Cum dies, & in l. Heres meus, ff. de Conditionib. & demonstrat.* Pero si el testador dixesse: „ Mando à Ticio mil ducados, luego que cumpliere veinte y cinco años, ò luego que llegàre à la edad pupilar, por ser legado condicional, no se transfere, ni passa à los herederos del legatario, muriendo antes de aquel tiempo, sino que quedará para el heredero, ó à quien el testador mandàre; y fuera lo contrario, si cumpliera el dicho tiempo, y edad, muriendo antes el dicho testador: *ut in d. l. Dies apposita, & in l. Si Titio, ff. eod. & in l. Si cui legatur, ff. de Legat. 1. & in l. 31. tit. 9. p. 6. ibi:* „ Otrosì decimos, que si el testador, quando ficiesse la manda, dixesse tales palabras: Mando que den à fulano mil maravedis, quando fuere de edad de catorce años, si acaeciere que aquel à quien le face, llegàre à aquella edad, valdrá la manda; è si muriere en ante, no la puede demandar su heredero, nin hà derecho de la haver.

234 Todo lo qual, y con la misma distincion se debe entender en los fideicomissos; y es assi, que muriendo el fideicomissario antes que el testador, no hay duda, sino que espirarà el dicho fideicomisso; salvo si murió despues, ò si fue el heredero gravado à dia cierto, como diximos en los legados, porque entonces se transfere en los herederos del dicho fideicomissario; y será al contrario, quando el dicho heredero fue gravado à tiempo incierto, ó con condicion, segun la ley 31. y si fue dexado el dicho fideicomisso para despues de los dias del heredero, por gozarse

por tiempo incierto ; y en qualquiera de estos casos , muriendo el dicho fideicommissario antes de qualquier tiempo , espira el dicho fideicommissio , y no passa à sus herederos : *ut in l. Dies incertus , ff. de Conditionib. & demonstrationib. & in l. Hæres meus , eod. tit. & utrobique commun. DD. Anton. Gomez 1. tom. Var. res. cap. 5. n. 9.* Todo lo qual se debe entender , no constando lo contrario de la voluntad del testador , expressado , ò congeturado. Y en caso que los dichos fideicommissos se hayan de transferir à los dichos fideicommissarios , dexando hijos los herederos gravados se guardará el orden del capítulo 6. de este primer libro , num. 19. Solo quiero advertir , que aunque es verdad , que muriendo antes el legatario , fideicommissario , ó heredero , que el testador , espira aquel derecho , y no se transfiere à sus herederos , como dicho es ; es al contrario en los contratos de donaciones , y otros qualesquiera , porque aunque sean para despues de los dias del otorgante , aunque muera el donatario antes , se transfiere à sus herederos : *ut in §. Omnis , vers. In diem , Inst. de Verbor. obligat. & in l. Cedem diem ; ff. de Verbor. significat.*

235 Mas se advierte en esta materia de legados , que si el testador mandare à Ticio su misma casa , que por ventura la tenia obligada , è hypotecada à alguna deuda , que tendrán los herederos obligacion á remitirla , y entregarsela , y esto se entiedde , sabiendo el testador , que aquella cosa estaba hypotecada , secus si lo ignoraba. Assimismo tienen obligacion los herederos á dar libre la cosa mandada por el testador , hypotecada à algun censo , ò deuda ; salvo si el acreedor mandare la cosa que le està hypotecada , ó dada en prendas por su deuda , porque entonces se les queda su derecho à salvo á sus herederos à pedir el interès de la dicha deuda al dicho deudor , no constando , ò congeturandose lo contrario de la voluntad del testador , como todo esto se prueba en la *ley 16. & 17. tit. 9. p. 6. & ibi Greg. Lopez.*

236 Debese assimismo notar , que el testador puede licitamente mandar las cosas de su heredero ; y aceptando la herencia , tiene obligacion á cumplir los dichos legados , segun la *ley 10. d. tit. 9. p. 6.* y si el heredero no quisiere aceptar la dicha herencia , no tiene obligacion á dar la cosa mandada , aunque se les dará su estimacion de los bienes del dicho testador ; y esto siempre se ha de entender , assi en este caso , como en los demàs del numero precedente , quando el testador sabia que la cosa que mandaba , no era suya , sino que sabia en el estado que estaba quando la manda-

ba cuya prueba siempre le incumbe al legatario, como de la dicha ley 10. se prueba, y consta; aunque Gregorio dixo en la misma ley, no se ha de entender esta doctrina en la cosa del heredero, ora lo sepa, ó lo ignore el testador, sino es que entendiendo que era del mismo heredero, no lo fuesse, porque entonces aun no se debe su estimacion; y siempre que no se pudiere probar esta ciencia, se presume lo sabia el testador, siendo en favor de su muger, ó pariente hasta el decimo grado, ó siendo en favor de libertad, ó de amigo, ó criado: *ut in dist. l. 10. & ibi Gregor. & Anton. Gomez 1. tom. Var. res. cap. 12. n. 13. per l. Cum rem alienam, C. de Legat.* Y teniendo el testador parte en la cosa mandada, assimismo se estiende en toda; salvo si usasse de palabras, que significassen ser suya, porque entonces no es visto mandar mas de su parte *ut ita notat Greg. ubi supr. n. 2. Covar. in cap. Filius noster, de Testam.*

237 Y si dos diferentes testadores mandaren una misma cosa á una misma persona, se deberán entrambas, con la distincion que queda dicho; advirtiendo que primero se ha de pedir la estimacion de ella, y luego la misma cosa, siendo de alguno de los dichos testadores; porque si se pide primero la misma cosa, no havrà accion para pedir despues la dicha su estimacion: *ut in l. 44. tit. 9. p. 6.*

238 Y si el testador en un mismo testamento mandasse muchas veces una misma cosa en especie, ó una misma cantidad á una misma persona, no se deberá mas de una vez, sino es constando, ó conjeturandose lo contrario de la voluntad del testador; pero si la dicha cantidad fue mandada en diferentes testamentos, ó codicilos, se deberán entrambas veces; lo qual es al contrario en la manda en especie, que aunque se dexe en diferentes testamentos, no se deberá mas de una vez, sino es constando lo contrario de la voluntad del testador: *ut ita probatur in l. 45. d. tit. 9. part. 6. Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 196. n. 2.*

239 Y si en un mismo testamento, ó codicilo el testador mandasse una cantidad sin condicion, y despues en el mismo testamento dexasse aquella cantidad, ó otra mayor, ó menor, con condicion, ó por el contrario, siempre se presume ser revocado el primero; y si fueron mandadas estas dichas cantidades en diferentes testamentos, se deberán entrambas, ora sean menores, ó mayores, ora sean con condicion, ó sin ella: *text. in l. Quibus, ff. de Verbor. obligat. & in l. Centum, de Adim. legat. & ibi gloss.*

Anton. Gomez 1. tom. *Variar. cap. 13. num. 38.*

240 Hay assimismo otro genero de legados , que el Derecho llama *de Jure accrescend.* en los quales , por ser su materia dificultosa , se han ofrecido muchas dificultades ; y assi para que en estos dichos legados no haya duda , solo se notaràn las palabras de la *ley 33. tit. 9. p. 6.* para que por ella se pueda discurrir en lo que se dificultare , demàs de lo que en su consequencia se notará , y dice assi : „ A uno , ò à muchos puede ser fecha manda de una „ cosa , è quando la facen à muchos , quier sea fecha à todos „ ayuntadamente , ó à cada uno por si , vale la manda , è debenla „ partir todos entre si igualmente ; è si por aventura alguno de „ ellos muriere ante que el testador , ò viviendo renunciase su „ parte , ò acaeciesse otra razon alguna , porque non la oviesse „ aquel á quien fuere mandada , estonce acrescia aquella parte á „ todos los otros á quien fuesse mandado , como sobredicho es. „ E tal manda se faria ayuntadamente en esta manera , como si dixesse el testador : Mando à fulano , é á fulana tantos maravedis , ó tal casa , nombrandolos todos uno à uno , quantos fuesen aquellos á quien lo mandassen , è apartadamente se faria la manda de una cosa á muchos , como si dixesse : Mando á fulano tal viña , è despues de esso dixesse en aquel mismo testamento : que mandaba aquella misma viña à otro , è despues á otro , nombrando cada uno de ellos por si ; ca estonce todos la deben partir entre si igualmente , como dicho es. Por manera , que lo que se saca de esta ley es , que de qualquier manera que se juzgue convencion en el legado , ora sea en la cosa , ora en las palabras , ó todo junto , ò cada una sola de por si , siempre se ha de juzgar ser del natural de este genero de legados , los quales se acreen en la forma contenida en la dicha ley 33. Y en caso que no haya lugar el acrecerse , porque forté murió antes el testador , succederàn igualmente los legatarios , ò en la forma que dispuso dicho testador , aunque alguno de dichos legatarios muera antes de aceptar , ò repudiar su parte , porque luego con efecto se transfiere à sus herederos : *ut in l. Si ex pluribus , ff. de Suis , & legit. hered. & in l. Hæc scriptura , §. 1. ff. de Conditionib , & demonstrat.* Anton. Gomez 1. tom. *Var. res. cap. 10. n. 35.* lo qual es al contrario en los fideicomissos condicionales , en los quales assimismo cae este derecho de acrecer , porque no cumpliendose la condicion , no se transfiere à los herederos del fideicomissario , y esto hà lugar en los fideicomissos , que son inciertos entre los

quales lo es la cosa que se dexa à dos personas juntamente ; con que primero la goce el uno por sus dias , con gravamen de restituirla al fideicomissario ; porque si en tal caso muere el dicho fideicomissario antes que el otro , se le acrecerá su parte , y no se transfere à los herederos del difunto , como diximos arriba en la materia de los fideicomissos , *per text. in l. Hæc scriptura* , §. 1. *Supradict. ff. de Conditionib. & demonstrationib. & per text. in l. Dies* , ff. *eodem* , *dist. l. 33. tit. 9. p. 6.*

241 Finalmente se advierte , que prometiendo el testador de no revocar el legado , con clausula , que si le revocàre , es todavia su voluntad que el dicho legado valga assi como donacion inter vivos , serà válido el dicho legado , y manda , y no se podrá revocar la dicha manda ; porque de una manera , ù otra ha de valer : *ut ita affirmat Villalob. in Ærar. mill. comm. opinion. littera L. n. 33.* lo qual es al contrario en las instituciones de herederos ; porque aunque sea ordenada con qualesquier clausulas , y fuerzas , se podrá revocar : *ut sup. in cap. 3. Diximus . & docet Jason cons. 122. vol. 4. n. 2. idem Villalob. ubi sup. littera T. n. 6. 8. Covar. 2. p. de Test. n. 17.*

§. Usufructo. 33.

242 Si la muger quedasse por usufructuaria de todos los bienes muebles de su marido , estantes , y contenidos en su casa , ora sea de todos los bienes inmuebles , teniendo el dicho su marido descendientes legitimos , tan solamente se ha de entender del quinto de sus bienes ; y si no tuviere descendientes , y tuviere ascendientes , es visto dexarla por usufructuaria del tercio de sus bienes : *ut alibi diximus cum Ant. Gom. 1. tom. cap. 11. n. 26.*

243 Y no solo al usufructuario es visto dexarle el fundo , de adonde ha de gozar el dicho usufructo ; pero tambien se ha de entender ser comprehendidos todos los instrumentos necesarios para labrar , y cultivar la dicha heredad , assi como los bueyes , ò mulas , arados , y todos los demàs apreos necesarios , y deputados para el dicho efecto : y si fue Labrador , assimismo se ha de entender la quinteria , y todo lo en ella contenido , para el efecto de la dicha labranza ; y si trigo havia para sembrar la dicha heredad , y fundo , para el dicho efecto señalado , tambien se ha de entender en el dicho legado del usufructo : *ut ita tenet Bald. per l. Item si fundi* , §. *Seminarios* , ff. *de Usufruct.* Gregor. Lopez *in l. 20. glos. 8. tit. 31. p. 3. & ita notat Menoch. cons. 140. v. 21. 22. 23. per l. Prædiis* , §. *Titio* , & §. *Balneas* , ff. *de Leg. 3.*

244 Y si al tiempo que el testador murió estaban los frutos pendientes en la heredad, que al legatario le fue mandado en usufructo, ò en propiedad, los ha de gozar el legatario, sin tener obligacion de restituirlos: *ut ex text. in l. Si pendentes 34. ff. de Usufruct. & ex text. in §. Si verò, Instituta de Rerum divis. & est text. in l. Nihil, §. Fundus, ff. de Leg. 1. & ibi Bart. Paul. & Jason, & communiter Doctores, Anton. Gomez in l. 40. Tauri, n. 74. versic. 5. facit Escobar de Ratiocin. cap. 16. n. 5.*

245 Y siendo la muger, ò otra qualquier persona usufructuaria de los bienes de su marido, tiene obligacion, antes que pida el entrègo de los dichos bienes, à dár fianzas de que usará bien de ellos, ó à alvedrio de buen varon, obligandose á bolverlos en la estimacion que recibió, y le fueron entregados; y esto ha de ser en los bienes que se consumen con el uso, assicomo dineros, vino, aceyte, y trigo; pero en quanto à los bienes que de su misma naturaleza no se consumen con el uso, no hay obligacion à dár fianzas de su estimacion tan solamente, de que se restituiràn los dichos bienes en la forma, y manera, que por fin, y muerte del dicho usufructuario fueren hallados, habiendo en vida usado bien de ellos. Y dicensse bienes que no se consumen con el uso, el fundo, la casa, y los animales: *ut in §. Constituitur, Instituta de Usufruct. & in l. 1. & per totum, ff. de Usufruct. earum rerum, quæ usu consumuntur.* Y entre estos dichos bienes, que no se consumen con el uso, son los vestidos, ropa blanca, colgaduras, y tapicerias: *ut ita probatur in l. Sed etsi quid, §. Ei si vestimentorum, ff. de Usufruct. Ayora de Partitionib. 2. p. cap. 24. n. 74.*

§. Succession colateral. 34.

246 Y porque en la sucession de los colaterales pueden ofrecerse, y ocurrir algunas dificultades, especialmente quando los dichos mueren ab intestato; y para que justamente los Contadores, y Partidores dèn à cada uno lo que es suyo, y se conozca los que legitimamente pueden suceder, se advierte lo primero, que muerto el tio ab intestato, suceden los sobrinos hijos de hermano, ò de hermana juntamente con su tio in stirpem, & non in capita. Por manera, que si quedaron uno, ò muchos sobrinos, hijos de un hermano, estos han de representar la persona de su padre, y partiràn entre si la parte que al dicho su padre le pudo pertenecer, segun el tenor de la ley 8. de Toro, *bo- die l. 5. tit. 8. lib. 5. Novæ Recop.*

247 Cuya ley se debe limilar en la forma siguiente; scilicet: que si el difunto dexò hermanos legitimos: ex utroque latere; id est; de parte del padre, y madre, solamente estos succederàn en todos los bienes de el dicho su hermano, y serán excluidos los hermanos, ex uno latere tantum, id est, de parte de padre, ò de madre tan solamente: *ut est text. in authent. de Heredib. ab intestato venientib.* Anton. Gom. *indict. l. 8. Taur. n. 7.* Molin. *de Just. & jure, 2. tractatu, disp. 164. liter. B. 1. conclus. & est text. Regalis in l. 5. tit. 13. p. 6.* la qual doctrina assimismo se estiende à los sobrinos hijos de hermanos, ex utroque latere, como dicho es de parte de padre, y madre; los quales assimismo excluyen à sus tios hermanos, ex uno latere tantum, id est, de parte de el padre, ò madre tan solamente; y es la razon, porque los sobrinos hijos del hermano; ex utroque latere, representan la persona de su padre, por haver lugar hasta este grado la dicha prerrogativa: *ut est text. in d. authent. de Heredib. §. Si autem defuncto, & in authent. Cessante, C. de Legitimis hered.*

248 Y cessando el dicho grado, como dicho es, no se estiende à mas el derecho de esta succession; porque aunque el difunto tenga primos hermanos hijos de su tio, ex utroque latere, succederàn los hermanos, y sobrinos del difunto, aunque tan solamente sean de parte de padre, ò madre: *ut habetur in d. authent. de Heredib. §. Si igitur defunctus & in authent. Post fratres 1. C. de Legit. heredib.* Molin. *ubi sup. 7. conclus. lit. D.*

249 Y quedando tan solamente sobrinos hijos de hermano consanguineo, ó uterino; id est, de parte de padre, ò de madre; y assimismo quedando hermano consanguineo, ò uterino, succederàn los dichos sobrinos juntamente con el tio: *ut in stirpem, & non in capita,* segun la decission de la dicha ley 8. de Toro.

250 Y si en la succession del hermano concurriere de una parte hermano de parte de padre, y de la otra hermano de parte de madre, succederàn estos dos dichos hermanos cada uno en lo que el dicho difunto adquiriò, y heredò de los dichos sus padres: conviene à saber, el hermano, ò hermanos de parte de padre heredaràn tan solamente aquella parte que el hermano difunto heredò del dicho su padre; y por el consiguiente, los hermanos de parte de su madre succederàn en aquella parte que el dicho hermano difunto de ella succediò; y en los demás bienes del difunto, que por su industria, ò por otro qualquier titulo adquiriò, succederàn los dichos hermanos de diferentes matrimo-

monios igualmente en los dichos sus bienes por nuevo título adquiridos, *ut est text. in l. de Emancipatis, versic. Exceptis, C. de Legitim. hæredib. & ibi commun. DD.*

251 Demàs de lo susodicho, dificultarse puede de què forma han de suceder los sobrinos que quedaron de diferentes hermanos á su tio difunto, assimismo hermano de sus padres, si ha de ser *in stirpem*, aut *in capita*, segun la decission de la dicha ley 8. de Toro. Y aunque es verdad, que en la determinacion de este caso ha havido diversidad de opiniones, en especial defendiò Antonio Gomez en la misma ley octava, numero trece, que los dichos sobrinos debian suceder *in stirpem*, & non *in capita*; id est, representando la persona de su padre, à cuyos fundamentos, que para el dicho caso trazo, satisfizo Molina con los suyos lo contrario con Covarrubias, en que dice, tan solamente hà lugar la dicha ley octava, quando los sobrinos suceden con los tios *in stirpem*, & non *in capita*, conforme la dicha ley; pero no quando todos los sobrinos de diferentes hermanos; y en la dicha succession no concurre tio alguno, porque en este caso, han de suceder por cabezas, sin representar la persona de su padre, como assi se prueba en la ley 5. tit. 13. p. 6. ibi: „ Mas si este que muriesse sin testamento, no haviendo as-
 „ cendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos herma-
 „ nos de parte de su padre, ò de su madre, è fuessen los herma-
 „ nos ambos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio,
 „ è partirlos entre si por cabezas igualmente; cuya opinion sigue Gregorio Lopez en la misma ley, y dice se tenga en la memoria, porque es caso contingente, á quien refiere, y sigue Molin. *supr. relat. de Just. & jur. 2. tract. disp. 164. litter. B.*

252 Mas se sigue, que si el difunto dexare tio hermano de su padre, ò madre por una parte, y de la otra sobrinos de hermanos, sucederán estos sobrinos en todos los bienes de su tio hermano de sus padres, y serà excluido el tio del difunto, aunque sea legitimo, *ex utroque latere*, y los sobrinos, *ex uno tantum*: *ut ita notatur per Molinam ubi supr. disputat. 164. n. 10. per authent. de Hæredib. ab intestat. §. Si autem defuncto.*

253 De manera, que faltando el dicho grado, sin distincion alguna de agnacion, y cognacion, el que se hallare mas proximo pariente del difunto aquel sucederá en sus bienes, ora sea de parte de padre, ó de madre; y si fueren en igual grado, sucederán igualmente *in capita*, & non *in stirpem*, *ut est text. in l.*

l. 6. tit. 13. p. 6. Ant. Gom. in dist. l. 8. Taurin. 18.

254 Y faltando herederos colaterales hasta el decimo grado, succederá el marido en los bienes de la muger; y por el contrario, la muger en los bienes de su marido, como de la dicha ley 6. se prueba.

255 Y faltando todos los que dichos son, succederá el Fisco en los bienes del difunto, como de la dicha ley 6. se prueba.

256 Y aunque es verdad, como dicho es, que muriendo ab intestato alguno de los dichos colaterales en la dicha successión, se puede ofrecer alguna dificultad, assimismo ofrecerse puede muriendo ex testamento. Y assi, lo primero se advierte, que si el testador instituyere à su hermano, è hijos de otro hermano por sus universales herederos, assi como, si colletivo modo, dixesse el testador: „ Instituyo por mis universales herederos de todos „ mis bienes à Ticio, mi legitimo hermano, y à mis sobrinos „ hijos de Seyo, y assimismo mi legitimo hermano: por ser la dicha institucion ordenada en la dicha forma, no hay duda sino que succederàn tios, y sobrinos, in stirpem, & non in capita, id est, el hermano, ò estraño succederá en la mitad de los bienes, y hacienda del difunto, y los sobrinos, ò hijos de estraño en la otra mitad; y es la razon, porque todos fueron instituidos con aquella convencion, id est: „ Dexo, y nombro pro mis herederos à Ticio, y à los hijos de Seyo, salvo en caso que se pruebe, ò conste lo contrario de la voluntad del testador, assi como si dixesse: „ Y quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos „ mis herederos succedan igualmente, ò juntamente; y entonces succederàn por cabezas, ut est text. Notabil. in l. Interdum, ff. de Hæredib. inst. & ibi notant Bart. Alb. Angel. Paul. Imol. & commun. DD.

Formatur alia clausula extra ordinem.

Formatur alia clausula extra ordinem.

257 Y demás de la clausula referida, se presume de la voluntad de el dicho testador, que los dichos sus herederos succedan igualmente, assi como si dixesse: „ Instituyo por mis universales herederos à Ticio, à Pedro, à Juan, y à Francisco, „ hijos de Sempronio; porque por solamente nombrarlos, se conjetura quiere el dicho testador succedan igualmente por cabezas, y no por generacion; y es la razon, porque quando muchos herederos, ò legatarios son llamados por disposicion copulativa, siempre es visto, conforme à Derecho, ser admitidos virilitèr; id est, igualmente: ut est text. in l. Si plurib. ff. de

Formatur alia clausula extra ordinem.

Legat. 2. text. in l. 1. eod. tit. Socin. in l. Utrum, ff. de Reb. dub. col. fin. & quæstion.

*Formatur
alia clau-
sula ex-
tra ordi-
nem.*

258 Demàs de todo lo suprà dicho, se advierte, que si el testador dixere: „ Dexo, y nombro à mis hermanos por mis „ universales herederos, no por esso es visto instituir à los sobrinos, hijos de hermanos del dicho testador; porque en tal caso, tan solamente succedrán los hermanos del testador: y es la razon, porque en esta disposicion, mas se debe considerar (conforme a Derecho) la proximidad del grado, y la aficion propinqua, que no la remota: ut ita probant Bald. in l. Cum ita legatur, §. fin. ff. de Legat. 2. Jason. in l. 2. C. de Succes. Covar. in Pract. Quæst. cap. 38. n. 4. Spin. in Specul. testam. glos. 1. princip. in fin. Acev. in l. 5. tit. 8. lib. 5. n. 6. Novæ Recop.

259 Finalmente se advierte, en consecuencia de la doctrina suprà referida, que si el testador instituyò à sus hermanos por sus herederos universales, simpliciter, & genericè, tan solamente es visto instituir por herederos à los hermanos de parte de padre, y madre, y son excluidos los hermanos de parte de madre, ó padre tan solamente; y es la razon, porque siempre en duda, es visto conformarse el testador con la disposicion del Derecho: ut ita docent Paul. de Castr. in l. fin. C. de Verb. signific. col. fin. & ibi etiam Jason. col. fin. n. 26. quos sequitur, & refert Anton. Gomez in d. l. 8. Tauri, n. 9. Tell. in d. l. 8. n. fin. Roxas de Succes. ab intest. cap. 32. n. 12. & in cap. 6. n. 11. & 12. Mier. in tractat. de Majorat. 2. p. quæst. 7. verb. Edixit, Velazq. in d. l. 8. Taur. glos. 2. n. 2.

§. De los naturales. 35.

260 Y en quanto à la succession de los hijos naturales, y espurios, se guardará el orden, y decission de la ley fin. tit. 13. part. 6. cuyas palabras son las siguientes: „ Fijo natural, que no es „ nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, no „ habiendo fijos, nin nietos, nin madre, entonces sus herma- „ nos que le pertenecen de parte de su madre, deben haver todo „ lo suyo: è si otros sus hermanos oviere de parte de su padre „ tan solamente, no heredarán ende ninguna cosa entonces, por- „ que los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son „ ciertos, è los de parte de padre son enduda; mas si este fijo „ natural, que muriesse sin testamento, oviesse otros hermanos „ naturales, que le perteneciesen de su padre tan solamente, è non „ oviesse de los otros que fuesen nacidos de su madre como el,

„ estonce estos tales bien heredarían lo suyo ; porque son los mas
„ cercanos parientes ; fueras ende , si el que assi muriessse , ovies-
„ se hermano natural , è legitimo de parte de su padre ; ca es-
„ tonce èste hà mayor derecho en la herencia que los otros na-
„ turales , que son de parte de padre tan solamente. Otrosi de-
„ cimos , que los fijos naturales non han derecho de heredar
„ los bienes de los legitimos , nin de los parientes otros que le
„ pertenecen de parte de su padre ; mas de los otros parientes
„ que le pertenecen de parte de su madre , que muriessen sin tes-
„ tamento , bien los pueden heredar , seyendo ellos mas pro-
„ pinquos parientes. Por manera , que segun la decission de la
dicha ley , nos dà à entender , que muriendo el hijo natural , no
teniendo hermano assimismo natural de parte de su madre , suc-
cederá el hermano natural , y legitimo de parte de su padre ,
aunque tenga otro hermano natural tan solamente de parte del
dicho su padre , siendo de otra madre ; porque estos no succeden ,
sino es faltando hermano legitimo , y natural , ò natural tan so-
lamente de parte de su madre , ò faltando legitimo , y natural de
parte de su padre ; y todos los demás parientes de parte de su pa-
dre , ultra de los supra dichos , no le pueden succeder ab intesta-
to , nisi ex testamento ; pero los demás parientes de parte de su
madre bien le pueden succeder. Y sobre todos los dichos hijos
naturales no pueden succeder à sus hermanos legitimos , y na-
turales de parte de su padre , aunque no tengan otros parientes ;
pero en quanto à la succession , ex testamento , bien seràn ad-
mitidos , no teniendo descendientes , ni ascendientes ; y en quan-
to à la succession de los hermanos legitimos , y naturales de parte
de su madre , seràn admitidos.

261 Yes de notar en esta materia , que aunque es verdad que
en la succession de los ascendientes , teniendo descendientes le-
gitimos , los descendientes naturales à la succession de los dichos
sus padres no concurren con los demás legitimos , y naturales ,
segun la decission de la dicha ley 9. de Toro , tan solamente se
há de entender en la succession de los padres , y abuelos de aque-
lla parte , y assimismo en la de la madre ; pero no en quanto la
succession de los abuelos de parte de ella , porque faltando des-
cendientes legitimos de la dicha madre , han de succeder los na-
turales tan solamente à los abuelos , y han de concurrir con los
demás descendientes de los dichos sus abuelos , representando
la persona de su madre , supuesto que los hijos naturales son ca-

paces herederos de las dichas sus madres, ex testamento, & ab intestato, cuya succession es forzosa, no teniendo otros descendientes legitimos, y naturales, conforme á la referida ley 9. cuya es admirable limitacion, digna de tener en la memoria, como assi lo nota Aceved. cum aliis in l. 7. tit. 8. n. 4. lib. 5. *Novæ Recopilat.*

262 Assimismo se puede dudar en la dicha succession de los hijos naturales, que si el hijo natural muriere ab intestados, y dexasse otro hermano natural, hijos de una misma madre, y padre, èste tan solamente debe succeder en los bienes del difunto (no teniendo madre) y son excluidos, assi los hermanos naturales, como legitimos de parte de madre, como de padre; y esto por la conjuncion, ex utroque latere: y en caso que sean de diferentes padres, y de una misma madre, quedando hermano natural, y otro legitimo de legitimo matrimonio de parte de la dicha su madre, son admitidos igualmente á la dicha succession, como assi lo nota Anton. Gom. in l. 9. *relata*, n. 49.

263 Demàs de todo lo suprà dicho, se advierte en esta dicha succession, que muerto el hijo natural, dexando hermanos assimismo naturales, ó legitimos, no pueden concurrir con los ascendientes que tienen derecho de heredarles, como son la madre, y demàs ascendientes de su padre; y por el consiguiente, no se pueden desheredar unos á otros, sino es por las causas del Derecho, y los compete la querella de *Inofficioso testamento: ut in l. 11. tit. 13. part. 6.* & ibi Gregor. Lopez *glos. 3.* & ita voluit Molin. de *Júst. & jur. 2. tract. disp. 166. n. 10.*

§. Succession de espurios. 36.

364 Y en quanto á la succession de los hijos espurios, assi como de Clerigos, Frayles, y Monjas professas, teniendo hermanos de parte de su madre, les seràn capaces successores ab intestato: lo qual no procede, ni há lugar en las mismas madres, segun la decission de la dicha ley de Toro; y assimismo no há lugar en los hermanos espurios de diferentes madres, ni en los hermanos naturales, ni legitimos de parte de su padre, y otros consanguineos; aunque havrà lugar succeder los parientes de parte de la misma madre: ut ita tenet Ludovic. de Sard. in *tractat. Legitim. cap. Sequitur, de Successione spuriorum, vers. 7. Queritur*; tenet etiam Andr. de Isern. in §. *Naturales, si de Feud. fuer. controvers.* & ita videtur Greg. Lopez *inclinari in dili. leg.*

leg. fin. tit. 13. p. 6. gloss. 1. in fin. tenet etiam Molina ubi supr. disp. 167. n. 20.

265 Mas se debe notar, que si el que muere ab intestato fue concebido, y nacido de muger casada, que el Derecho llama hijos adulterinos, no le sucederàn los dichos sus padres, ni parientes de aquella parte; y esto procede, aunque despues de viuda la dicha su madre, el dicho su padre case con ella. Y es la razon, que el que no fue natural desde su concepcion, ò al tiempo del nacimiento, no lo es por el siguiente matrimonio; porque este privilegio tan solamente se concede à los hijos naturales, y no à los espurios, y adulterinos, conforme dicho es: *ut in cap. Tanta, qui filii sint legitim. & ibi Panorm. & commun. DD. Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 165. vers. Illud. vero*; lo qual assimismo se estiende la referida doctrina en quanto à la succession de las madres, y los parientes de aquella parte; porque basta que sea ilegítimo por parte de qualquiera de ellos: Anton. Gomez *in leg 10. Taur. n. 51.*

266 Pero si el hijo fue engendrado en muger casada, y despues de viuda, antes que el hijo naciesse, contraxo matrimonio con el dicho su padre, será legitimo el tal hijo por el subsiguiente matrimonio, y será capáz heredero ex testamento, & ab intestato, assi à los dicho sus padres, como à sus parientes; lo qual es al contrario, si quando enviudó era yà nacido el tal hijo, ò despues, siendo antes del dicho matrimonio. Y para que no se dude quáles se digan hijos naturales, paraque disuelto el matrimonio de qualquiera de sus padres, succeda con los demás hermanos, se considerarán las palabras de la ley 11. de Toro. ibi: „ Ordenamos, y mandamos, que entonces se digan ser los hijos „ naturales, quando al tiempo que nacieron, ò fueron concebi- „ dos, sus padres podrán casar con sus madres justamente sin dis- „ pensacion, tanto que el padre lo reconozca por su hijo.

267 Cuya doctrina assimismo procede, si el dicho hijo fue concebido, y nacido entre parientes, que el Derecho llama incestuosos, y que sin dispensacion del Papa no podian contraher matrimonio; aunque si antes que naciesse fue alcanzada dispensacion, será legitimo, siguiendose el dicho matrimonio, aunque fuesse concebido antes de alcanzar la dicha dispensacion; porque como dicho es, basta qualquiera de los dos tiempos, segun la dicha ley 11. *Taur. & ita probatur in d. cap. Tanta, & in l. Nuper, §. ult. C. de Naturalib. liber. & in auth. Quibus mod. natur. efficiuntur sui, §. Si*

§. *Si quis igitur dotaliu, prop. fin. quam doctrinam refert, & sequitur Molina ubi supr. disp. 172. vers. dictum.*

268 Finalmente digo, que faltando hermanos en la forma que dicho es, no siendo ilegítimos, succederà al hijo espurio, que muere abintestato, la muger, siendo casados, segun el orden de la Iglesia; y por el contrario, si murió la muger, siendo hija espuria, assi como hija de Sacerdote, aunque tan solamente fuese de Epistola, ò hija de Frayle, ò adulterina, serà el mas cercano heredero su marido, no teniendo hijos, ò descendientes legítimos: ut ita notat Anton. Gomez in l. 8. Taur. n. 21. lo qual yo limito, en caso que la tal hija espuria tenga hijos naturales, porque entonces le serán herederos forzosos ex testamento, & abintestato, y serán preferidos al dicho su marido, segun la ley 9. de Toro; lo qual no se estiende en quanto à los padres, porque aunque tengan hijos naturales, no le succeden, sino ex testamento: ut in leg. 10. ibi.

§. Bienes troncales. 37.

269 Y porque en muchas partes de Castilla, en especial en la Villa de Sepulveda, y en los demás Lugares de Andalucia, y en todo el Priorato de San Juan, por leyes, y fueros municipales son excluidos los ascendientes de la successión de los bienes, y hacienda de sus descendientes, en particular de los bienes raíces, è inmuebles, y que por tales en Derecho se reputan, se notarán algunos casos, que muchas veces se ofrecen, y dificultan en las dichas particiones, de que ha sido causa haverse consumido las haciendas, y patrimonios de los litigantes, unas veces por no dividir, ni hacer buena distincion de los bienes del difunto, dando à cada uno lo que segun el dicho fuero le pertenece; y otras por no estar bien declarado, y determinado el caso, que acerca de lo susodicho se puede ofrecer; y assi en todos los Lugares que huviere uso, y costumbre de que los bienes inmuebles, y raíces del que muere abintestato, tornen al tronco, y la raíz à la raíz, se debe guardar inviolablemente, assi como Ley Real, que en la dicha forma se manda guardar, como se prueba de la ley 6. de Toro, ibi: „ Salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares do „ segun el fuero de la tierra se acostumbra à bolver los bienes „ al tronco; y la raíz à la raíz. Y aunque es verdad, como dicho es, que este fuero se usa, y guarda en muchas partes de Castilla, pero con todo esso son muy diferentes las cosas, que demás del dicho fuero assimismo se acostumbran, y guardan en los dichos

Lugares; y assi, porque es materia necesaria, y de importancia, en especial adonde son usadas, y guardadas las dichas leyes municipales, me pareció advertir lo que actualmente se practica en esta Villa de Yevenes, Orden de San Juan, demás del fuero principal, que al fin se verá, que yo hallé en ella traducido del mismo fuero de Sepulveda, que su tenor es el siguiente, ibi: ,, Otro sí, ,, todo ome que oviere de heredar, assi herede el mas cercano ,, pariente, herede, é que sea en Derecho, assi como la ley man- ,, da, è que no sea fecho embarragana; fuera ende si fuere fecho ,, fiijo por consejo, aplaciendo à los parientes que havían de he- ,, redar el padre, ò la madre onde viene el heredamiento, y la ,, raiz à la raiz, se torne onde viene el heredamiento; éssos los ,, hereden, como lo deben de heredar. Cuyas palabras son las contenidas en el dicho fuero de Sepulveda, segun refiere Avend. *in dist. l. 6. Taur. gloss. II. n. 10.* cuyo fuero fue ordenado, è instituido por los Reyes Don Alonso, y Doña Inès, y otros muchos, que se hallaron presentes, que fueron los siguientes.

Vermudo Vermudez.	Gomez Gonzalvez.
Señor Diaguarez.	Alvar Gonzalvez.
Diego Gonzalez.	Fan Fañez.
Rodrigo Diaz.	Gonza Gonzalvez.
Pero Morielez.	Diego Morielez.
Zi de Diaz.	Fruela Muñez.
Pero Fernandez.	Rodrigo Gonzalez.
Stephanus Titislavif.	Don Alfonso, Rey.
Reyna Doña Inès.	

Y segun el autoridad del dicho fuero, como diximos, es inviolable por la immemorial costumbre, y segun parece de las palabras del dicho fuero, ibi: ,, Y la raiz à la raiz, nos dá à entender, que muerto el hijo ab intestato, ò otra qualquier persona, tornaràn al tronco los bienes que poseia, y que jure hæreditario le pertenecieron de sus ascendientes, adonde deben tornar: ut ita notat Roxas *in Epitome succession. cap. 30. n. 11.* Avend. *ubi sup. n. 17. 18.*

271 En los quales dichos bienes se ha de suceder conforme el Derecho Comun, representando siempre los nietos la persona de su padre, y succediendo *in stirpem, & non in capita, ut in l. 3. tit. 13. part. 6.*

272 Y en quanto à la successión de los hermanos, se guardará el orden de la ley 8. de Toro, en que dice, que en la suc-
ces-

cession del difunto , que muere ab intestato , succedan igualmente los sobrinos con el tio , representando la persona de su padre ; y que hasta este grado tan solamente haya lugar la dicha representacion , como diximos en este capitulo , §. 34. n. 2. y en proprios terminos lo tiene Acev. in l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 89. En consecuencia de lo qual se puede dudar , si concurriendo à la succession de los dichos bienes troncales hermanos de parte de padre , y madre de una parte , y hermanos de padre ; ó por el contrario , tan solamente de la otra , si serán todos admitidos igualmente , como herederos descendientes del tronco. En cuyo articulo parece se debe responder por la parte afirmativa , considerando las palabras del dicho fuero , ibi : „ Y la raiz à la raiz : y por el consiguiente las palabras de la dicha ley 6. de Toro , ibi : „ A bolver „ al tronco , y la raiz à la raiz. Por manera , que de su tenor se colige , que tornando los bienes al tronco , que es el primer ascendiente , succederàn , y concurriràn à la dicha succession todos sus descendientes , assi como si concurrieran hijos de dos madres , ò padres à la dicha succession de ellos , segun la ley 12. tit. 6. lib. 3. For. concordante la ley 3. & 6. tit. 13. p. 6. Y assimismo no se debe considerar en este caso aquella conjuncion , y calidad , que se considera en la succession ordinaria , de que los hermanos , ó sobrinos ex utroque latere , son preferidos à los hermanos , que tan solamente lo son de una parte : ut in d. l. 5. citat. Y es la razon , porque en esta succession tan solamente , se tiene atencion à la persona del difunto , y mediante ella succeden sus hermanos en la forma dicha ; porque aunque son en igual grado con los demás ex uno latere , son de mejor calidad , por ser de parte de padre , y madre ; lo qual no se considera en la succession del tronco , supuesto , que no mediante la persona que muere , sino adonde tornan , se succede ; y esto se verifica en el Derecho de acrecer , quando el hermano renunciò la herencia de su padre , que por tornar al tronco de donde vinieron , que fue su padre , ò madre , han de succeder todos en el derecho de aquella renunciacion , aunque sean de diferentes madres , ò padres , porque basta que sean todos nietos de aquel tronco , supuesto que no succede mediante el hermano renunciante , sino mediante el ascendiente , de cuyos eran los dichos bienes : ut ita declarat Bart. in l. Lucius , col. fin. vers. Quero , ff. de Vulg. Bald. in l. Cumboc jure , §. fin. ff. de Vulg. quon sequitur , & refert. Avend. in l. 8. Taur. gloss. 3. n. 4. Anton. Gomez. 1. tom. c. 13. n. 13. vers. Tertio , princip. Demàs , que este fuero de

Sepulveda es semejante á los feudos, y Mayorazgos, pues en ellos se succede jure sanguinis, mediante la persona del primer instituidor; en los quales no se considera esta conjuncion, ni calidad, sino que el mayor succede, aunque tan solamente sea descendiente ex uno latere, como assi lo dixo Baldo en quanto á los feudos *in l. 1. C. de Leg. hered. quem sequitur* Jacob. Menoch. *in cons. 183. n. 14.* y en quanto á los Mayorazgos lo afirmó Greg. Lopez *in d. l. 5. tit. 13. p. 6. gloss. 4. post med. quem sequitur, & refert* Avend. *ubi supr. n. 5.* Y no hace menos al proposito, que en los bienes troncales es admitido el hijo natural, no habiendo otros hijos, y descendientes legitimos del dicho tronco; y es la razon, porque en esta succession basta que el que ha de heredar sea consanguineo del dicho tronco, assi para el efecto de succeder en los dichos bienes, como para ser admitido en el retracto de sacar la cosa abolenga, y de patrimonio por el tanto; luego si el hijo natural, por ser descendiente del tronco debe ser admitido, con quanto mas titulo, y derecho succederá el hermano ex uno latere, con el hermano ex utroque; siendo de mejor calidad que el hijo natural, pues de Derecho es incapáz heredero de parte de padre ab intestato, como assi lo tiene, en quanto á la dicha succession, Gutierrez *lib. 3. Pract. Quest. cap. 83. per totum.*

273 Pero sin embargo de todo lo supradicho, se ha de tener lo contrario por la parte negativa, en que de ninguna forma han de concurrir estos hermanos de una parte tan solamente con los que lo fueren de entrambas partes, y esto se comprueba por las razones siguientes. Primeramente, que siendo, como es, el fuero de Sepulveda contra el Derecho comun, es odioso, supuesto que por él son excluidos los ascendientes de la succession de sus ascendientes, ut ibi: ,, Y la raiz, se ha de interpretar con restriccion, y no se debe ampliar: ut notat Bart. *in l. Si verò, §. de Viro, ff. de Solut. matrim.* Y por el consiguiente, todas las veces que el estatuto habla generalmente, debe ser reducido al Derecho Comun, de manera, que de su extension, y reducion se derogue lo menos que pudiere, siendo en contra del Derecho: *arg. in l. Si quando, C. de Inofficios. testam. & in l. 2. C. de Nox. l. fin. in §. In computatione, C. de Jure deliberandi, cap. Cum dilectus, de Consuetud.* Y porque assimismo quando se trata de perjuicio, siendo omisso en el estatuto, queda en disposicion del Derecho Comun: *arg. l. Commodissime, ff. de Liber. & postb. Dec. in cons. 334. n. 4. vol. 3.* Y supuesto que el fuero de Sepulveda es odioso, y contra el De-

recho Comun, no es justó, que en lo que no se expressó, no se haga extensión, antes se ha de juzgar según el Derecho Comun, como se debe en nuestro caso; que por no hablar el dicho fuero, sino tan solamente en perjuicio de los ascendientes, no se debe estender à lo que por ventura perjudica contra los descendientes de mejor calidad; como son los hermanos de parte de padre, y madre.

274 Lo segundo, porque todas las veces que huyere estatuto en algunos Lugares, que los mas cercanos sean admitidos à la successión del difunto, se debe reducir al común entendimiento del Derecho Comun, como assi lo declara Dec. in cons. 444. n. 16. De donde se infiere, según Ancarrano, referido por el mismo Decio, que el hermano de parte de padre, y madre ha de ser preferido, según los dichos estatutos, à los hermanos de parte de padre, ò madre tan solamente, & in simili notat Paul. de Castr. in auth. Itaque, circa fin. C. de Succes. & etiam sequitur Castell. in l. 8. Taur. vers. Sed quero.

275 Lo otro, porque en esta successión del tronco, en especial en el fuero de Sepulveda, se ha de guardar el orden del Derecho Comun, por las razones que adelante se diràn, en la satisfaccion de los fundamentos que al principio defendimos por la parte afirmativa; y porque en terminos de traxo Castell. l. 6. Taur. littera A, adonde dixo que los herederos que son del tronco, ò de la raíz, deben succeder jure successivo, según el orden de la auth. Post fratres, C. de Legitim. hæredib. la qual concuerda con la ley 5. tit. 13. p. 6. que dispone, que los hermanos ex utroque latere sean preferidos à los hermanos ex uno tantum. Y assimismo dixó debían succeder, según el orden de la ley 10. tit. de las Herencias, lib. 3. For. & l. 17. & 18. Taur. que es el orden que diximos en el §. 34. de este capitulo; lo qual muchas veces he visto practicar en proprios terminos, y por parecer de Letrados doctos en esta Villa de Yevenes, adonde se usa, y guarda el dicho fuero de Sepulveda.

276 A lo qual no contradice lo que arriba diximus del Derecho de acrecer, porque aunque es verdad, que todos los hermanos del renunciante, de qualquier lado que sean, concurren à aquellos bienes, es por causa, y razon de que el hijo renunciante nunca fue heredero, y por esso se reputan por bienes del padre adonde tomaron, y de qualén todos han de succeder igualmente; lo qual es al contrario en el dicho fuero de Sepulveda, pues los

bienes que tornaron al tronco fueron poseidos por el difunto; porque aunque es verdad, que mediante el tronco, los descendientes de alli les suceden, no impide para en quanto al Derecho successivo de representacion por mejor grado. Y menos contradice el decir, que el dicho fuero de Sepulveda es semejante a los feudos, y Mayorazgos; la razon es, porque en los dichos Mayorazgos, y feudos se succede por voluntad del primer instituidor de ellos; y en el fuero por ley municipal, el qual no se debe estender a mas de lo que suena, como dicho, y probado queda. Y por el consiguiente, menos obsta que el hijo natural succeda en el derecho del tronco; pues no es cierto el argumento del retracto, supuesto que se da entender, que si debe ser admitido, es porque no hay otro descendiente que lo pueda impedir, y ser preferido; lo qual es cierto que havrà lugar en los hermanos ex uno latere, quando el que lo es ex utroque latere no lo contradice; el qual ha de ser preferido jure sanguinis, como assi lo tiene *Montalv. in l. 3. tit. 10. lib. 3. For. littera G.* adonde cita el Fuero Municipal de Sepulveda en el *lib. vi. tit. de For. emp. l. 4. §. 50.* y lo mismo tiene *Anton. Gomez in l. 8. Taur. n. 8. col. 2. in med.* Y aunque es verdad, que el hijo natural es heredero del tronco, faltando descendientes legitimos; pero con todo esso se ha de juzgar lo contrario del fuero de Sepulveda, segun sus palabras; *ibi*; „ E que no sea fecho en barragana; y aunque no sea legitimado por el Principe, no debe succeder, sino es que fue legitimado por voluntad de los parientes, que havian de heredar los bienes troncales, en caso que el ultimo poseedor muera abintestato, *ut ibi*; „ Fuera ende, si fuere fecho fijo por consejo, „ aplaciendo a los parientes que havian de heredar el padre, o la „ madre onde viene el heredamiento. *col. 2. obxvii. und ubi in l. 1. c. 2. 77.* Y si por muerte del difunto concurren a sus bienes dos, o mas hermanos, el uno de parte de padre, y el otro de parte de madre, siendo bienes troncales los que dexaren, que los heredó de su padre, los succederà el hermano, o hermanos que tuviere de aquella; y que por el contrario havienolos succedido de parte de su madre, los heredarán los hermanos de aquella parte. Y si los dichos bienes fueron adquiridos por el hermano que murió, o los succedió de otra persona fuera de los dichos sus ascendientes, succederán igualmente en los dichos bienes los hermanos, no siendo ninguno ex utroque latere; porque en tal caso no se considera tronco, mientras los dichos bienes no vienen por via

de descendencia, y entonces se succede segun el Derecho Común *ut ex text. in l. de Emancipatis, vers. Exceptis, C. de Legitim. hæred. & ibi Bart. & comm. DD. & in l. 6. tit. 13. p. 6.* lo qual se debe limitar, si el hijo que ganó estos dichos bienes tenia algun ascendiente, porque entonces succederà en los dichos bienes, puesto que podemos decir que el primer tronco es el hijo, que los ganó, ó adquirió; lo qual no se puede decir que tornaron al tronco, mientras no vienen por via de ascendencia, como dicho es: *ut ita notat Roxas in Epitome succes. cap. n. 11. quem sequitur Gutier. lib. 2. Pract. Quest. cap. 98.*

278 Pero hasse de notar, que el padre, aunque es verdad que por fin, y muerte de su hijo pierde la propiedad de estos dichos bienes troncales, pero con todo esso debe gozar el usufructo de ellos, mientras viviere, con fianzas de bolverlos tales, y tan buenos: *ut ita tenent Avend. 4. resp. cap. 5. n. 5. quem refert, & sequitur Gutier. ubi supr. lib. 3. cap. 78. n. 5. vers. Secundo loco.*

279 Lo qual es al contrario en el fuero de Sepulveda, que no solo tornan al tronco los dichos bienes en propiedad, pero tambien en usufructo, salvo en los que, constante el matrimonio, el padre, ó la madre huvieren ganado, porque en estos ha de gozar el padre, ó la madre, tan solamente por sus dias, y luego tornan al tronco de quien los ganó, id est, el postrer ascendiente; y esto procede viviendo el hijo nueve dias; porque si murió dentro de ellos, no gozarán los dichos sus padres de los dichos bienes tiempo ninguno, sino que luego tornan al tronco que los ganó, y esse se reputa por tal; y esto se usa, y guarda del Fuero de Sepulveda, que es el que se guarda en la Villa de Yevenes, y en todo el Priorato de San Juan; y si estos bienes gananciales de que el padre, ó la madre han gozado, los heredare el hijo por fin, y muerte de su padre, muriendo despues el hijo ab intestato, se reputan todos por troncales, juntamente con los patrimoniales, supuesto que han de tornar al postrer ascendiente: *ut ita notavit Avend. in l. 6. Taur. n. 17. gloss. 11. ubi supr. in hoc num.*

280 Y no solo ha de tornar los dichos bienes al dicho tronco, pero tambien los frutos pendientes, que están en las heredas al tiempo de la muerte del ultimo poseedor: *ut ita tenet idem Avend. Gutier. & Aceved. ubi supr.*

281 Assimismo se debe limitar la dicha regla, que recibiendo el marido los bienes dotales, estimados con aquella estimacion que de Derecho causó, y celebró venta, muerto el hijo, suc-

cede el padre en los bienes dotales troncales ; pues con la dicha estimacion salieron del dominio de la muger , si siguió el natural de diferente , y diversa condicion , pues por la dicha venta no puede el padre ser obligado precisamente à dar la misma cosa , suelto el dicho matrimonio , sino tan solamente el precio de ella : ut probatur in l. Quoties , C. de Jure dotium , & in l. 18. 19. & 20. tit. 11. p. 4. & ibi Greg. Lopez , & ita tenet Castell. in d. l. 6. Taur. gloss. La raiz , vers. Quæro etiam , & est ratio , quia pretium rei non dicitur rei ipsa , ut ex text. in leg. Venditor ex hereditate , ff. de Hereditate , vel action. vendit. Tiraquel. de Retract. lig. §. 1. gloss. 1. n. 113.

282 Y de qualquier manera que los dichos bienes hayan de tornar al tronco , y que , como dicho es , sea en perjuicio de la legitima de los dichos ascendientes ; pero con todo esso se hà assimismo de limitar , en caso que los dichos ascendientes sean tan pobres , que no tengan de adonde poderse alimentar , porque entonces se les deben dàr alimentos de los dichos bienes troncales , por no ser debidos de Derecho natural : ut in l. Si quis à liberis , ff. de Lib. agnoscend. Cadunt enim alimenta sub quarto præcepto Decalogi , secundum Div. Thom. 2. 2. q. 122. art. 5. ad tertium. Soto de Just. & jure , lib. 2. q. 4. art. 5. porque aunque es verdad , que la legitima se puede quitar por fueros , y leyes municipales ; pero con todo esso , lo que es de Derecho Natural , no se puede destruir , ni borrar por costumbre , ni estatutos , ni por los dichos fueros , y leyes municipales , ni por rescripto del Principe : ut ita tenet eleganter Rodrig. Suar. in l. Quoniam , in priorib. C. de Inofficios. testam. limit. 2. Mantica de Conject. ult. vol. lib. 12. tit. 22. n. 41. 42. & 43. Y esto se debe entender hasta la cantidad necesaria : ut tenet Greg. Lopez in l. 32. tit. 9. p. 6. gloss. magna , in princip. Anton. Gomez in l. 4. Taur. n. 57.

283 Y en caso que los reditos de los bienes troncales no sean suficientes para el sustento del padre , ò la madre se pueden , y han de vender algunos de los dichos bienes troncales para los dichos alimentos , como lo prueba , y enseña el mismo Greg. Lopez in l. 2. gloss. fin. vers. Quia ergo , tit. 19. p. 4.

284 Y en quanto à las deudas que dexó el ultimo poseedor de los dichos bienes troncales , se advierte , que se deben pagar pro rata de los bienes que quedaron , ora sean raices , inmuebles , semovientes , ò muebles : ut qui plus habuerit , plus solvat , per l. Celsus , ff. de Religios. & sumpt. fun. Roxas ubi supr. c. 30. n. 25.

285 Y segun el dicho fuero ibi: ,, La raiz à la raiz: y llamanse bienes inmuebles, y raíces todos aquellos, que segun su naturaleza no se pueden mover, sin que primero se destruya su forma, segun la *ley 1. tit. 17. p. 2. ibi: ,, E las raíces son las heredades, é las labores que non se pueden mover en ninguna de ,, estas maneras que dicho havemos. Por manera que todas las veces que es necessario destruir la forma para mover, y sacar adonde està fixa, y aunque despues de sacada se puede mover, es raiz, y por tal se reputa.*

286 De aqui se sigue, que las tinajas, ò cubas que lo estuvieren, y aunque no lo estèn, si para sacarse de adonde estuvieren, es necessario deshacerse, ò destruirse su forma, segun otra ley de Partida, *que est l. 29. tit. 5. p. 5.*

287 Assimismo se dicen bienes raíces todas aquellas cosas, que estuvieren fixas, y metidas en la fabrica de alguna casa, ò otro edificio, ò movidas de ella para tornarse à fixar; salvo si se traxeron de nuevo para la dicha fabrica, porque en tal caso se han de reputar por bienes muebles, segun otra ley de Partida, *que est l. 28. tit. 5. p. 5.*

288 De aqui se sigue, que los molinos, sus ruedas, y rodezanos, aunque se muevan, ò estèn separadas, para tornarse à fixar para el dicho efecto, se reputan por bienes raíces; salvo, que si de nuevo se traxeron para el dicho efecto, ò fueron separadas para usar mas de ellas, lo contrario se ha de decir: *ut ita notat Bald. in cap. Contingat, de Dolo, & contum. & in l. Cum fundamentus Appell. leg.*

289 Sigüese à mas de lo dicho, que los colmenares que están fixos en la tierra, y palomares, y estanques de pescado, se dicen bienes raíces: *ut ita refert Montalv. in l. 1. tit. 20. lib. 3. Fori.*

290 Y los que se reputan por bienes muebles, son aquellos que segun su naturaleza, y sin mudar su forma se mueven, ò se pueden mover: *ut ita colligitur ex l. 1. tit. 17. p. 2.*

291 Entre los quales son llamados bienes muebles los censos, especialmente si son redimibles, atento que los reditos se reputan por tales; y para ser bienes troncales, es necessario que sean propriamente inmuebles, y assi se ha de restringir el dicho fuero, & ita tenet Alvar. Velaz. *de Jure emphyt. 1. p. quest. 32 in. 15. vers. Alia insuper. Gutier. de Pract. quest. 83. lib. 3. n. 8. Gregor. in l. 1. gloss. 2. tit. 17. part. 2. Villadieg. in sua Politica de la Instruccion, cap. 2. n. 69. fol. 25. Auctor Curiae Philipic. 2. p. §. 15. n. 17.*

292 Y de aqui se sigue, que las acciones, y derechos se reputan por bienes muebles, en especial en estos casos, y constituciones municipales. Y esto se entiende, aunque la accion se intente sobre bienes raices, por estar obligados, è hypotecados à la dicha deuda, y aunque sean los dichos bienes troncales, por ser tercera especie de bienes: ut ita notatur per Tiraquel. *de Retract. lig. §. 1. gloss. 7. n. 9.* & est commun. secundum Pinel. *in l. 1. C. de Bon. mater. 1. p. n. 24.* Matienz. *in l. 6. tit. 6. gloss. 1. n. 33. lib. 5. Recop. Gutier. de Pract. Quæst. lib. 2. quæst. 146. n. 3.* Roman. *in leg. Apud Julian. §. Sed etsi quis, vers. Circa, ff. ad Trebel.*

293 Reputanse assimismo por bienes muebles el precio que succede en la venta de los bienes raices troncales; y aun el mismo dinero que estè destinado para comprar otros bienes raices troncales, mientras no estuviere hecha, y celebrada la dicha venta: ut ita colligitur ex doctrina Castell. *in l. 6. Taur. verb. Al tronco, vers. Quæro*: y dice Gutier. *ubi supr. lib. 3. quæst. 87.* que aunque con el precio de la dicha cosa raiz se compra otra de la misma calidad, assimismo troncal, no se ha de entender succeder en ella, como en los demás bienes troncales; y de esta doctrina se ha de entender, que los bienes que ultimamente se compraron, ò trocaron, ò por otro qualquier titulo se adquirieron, no han de tornar al primer tronco; adonde los primeros que se trocaron, ò vendieron, sino tan solamente se ha de considerar ser el primer tronco el que los adquiriò, como se colige en las ganancias entre marido, y muger, que siendo bienes troncales, es el primer tronco el marido, ò la muger: ut ita probat Roxas *ubi supr. cap. 30. n. 11. in princip.*

294 De aqui se sigue, que trocandose una cosa por otra assimismo troncal, ha de proceder la dicha doctrina, salvo, que si la otra que succediò en su lugar no era troncal; y aunque lo fuese la primera, no succederà en ella jure consuetudinario, porque el dicho fuero se ha de entender en propios bienes inmuebles de aquel dicho fuero, y no en los que el Derecho finge por tales, especialmente en materia tan odiosa, y contra el Derecho Comun, como assi se practica en esta Villa del fuero de Sepulveda, & hoc modo doctrina Gutierrez intelligi debet *de Pract. Quæst. 9. 88. n. 7. lib. 3.*

295 La qual doctrina procede assimismo en la cosa dotal trocada con otra de la misma calidad, con licencia expressa de la muger, quando el marido la recibió inestimada; porque aunque

es verdad que sigue el mismo privilegio, y prerogativa que la primera, segun la *ley 1. tit. 4. lib. 5. For.* pero con todo esso no ha de seguir el primer tronco de los dichos primeros bienes troncales, sino tan solamente ha de ser el primer tronco la muger, por haberse enagenado por el dicho consentimiento de la muger, y los que sucedieron en su lugar ser nuevamente adquiridos, segun la supra referida doctrina.

296 Y esto procede con la misma distincion en la cosa troncal comprada con el dinero dotal, por donde en materia tan odiosa no sigue esta calidad del primer tronco, sino es empezando desde la muger; porque el dicho tan solamente se ha de entender en los bienes raices heredados ab intestato, como de sus palabras se colige, ibi: „ Y la raíz á la raíz: aunque en este caso, segun comun opinion de graves Doctores, se ha de entender ser de por mitad la cosa comprada con el dinero capital de qualquiera de los dos, como bienes ganados constante el matrimonio: ut ita affirmat Gutier. *lib. 2. quest. 117.* quem sequitur Molina *de Just. & jure, 2. tract. disp. 433. n. 7.* y en el uno, y otro caso ha de gozar el marido, ò la muger del usufructo de ellos, por ser adquiridos constante el dicho matrimonio, como del dicho fuero de Sepulveda se guarda: *ut supra diximus.*

297 Y en caso que el marido huviere vendido, ò trocado la cosa troncal con otra de la misma calidad, sin licencia de la dicha su muger, siendo assimismo inestimada, tendrá eleccion la muger à pedir la misma cosa, ò su precio, aunque esté en tercero poseedor, y ha de seguir el mismo fuero, y tronco, sin que primero sea necessario hacer excursion en los bienes de su marido; y assi lo he visto practicar muchas veces, y en los mismos terminos ha sido determinado en esta Villa de Yevenes por Jueces Arbitros, y acuerdo del Licenciado Diego Vazquez Muñoz, Abogado en la Villa de Torrijos, por defensa del Licenciado Juan Carpio, Abogado, y Comissario del Santo Oficio en este Lugar, y Villa de Yevenes, persona de grande doctrina, y opion, cuyo tenor de la dicha sentencia es el que se sigue.

Sentencia del tronco.

„ En el pleyto, y causa que ante Nos pende, como ante Jueces Arbitros, y amigos componedores, entre Sebastian Blàs, y Francisco Blàs, y Maria Garcia, è Isabel Garcia sus hermanos, vecinos de este Lugar de Yevenes, actores de la una parte, y Juan Bermejo, vecino de este dicho Lugar, reo de la otra parte,

„ te , visto el compromisso por las dichas partes , y usando del po-
„ der , y facultad que por ellos nos fue dada ; y atento los Autos,
„ y meritos de este Processo , &c.

„ Fallamos los dichos Sebastian Blás , y consortes , haver
„ probado su pretension , como les convino , y el dicho Juan
„ Bermejo por haver probado sus excepciones , y defensiones ; en
„ cuya consecuencia debemos declarar , y declaramos ser bienes
„ troncales de Ana Garcia , yà difunta , muger que fue del di-
„ cho Juan Bermejo , los contenidos en el memorial presentado
„ por parte del dicho Sebastian Blás , y consortes , que està fo-
„ jas treinta y cinco , y treinta y seis , y treinta y siete de este Pro-
„ cesso , y està confessado por el dicho Juan Bermejo en cator-
„ ce de Abril de seiscientos y diez y siete años , à fojas treinta y
„ nueve de este dicho Processo. Y assimismo declaramos ser bie-
„ nes troncales , y dotales de la dicha Ana Garcia , el hereñal
„ que està al alberquilla , y haza que està á la veguilla , y haza del
„ camino de Lerena , que parece haver recibido el dicho Juan
„ Bermejo por dote de la dicha su muger , en pago de cierta deu-
„ da , y estar sitos en termino de la Orden , donde se guarda , y
„ debe guardar en la succession el fuero de Sepulveda. En cuya
„ consecuencia declaramos haver sucedido en los dichos bie-
„ nes los dichos Francisco , y Sebastian Blàs , y consortes , por
„ fin , y muerte de Maria , hija del dicho Juan Bermejo , y Ana
„ Garcia , y heredera universal de la dicha su madre , conforme
„ al dicho fuero de Sepulveda. Y condenamos al dicho Juan Ber-
„ mejo , que dentro de seis dias de la notificacion de esta nues-
„ tra sentencia , dè , y entrègue , buelva , y restituya al dicho
„ Sebastian Blás , y consortes los dichos bienes ; con que aten-
„ to , que por las Escrituras de trueque , presentadas en este pley-
„ to , parece haverse trocado algunos de los dichos bienes tron-
„ cales , por otros bienes raices , sitos en el termino , y jurisdic-
„ cion de la Orden ; debemos mandar , y mandamos , que
„ los bienes que el dicho Juan Bermejo recibió en el dicho true-
„ que los buelva , y restituya enteramente despues de sus dias ,
„ y vida , á los dichos Sebastian Blàs , y consortes ; y lo mismo
„ se entienda haverse de guardar , y cumplir en quanto à las
„ tres possessions , que constante el matrimonio entre los dichos
„ Juan Bermejo , y Ana Garcia recibió en pago de la dicha deuda ,
„ por aumento de dote de la dicha Ana Garcia ; los quales dichos
„ Bienes troncales , y havidos en pago de la dicha deuda , decla-

„ ramos haver de restituir el dicho Juan Bermejo á los dichos
 „ Sebastian Blàs, y consortes, despues de sus dias, y vida, sin
 „ tener para sí cosa alguna. Y atento que el dicho Juan Bermejo
 „ es heredero de la dicha Maria su hija, declaramos estar obli-
 „ gado á la paga del censo, que sobre los bienes de la dicha Ana
 „ Garcia està impuesto, y cargado en favor de Cathalina Lo-
 „ pez, y à sacar indemnes del dicho censo los dichos bienes tron-
 „ cales, conque los dichos Sebastian Blàs, y consortes contribuyan
 „ à la paga, quita, y redempcion de èl à rata del valor que
 „ tienen los bienes troncales, que por esta sentencia les van ad-
 „ judicados respecto de la demàs hacienda que el dicho Juan Ber-
 „ mejo tuvo, y heredò de la dicha su hija. Y atento assimismo que
 „ la dicha Ana Garcia en su testamento dexò, y mandò al dicho
 „ Juan Bermejo su marido el remanente del quinto de sus bienes,
 „ mandamos que haya el dicho quinto, assi en bienes troncales,
 „ como en no troncales, ratando el valor de lo que huviere de
 „ haver en los unos, y en los otros, respecto de la estimacion de to-
 „ dos los bienes, por muerte de la dicha Maria. Y con esto absol-
 „ vemos, y damos por libres à las dichas partes de todas las demàs
 „ pretensiones que tenia la una contra la otra. Y mandamos, que
 „ estèn, y pasen por esta sentencia precisamente, sò las penas
 „ del compromiso, las quales pagadas, ò graciosamente remiti-
 „ das, todavia se guarde, y cumpla, y execute lo contenido en
 „ esta sentencia, arbitrando, y componiendo. Assi lo pronuncia-
 „ mos, y mandamos. Jueces. Diego Palacios. Francisco Lopez,
 „ Assessor. El Licenciado Diego Vazquez Muñoz.

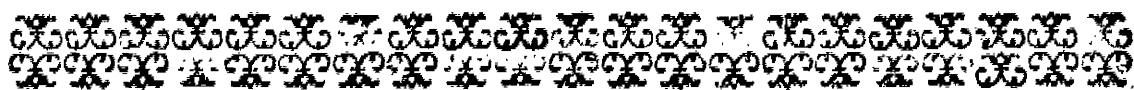
299 Y lo que se advierte de esta sentencia, que todas las
 veces que el padre ò la madre deben gozar por sus dias del usu-
 fructo troncal, ganado, ò nuevamente adquirido, constante el
 matrimonio, como dicho es, se ha de entender por causa de la
 muerte del hijo, que los heredò de qualquiera de los dichos sus
 padres, como del dicho fuero es uso.

300 Y assimismo se debe notar, que este fuero tan solamen-
 te hà lugar ab intestato, probandose primero, y no ex testamento,
 aunque ninguno puede poner condicion en su testamento, que
 no se guarde, y haya lugar el dicho fuero, y leyes municipales en
 la succession de sus bienes, sino es que los dexa vinculados, ò
 debaxo de institucion de Mayorazgo, como en el cap. 6. de este
 segundo libro diximos; pero bien podrá el padre testar por el hi-
 jo, no solo en los bienes troncales suyos, pero en los demàs que
 el

el hijo adquiriere, ò heredare de qualquiera de sus ascendientes, muriendo en la edad pupilar de catorce años, siendo varon, y doce siendo muger: *ut supr. cap. 8. n. 8. diximos.*

301 Y esto procede, aunque los bienes estén en el Lugar adonde se guarda el dicho fuero, y el que muere ab intestato esté en otra jurisdiccion, adonde no esté en costumbre el dicho fuero, y ley municipal: *ut ita notat Roxas ubi supr. cap. 30. n. 12. Tellus in l. 6. Taur. n. 70. Aceved. in l. 1. tit. 8. num. fin. lib. 5. Novæ Recop.*

302 Finalmente se ha de notar, que todo aquello que fuere contrario de todo lo dicho en el Lugar del dicho fuero, y se probare, que esso se ha de guardar: *ut ita notat Gutier. ubi supr. quæst. 87. in fine.*



FUERO, QUE SE OBSERVA,

Y GUARDA EN ESTA VILLA DE YEVENES, Orden de San Juan, y todo su Priorato, traducido del fuero de la Villa de Sepulveda, que en substancia es sobre lo que queda escrito.

E*T quilibet filius hæredet bona patris, & matris, tam in re mobili, quam in radice, & pater, mater bona filii immobili; pater enim non habet hæreditare radicem filii, quæ eum de patrimonio contingerit: aliam autem radicem, quam parentes simul acquisierunt, habet parens hæreditare superstes omnibus diebus vitæ suæ jure filii, si filius per novem dies vixerit: post mortem autem parentis radix redeat ad radicem, (id est, ad parentem, qui radicem lucravit) quod licet parens superstes habeat hæreditare hanc radicem omnibus diebus vitæ suæ, tamen quia ad radicem habet redire, det fidejussores, quod radicem indemnem custodiat: radix verò, quæ filium de patrimonio contigerit, redeat ad radicem ea die, qua ipse decesserit.*

Id est, que el hijo herede los bienes de sus padres, hoc est, tam ex testamento, quam ab intestato, ora sean muebles, inmuebles, ò raices, que por el consiguiente los dichos sus padres le sean herederos en la misma forma, y esto tan solamente en los bienes

muebles , y no en los bienes raíces heredados de su patrimonio, (hoc est , muriendo el hijo ab in testato aliás secus) y que los demás bienes raíces , ganados por los dichos sus padres , sean sucesibles , y los goce el superstite por los días de su vida , dando fianzas de bolverlos indemnes luego que muera ; y esto , con tanto , que el hijo heredero de los dichos bienes viva nueve días desde el día que heredò , y que estos bienes raíces vuelvan al tronco que los ganó.

§. Prescripcion. 38.

303. Y para que se dè fin , assi á la materia referida , como á la conclusion de lo que pretendemos probar en el principio de este capitulo, de que nos dió que dudar la *ley 80. tit. 18. p. 3.* dándonos causa el traer á la memoria tan infinitos casos , que tan solamente consisten en Derecho, y contingentes en particiones, digo finalmente , que si en las dichas particiones no se hizo memoria de algunos bienes , porque por ventura se ocultaron ; ò yà que se traxeron á particion de ellos , no se dispusieron conforme á la disposicion del Drecho , ó voluntad del testador , entonces sin embargo de la excepcion de *Replicatione divisionis* , podrá tratar qualquiera de los dichos herederos , è interesados de la reformation de aquella emienda , y error de Derecho ; pues no es justo que por la ignorancia , ò malicia de los Contadores , sientan , y padezcan qualquiera de los dichos herederos este agravio, no obstante qualesquier pactos , y escrituras ; y es la razon : *quia non videtur pacto perimi , de quo non est cogitatum , per l. fin. §. penult. ff. de Condit. indeb. & ita notat Montalv. in l. 8. tit. 4. lib. 3. For. gloss. Desfecba.*

304 Y en caso que alguno de los dichos herederos pida reformation de la dicha particion , alegando , que aunque no se ocultaron bienes algunos en los que le adjudicaron , ó respecto de los demás bienes , y herederos fue leso , y engañado , entonces ha de considerar el Juez tres cosas. Lo primero , en la cantidad que prueba el heredero fue leso , y damnificado ; porque sino es en la mitad del justo valor , y precio , no debe ser oido ; y caso que lo alegue , y no lo pruebe , no debe ser reformada la particion, como en los demás contratos , segun la *ley 2. C. de Rescindenda venditione*. Y siendo hecha la particion por titulo de transaccion, y la lesion excedió de la mitad del justo valor , y precio , aunque sea jurada , havrá lugar su remedio : ut ita notat Petrus Sen. de *Assicur. & spons. merc. 5. p. n. 4.* Gutier. *Pract. Quest. l. 2. q. 141. per.*

per tot. quos sequitur, & refert Villadieg. in Politic. Forma de libelar, n. 139. vers. Y no baurá lugar, fol. 248.

205 Lo segundo, que este remedio de la lesion se ha de intentar dentro de quatro años, como fuere otorgada, ò aprobada la dicha particion: *ut ita notat idem Gutierrez ubi sup. q. 143.* adonde dice, que passado el dicho tiempo no se puede intentar, aunque sea por via de excepcion: *Villadieg. ubi sup. vers. Puedese intentar; salvo si la lesion fue enormissima, que entonces se puede intentar dentro de treinta años, aunque la dicha particion esté jurada: ut ita notat Villadieg. ubi sup. vers. Y siend, enormissima.* Solo se ha de notar, especialmente quando no intervino juramento, que si el heredero intentò esta accion dentro de un año de como fue aprobada la particion, alegando, y probando fue leso, y engañado en la sexta parte de la cantidad que le debia pertenecer, que entonces ha de ser oido; y caso que lo pruebe, ha de ser reformada la dicha particion, y deshacer el agravio: *per text. in l. Si soror, C. de C. & ita notat Molina de Just. & jure, 2. tract. disp. 245. n. 11.* Y esto mas se practica en Portugal.

306 Lo tercero que ha de considerar el Juez, si es menor de veinte y cinco años el que pide esta lesion, y agravio; porque siendolo, aunque no exceda de la mitad de lo que fue agraviado, ha de ser restituído desde el dia que otorgò, y aprobò la dicha particion, hasta cumplir veinte y nueve años: *ut probatur in l. 8. tit. 4. lib. 3. For. & ibi Montal. gloss. No fuere de edad. Molin. ubi sup. num. fin. in fin.* salvo si el menor (extra del contrato de la transaccion, *ut sup. diximus*) huviere jurado la dicha particion como menor; *secus* si no le huviere jurado como tal, porque todavia tendrá la misma restitucion: *ut ita concludit Matienz. in l. 1. gloss. 8. n. 50. tit. 11. lib. 5. Recop. & nos alibi diximus.* Y en los casos que el menor, ò mayor fueron enormissimamente lesos, y damnificados, assi como ser engañado en tres, ò quatro tanto de su legitima, no impide el dicho juramento, aunque se jure como menor, *ut sup. est dictum*, pidiendo relaxacion *ad effectum agendi, & excipiendi.*

307 En conclusion, si alguno de los dichos herederos, pidiendole trayga à particion, y division los bienes que posee, y alegare prescripcion, sin embargo de la dicha excepcion, los ha de traer à particion con sus coherederos, haviendo razon legitima. Y es la razon, que las cosas comunes, no siendo partidas,

no se prescriben por ningún tiempo , como se prueba en la *ley 5. tit. 15. lib. 4. Novæ Recop. & ibi Aceved. num. 1. cum pluribus aliis.*

308 La qual doctrina se ha de limitar , quando el poseedor de los bienes alegare , y probare que la particion fue hecha , ò se presumiere haverse hecho , por estar poseyendo los demás herederos algunos de los bienes del difunto , que entonces con aquella buena fé , y siendo passados diez años entre presentes , y cinco entre ausentes , no hà lugar el hacer la dicha particion , aunque parezca que los demás herederos fueron lesos ; pues demás de que les pudieron dar otros bienes que hayan gastado por el lapso del tiempo , cessa la excepcion , ò accion de la lession , sino es probando los dichos herederos , que nunca fueron partidos los dichos bienes , ó que no poseen parte de ellos : *ut omnia probantur per Doctores in dist. l. 5. tit. 15. lib. 4. Recop. Montalv. in dist. l. 8. tit. 4. lib. 3. For. gloss. No hay escrito , in fin. Ayora de Partitio- nib. 3. part. quest. 30. per tot. Anton. Men. in l. Si aquam , n. 34. C. de Servit. & aqua. Gutier. in repetit. l. Nemo potest , n. 211. ff. de Leg. 1. los quales afirman , no corrige , ni deroga de la ley 5. del Reyno á la glossa de la ley Si mayor , C. Commun. divid. en su decisson. Dando fin à este sumario tratado , adonde en tan pequeño volumen van resueltos tan infinitos , é innumerables casos , contingentes en el Derecho , y oficio de Escribanos , y Abogados. A honra , y gloria de Dios nuestro Señor ,
y de la Virgen su Madre. Agosto 2.
de 1624.*

Benedictus Deus cum Virgine Matre.

T A B L A

DE LO MAS ESSENCIAL, Y NOTABLE,
que en este primer Libro sobre el tratado de Clausu-
las se trata, y en lo que no se hallare, vea-
se la letra Clausulas.

Acciones.

Acciones, y derechos, qué
genero de bienes sean y si
se comprehenden en los bienes
muebles, è inmuebles, cap. 3.
lib. 1. n. 13. y 14. fol. 39.

Acumulacion.

Acumulacion, quando, y en qué
forma se debe hacer, cap. 1.
lib. 1. n. 74. 75. fol. 27.

Arrendador.

Arrendador, si puede ser echado
de la casa por la segunda ena-
genacion de ella, y en qué ca-
sos no havrà lugar, c. 3. lib. 1.
num. 5. fol. 36.

Arrendador, si puede ser echado
de la casa para el uso, y vi-
vienda del señor de ella, ibi
n. 9. fol. 37.

Arrendador, si está obligado à
los casos fortuitos, c. 17. n. 1.
y 2. fol. 101.

Arrendador, si está obligado à
los casos fortuitos, que succe-

den por descuido, y culpa de
sus criados, ibi n. 5. fol. 102.
Arrendador de mula, ò cavallo,
si está obligado à los casos
fortuitos, y quando, ibi n. 7.
fol. 103.

Antelacion.

Antelacion, si tiene el acreedor
en la cosa comprada con su
mismo dinero, cap. 3. num. 12.
fol. 39.

Antelacion, si tiene el segundo
acreedor en las acciones, y
derechos de su deudor, no
siendo obligados al primero,
cap. 3. n. 15. fol. 40.

Casos fortuitos.

Casos fortuitos, è inopinados, si
se pueden renunciar, cap. 16.
n. 2. 3. fol. 96. y 97.

Casos fortuitos, cuáles se dicen
en el Derecho, cap. 17. num. 1.
2. 3. 4. fol. 101.

Cession de acciones.

Cession de acciones, si se puede
pe-

pedir al principal para contra los demás confidejssores, cap. 18. n. 8. f. 109. Y por la dicha cession succede el cessionario en su lugar de antelacion, y prerogativa; y si há lugar assimismo en los poderes en causa propia, ibi n. 11. fol. 110.

Cession de acciones, si se puede dár sin titulo, y causa, cap. 38. n. 1. fol. 224.

Cession de acciones, y poder en causa propia, si es necesario para que siga su efecto, que hayan precedido del cessionario, siendo otorgado por causa lucrativa, ibi n. 2. fol. 225.

Cession de acciones, y poder en causa propia, si puede ser revocado por el cediente, ibi num. 3. fol. 226.

Clausulas.

Clausulas, quáles sean, que sin voluntad de los contrayentés pueden ser escritas, y ordenadas en todos, y qualesquier contratos, cap. 1. num. 61. fol. 23.

Clausulas ordinarias, siendo omisssas, y olvidadas en los dichos contratos, si se juzgarán por escritas, ibi n. 62. fol. 24.

Clausulas, siendo ordenadas en fin de la Escritura, si es visto referirse á las precedentes, ibi n. 63. fol. 24.

Clausulas, si siendo ordenadas en medio de las dichas Escrituras, será visto assimismo re-

ferirse á las precedentes, ibi n. 64. fol. 25.

Clausulas, siendo ordenadas para diferentes fines, si assimismo se refieren á las passadas escritas, ibi n. 65. fol. 25.

Clausula, siendo ordenada, y escrita en cierta parte de lo que se dispone, si se ha de entender referirse á lo que parece, y se conjetura fue voluntad de los contrayentes, ibi num. 66. fol. 25.

Clausulas generales, si es visto referirse á las especiales, ibi n. 67. fol. 25.

Clausulas, siendo ordenadas para un solo fin, si es visto estenderse á otros dissimiles, y no semejantes, ibi n. 68. fol. 25.

Clausulas dudosas, en què forma, y manera se deben probar, y si bastará la declaracion del Escribano para la dicha prueba, ibi n. 70. fol. 25.

Clausula de non alienando, de què efecto sea en los contratos de enagenacion, cap. 3. n. 6. fol. 36.

Clausula de non alienando, de què efecto será en los contratos de censos, cap. 32. lib. 1. n. 6. fol. 85.

Clausulas de subscripcion de todas, y qualesquier Escrituras, y testamentos, en què forma deben ser ordenadas, cap. 1. n. 2. fol. 7.

Clausulas de los juramentos que se interponen á los contratos, que

que de su naturaleza se requieren, con que palabras deben ser ordenadas, cap. 2. num. 1. fol. 29.

Clausula de la especial, y general hypoteca, en que manera debe ser escrita, y ordenada, para que se siga su efecto, cap. 3. n. 1. fol. 34.

Clausula, con la qual quedan obligados los menores en todos, y qualesquier contratos por los dichos otorgados, con que solemnidad han de ser ordenadas, cap. 5. n. 1. fol. 42.

Clausulas de renunciaciones de herencias entre padres, é hijos, en que forma se deben escribir, y con que palabras se deben ordenar, cap. 6. n. 1. fol. 46. & ibi n. 12. fol. 50.

Clausula, por la qual los hijos renuncian el beneficio del Macedoniano, con que palabras debe ser ordenada, para que los hijos de familias queden por los prestados obligados, c. 7. n. 1. fol. 54.

Clausulas de emancipacion, en que forma, y con que solemnidad se deben celebrar, y ordenar, cap. 8. n. 1. fol. 57.

Clausulas, como deben ser ordenadas, para que los adultos, y mayores de catorce años puedan otorgar donaciones por causa, y temor de muerte, c. 9. n. 1. fol. 60.

Clausulas para que las mugeres de qualquiera calidad que sean,

queden obligadas, en que forma han de ser ordenadas, c. 10. n. 1. fol. 63.

Clausula para que los contratos commissarios no se juzguen por nulos, en que manera se deben otorgar, y ordenar, cap. 12. n. 1. fol. 80.

Clausula para que cesse el remedio de la lesion de la mitad mas, ó menos del justo valor, y precio de la cosa vendida, y enagenada, con que palabras deben ser ordenadas, cap. 13. n. 1. fol. 87.

Clausulas para que se transfiera el dominio de la cosa vendida, en que forma se deben ordenar, cap. 14. n. 1. fol. 86. & ibi n. 5.

Clausulas de eviccion, con que palabras deben ser ordenadas, para que el vendedor no solo sea convenido al interes principal, pero tambien á las costas, intereses, gastos utiles, necesarios, y voluntarios, y mas el duplo del valor de la cosa vendida, y por Via Executiva, c. 15. n. 1. fol. 88.

Clausula para que no haya remedio el derecho de la esterilidad, como debe ser ordenada, cap. 16. n. 1. fol. 95.

Clausula por la qual se renuncián los casos fortuitos en los contratos de arrendamientos, como se debe ordenar, para que siga sus efectos, cap. 17. n. 1. fol. 101.

Clausula de la mancomunidad, y

- renunciacion de la authentica presente, C. de Fidejussoribus, y renunciacion de la excursion, y division, en què forma se debe ordenar, cap. 18. num. 1. fol. 105.
- Clausulas de fianzas de la haz, y pagar lo juzgado, y sentenciado, còmo deben ser ordenadas, cap. 19. n. 1. fol. 114.**
- Clausula, en què forma se debe ordenar, para que sin embargo que el contrato principal se dè por nulo, quède obligado su fiador, cap. 20. n. 1. fol. 120.**
- Clausula sobre la renunciacion de la insinuacion de las donaciones que exceden de los quinientos sueldos, de què efecto sea en estos dichos contratos, cap. 21. n. 1. fol. 121.**
- Clausula, si se puede dâr para que las donaciones no se revoquen en todo por el nacimiento de los hijos del donante, y en què forma se debe ordenar, c. 22. n. 1. fol. 126.**
- Clausulas, con què palabras deben ser ordenadas para que las donaciones por causas de ingratitud no puedan ser revocadas, cap. 23. num. 1. & 7. fol. 129.**
- Clausula cierta, si se puede dâr para que valgan, y sean perfectas las donaciones otorgadas de todos los bienes presentes, y futuros, cap. 24. n. 3. fol. 313.**
- Clausulas, con què palabras de-**
- ben ser ordenadas, para que las donaciones otorgadas por causa de muerte quèden perfectas, è irrevocables, cap. 25. n. 1. fol. 36.
- Clausula, si se puede dâr, para que las donaciones otorgadas entre marido, y muger, sean perfectas, y vâlidas, cap. 26. n. 1. fol. 142.**
- Clausulas ad invicem de Succedendo, otorgadas entre marido, y muger, y otras personas particulares, en què forma se deben ordenar, para que tengan efecto, aunque sea en perjuicio de ascendientes, cap. 27. num. 1. fol. 157.**
- Clausula de la renunciacion del privilegio, y exempcion de la hidalguia, en què forma se debe ordenar, cap. 28. num. 1. fol. 162.**
- Clausula sobre la renunciacion del Capitulo Oduardus, de Solutionibus, en què manera, y con què palabras debe ser ordenada, para que siga su efecto, c. 29. n. 1. fol. 166.**
- Clausula cierta, si se puede dâr, para que se pueda executar la pena convencional, c. 30. n. 1. fol. 168.**
- Clausulas de compromisso, en què forma deben ser ordenadas, cap. 31. n. 1. fol. 173. & in n. 8. fol. 178.**
- Clausulas de censos, quâles se juzgan por licitas, ó injustas, cap. 32. per tot. fol. 182.**

Clausulas de Retrovendendo, & adjectionis in diem, & legis commissoriæ, en què forma deben ser ordenadas, cap. 33. n. 1. fol. 199.

Clausulas, con què palabras deben ser ordenadas, para que nõ se rescinda el tronco de venta de algun cavallo, ò mula, por enfermedad, ò vicio que tenga, cap. 34. n. 1. fol. 206.

Clausulas ciertas, si se pueden dár para qua no se perscriba la accion personal, y el derecho de executar, cap. 35. per totum, fol. 214.

Clausula con general, y libre administracion, con que todos, y qualesquier poderes son ordenados, y otorgados, de què efecto sea, cap. 36. n. 1 fol. 217.

Clausula de la excepcion de la non numerata pecunia, en què forma se debe ordenar, cap. 37. n. 1. fol. 221.

Clausula de cession de acciones, y de poder en causa propria; en què manera se debe ordenar, c. 38. fol. 224.

Clausulas, en què forma se deben ordenar, para que por sus palabras se cause novacion, y delegacion del primero, y precedente contrato, cap. 39. n. 2. fol. 227.

Clausula, en què forma se debe ordenar, para que precisamente sea apremiado el deudor á pagar en el especie à que se obligò, cap. 40. n. 1. fol. 231.

Clausula, con què palabras se debe ordenar, para que precisamente los esposos cumplan las palabras del matrimonio, ò paguen las arras, y señal que prometieron en pena de no cumplirse, cap. 41. numer. 1. fol. 236.

Clausulas de los finiquitos de los Tutores, y Curadores, otorgados en su favor por sus menores, si deben seguir su efecto, aunque no conste ser justamente dadas las cuentas de la administracion de los bienes de los dichos sus menores, cap. 42. per tot. fol. 246.

Censos.

Censos, si se pueden imponer sobre bienes muebles, y semovientes, cap. 32. n. 2. fol. 182.

Censos, si se pueden vender por deudas antiguas, ibi num. 4. fol. 183.

Censos, si se pueden vender con renunciacion de su paga, y si se requiere testimonio, y fè del Escribano, ibi num. 3. fol. 183.

Censos, si se pueden imponer con condicion, que los reditos, que no se pagaren, se incorporen en el principal, para efecto que se se paguen reditos, de reditos, ibi n. 25 fol. 194.

Censos, si se pueden vender con condicion que el vendedor tenga obligacion al tiempo de la retencion de pagar su precio

en mejor moneda, y de mas valor, ibi n. 26. fol. 194.

Censos, si se pueden redimir en parte, y quando no, ibi n. 27. y 28. fol. 195.

Censos, si se pueden imponer con pena de caer en commisso, ibi n. 29. y 30. fol. 196.

Censos, si se pueden imponer con condicion, que se pueda sacar la cosa hypotecada, siendo vendida por el tanto, ibi n. 31. fol. 197.

Censos, quando se pueden juzgar por ilicitos, y usurarios, ibi n. 32. fol. 197.

Conjeturas.

Conjeturas, si hacen entera prueba, y fé, no siendo contra Derecho, cap. 1. n. 37. fol. 17.

Conjeturas, si se deben hacer segun el natural del contrato, ibi n. 38. ibid.

Conjeturas, siendo diferentes, y dudosas, si se prefiere la de mejor propiedad al natural de contrato, de que se dificulta, y trata, ibi n. 39. fol. 18.

Conjeturas, è interpretacion, si se debe hacer segun fuero, y costumbre, ibi numer. 40. ibid.

Conjeturas, è interpretacion, si se debe hacer de manera que no se destruya la forma de lo que se trata, ibi n. 41. ibid.

Conjeturas, è interpretacion, si se debe hacer antes de lo que de la voluntad de los otorgan-

tes se pudiere averiguar, que de lo que fuere escrito, siendo dudoso, ibi n. 42. ibid.

Conjeturas si se pueden hacer, si de ellas resultar puede algun perjuicio, y daño contra las partes otorgantes, numer. 43. y 44. ibid.

Compensacion.

Compensacion, si há lugar en las causas de eviccion, gastos utiles, y necesarios, con los frutos, y arrendamientos, cap. 15. n. 5. fol. 90.

Compensacion, si hà lugar en mejoras con arrendamientos, en caso que el tercero poseedor haya poseido con buena fé, cap. 32. n. 15. fol. 189.

Compromissos.

Compromissos, si son licitos, y con que clausulas deben ser ordenados, cap. 31. fol. 172.

Clerigos.

Clerigos, siendo poseedores de los bienes especialmente hypotecados, si pueden ser convenidos ante los Jueces Seglares, c. 32. n. 9. fol. 187.

Clerigos Tutores, y Curadores, ante que Juez deben dar la cuenta de los bienes de sus menores, cap. 42. n. 18. 19. & 20. fol. 251. y sig.

Contratos.

Contratos otorgados entre padres,

dres, è hijos, si son válidos, c. 6. num. 15. 16. 17. 18 19. & 20. fol. 52. y sigüent.

Curador.

Curador, si puede comprar los bienes de su menor, y si será válido el dicho contrato, y enagenacion, que entre los dichos se otorgáre, y celebràre, cap. 5. n. 4. fol. 44.

Cuentas.

Cuentas que se deben tomar à los Tutores, y Curadores de los bienes de sus menores, si ha de ser con el rigor de las leyes pupilares, cap. 42. n. 15. fol. 250.

Cuentas, quàndo se les deben tomar à los dichos Tutores, y Curadores, ibi n. 16. fol. 251.

Cuentas que los dichos Tutores deben dàr, si son obligados à darlas en el Lugar que administraron los bienes de los dichos sus menores, ibi num. 17. fol. 251.

Cuentas, que los dichos Tutores, y Curadores tienen obligacion à dàr, si pueden ser remitidas por los padres de los menores, ibi n. 21. fol. 252.

Cuenta, si se debe pedir à la madre tutriz, habiendole sido remitida por su marido, ibi n. 22. fol. 252.

Cuentas, si tiene obligacion el padre à dàr de la administracion de los bienes de sus hijos,

ibi n. 23. fol. 253.

Cuentas, si se deben recibir, sin que primero se manifiesten los inventarios, y libro de cuentas de los dichos Tutores, y Curadores, ibi num. 27. & 28. fol. 254.

Cuentas, si se les deben tomar à los Tutores, y Curadores de los frutos, y arrendamientos de los bienes de sus menores, ibi n. 30. fol. 254.

Cuenta, si se les debe tomar de los intereses licitos del dinero que entró en su poder, ibi n. 31. 32. 33. & 34. fol. 254. y sig.

Cuenta, si deben dàr de las Escrituras que recibieron de sus menores, ibi n. 35. fol. 256.

Cuenta, si deben dàr de los bienes raíces, que huvieren vendido sin autoridad de Juez, ibi n. 36. ibid.

Cuenta, si se debe dàr de las deudas que huvieren cobrado en nombre de los dichos sus menores, ibi n. 44. fol. 258.

Cuenta, si se les debe tomar de las cosas que por su culpa, y negligencia se cayeron, y destruyeron, ibi n. 45. & 47. fol. 259. y siguiente.

Cuenta, si deben dàr de lo que huvieren gastado en los pleytos de sus menores, sin acuerdo de Letrado, ibi num. 46. fol. 259.

Cuenta, si se les debe pedir de los salarios, que los dichos menores huvieren ganado por razon de

de sus soldadas , ibi num. 48.
ibid.

Cuenta , si se les debe tomar de los arrendamientos de las casas en que los dichos Tutores , y Curadores huvieren vivido, que eran de sus menores, ibi n. 49. fol. 260.

Cuentas , si se deben emendar por razon del error de la suma , ò por otro qualquier error , y engaño , ibi n. 68. fol. 265.

Cuentas de particulares , en què forma , y con què solemnidad se deben tomar, ibi n. 76. 77. & 78. fol. 268. Vease la letra Descargo, ibi num. 50. cum sequentibus , fol. 260.

Delegacion.

Delegacion , si ha lugar siendo la deuda incierta , cap. 39. numer. 6. fol. 128.

Despojado.

Despojado , siendo el poseedor, sin ser citado, ni vendido, si ha de ser ante todas cosas restituído , cap. 32. n. 21. ad 24. fol. 192. y sig.

Deudor.

Deudor , en què genero de moneda tiene obligacion à pagar, cap. 11. n. 5. fol. 74.

Dominio.

Dominio de la cosa vendida , si se transfiere por gastar de la mercaderia , ò por entrega de las

llaves, cap. 14. num. 2. fol. 86.

Dominio de la cosa vendida , si se transfiere por el yerro , y señales , por entregar la Escritura de la venta, y enagenacion, ibi n. 3. y 4. fol. 87.

Dominio , si se transfiere assimismo por la clausula Constituti, ibi. n. 5. fol. 87.

Dominio , si se transfiere por la especial hypoteca de la cosa vendida, ibi n. 6. fol. 87. Y si por la ciencia del segundo Comprador de la cosa primeramente vendida , serà preferido en ella , haviendole sido entregada , ibi n. 7. fol. 87.

Donaciones.

Donaciones , si para ser válidas en el exceso de los quinientos sueldos , deben ser insinuadas cap. 21. n. 1. y 2. fol. 123.

Donaciones , en què caso serán válidas, aunque excedan de los dichos , quinientos sueldos, sin ser insinuadas, ibi n. 3. fol. 123.

Donaciones , si se revocan por el nacimiento de los hijos, cap. 22. n. 1. 2. y 3. fol. 127. Y si por la muerte de los dichos hijos , y descendientes nacidos despues tornarán à recibir las dichas donaciones, ibi n. 5. fol. 128.

Donaciones , si por causa de ingratitude se pueden revocar , y quales sean estas causas , c. 23. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. fol. 129. y sig.

Donacion de todos los bienes, si serà válida, y en què casos se po-

- podrà limitar la ley del Reyno que lo prohíbe, cap. 24. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. fol. 133. y sig.
- Donaciones otorgadas por causa de muerte, si se podràn revocar, y quàndo es visto quedar irrevocables, cap. 25. num. 1. 2. 3. fol. 136.**
- Donaciones por causa de muerte celebradas, si es necesario para que valgan aceptarse expressamente, ibi n. 4. Y si por el entrègo de los bienes se debe juzgar por irrevocable, ibi num. 6. fol. 138.**
- Donaciones otorgadas entre marido, y muger, si son vàlidas, y si se confirman con la muerte del donante, cap. 26. n. 1. fol. 142.**
- Donaciones otorgadas entre el esposo, y esposa de futuro, si se confirman luego que son otorgadas, aunque el matrimonio nose siga, ibi n. 2. fol. 143.**
- Donaciones otorgadas entre esposos de presente, si se confirman luego que se otorgan, ó se deben juzgar assí como donaciones otorgadas entre marido, y muger, constante el matrimonio, ibi num. 3. fol. 143.**
- Donacion prometida á la muger por aumento de su dote, si se puede revocar, ibi num. 4. fol. 144.**
- Donacion otorgada por causa de remuneracion, si se podrà revocar, ibi n. 6. fol. 145. Y si en las dichas donaciones se requiere insinuacion, ibi n. 7. fol. 145.**
- Donacion otorgada entre marido, y muger, con condicion que la goce otro tercero à dia cierto, si se podrà revocar, ibi n. 8. fol. 146.**
- Donacion, si se presume entre marido, y muger, pagando el uno por el otro las deudas que debian antes de su matrimonio, ò lo que gastaron en levantar, ó aderezar las casas, ó edificios caidos, ibi n. 9. 10. y 11. fol. 146.**
- Donaciones entre marido, y muger, si para ser vàlidas se requiere tradicion, y possession de ellas, ibi n. 15. fol. 147.**
- Donaciones entre marido, y muger, si pueden ser otorgadas en perjuicio de acreedores, ibi n. 16. fol. 148. Y en qué casos será la muger preferida, siendo otorgadas en su favor, ibi num. 17. fol. 148.**
- Donaciones otorgadas entre marido, y muger, si se confirman con la muerte del donante, aunque muera ab intestato, ò el heredero no quiera aceptar la herencia, ò muriendo civilmente, ibi n. 20. 21. fol. 149. Y quál de ellos es visto morir antes, muriendo por alguna desgracia, ò naufragio, ibi n. 26. fol. 150.**
- Donacion entre marido, y muger, si será vàlida, quàndo el do.**

donante la otorgo con temor de perder sus bienes por algun delito, que prevenido tenia, ibi n. 23. ibid.

Donaciones otorgadas entre marido, y muger, si se confirman por el estado de la Religion, ibi n. 24. fol. ibid.

Donacion otorgada por el hijo de familias de consentimiento, y voluntad de su padre, en favor de su madre, si serà irrevocable, ibi n. 25. fol. ibid.

Donacion entre marido, y muger, si es visto haverse revocado, hypotecando el donante la cosa donada, ibi numer. 27. ibid.

Donaciones entre marido, y muger, si pueden ser otorgadas en perjuicio de descendientes, y ascendientes, y si deben ser insinuadas, ibi num. 29. fol. 151.

Donaciones entre marido, y muger, siendo confirmadas por testamento, con què palabras lo deben ser, para que no se juzguen por legados, y mandas, ibi n. 30. ibid.

Donaciones entre marido, y muger de los bienes gananciales, si es vàlida, ibi num. 31. fol. 152.

Donaciones entre marido, y muger, si se confirman con el juramento, ibi n. 35. fol. 153.

Donaciones entre marido, y muger, en qué forma, y manera, y por qué causas pueden ser re-

vocadas, ibi n. 36. 37 cum aliis seqq. ibid. cum aliis.

Dote.

Dote confessada, y numerada, si se presume donacion entre marido, y muger, cap. 26. n. 14. fol. 147.

Enagenar.

Enagenar, si puede el marido los bienes de la muger, sin consentimiento de ella, y si bastarà el tácito consentimiento, c. 10. n. 20. fol. 70.

Emancipacion.

Emancipados, si pueden ser los hijos por sus padres, y de qué edad, y con qué solemnidad, y si por el premio de la dicha emancipacion debe gozar el padre de alguna parte del usufructo de los bienes adventicios de los dichos sus hijos, cap. 8. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. fol. 57. y 58.

Emancipados, si pueden ser los Clerigos hijos de las familias, ibi n. 12. Y si por causas de ingratitud se anularà la dicha emancipacion, ibi n. 13. f. 59.

Emendar.

Emendar, si pueden los Escribanos sus mismos errores, despues de otorgadas las Escrituras, cap. 1. n. 48. fol. 20.

Emendar, si pueden los dichos Escribanos las dichas Escrituras,

- no viciandose los dichos contratos, *ibi* n. 49. fol. 20.
- Emendar**, si se podrá el Instrumento, en quanto al año, y dia, siendo omisso, y olvidado, *ibi* n. 51. *ibid.*
- Emendar**, si pueden los dichos Escribanos las dichas Escrituras sin voluntad, y consentimiento de los otorganres, *ibi* n. 52. 53. fol. 21.
- Emendar**, si pueden assimismo las dichas Escrituras, despues de haver sacado su traslado, *ibi* n. 54. fol. 19. Y en què casos habrà lugar prueba para el efecto de las dichas emiendas, *ibi* n. 55. fol. 21.
- Error.*
- Error de Escribanos**, en qué forma se debe probar, c. 1. n. 56. 57. 58. 59. fol. 21. y 22.
- Escribanos.*
- Escribanos**, si pueden tener trato de grangeria en el Lugar adonde usan, y exercitan los dichos sus officios, c. 1. n. 6. f. 8.
- Escribanos**, si pueden ser fiadores de los Jueces, adonde assimismo tienen los dichos sus officios, *ibi* n. 7. *ibid.*
- Escribanos**, si pueden ser fiadores de las rentas Reales, y alcavalas, y obligarse al abasto de las carnes de los dichos Lugares, *ibi* n. 8. *ibid.*
- Escribanos**, si por no saber, y usar mal de los dichos sus officios, tienen obligacion à restituir, y satisfacer lo que por la dicha causa en daño de tercero se siguiere, *ibi* n. 10. *ibid.*
- Escribanos**, si para usar de los dichos sus officios deben por su Magestad ser aprobados, *ibi* n. 11. fol. 9.
- Escribanos** merè legos, si pueden citar à personas Eclesiasticas por mandado de sus Jueces, *ibi* n. 15. *ibid.*
- Escribanos**, si deben ser creídos, quando por el antiguedad de las Escrituras los testigos no tienen entera noticia de su substancia, *ibi* n. 21. fol. 12.
- Escribanos** si deben ser creídos, en caso de duda, *ibi* num. 24. *ibid.*
- Escribanos**, si deben ser creídos por el autoridad de los Autos de citaciones, *ibi* n. 25. f. 13.
- Escribanos**, si deben exercitar, y usar de sus officios contra su voluntad, *ibi* n. 27. fol. 14.
- Escribanos**, si tienen obligacion à conocer las partes otorgantes, *ibi* n. 34. fol. 16.
- Escribanos**, si pueden ordenar las Escrituras con mas clausulas, y circunstancias de lo que entre los dichos otorgantes fue re tratado, *ibi* n. 35. f. 16.
- Escribanos**, si tienen obligacion à repetir las notas, y clausulas de las dichas Escrituras, para mas satisfacion de las partes otorgantes, *ibi* n. 36. *ibid.*
- Escribanos**, si pueden emendar sus mismos errores despues de-

- otorgadas las dichas Escrituras , ibi n. 48. fol. 20.
- Escribanos** , si deben ser creídos y se les debe dár entera fee , y credito de todo aquello que se hallàre escrito en sus registros, y protocolos , ibi num. 60. fol. 22.
- Escribano** , si puede ser Juez , è interponer su decreto, ibi num. 76. fol. 27.
- Escribanos** que reciben juramentos en contratos, que de su misma naturaleza no se requieren juramentos, què pena tienen, ibi cap. 2. n. 9. fol. 32.
- Escrituras.*
- Escrituras**, è Instrumentos, si para que hagan entera prueba, y fee, es necesario que sean otorgados ante los Escribanos numerarios del Lugar donde se celebran, y otorgan, cap. 1. n. 12. fol. 9.
- Escrituras públicas**, siendo otorgadas en Causas profanas ante Notarios Apostolicos , ibi n. 13. ibid.
- Escrituras** que se han de presentar en otro Lugar fuera de la jurisdiccion , en què forma se deben autorizar, para que hagan entera prueba, y fee, ibi num. 16. fol. 10.
- Escrituras**, ante què numero de testigos han de ser otorgadas, para que hagan entera fee, y prueba, ibi n. 18. fol. 11.
- Escrituras otorgadas ante Escri-**

- banos públicamente descomulgados**, si hacen entera prueba, y fee , ibi n. 17. fol. 10.
- Escrituras**, si para que hagan entera prueba, y fee en juicio, y fuera de èl , es necesario que vayan firmadas de los dichos testigos , ibi n. 20. fol. 11.
- Escrituras** , si pueden ser reprobadas, y con què num. de testigos , ibi n. 22. fol. 12.
- Escrituras signadas por Escribano**, como persona particular, si hacen fee , ibi n. 23. ibid.
- Escrituras** , si deben ser ornadas en la forma que entre las partes otorgantes fue convenido, y tratado , sin dexar cosa en blanco, ibi n. 28. f. 14.
- Escrituras originales** , si es fuerza que se presenten en juicio, para que hagan prueba, y fee, ò si es suficiente el traslado signado de el mismo Escribano ante quien se otorgò , ibi n. 30. ibid.
- Escrituras perdidas**, si se pueden probar por testigos, ibi num. 32. fol. 15.
- Escrituras**, si para hacer prueba, y fee en juicio , y fuera de èl, es necesario que estén firmadas de las partes otorgantes, ibi n. 45. fol. 19.
- Escrituras** , si deben ser sacadas de sus registros con mas notas, y clausulas de las en los dichos registros escritas , ibi n. 46. 47. ibid.

Esterilidad.

Esterilidad del tiempo, si es causa para pedir el arrendador remission de la pension del dicho arrendamiento, cap. 16. n. 1. fol. 95.

Esterilidad, si hà lugar pedirse sucediendo por culpa, y negligencia del arrendador, ibi n. 7. fol. 99. Y si se debe remitir la dicha pension, siendo tan abundante de frutos los años adelante, que basten para suplir los passados, ibi n. 8. f. 99.

Excepcion.

Excepcion de la Non numerata pecunia, si se puede oponer, y dentro de què tiempo, c. 37. n. 2. f. 221. Y si hà lugar en todos, y qualesquier contratos, ibid.

Excepcion de la Non numerata pecunia, si se puede renunciar, ibi n. 5. fol. 222.

Excepcion de la Non numerata pecunia, se puede oponer en las Causas executivas, ibi n. 6. fol. 223.

Excursion.

Excursion, si se debe hacer primero en los bienes del principal, que en los del fiador, c. 18. n. 7. fol. 108.

Excursion, si se debe oponer por el fiador, para que haya lugar su derecho, y pretenion, ibi n. 14. fol. 114.

Excursion, si se ha de hacer primero en los bienes del deudor, que convenir al tercer poseedor, cap. 32. n. 7. fol. 185.

Eviccion.

Eviccion, y su derecho, quando se podrà intentar contra el vendedor, cap. 15. n. 1. 2. fol. 88.

Eviccion, y su derecho, si se ha de intentar por Via Executiva contra el vendedor, assi por el interès, y costas, como por los gastos utiles, necesarios, y voluntarios, ibi n. 12. f. 94.

Fiado.

Fiado, haviendo de ser lo que se vende, si para que no passe su dominio en primer acreedor, serà bien que en la Escritura de la dicha venta el fiado se hypoteque especialmente, c. 3. n. 10. fol. 37.

Fiadores.

Fiadores, si pueden ser convenidos antes de hacer excursion en los bienes del principal deudor, cap. 18. n. 1. f. 105.

Fiadores, si obligandose insolidum quedará cada uno obligado por su parte, ò en todo, ibi n. 3. fol. 106. Y si lo podrán ser, siendo fiadores por una sola deuda individua, especialmente siendo labradores, ibi fol. 107.

Fiadores, si pueden ser insolidum convenidos, haciendo de deuda

- da agena suya propria, ibi n. 12. fol. 115.
- Fiadores**, si pueden ser convenidos *insolidum*, renunciando el autentica *Presente*, C. de *Fidejussoribus*, ibi n. 13. f. 111.
- Fiador de indemnidad**, si puede ser *insolidum* convenido, habiendo renunciado la *excur-sion*, ibi n. 16. fol. 112.
- Fiadores**, si serán libres de sus fianzas, quando por omission de el acreedor no cobró del principal deudor en tiempo que podia, ibi n. 18. *ibid.*
- Fianza de la haz**, y de *indicio sisti*, & de *judicatisolvendo*, en què se difieren, cap. 19. n. 2. fol. 114.
- Fiador de la haz**, si cumplirá con solo asistir à los Autos de el primer juicio, sin tener obligacion à asistir à los demás, ibi n. 3. 4. f. 115.
- Fiadores de la haz**, dentro de què tiempo tienen obligacion à presentar al reo, y deudor para no incurrir en la pena à que se obligaron, ibi num. 5. 6. fol. 116. Y si una vez preso el reo, quedará obligado el fiador à la dicha pena, è interès, huyendo de la carcel, ibi n. 8. 9. fol. 114.
- Fiadores**, por què causas quedarán obligados, assi à presentar al reo, como à pagar lo juzgado, y sentenciado, ibi n. 11. 12. f. 118.
- Fiadores**, si quedarán libres, en

caso que por alguna razon el contrato principal se dè por nulo, cap. 20. num. 2. 3. 4. 5. 6. fol. 120. y sig.

Finiquitos.

- Finiquitos otorgados por los menores en favor de sus Tutores, y Curadores**, si serán válidos, siendo lesos, y engañados los dichos menores, c. 42. n. 29. fol. 254.
- Finiquitos generales**, si son válidos, no expressandose las causas por què se otorgan, ibi n. 66. 67. fol. 264.
- Finiquitos**, si se deben dár por nulos, precediendo el dicho error, y engaño contra los dichos menores, ibi n. 68. 69. fol. 265.
- Finiquitos jurados por los dichos menores**, si pueden ser revocados, ibi n. 70. f. 265.

Frutos.

- Frutos pendientes al tiempo de la venta de alguna heredad**, à quien pertenecen, cap. 3. n. 8. fol. 37.
- Frutos**, si vienen en las donaciones otorgadas entre marido, y muger, y desde què tiempo, c. 26. n. 28. f. 151.
- Frutos que se huvieren cogido de la heredad vendida con pacto de Retrovendendo**, à quien pertenecen, c. 33. n. 7. fol. 201.
- Frutos que se huvieren cogido de**

de la heredad vendida con pacto Legis commissoriæ , á quièn pertenecen, en caso que la venta sea ninguna , ibi n. 12. fol. 202.

Frutos que se huvieren cogido de la heredad vendida con pacto in diem adjectionis , á quièn pertenecen, ibi n. 18. f. 204.

Gastos.

Gastos utiles , necesarios, y voluntarios, hechos en casa agena, si se deben pagar por el Señor de ella, c. 15. n. 3. 4. f. 89.

Hijo de Familias.

Hijo de familias , si puede obligarse en los bienes adventicios , donde el padre goza el usufructo de ellos , cap. 5. n. 3. fol. 43.

Hijos de familias , si deben ser restituídos siendo lesos, en especial en las renunciaciones que otorgan en favor de sus padres , c. 6. n. 6. f. 48.

Hijos de Familias, si serán admitidos á la successión de sus padres, sin embargo de la dicha renunciacion , especialmente no habiendo otros ascendientes , ibi n. 7. 8. f. 48. y 49.

Hijos de familias, si pueden testar de todos sus bienes en favor de extraño , de consentimiento, y expresa licencia de sus padres , siendo en perjuicio de los demás descendientes , ibi n. 10. f. 49.

Hijos de Familias, si quedan obligados por razon de emprestidos que han recibido , cap. 7. n. 1. fol. 54.

Hijos de familias, si quedan obligados , negando el serlo al tiempo del contrato, n. 4. fol. 55.

Hijos de familias , de què edad deben ser , para quedar civil, y naturalmente obligados en los casos que pueden , ibi n. 6. ibidem.

Hijos de familias, si quedan obligados, comprando al fiado para el tiempo de alguna successión , ò matrimonio, ibi n. 7. fol. 56.

Hijos de familias , si pueden ser por sus padres emancipados, y con què solemnidad , cap. 8. n. 1. 2. 3. fol. 57.

Hypoteca.

Hypotecada, siendo especialmente la cosa arrendada, si puede ser segunda vez enagenada, y vendida, c. 3. n. 5. f. 36.

Hypotecada, siendo la cosa vendida al fiado, si se transfiere su dominio en el primer acreedor cap. 3. n. 10. fol. 37.

Hypoteca especial, si deroga la general, ibi n. 11. f. 38.

Ignorancia.

Ignorancia , si se requiere en el segundo comprador de la primera, y precedente enagenacion , para que la segunda se pre-

prefera , cap. 3. n. 7. fol. 36.

Jueces.

Jueces Seglares , si pueden ser apremiados con censuras por los Jueces Ecclesiasticos á cumplir , y executar los contratos jurados, c. 2. n. 8. f. 32.

Jueces Seglares, si pueden apremiar á los legos á que remitan los juramentos ilicitos , ibi n. 11. fol. 32.

Jueces, si deben pagar los alcances que se hicieron á los Tutores , y Curadores de la administracion de los bienes de sus menores , cap. 42. n. 73. 74. 75. f. 267. y sig.

Insinuacion.

Insinuacion, si se requiere en las donaciones que exceden de los quinientos sueldos , c. 21. n. 1. 2. 3. fol. 123.

Insinuacion, si se requiere en la donacion que se otorga para el tiempo futuro, ibi n. 4. fol. 124.

Insinuacion de estas dichas donaciones , con què estilo , y solemnidad se debe otorgar, ibi n. 6. Y si en las Escrituras de las dichas donaciones se puede dár poder al donatario, para que en nombre del donante pida la dicha insinuacion, ibi n. 7. fol. 125. Y qual sea el valor de estos dichos sueldos, ibi n. 8. idem.

Juramentos.

Juramentos, en què contratos, y con què solemnidad se deben interponer, c. 2. n. 1. 2. 3. 4. 5. fol. 30. y sig.

Juramentos , si pueden ser interpuestos en los contratos de menores , ibi num. 3. fol. ibid.

Juramentos interpuestos en contratos que de su naturaleza no los requieren , si por el mismo hecho serán nulos, ibi num. 5. fol. 31.

Juramentos interpuestos en contratos ilicitos , si deben ser remitidos por las partes, en cuyo favor se interpusieron, y si á ello pueden ser apremiados, ibi n. 11. fol. 32.

Juramentos interpuestos en las renunciaciones de futuras sucesion, otorgadas por descendientes, en favor de sus ascendientes, si seguirán su efecto, cap. 6. n. 1. & 4. fol. 46.

Juramentos interpuestos por las mugeres en los contratos que otorgan , de què efecto serán, cap. 10. n. 13. f. 68. Y si es necesario que las dichas juren como menores, en caso que lo sean, para que los dichos contratos se puedan executar , ibi n. 14. fol. 68.

Juramentos interpuestos en los contratos de venta , y otras enagenaciones , en quanto la lesion, y engaño, de què efecto serán, c. 13. n. 5. f. 83.

Juramentos interpuestos en los

contratos de arrendamiento, en quanto á la renunciacion de los casos fortuitos, de què efecto serán, cap. 16. n. 9. f. 100. Y si en las rentas Reales há lugar la dicha remission, ibi n. 10. fol. 100.

Juramentos interpuestos en los contratos de donaciones, si suplen la solemnidad de la insinuacion, cap. 21. num. 10. f. 125.

Juramentos interpuestos en los contratos de donaciones, y en quanto á la obligacion, y promessa de no revocarlas por ingratitude, de què efecto serán, cap. 23. n. 7. fol. 131.

Juramentos, de què efecto serán en los finiquitos otorgados por los menores, en favor de sus Curadores, y Tutores, c. 42. n. 70. fol. 265.

Juramentos interpuestos en las donaciones, que se otorgan de todos los bienes, de qué efecto serán, c. 25. n. 7. f. 135.

Juramentos interpuestos en las donaciones, que el Derecho llama causa mortis, de què efecto serán, c. 25. n. 7. f. 138.

Juramentos interpuestos en las donaciones otorgadas entre marido, y muger, de qué efecto serán, c. 26. n. 36. f. 153.

Juramentos interpuestos en los contratos otorgados por personas Ecclesiasticas, para el efecto de poder ser presos, si serán de algun efecto, c. 29. n. 4. fol. 166.

Juramentos interpuestos en las obligaciones para el efecto de executur las penas, convencionales, si serán válidas, c. 30. n. 8. 9. 10. f. 171. y sig.

Juramentos, de què efecto serán en las obligaciones, adonde el deudor precisamente se obliga á pagar en cierta especie, cap. 31. fol. 178.

Labradores.

Labradores, si pueden ser fiadores de quien no lo es; y si por negarselo, quedarán obligados, c. 18. n. 4. 5. f. 107.

Labradores, si pueden ser fiadores de la haz, ibi n. 6. ibid.

Lasto.

Lasto, cuándo se debe dar, para poder pedir, assi al principal, como á los demás fiadores, c. 18. n. 9. 10. f. 109.

Legados.

Legados condicionales no se deben estenter á los demás puros, y sin gravamen, y condicion, c. 1. n. 69. f. 25.

Lesion.

Lesion, y engaño, si há lugar en los contratos de venta, y otras enagenaciones, en especial en el exceso de la mitad mas, ó menos del justo valor, y precio, cap. 13. num. 2. 3. f. 82. y sig.

Lesion, y engaño, en què forma se

se debe conocer, assi de parte del vendedor, como del que compra, ibi, n. 8. f. 84.

Lesion, y engaño, si se debe conceder á los Oficiales, y Maestros de qualquier officio, de las obras que toman á destajo, ibi n. 9. f. 85. Y si este remedio se podrá intentar contra tercero poseedor, ibi n. 10. ibid.

Licencia.

Licencia, si puede dár el padre à alguno de sus hijos para disponer, y testar de todos sus bienes en perjuicio de los demás descendientes, cap. 6. num. 10. fol. 49.

Licencia que el padre dá á sus hijos para disponer de los dichos sus bienes, si la podrá en qualquier tiempo revocar, ibi n. 12. fol. 50.

Lucro.

Lucro cessante, si se puede llevar de la dote prometida, y no entregada, c. 11. n. 8. 9. fol. 75. y sigüient.

Menores.

Menores de 25. años, si pueden ser obligados, y si por el engaño, y enormissima lesion, serán restituidos, cap. 5. n. 1. 2. fol. 42. y sig.

Menores, si quedan obligados por fuerza, y virtud del juramento, ibi n. 6. fol. 44.

Menores, si pueden disponer de sus bienes sin licencia de sus

Curadores por contrato de donacion, causa mortis, cap. 9. n. 1. f. 60. Y si podrán revocar las dichas donaciones en qualquier tiempo, ibi num. 2. fol. 61.

Menores, si pueden ser restituidos en la lesion, y engaño de la mitad mas, ò menos del justo valor, y precio de la cosa vendida, ò en otra manera enagenada, cap. 13. num. 7. fol. 84.

Menores, si pueden pedir restitucion in integrum, contra los finiquitos otorgados en favor de sus Tutores, y Curadores, c. 42. n. 1. cum seq. fol. 246.

Menores, si deben ser alimentados en casa de los dichos sus Tutores, y Curadores, ibi n. 6. fol. 249.

Menores, si pueden pedir entrego de sus bienes antes de los 25. años, ibi n. 26. fol. 253.

Moneda

Moneda, siendo aumentada, ò disminuida, què tiempo se ha de considerar para pagarse por qualquier causa que se deba, c. 11. n. 4. fol. 74.

Mugeres.

Mugeres, si pueden sin licencia de sus maridos disponer de sus bienes especialmente por contrato de donacion, que el Derecho llama causa mortis, cap. 9. n. 3. fol. 61.

Mugeres, si pueden ser fiadoras, y con què solemnidad deben ser obligadas, para que se executen los dichos contratos, c. 10. n. 1. 2. fol. 63.

Mugeres, en què casos quedan, ipso jure, obligadas, aunque no renuncien el beneficio del Velezano, ibi n. 4. fol. 64.

Mugeres, si quedan obligadas por la mitad del arrendamiento de la casa, en que constante el matrimonio habitaron, ibi n. 5. fol. 65.

Mugeres, si pueden ser executadas por las dichas obligaciones, en especial en virtud de Cedula reconocida, ibi n. 6. ibi.

Mugeres, obligandose como principales, si es necesario renunciar el dicho beneficio del Velezano, ibi n. 9. fol. 66.

Mugeres casadas, si pueden ser ser fiadoras de sus maridos, ibi n. 10. Y si lo podràn ser, obligandose como principal juntamente con el dicho su marido, ibi n. 11. fol. 67. Y si en virtud de juramento quedaràn obligadas, ibi n. 13. f. 68.

Mugeres, si deben ser restituídas por causa de lesion, y engaño, y por quedar indotadas, por razon de los dichos contratos, ibi n. 15. ibid.

Mugeres, si para quedar obligadas es necesario expreso consentimiento de sus maridos, ibi n. 20. fol. 70.

Mugeres, si pueden ser adminis-

tradoras de los bienes del ausente; y si lo pueden ser las madres de los hijos, cap. 36. n. 10. fol. 220.

Novacion.

Novacion del primer contrato por otro semejante, si se causa ipso jure, cap. 39. n. 1. 2. 3. 4. fol. 227. y sig.

Novacion, si se causa por la delegacion, siendo la deuda incierta, ibi n. 6. fol. 228. Y si se causará viniendo en quiebra, y pobreza despues el deudor en quien se delegò, ibi n. 7. fol. 229.

Novacion, si hà lugar, hasta que se cumpla la condicion del primer contrato, ibi n. 8. ibid.

Novacion, si se causa eligiendo el marido la dote prometida, en los bienes que para su paga le fueron especialmente hipotecados, ibi n. 10. f. 230.

Pacto.

Pacto ilicito, si será prestar alguna cosa, con condicion de bolverla mejorada, cap. 11. n. 2. fol. 73.

Pacto ilicito, si será vender plata por mas de lo que vale, ibi n. 3. fol. 67. ibid.

Pacto ilicito, si será prestar dinero, con condicion de bolverlo mejorado, y con ganancia, ibi n. 6. fol. 75. Y si se reputará por usurario el pacto otorgado con condicion, que mientras

- no se pagare el dinero prestado, que se paguen reditos de su cantidad, por causa que el acreedor lo tenia destinado para imponer, ó quitar algun censo, ibi n. 7. ibid.
- Pacto ilicito, si serà llevar el lucro cessante de la dote prometida, mientras no se entregare, ibi n. 8. ibid.
- Pacto ilicito, si serà recibir la cosa fructifera en prenda de la deuda, con condicion de gozar de su usufructo mientras la deuda no se pagare, ibi n. 11. fol. 76.
- Pacto ilicito, si serà asegurar el capital, ó industria sin peligro de la pérdida, ibi n. 12. 13. ibid.
- Pacto ilicito, si serà pagar quatro, ó cinco por ciento, sin peligro de la deuda, ibi n. 14. ibid.
- Pacto ilicito, si serà mercar trigo adelantada la paga, à menos precio de lo que vale, para el tiempo de la cosecha, ibi n. 16. ibid. Y si solo serà assimismo en la venta de las lanas, ibi n. 18. fol. 78.
- Pacto ilicito, si serà vender el ganado con peligro del vendedor, hasta su entrego, ibi n. 19. ibid.
- Pacto ilicito, si serà recibir mulas, y cavallos sin el dicho peligro, ibi n. 19. ibid.
- Pacto ilicito, si serà prestar dineros, con condicion que el que los recibe ha de trabajar en su heredad, ó molino, ibi n. 20. fol. 79.
- Pactos ilicitos, si se deben anular, assi en el interes principal, como en lo accessorio, logro, y ganancia, ibi n. 21. ibid.
- Pacto comissorio, si es válido, cap. 12. num. 1. 2. 3. 4. fol. 80. y sig.
- Pactos reciprocos ad invicem de sucedendo, otorgados entre marido, y muger, y otras personas particulares, si serán válidos, cap. 27. n. 1. 2. fol. 157. y sig.
- Pacto reciproco, otorgado entre marido, y muger, en perjuicio de ascendientes, si es válido, ibi n. 11. fol. 161.
- Pacto de retrovendendo, si es licito, cap. 33. n. 1. fol. 199.
- Pacto de retrovendendo, qué tiempo puede durar, ibi n. 2. 3. ibid. y sig. Y si les parará perjuicio à los menores el lapso del tiempo, sin poder ser restituidos, ibi n. 4. ibid.
- Pacto legis comissorix, si es licito, ibi n. 8. fol. 201.
- Pacto adjectionis in diem, si es licito, ibi n. 13. fol. 203.

Paga.

Paga, si será bien hecha al Procurador despues de haverle revocado el poder. cap. 36. n. 8. fol. 219.

Paga, si serà bien hecha al Procurador, que tiene poder con clau-

- clausula de libre , y general administracion , ibi n. 7. ibid.
- Paga , si será bien hecha al Procurador , ò administrador por el ausente , ibi n. 9. fol. 220.
- Paga , si se puede hacer en diferente especie de la que el deudor se obligó , cap. 40. n. 11. fol. 235.
- Pagar , si pueden los Mayordomos , y Depositarios del trigo del Concejo en diferente especie de trigo , haviendolo vendido sin orden , ibi n. 4. fol. 232.
- Pagar , si debe el tercero poseedor de la cosa hipotecada en el especie que el deudor enagenante se obligó , ibi n. 7. fol. 233.

Pena convencional.

- Pena convencional , si es permitida en los contratos , cap. 30. n. 1. 2. 3. fol. 68. y sig.
- Pena convencional , si habrá lugar en quanto á los salarios , y costas , ibi num. 4. ibid.
- Pena matrimonial , si es licita , y permitida entre esposos de futuro , cap. 41. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. fol. 236. y sig.

Possession.

- Possession , si se requiere en las donaciones otorgadas entre marido , y muger , para que sean válidas en los casos que pueden , cap. 26. n. 17. fol. 148. & n. 32. 33. 34. fol. 152.

Poderes.

- Poderes , que las mugeres otorgan para quedar obligadas como fiadoras , en que forma se deben ordenar , cap. 10. n. 8. fol. 66.
- Poderes , si deben ser ordenados con libre , y general administracion , c. 36. n. 1. 2. f. 217.
- Poder especial , si es necessario para que el Procurador responda á las posiciones pedidas por la parte contraria , ibi n. 5. fol. 219.

Procurador.

- Procurador , si puede confessar en perjuicio de su parte la paga recibida de su deudor , cap. 36. n. 6. ibid.

Prescripcion.

- Prescripcion , si se perpetua por el juramento decisorio , cap. 35. n. 1. fol. 214.
- Prescripcion , si se perpetua , assi en el derecho de executar , como en el accion principal , por clausula que diga , que en fin de cada un año , ò en nueve años , se ha visto renovarse el dicho contrato , ibi n. 2. ibid.
- Prescripcion , si se perpetua por su especial renunciacion , ibi n. 3. ibid.
- Prescripcion , si se perpetua por las dicciones Quomodocumque , & quandocumque , & quocumque , ibi n. 4. ibid.
- Prescripcion , si há lugar en la

obligacion que los Tutores , y Curadores tienen de dár la cuenta de los bienes de sus menores, cap. 42. n. 24. fol. 253.

Preso.

Preso, si puede ser el deudor no estando obligada su persona en la Escritura de obligacion, cap. 3. n. 3.4. fol. 25.

Preso, si puede ser el hidalgo, habiendo renunciado su propio privilegio, cap. 28. n. 1. 2. 3. 4. 5. fol. 162. y sig.

Preso, si puede ser el Clerigo, habiendo renunciado su propio privilegio, cap. 29. n. 1. 2. 3. 4. 5. fol. 165. y sig.

Reditos.

Reditos, si se deben pagar de los bienes destruidos sobre que està impuesto algun censo, cap. 32. n. 5. fol. 184.

Reditos de los dichos censos, si se pueden pedir por entero al tercero poseedor de la cosa hipotecada, ibi n. 10. f. 187.

Registros.

Registros, si se deben firmar en fin de cada un año, y de qué efecto sea, c. 1. n. 31. fol. 15.

Registros, si se deben manifestar por los Escribanos, siendoles pedido, y qué pena tienen si no los dieren, ibi n. 23. ibid.

Relaxacion.

Relaxacion de los juramentos, ante qué Juez se debe pedir, cap. 2. n. 12. fol. 33.

Relaxacion de los dichos juramentos, en qué tiempo, y for-

ma se debe pedir, para que por su omission no se cause nulidad de ella, ibi n. 13. 14. ib.

Remedio.

Remedio del engaño, ultra de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vendida, si havrà lugar valiendomenos, por razon de vicio, ò enfermedad que tenga, c. 34. n. 23. fol. 212.

Renunciacion.

Renunciando el arrendador el derecho concedido en su favor, no podrá echar à su arrendatario de la casa arrendada, aunque sea por precisa necesidad de vivir en ella, cap. 3. n. 9. fol. 37.

Renunciar, si pueden los hijos de familias à la succession futura que esperan tener en favor de sus padres, cap. 6. n. 1. 2. 3. fol. 46. y sig.

Renunciacion otorgada por los dichos descendientes, si perjudicará à los nietos, ibi n. 6. ibid.

Renunciacion otorgada entre hermanos de consentimiento de su padre, si será válida, ibi n. 9. fol. 49.

Renunciar, si se puede la hacienda en perjuicio de acreedores, ibi n. 13. fol. 51.

Renunciar, si pueden los Frayles los bienes, y hacienda de su legitima, y en qué tiempo, ibi

- ibi num. 14. 15. fol. 52.
- Renunciando el hijo de familias el beneficio del Macedoniano, si quedará obligado à bolver lo que recibió emprestado, c. 7. n. 1. 2. 3. fol. 54. y sig.**
- Renunciar, si deben las mugeres, para quedar obligadas al beneficio del Velcyano, cap. 10. n. 1. 2. 3. fol. 63. Y si en la renunciacion general es visto comprehenderse este beneficio, ibi n. 7. fol. 65.**
- Renunciar, si deben las mugeres este dicho beneficio en los poderes que otorgan para quedar obligadas, ibi n. 8. fol. 66.**
- Renunciar, si puede la muger la hipoteca tácita que en los bienes de su marido tiene por razon de su dote, ibi n. 17. f. 69.**
- Renunciar, si pueden assimismo las mugeres el derecho de no poder ser presas por Causas Civiles, ibi n. 18. 19. fol. 70.**
- Renunciando el marido el derecho del consentimiento, y licencia, si será necesario el expreso para que sus mugeres queden obligadas, ibi n. 22. fol. 71.**
- Renunciacion de la ley 2. C. de Rescindenda venditione, de què efecto será en los contratos de venta, y otras enagenaciones, cap. 13. n. 1. f. 86.**
- Renunciacion de la dicha ley 2. si havrà lugar habiendo lesion, y engaño, que exceda de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vendida, ibi n. 2. 3. ibid. y sig.**
- Renunciacion de la dicha ley 2. si tendrá efecto habiendose hecho ex intervallo, ibi num. 4. ibid.**
- Renunciada, siendo la dicha ley 2. con juramento, si havrà lugar el pedir la dicha lesion, ibi n. 5. 6. ibid.**
- Renunciacion de la dicha ley 2. siendo en perjuicio, y daño de menor, si havrà lugar aunque sea jurada, ibi n. 7. ibid.**
- Renunciando el vendedor el derecho de ser citado, y requerido, si le parará perjuicio, siendo el comprador en Juicio vendido, cap. 15. n. 1. fol. 88.**
- Renunciando el arrendador los casos fortuitos, si podrá pedir remission de la pension, y precio del arrendamiento, por causa de esterilidad, c. 17. n. 2. fol. 102. Y si en esta dicha renunciacion se comprehenden los casos inopinados, ibi num. 3. Y si en la general renunciacion se comprehenden estos dichos casos, ibi n. 4. 5. fol. 94. ibid.**
- Renunciando el arrendador los casos fortuitos, si tendrá obligacion al interès de la cosa destruida, y quemada, aunque sea por culpa leve, c. 17. num. 8. f. 103. Y si en la general renunciacion se comprehenden estos dichos casos, ibi n. 10. ibid.**

- Renunciando el fiador el autentica Præsente, C. de Fidejussoribus, si podrá ser convenido insolidum, antes que el deudor principal, cap. 18. n. 13. fol. 111.
- Renunciando assimismo la excursion, si lo podrá ser antes que el dicho principal, ibi num. 15. ibid.
- Renunciando el fiador de indemnidad la dicha excursion, si podrá ser convenido antes que el principal obligado, num. 16. fol. 112.
- Renunciando el fiador de la haz la ley Sancimus, C. de Fidejussoribus, si tendrá derecho à pedir termino para presentar al reo, y purgar la pena, cap. 19. n. 13. fol. 118. Y por què causas se podrá escusar, ibi n. 14. 15. fol. 119.
- Renunciar, si puede el donante el exceso de los quinientos sueldos, para que sin insinuacion sean válidas las dichas donaciones, c. 21. n. 10. fol. 125.
- Renunciar, si se puede la ley Si unquam, C. de Revocand. donat. Y si por el nacimiento de los hijos del renunciante se revocaràn las dichas donaciones, cap. 22. n. 5. fol. 128.
- Renunciar si se puede el privilegio público, en odio de los demás particulares, cap. 28. n. 3. fol. 163.
- Renunciar, si pueden los Clerigos el capitulo Oduardus, de Solutionibus, y de què efecto sea, cap. 29. n. 3. fol. 166.
- Renunciar, si se puede la ley 34. y 35. tit. 11. part. 5. para que tengan efecto las penas convencionales, cap. 30. n. 7. fol. 171.
- Renunciar, si se puede la paga en los contratos de censo, c. 32. n. 3. fol. 183.
- Renunciar, si se puede la prescripcion, para perpetuar el accion, cap. 35. n. 3. fol. 215.
- Renunciar, si se puede la excepcion de Non numerata pecunia, cap. 37. n. 5. fol. 222.
- Renunciar, si puede el cedente el derecho de poder ceder sus acciones, y derechos, cap. 38. n. 4. fol. 226.

Revocar.

- Revocar, si pueden los menores ad libitum las donaciones otorgadas en el articulo de la muerte, cap. 9. n. 2. fol. 61.
- Revocar, si puede el cedente la cession, y poder en causa propria, cap. 38. n. 3. fol. 226.

Signo.

- Signo de Escribanos, siendo omisso, y olvidado en las Escrituras, si se podrán ex post facto firmar, y signar, c. 1. n. 50. fol. 20. ò si será causa para que se anulen las dichas Escrituras, ibi n. 71. 72. fol. 26.

Tercero poseedor.

Tercero poseedor de los bienes hipotecados, si debe ser convenido antes que el principal, cap. 32. n. 17. 18. 19. 20. fol. 190. y sig.

Tercero poseedor, siendo Clerigo, si puede ser convenido ante Juez Seglar, ibi n. 9. fol. 187.

Tercero poseedor de los bienes hipotecados, si puede ser apremiado à que reconozca el censo à que estàn obligados, ibi num. 14. fol. 189. Y si tiene obligacion à restituir, y dár los frutos, y arrendamientos, habiendo poseido con buena fee, y titulo, ibi n. 15. fol. 178. ibid.

Tercero poseedor de la casa especialmente hipotecada, si cumplirá con pagar el valor que tenia al tiempo que se hipotecò, siendo mejorada, ibi n. 16. fol. 190.

Tercero poseedor, desde què tiempo tiene obligacion à pagar reditos de la cosa especialmente hipotecada à algun censo, ibi n. 17. ibid.

Tercero poseedor de la cosa vendida con pacto de Retrovendendo, si tiene obligacion à entregar precisamente su precio, ò la misma cosa, cap. 33. n. 6. fol. 201.

Tercero poseedor de la cosa vendida con pacto in diem adjectionis, si tendrà obligacion à

restituirla precissamente, ibi n. 19. fol. 204.

Tercero poseedor de los bienes del menor, si tiene obligacion à restituirlos juntamente con los frutos, cap. 42. num. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. fol. 257. y sigüient.

Testamentos.

Testamentos de ad invicem succedendo, si pueden ser otorgados entre marido, y muger, cap. 27. num. 1. 2. 3. fol. 157. y sig.

Testamento otorgado por el marido con expreso consentimiento de su muger de los bienes de entrambos, si se puede revocar, ibi num. 160. Y si havrà lugar la dicha revocacion, siendo mejorado alguno de sus descendientes, ibi num. 10. ibid.

Tutores.

Tutores, si tienen obligacion à enseñar à sus menores el officio, ò facultad à que se inclinaren, segun su calidad, y hacienda, cap. 42. num. 3. fol. 247.

Tutores, si deben alimentar à los dichos sus menores, de suerte que no se destruya su patrimonio, ibi num. 4. fol. 248. Y si deben ser alimentados en casa de los dichos sus Tu-

- tores, ibi num. 5. ibid.
- Tutores, y Curadores**, si tienen obligacion à tener mayor cuidado en los bienes de sus menores, que en los suyos propios, ibi n. 7. 8. fol. 249.
- Tutores, y Curadores**, si tienen obligacion en caso de naufragio, ruina, ò fuego, à guardar antes los bienes de los dichos sus menores, que los suyos, ibi n. 8. ibid.
- Tutores, y Curadores**, si tienen obligacion à acudir al reparo de las casas, y troxes de trigo de los dichos sus menores, ibi n. 9. 10. ibid.
- Tutores**, si tienen obligacion à cultivar las heredades, arrendar las casas, y à criar, y guardar sus ganados, ibi n. 11. fol. 250.
- Tutores**, si tienen obligacion à vender las mercaderias de los dichos sus menores, que sin peligro no se pudieren conservar, ibi num. 12. ibid.
- Tutores, y Curadores**, si deben ser condenados en los daños, è intereses, en caso que no cumplan con sus obligaciones, ibi n. 14. ibid.
- Tutores**, por què causas pueden de sus officios ser removidos, ibi num. 25. fol. 253.
- Tutores**, si deben ser exècutados por el alcance que se les hicierre, de la administracion de los bienes de sus menores, ibi n. 71. fol. 266.
- Tutores, y Curadores**, si deben ser presos, y apremiados à que den las cuentas de los dichos sus menores, ibi n. 72. fol. 267.

Venta.

Venta al fiado, en què forma se debe hacer para que su dominio no passe en el comprador, y mediante el en sus acreedores, sino que en todo tiempo sea preferido el vendedor, c. 3. num. 10. fol. 37.

Venta, si puede rescindir por el defecto, y vicio de la cosa vendida, cap. 34. num. 1. fol. 206.

Venta, si puede deshacerse por haver manifestado el vicio el vendedor de la cosa vendida, ibi num. 5. 6. fol. 207. y sig. Y quales sean estos vicios, ibi num. 10. cum seqq. fol. 395.

Venta, si se puede rescindir, manifestandose de presente el vicio de la cosa vendida, ibi n. 19. fol. 211. Y dentro de què tiempo se deben intentar estas acciones, ibi numer. 21. ibid.

Venta, si puede rescindirse haviendo renunciado el comprador el vicio de la cosa vendida, ibi n. 22. fol. 212.

Vendedor.

Vendedor, si tiene obligacion, y queda obligado à la eviccion de la cosa vendida, y à todos sus daños, é intereses, cap. 15. n. 3. 4. fol. 89.

Vendedor, si tiene obligacion, siendo citado, à tomar, y defender la causa en su mismo nombre, ibi n. 13. fol. 94.

Y ante què Tribunal se ha de seguir esta dicha causa, siendo uno de los dichos contratantes Clerigo, ibi n. 14. ibid.

Vendida, siendo una cosa à diferentes personas, quièn debe ser preferido en ella, y por què causas se transfiere su dominio, cap. 14. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. fol. 86. y sig.

TABLA DE LO MAS NOTABLE,
y esencial que en el segundo libro de el mismo Tratado se trata sobre testamentos,
y particiones ; y en lo que no se hallare letra, vease la letra
Clausulas.

Aprecios.

Aprecios, si se deben hacer de los bienes del testador, y en què forma, cap. 11. lib. 2. n. 9. fol. 361.

Aprecio de los bienes, si se debe hacer con citacion de los herederos: y si en caso de discordia, se debe nombrar tercero, ibi n. 10. 11. ibid.

Aprecios de los dichos bienes, si se pueden aumentar por mejora de los dichos herederos, ibi n. 12. fol. 363. Y si despues de aprobados podrán pedir reformation de ellos, ibi n. 13. fol. 364.

Aceptacion.

Aceptar, si se deben los bienes hereditarios, y dentro de què tiempo, cap. 11. n. 20. fol. 366. & in n. 22. 23. Y què pena tiene el heredero que à pedimento de los acreedores no aceptare la herencia dentro del dicho tiempo, ibi n. 24. fol. 367.

Aceptar, si puede la dicha hacienda, y dentro de què tiempo, con beneficio de inventario, ibi n. 25. 26 fol. 368. Y por què causa es visto haver aceptado el heredero la dicha hacienda, ibi n. 27. Y en què lugar se debe aceptar, ibi n. 30. fol. 369.

Arras.

Arras , siendo prometidas , ò entregadas en qué forma , y de qué bienes se deben pagar , disuelto el matrimonio , cap. 11. n. 62. fol. 383.

Arras , hasta qué cantidad se deben prometer , ibi n. 63. Y si se pueden prometer , de los bienes de futuro , ibi n. 64. fol. 384.

Arras , y joyas , en qué manera se deben dividir disuelto el matrimonio , ibi n. 65. ibid.

Bienes troncales.

Bienes troncales , quales sean , y en qué forma se succede en ellos en el fuero de Sepulveda , cap. 11. n. 269. fol. 462.

Bienes adventicios.

Bienes adventicios , enagenados por el padre , si se pueden repetir por los hijos , cap. 11. n. 124. fol. 406. Y si havrá lugar aceptando la hacienda de su padre , ibi n. 126. fol. 407.

Bienes castrenses.

Bienes castrenses , quales sean , y si se deben comunicar , y dividir con la madre , y demás hermanos , ibi n. 100. fol. 398.

Bienes indivisibles.

Bienes que no tienen comoda division , cómo deben ser partidos , cap. 11. n. 44. 45. 46. fol. 374. y sig.

Bienes subrogados.

Bienes comprados , y trocados con el dinero , y bienes dotales , si siguen su mismo privilegio , ibi n. 153. 154. fol. 417. y siguientes.

Bienes parafernales.

Bienes parafernales , quales sean , y si siguen el mismo privilegio que los bienes dotales , cap. 11. n. 74. fol. 387.

Bienes parafernales , si son las donaciones , y lo demás que el marido dá , y entrega à su muger , ibi n. 76. fol. 388.

Bienes parafernales , si se dicen assimismo las donaciones que en favor de la muger se otorgan por otra qualquier persona , ibi n. 77. ibid.

Bienes parafernales , en qué forma se deben entregar à la muger , ó à sus herederos , disuelto el matrimonio , ibi n. 78. ibid.

Bienes gananciales.

Bienes gananciales , hallados en el segundo matrimonio , si se deben comunicar entre los herederos , así del segundo , como del primero , y quando , cap. 11. n. 146. fol. 414.

Bienes gananciales , si pueden ser enagenados por el padre , disuelto el matrimonio , en perjuicio de sus hijos , ibi num. 149. fol. 416.

Bienes gananciales, enagenados en otro acreedor por el marido, si se podrán repetir por la muger por razon de su dote, ibi num. 148. fol. 415. Y lo demás tocante à ganancias, vease la letra, y §. Mejoras, ibi cap. 11. y el §. Renunciacion, y el §. Frutos, n. 97. 98. fol. 396.

Capital.

Capital de la muger, en què forma se debe pagar, siendo estimado, y por què causas se le aumenta, cap. 11. n. 59. fol. 380.

Cedulas.

Cedulas particulares con especial hypoteca, y firmadas de tres testigos, en què lugar deben ser pagadas, cap. 11. n. 173. fol. 423.

Censos.

Censos, en què lugar deben ser pagados, c. 11. n. 169. fol. 422.

Clausulas.

Clausulas con que todos, y qualesquier testamentos, y ultimas voluntades se deben otorgar, en què forma se deben ordenar, cap. 1. num. 1. fol. 272.

Clausula codicilar, en qué forma, y con què palabras debe ser ordenada, cap. 2. n. 1. fol. 292.

Clausula derogatoria, en què forma se debe ordenar, para que siga su efecto, cap. 3. n. 2. fol. 296.

Clausula, en què manera, y for-

ma se deba ordenar, para que sean válidos los pactos, y transacciones sobre testamentos, cap. 4. n. 1. fol. 300.

Clausula, y condicion, por la qual el testador remite la cuenta à los Tutores Testamentarios, que de obligacion deben dàr de los bienes de los menores, si será de algun efecto, c. 5. n. 2. 3. fol. 304.

Clausula, y condicion, por la qual se dispone contra la costumbre, y fuero del Lugar, si será válida, ibi n. 4. fol. 305. Y si esta doctrina se puede verificar en el fuero de Sepulveda, y en los Lugares adonde se guarda, ibid.

Clausula, por la qual se remite al usufructuario la fianza, que de derecho tiene obligacion à dàr, si se debe cumplir, y guardar, ibi n. 6. Y si en caso de pobreza, cumplirá el dicho usufructuario con dàr una fianza juratoria, ibi n. 5. ibid.

Clausula, y condicion del Testador, en que manda, que el Obispo, ò su Vicario no se meta en pedir cuenta de la Memoria, ó Capillania que dexa, si se debe cumplir, ibi. n. 7. fol. 306.

Clausula, por la qual el marido concede à su muger la tutela de sus hijos, y que no la pierda, aunque segunda vez se case, si se debe cumplir, ibi n. 8. fol. 307.

- Clausula, y condicion contra la libertad de la persona del legatario, si se debe cumplir, y guardar, ibi n. 9. ibid.
- Clausulas, y condiciones injustas, si se deben juzgar por no escritas, ibi n. 12. fol. 308.
- Clausula, y condicion, por la qual consta de la voluntad del testador, que el legado que dexa sea para casar huérfanas, si tendrá el mismo efecto entrando en Religion, ibi n. 12. 13. 14. ibid.
- Clausula, por la qual se prohíbe la quarta Falcidia, y Trebelianica, si se debe cumplir, ibi n. 16. 17. fol. 310. Y en qué casos de Derecho no se debe, ibi n. 15. 16. 17. 18 19. ibid. y sig.
- Clausula, y condicion, por la qual se manda, que los bienes vinculados, ò legados no puedan ser vendidos, ni enagenados, de qué efecto sea, y cómo debe ser ordenada, cap. 6. n. 2. 3. fol. 314.
- Clausula de prohibicion, y gravamen, de que los bienes vinculados, ò mandados no puedan ser vendidos ni enagenados, si se debe cumplir, y quando es visto ser mas buen consejo del testador, que agravar al heredero, ò legatario con la dicha condicion, y con qué palabras deben ser ordenadas las dichas clausulas, para que esto se entienda assi, ibi n. 4. fol. 315.
- Clausula, y condicion con la dicha prohibicion, de qué efecto será, siendo ordenada con palabras de futuro, ò de presente, ibi n. 5. 6. ibid.
- Clausula con la dicha condicion, si há lugar en los contratos otorgados entre vivos: si seguirá el mismo efecto, que si se otorgara por testamento, y ultima voluntad, ibi n. 11. fol. 317.
- Clausulas con las dichas prohibiciones, en qué forma, y con qué palabras deben ser ordenadas, para que los Vinculos, ò Mayorazgos de ninguna manera puedan ser enagenados, ibi n. 12. ibid.
- Clausula, y condicion, en qué forma ha de ser ordenada, para que los hijos espurios puedan ser capaces herederos en los bienes, y hacienda de sus padres, cap. 7. n. 3. fol. 322.
- Clausula, cómo se debe ordenar, para que los hijos naturales sean herederos forzosos de sus hermanos legitimos, muriendo en la edad pupilar, ibi n. 11. fol. 325.
- Clausula, en qué forma, y manera se debe ordenar, para que los hijos naturales puedan suceder á sus padres, ex testamento, en perjuicio de los demás hijos legitimos, siendo Frayles, ibi n. 17. 18. fol. 327.
- Clausula, en qué forma ha de ser ordenada, para que el subitiga-

to suceder pueda , no solo en los bienes del testador , pero tambien en los demás que el pupilo adquiere dentro de la edad pupilar , aunque sean de parte de madre, cap. 8. n. 2. fol. 330.

Clausulas de las substituciones que los padres , y madres pueden hacer , á exemplo de la pupilar de los hijos mudos , sordos , y mentecatos , en què forma se debe ordenar , cap. 9. num. 1. fol. 333.

Clausula primera de las escrituras de particion , y division, otorgadas por los herederos , en què forma debe ser ordenada , y què efectos seguirse puedan de ella , c. 11. n. 1. fol. 357.

Clausula , por la qual se declaran los bienes que cada uno de los herederos ha de llevar , en què forma se debe ordenar , para que despues no pidan reformation , ibi n. 41. fol. 372.

Clausula , por la qual se obligan los herederos à pagar pro rata lo que alguno de ellos lastàre , por razon de deuda que deba la dicha hacienda , en què forma , y con què palabras debe ser ordenada , ibi n. 48. fol. 375.

Clausula , en què forma debe ser ordenada , para que los herederos no puedan ir contra la particion de los bienes , que entre los dichos se hizo , ibi n. 53. fol. 378.

Codicilo.

Codicilo , con què solemnidad se debe otorgar , cap. 2. n. 1. fol. 292. & in n. 6. fol. 293.

Codicilo , si puede ser otorgado con condicion , y si en èl se puede hacer revocacion , ò desharedacion , ibi n. 3. ibid.

Comissarios.

Comissarios , si pueden disponer à su voluntad de los bienes del testador , y en què forma , y con què solemnidad debe ordenar los dichos testamentos , cap. 1. n. 33. 34. 35. 36. 37. cum pluribus sequentibus , fol. 288.

Compañia.

Compañia de bienes del primero , y segundo matrimonio , si durarà hasta que se dividan , y partan los bienes , cap. 11. n. 110. fol. 402.

Condicion.

Condicion irrevocable , si puede ser puesta en las mandas , y legados , de que en ningun tiempo se revocaràn , cap. 11. n. 241. fol. 453.

Deposito.

Deposito , si se debe hacer de los bienes del testador , cap. 11. n. 14. fol. 365.

Deposito de bienes , por cuenta de quèn se debe hacer , y à cuyo pedimento , ibi n. 15. & 16. ibidem.

Deposito , si debe ser removido á pedimento de alguno de los herederos del dicho testador, ibi n. 17. ibid.

Depositario , si puede vender los dichos bienes , y por qué causas lo podrá hacer , ibi n. 19. fol. 366.

Deudas.

Deudas contraídas antes del matrimonio , si se han de pagar de los bienes gananciales , adquiridos constante el dicho matrimonio , cap. 11. n. 145. fol. 414.

Deudas , que proceden de dinero prestado , si se deben pagar primero que las demás anteriores , ibi n. 165. fol. 421.

Deudas que proceden de dinero prestado para comprar algun oficio , en qué lugar deben ser pagadas , ibi n. 166. fol. 422.

Deudas que proceden de censos , en qué lugar deben ser pagadas , ibi n. 169. ibid.

Deudas que proceden de cosa vendida al fiado , en qué lugar han de ser pagadas , ibi n. 171. fol. 423.

Donaciones.

Donaciones otorgadas en el artículo de la muerte , si pueden ser revocadas , cap. 11. num. 205. fol. 434.

Dote.

Dote inestimada , ó estimada , en qué forma debe ser pagada , y

quando se dice estimada , cap. 11. n. 59. fol. 380. y n. 61. fol. 382.

Dote , dentro de qué tiempo , disuelto el matrimonio , se debe restituir , ibi n. 127. fol. 408.

Dote , en qué lugar se debe pagar , ibi n. 140. fol. 412. Y qué forma se debe observar , concurriendo dos dotes , ibi num. 141. fol. 413.

Dote , desde qué tiempo tiene su privilegio , y anterioridad , ibi n. 143. ibid.

Dote segunda , si ha de ser pagada en los bienes gananciales del primer matrimonio , ibi n. 144. ibid.

Dote primera si debe ser privilegiada en los bienes gananciales , adquiridos constante el segundo matrimonio , ibi n. 147. fol. 414.

Dote , y Fisco , si deben ser preferidos en los bienes de su deudor , adquiridos en aquel tiempo , ibi n. 167. fol. 422. Y si procederá en las demás deudas particulares , aunque no sean privilegiadas , ibi n. 168. ibid.

Dote prometida por la madre , ó padre , siendo viudos , de qué bienes es visto haverlos prometido , siendo administradores de los bienes de sus hijos , ó siendo padrastros , ibi num. 218. fol. 442.

Error.

Error , y agravio que los partidos

res, hicieron en la division de los bienes del testador, si se debe reformar, y deshacer, especialmente consistiendo en Derecho, cap. 11. n. 53. cum aliis, fol. 378.

Eleccion.

Eleccion, si tiene el legatario en las cosas que le fueron mandadas, siendo de una misma calidad, cap. 11. numer. 229. fol. 447.

Eviccion.

Eviccion, y su derecho, si se puede intentar contra los herederos, por haver salido incierta la cosa en que fue señalada la parte de bienes, cap. 11. n. 48. cum aliis, fol. 474.

Eviccion, y su derecho, si se puede intentar contra los herederos, saliendo incierta la cosa en que se señaló el tercio de los bienes, ibi n. 213. fol. 436.

Fianzas.

Fianzas que el usufructuario tiene obligacion à dar, si se pueden redimir por el testador, c. 5. n. 5. fol. 305. Y si en caso de pobreza, cumplirà el dicho usufructuario con dar una fianza juratoria, ibi n. 6. fol. 306.

Fianzas, si tiene obligacion à dar el marido de los bienes muebles, y semovientes, de que debe gozar un año desde el dia que el matrimonio fuere disuelto, cap. 11. n. 130. f. 408.

Fianzas, si tienen obligacion los padres, passando al segundo matrimonio, de los bienes que de Derecho tienen obligacion à reservar à los hijos del primero, ibi n. 122. 123. f. 405. y sig.

Fisco.

Fisco, por razon de su deuda, en què lugar debe ser pagado, cap. 11. n. 136. cum aliis seqq. fol. 411.

Funeral.

Funeral, y gastos de entierro, en què lugar deben ser pagados, cap. 11. n. 132. fol. 410.

Funeral, si se debe sacar del cuerpo de bienes comunes de marido, y muger, ibi n. 133. ibid.

Frutos.

Frutos pendientes de la heredad mandada, si se deben juzgar por parte de la misma heredad, ibi n. 244. fol. 454.

Frutos pendientes en las heredades al tiempo del divorcio, como, y en què forma se deben partir, y comunicar, n. 108. fol. 401.

Frutos pretendientes de los bienes del Mayorazgo, si se deben comunicar entre marido, y muger, ibi n. 109. ibid. & in n. 97. fol. 396.

Frutos de que el hijo goza del Mayorazgo, y su padre, como su usufructuario, si se deben comunicar entre marido, y muger como bienes gananciales, ibi num. 98. ibid.

Frutos adventicios de que el padre goza, si se deben comunicar como los demás bienes gananciales, pasando à segundo matrimonio, ibi n. 99. fol. 397.

Frutos de los bienes castrenses, vel quasi castrenses, ganados por el hijo, si assimismo se han de comunicar, ibi n. 100. fol. 398.

Frutos que se han cogido de la heredad, en el interin que sobre su propiedad se ha litigado, si se deben comunicar entre marido, y muger, mandandose los restituir à alguno de ellos, ibi n. 101. ibid.

Frutos que se han cogido de las heredades en el interin que se dividieren los bienes del testador, siendo marido, ò muger alguno de los herederos, si assimismo se deben comunicar, ibi n. 102. fol. 399.

Frutos que el marido, ò la muger goza de algun vinculo, ò legado temporal, si assimismo se deben comunicar, ibi n. 103. 104. ibid.

Frutos que se consolidaron con la propiedad si se deben comunicar entre marido, y muger, ibi n. 105. fol. 400.

Frutos de estos dichos bienes, si tendrá el marido obligacion à entregarlos à la muger, recibendolos estimados con aquella estimacion que causò, y celebrò venta, ibi n. 106. ibid.

Ganancias.

Ganancias entre marido, y muger, si se reputa todo aquello que se

ha causado constante el matrimonio, cap. 11. n. 84. fol. 390.

Ganancias, si son los arboles, y vi-
des plantados en tierra, y lie-
redad de uno de los dichos ma-
rido, y muger, ibi n. 85. fol. 391.

Ganancias, si serán los partos de esclavas, que uno de los dichos marido, y muger traxeron por capital al dicho matrimonio, ibi n. 87. fol. 392. y si lo que el marido gasta, ò juega, ò por otras causas injustas; se debe sacar para la muger otro tanto, ibi n. 88. 89. 90. fol. 361. ibid. y sig.

Ganancias, si se pueden enagenar por el padre, disuelto el matrimonio, y si se pueden repetir por los hijos que las han de haver, ibi n. 149. fol. 416.

Ganancias, si se reputan entre marido, y muger lo que se adquiere sin el trabajo de entrambos, ibi. n. 107. fol. 401.

Ganados.

Ganados, y otros bienes semovientes, en que forma se deben restituir, disuelto el matrimonio, c. 11. n. 60. fol. 381.

Gastos.

Gastos que la muger huviere hecho por razon de haver sacado su dote, si se le deben restituir, cap. 11. n. 152. fol. 417.

Hijos.

Hijos naturales, y espurios, en que parte de los bienes de sus padres serán capaces herederos, c. 7. n. 1. 2. fol. 322.

Hijos de Clerigos, y Frayles, si pueden ser herederos capaces en los bienes, y hacienda de sus padres, y debaxo de qué clausula, y condicion, ibi n. 6. fol. 323.

Hija de Clerigo, ò Frayle, si puede ser dotada por su padre, y en qué parte de sus bienes, ibi n. 10. fol. 324.

Hijos naturales, si pueden ser instituidos por herederos universales por sus padres, ibi n. 13. fol. 326. & ibi n. 17. fol. 327.

Hijos naturales, si puede ser instituidos por herederos en los bienes de los dichos sus padres, en caso que los legitimos por las causas del Derecho puedan ser desheredados, ibi n. 19. fol. 328.

Herederos.

Herederos, si están obligados à la evicción de los bienes que à alguno de los coherederos le salieron inciertos, cap. 11. n. 49. fol. 376.

Herederos, si quedan obligados insolidum à la paga de la parte que hubo de haver el heredero ausente, ibi n. 51. fol. 377.

Hypoteca.

Hypoteca tácita, anterior, y privilegiada, si se prefiere à la expresa, y tácita, y de igual privilegio posterior, cap. 11. num. 341. fol. 413.

Interesses.

Interesses, si se deben à la muger de los bienes dotales, desde el

dia que hay obligacion de entregárselos, cap. 11. n. 151. fol. 417.

Institucion.

Institucion de heredero, si se debe hacer vocalmente, ò si basta por señales, para que sea válida, c. 1. n. 26. 27. fol. 286.

Institucion. ò manda, escrita por el heredero, ò legatario, si será válida, ò si se viciará, ò anulará, ibi n. 28. 29. ibid., y sig. Institucion de heredero en cedula particular, si será de algun efecto, ibi n. 30. ibid.

Institucion de heredero remitida à la voluntad de otro tercero, si se viciará, y cuándo no, ibi n. 31. ibid.

Institucion de heredero, directa, ò indirecta, si se puede hacer en codicilo, c. 2. n. 2. 4. fol. 293. Y asimismo si se pueden otorgar con revocacion de otros, ò desheredacion, ibi n. 3. ibid.

Institucion de heredero en cosa particular, si se convierte en legado, ò manda, ò si se viciará la dicha institucion, ibi n. 5. ibid.

Institucion de heredero, si puede el padre hacer en sus hijos espurios, cap. 7. n. 8. fol. 324.

Institucion de heredero, si puede hacer el suegro en el yerno, casado con su hija espuria, ibi n. 9. ibid.

Inventario.

Inventario, si se debe hacer de los bienes del difunto, y testador,

dor, para dividirlos, y partirlos, c. 11. n. 3. fol. 359.

Inventario, si tiene obligacion à hacer el heredero escrito en testamento, ò el que ha de suceder ab intestato, ibi n. 4. ibid.

Inventario, si debe hacer el Tutor, y Curador de los bienes de sus menores, y què pena tiene, si no lo hiciere, ò ocultare alguna parte de sus bienes, ibi n. 5. fol. 360.

Inventario, en què tiempo se ha de empezar, y acabar, ibi n. 6. ibid.

Inventario, si no fuere hecho por el heredero en el tiempo del Derecho, si por el mismo hecho perderà la quarta Falcidia, y Trebelianica; y si assimismo estaràn obligados à los acreedores extra vires hæreditarias, ibi n. 7. 8. fol. 381.

Iglesia.

Iglesia, en que lugar debe ser pagada por razon de sus diezmos, y demàs deudas, cap. 11. n. 161. 162. fol. 420. y sig.

Juramentos.

Juramentos, de què efecto son en las transacciones sobre testamentos, cap. 4. n. 4. fol. 301.

Lecho.

Lecho cotidiano, si se le debe à la muger, ò al marido, habiendo bienes gananciales, c. 11. n. 187. fol. 393.

Lecho cotidiano, si se debe restituir passando la muger, ò el marido à segundo matrimonio, ibi n. 188. ibid.

Legados.

Legados de una misma calidad, si han de ser pagados pro rata, no habiendo bienes para todos, cap. 11. n. 221. 222. fol. 444. y sig.

Legados en especie, si han de ser preferidos à los legados en genero, ibi n. 227. fol. 447.

Legados, si se deben dàr con su aumento despues de mandados, ibi n. 226. fol. 446.

Legado de lana, hasta què labor se debe entender se presume ser mandado, ibi n. 228. fol. 447.

Legados de bienes muebles, si se comprehenden en ellos las acciones, y derechos del testador, ibi numer. 229. ibid.

Legado de presea, y alaje de casa, hasta que bienes se debe entender, ibi n. 230. fol. 448.

Legados, y fideicomissos condicionales, y à dia, y tiempos ciertos, en què forma, y modo se deben pagar. Y si por muerte de los legatarios, ò fideicomissarios, se transfere aquel derecho à sus herederos, ibi n. 233. 234. fol. 449.

Legado de algun usufructo, si se ha de entender assimismo comprehenderse los instrumentos necesarios para el efecto de

sembrarlos, ararlos, y cogellos, *ibi* n. 243. fol. 453.

Lesion.

Leso, y engañado, siendo el heredero en mas de la mitad de lo que de su legitima le pudo pertenecer, si podrá por la dicha causa pedir reformation de la dicha particion, cap. 11. n. 43. fol. 374.

Liberacion.

Liberacion de deudas, si han de ser pagadas pro rata, no haviendo bienes suficientes para satisfacer à los demás legados dexados por el testador, cap. 11. n. 223. fol. 445.

Luto.

Luto, si se debe à la muger por fin, y muerte de su marido, cap. 11. n. 183. fol. 426.

Luto, si se debe sacar de lo funeral, *ibi* n. 184. *ibid.*

Luto, si se debe repetir, passando la muger à segundo matrimonio dentro del año de la tristeza, y llanto *ibi* n. 185. fol. 427.

Luto, si se le concede al marido por fin, y muerte de su muger, n. 186. *ibid.*

Mandas.

Mandas que el marido hace à su muger de los bienes dotales, si se le deben dár juntamente con su valor, cap. 11. n. 79. fol. 389. Y si es visto mandarselos con todos los mejoramientos, *ibi* n. 80. *ibid.*

Mandar, si puede el marido à su muger todos los bienes, teniendo descendientes; y en qué parte de los bienes se debe entender, *ibi* n. 82. fol. 390.

Manda que el marido hace de los bienes muebles, si se ha de entender de los bienes vendibles, que tenia dentro de su casa, *ibi* n. 83. *ibid.*

Manda dexada debaxo de causa incierta, ó falsa, si se viciará por esso, *ibi* n. 210. fol. 435.

Mandas para casar huérfanas, ó parientas, en qué tiempo se deben entregar, y pagar, *ibi* n. 231. fol. 448.

Mandas graciosas, si se han de sacar del quinto dexado al hijo natural, *ibi* n. 232. *ibid.*

Mandas, si se deben cumplir, en caso que el testamento se vicia por defecto de solemnidad, c. 1. n. 3. fol. 274.

Manda en pena de revocacion del testamento, si es válida, y si se debe cumplir, c. 3. n. 9. fol. 298.

Menores.

Menores, si tienen tácita hipoteca de privilegio en los bienes de sus Tutores, y Curadores, c. 11. n. 163. fol. 421.

Menores, si pueden ser restituídos, siendo lesos, y engañados en la particion, y division de los bienes del testador, *ibi* n. 306. fol. 477.

Mejora.

Mejora de tercio, y quinto, si se

puede revocar, habiendose entregado la cosa en què se señaló la dicha mejora, ò el instrumento de ella, cap. 11. n. 204. y 205. fol. 434.

Mejora de tercio, y quinto en cosa ajena, en què parte debe valer, ibi n. 206. ibid.

Mejora de tercio, y quinto, si se debe aumentar, ò disminuir, mientras la particion de los bienes no se hiciere, ibi n. 207. y 208. fol. 435.

Mejora de dos quintos, en cuál de ellos se comprehende el tercio, ibi 209. ibid.

Mejora, si se vicia por causa falsa, ò incierta, ibi n. 210. ibid.

Mejoradas, si pueden ser las hijas por via de casamiento, ó por otro qualquier contrato celebrado entre vivos; y si se podrá repetir el exceso por los dichos sus padres, ò hermanos, ibi n. 220. fol. 443.

Mugeres.

Mugeres, si pueden ser testigos en codicilos cap. 2. n. 7. fol. 294.

Publicacion.

Publicacion, si es neçassaria en los testamentos cerrados, y en què forma, y con què solemnidad se debe hacer, cap. 1. n. 7. & 8. fol. 277. y sig.

Particion.

Particion, en què forma, y con què solemnidad se debe hacer,

y ordenar, para que no resulte agravio contra alguno de los herederos cap. 11. n. 1. fol. 357.

Particion de bienes, en quantas formas, y maneras se debe, y puede hacer, ibi n. 2. fol. 358.

Particion de bienes, si se debe reformar por el engaño, y error, ibi n. 303. y 304. fol. 476. Y dentro de què tiempo se podrá intentar este dicho remedio, ibi n. 305. fol. 477.

Prescripcion.

Prescripcion, si hà lugar en los bienes, que no estuvieren divididos, y partidos, entre los herederos, é interesados à los dichos bienes, cap. 11. n. 307. ibid.

Quarta.

Quarta parte de los bienes del marido, ó de la muger ya difunta, si se le debe al superstite, quedando pobre, cap. 11. n. 190. fol. 428.

Quarta parte, si se le debe al superstite, teniendo algunos bienes para sustentarse, ibi n. 191. fol. 429.

Quarta parte, si se le debe al superstite, pudiendo alimentarse con su trabajo, y oficio, ibi n. 191. ibid.

Quarta parte, si se le debe à qualquiera de los dichos marido, y muger, teniendo ascendientes que les puedan sustentar, y alimentar, ibi n. 192. ibid.

Quarta parte, si se le debe à la muger, viviendo deshonestamente, ibi n. 193. ibid.

Quarta parte de estos dichos bienes, si se debe reservar, en quanto su propiedad, casandose qualquiera de los dichos marido, y muger segunda vez, à los hijos, y descendientes del primer matrimonio, ibi num. 194. ibid.

Quarta parte de estos dichos bienes, si debe exceder de cien libras, de oro, ibi n. 195. ibid.

Quarta Falcidia.

Quarta Falcidia, y Trebelianica, en què casos, y quando se debe, y de què bienes, cap. 5. n. 15. cum seqq. fol. 309.

Quinto.

Quinto de bienes, si se ha de consumir enteramente para el gasto funeral, cap. 11. n. 134. fol. 410.

Quinto de bienes, si se debe enteramente gastar, siendo en mayor cantidad que lo que à cada uno de los hijos le puede pertenecer de su legitima, ibi n. 135. fol. 411.

Quinto de bienes, si puede el marido mandar à la muger ò por el contrario, demàs de la quarta parte, que de derecho se le debe, ibi n. 196. fol. 430.

Renunciación.

Renunciar, si puede la muger, en

perjuicio de sus acreedores, las ganancias, que le pertenecen, siendo antes del matrimonio, cap. 11. n. 95. 96. fol. 395.

Reservacion.

Reservar, si debe el marido, ò la muger, passando à segundo matrimonio, la propiedad de los bienes adventicios de los hijos que murieron ab intestato, c. 11. n. 111. fol. 402.

Reservar, si debe la muger la propiedad de lo que los hijos ganaron, ò adquirieron ultra de la substancia paternal, ibi n. 112. fol. 403.

Reservar, si se deben assimismo las arras, donaciones, y mandas adquiridas por el primer marido, passando la muger à segundo matrimonio, ibi n. 113. ibid.

Reservar, si debe el padre, ò la madre la propiedad de los dichos bienes, en caso que el difunto le dexasse facultad para poder casar, ò se le hayan dado los dichos sus hijos, ibi n. 120. fol. 405.

Signo.

Signo de Escribano, si se requiere en todos, y qualesquier testamentos, y ultimas voluntades; y si por su omission se viciará su disposicion, y se darán por nulos, c. 11. n. 5. fol. 360.

Salarios.

Salarios de Criados, en què lugar han

- han de ser pagados, cap. 11. n. 175. fol. 424.
- Salarios de Criado, por què tiempo se prescriben; y si es necesario buena fé, cap. 11. n. 158. fol. 419.
- Salarios, si se deben á los hijos, que están debaxo de la potestad de sus padres, ibi n. 159. ibid.
- Salarios que el hijo ha ganado en otra qualquier parte, si se le deben enteramente, ibi n. 160. fol. 420.
- Succession.*
- Succession colateral, assi de los legitimos, como de los naturales, y espurios, vease el cap. 11. §. Succession colateral, y el §. de los Naturales, y el §. de Espurios, fol. 454.
- Substitucion.*
- Substitucion, si puede el padre hacer en los hijos naturales, c. 7. n. 11. 12. fol. 325. & in c. 9. n. 5. fol. 335.
- Substitucion, si puede el padre hacer assi de sus bienes, como de los demás que el hijo pudiere adquirir dentro de la edad pupilar, cap. 8. n. 1. 2. 3. 4. Y si havrà lugar, aunque sean bienes heredados de su madre; ò otro qualquier ascendiente, y aunque los dichos bienes sean troncales, ibi n. 7. f. 332.
- Substitucion, si se puede hacer en los hijos mentecatos, mudos. y sordos à nativitate, cap. 9. n. 1. fol. 333.
- Substitucion, si puede el padre hacer en los bienes de los hijos del primer matrimonio, para los del segundo, ibi n. 6. fol. 335.
- Substitucion exemplar, si se puede hacer en perjuicio de ascendientes, despues de la edad de catorce años, ibi n. 7. fol. 336.
- Substitucion exemplar, si pueden hacer marido, y muger, cada uno en los bienes de su capital, ibi n. 8. ibid. Y por què causas cessan estas dichas substituciones, ibi n. 9. ibid.
- Testamento.*
- Testamento cerrado, con què solemnidad debe ser otorgado, cap. 1. n. 4. fol. 275.
- Testamento, si se vicia por defecto de signo del Escribano, ibi n. 5. fol. 276.
- Testamento cerrado, si se vicia havindose muerto algun testigo antes de su publicacion, n. 6. ibid.
- Testamento, si puede otorgar el mudo, y sordo à nativitate, ibi n. 10. fol. 279.
- Testamento, si puede otorgar el pròdigo, y gastador de sus bienes, ibi n. 11. ibid.
- Testamento, si puede otorgar el público descomulgado, ibi n. 12. ibid.
- Testar, si puede el infame por famoso libelo, ibi n. 13. ibid.

- Testamento, si se vicia, y anula por haverse nombrado por heredero el que lo escribió, ibi n. 28. fol. 286.
- Testamento, si puede otorgar el que por delito ha de ser condenado en confiscacion de todos sus bienes, ò parte de ellos, ibi n. 14. fol. 279.
- Testamento, si puede otorgar el mentecato, y furioso, ibi n. 15. fol. 280.
- Testamento, si puede otorgar el frenetico, ibi n. 16. ibid.
- Testamento, si puede otorgar el hijo de familias, y de qué parte de sus bienes. Y si de la parte, que según el Derecho puede disponer, ha de gozar el padre primeramente de su usufructo, ibi n. 17. fol. 281.
- Testamento, si puede otorgar el Clerigo, hijo de familias, de todos sus bienes, y en qué parte de sus bienes, ibi n. 19. 20. fol. 282. y sig.
- Testamento otorgado por algun Clerigo en favor de otro Clerigo, si debe tener la misma solemnidad que los demás, ibi n. 21. ibid.
- Testamento, si pueden otorgar los ciegos, y con qué solemnidad, ibi n. 22. 23. fol. 284.
- Testamentos otorgados entre hijos, qué solemnidad deben tener, ibi n. 24. fol. 285.
- Testamento, que de Derecho, ipso jure, es nulo, si se le dà fuerza por la clausula codicilar, cap. 2. n. 9. fol. 278.
- Testamento, y ultima voluntad, quando es visto ser otorgado con clausula codicilar, ibi n. 10. 11. fol. 279.
- Testamento, y ultima voluntad, si deroga à la primera, y precedente, cap. 3. n. 1. fol. 296.
- Testamento, y ultima voluntad, siendo jurado, si tacitamente es visto revocar el primero, y precedente, ibi n. 6. fol. 298.
- Testamento entre hijos, si es visto ser otorgado con clausula derogatoria, ibi n. 7. 8. ibid.
- Testamento, si se revoca por ser roto, y cancelado, ibi n. 10. 11. fol. 299.
- Tercio, y quinto.*
- Tercio, y quinto, si puede el testador mandar, y disponer por su Alma, haviendole mandado en vida por contrato entre vivos; o si podrá disponer de dos quintos, cap. 11. n. 204. fol. 434.
- Tercio, y quinto si se puede señalar en la heredad de mejor calidad, y mas fructifera, ibi n. 211. fol. 435.
- Tercio, y quinto, si se debe suplir de los bienes del testador, quando en la cosa en que fue señalado, no era suficiente para su valor, y paga, ibi n. 206. fol. 434.
- Tercio de bienes de que el testador descendiente puede disponer, si le puede señalar en cosa cierta, ibi n. 214. fol. 437.

Transaccion.

Transaccion, si hà lugar sobre testamentos, cap. 4. n. 1. 2. Y en què casos havrà lugar, ibi n. 3. 4. Y qué penatiene el que ocul-tàre los testamentos, ibi n. 6. fol. 302.

Transaccion, si es permitida sobre alimentos, ibi n. 5. fol. 301.

Vinculos.

Vinculos, ò legados con condi-cion que de ninguna manera puedan ser vendidos, ni ena-genados, si es visto por su ena-genacion impedirse su domi-nio cap. 6. num. 1. 2. fol. 313. y sig.

Usufructuario.

Usufructuario, si debe ser el pa-

dre, mientras viviere, de los bienes del hijo que murió, que por algun titulo adquirió, aùn-que la madre succeda en la mi-tad de estos dichos bienes, c. 11. n. 117. fol. 404. Y si se debe es-tender la dicha doctrina à los abuelos de parte de padre, en los casos que pueden ser usu-fructuarios de sus nietos, ibi n. 118. ibid.

Usufructuaria, si puede ser la mu-ger de todos los bienes de su marido, teniendo descendien-tes legitimos, y en què parte se debe entender, cap. 11. n. 242. fol. 453.

Usufructuaria, si debe dár fian-zas, y de què bienes, ibi num. 245. fol. 454.

LAUS DEO.