P. SIGENZA.

TRATADO

DE CLAUSULAS

INSTRUMENTALES

Augusto Antúnez,
ENCUADERNADOR.
-3ª del Obrador Nº 7-
AGUASCALIENTES.

347640 5

Revisado

A-636

TRATADO DE CLAVSVLAS INSTRVMENTALES, VTIL, Y necessario para Iuezes, Abogados, y Escriuanos destos Reynos, Procuradores, Partidores, y Confessores, en lo de justicia, y derecho. Aora nueuamente añadido.

AL MAXIMO DOCTOR DE LA Iglesia San Geronimo.

66.

POR EL LICENCIADO PEDRO de Siguença, vezino, y Abogado del lugar de Yeuenes, y natural de la villa de Ajofrin.

CON LICENCIA.

En Madrid, Por Melchor Sanchez.
Año de 1663.
A costa de la Hermandad de los Mercaderes de Libros de esta Corte.

BIBLIOTECA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS VASCOS
MINISTERIO DE GOBIERNO

AL MAXIMO DOCTOR SAN GERONIMO;

LOS MERCADERES DE LIBROS DE ESTA CORTE.

REVERENTE CVLTO.

PARA significar que Dios es todo caridad, dixo San Zenon, que todo su censo, y possession estaua vinculada en dar, y era su fruto mercedes; y a su imitacion esta Congregacion de Mercaderes de libros, dezimos (Doctor Santissimo) q̃ todo el censo, y hazienda de Geronimo consiste en enseñar, y reditua letras. Fue assi en vuestra santa, y penitente vida, que dexando toda otra possession, se alimentò de letras. Es assi en vuestra gloria, pues en ellas, y en las de toda la Iglesia (que las heredò de vuestra pluma) viue vuestra enseñança, y vuestro nõbre; y en consequencia desto, aun el cul-

to, y obſequio, que humilde os rinde eſte deuoto Gremio, no tiene otro alimento. Pues hallandoſe ſin Capilla, donde celebrarle, y venerar vueſtra memoria en vueſtra imagen, ſuſpendiò las expenſas, que en annua Feſtiuidad dedicaua à vueſtro culto, por labrarla con ellas, para hazerlo deſpues cõ mayor decencia (como ya ſe executa) dedicando a eſte gaſto algunas impreſsiones, para que aun eſte culto viua de las letras. Eſte libro es vna de las q̃ a eſte fin ſe conſagratõ, tan vtil a todo hombre Letrado, como ſe vè en la repeticion del molde. El vtil que dèl ſe eſpera, es (Santo Doctor) alimento de vueſtro culto; amparadle, como intereſſado. Los Mercaderes de libros deſta Corte, los que humildes, y obſequioſos os le dedican, recibilde de ſu deuota mano agradecido, y en èl a ellos; pagandoles en protecion, lo que en amor os tributan.

Iuan Antonio Bonet. *Franciſco Serrano de Figueroa.*

Suma

Suma de la licencia.

TIene licencia de los Señores de el Consejo la Hermandad de los Mercaderes de libros desta Corte, para poder imprimir vn libro intitulado, *Siguença de clausulas instrumentales*, como mas largamente consta de su original. Despachada en el oficio del Secretario Pedro Hurtiz de Ipiña. En Madrid a 10. de Iulio de 1663. años.

FE DE ERRATAS.

FOlio 1. pag. 1. cuplida, lee cumplida. Fol. 1. pag. 2. edeuian, lee se deuian. Fol. 5. pag. 1. co man ſamiento, lee con mandamiento. Fol. 5. pag. 2. con citaciod, lee con citacion. Fol. 97. pagin. 1. y quale, lee y quales. Fol. 134. pag. 2. tre teſtigos, lee tres teſtigos.

¶ Este libro intitulado, *Siguença de Clausulas instrumentales*, cõ estas erras, corresponde, y està impresso conforme al que antes lo estaua, que rubricado le sirue de original. Madrid a veinte y cinco de Setiembre de mil y seiscientos y sesenta y tres años.

Lic. Don Carlos Murcia de la Llana.

Suma de la Tassa.

TAssaron los Señores del Consejo Real este libro intitulado *Siguença de Clausulas instrumentales*, à cinco marauedis cada pliego, como mas largamente consta de su original. Despachada en el oficio del Secretario Pedro Hurtiz de Ipiña. En Madrid a 26. de Setiembre de 1663. años.

APROBACION DE EL LICENCIADO DON FRANCISCO de Paz Valboa, del Consejo de su Magestad en el de la gran Vicaria del Reyno de Napoles, y Consultor de el Santo Oficio.

HE Visto con particular atencion este libro, que me cometio el señor Doctor Don Iuan de Mendieta, Vicario General desta Villa, y que el Licenciado Pedro de Siguença llama Clausulas instrumentales: *debaxo de cuyo titulo me parece, que la modestia del Autor agrauia su doctrina, pues siendo tanta, y tan grãde, que puede instruir al Iuez mas docto, y al Abogado mas experto, se contenta con dezir, que enseña solo al Escriuano, si ya como llaue del comercio de la Republica, no los tiene por la parte mas essencial della. La doctrina deste libro es muy conforme al Derecho Ciuil, Canonico, y Real: Aqui la libertad Eclesiastica, y buenas costumbres no reciben ofensa, antes con ajustado derecho quedan ilustradas, y defendididas. Deuesele la licencia que pide. Este es mi parecer. En Madrid à diez de Diziembre de mil y seiscientos y veinte y cinco años.*

El Licenc. Don Francisco
de Paz Valboa.

APROBACION.

POr comission de los señores del Consejo, he visto este libro intitulado, *Clausulas instrumentales*, compuesto por el Licenciado Pedro de Siguença: y la vtilidad de la materia, y el cuidado, y diligẽcia con que su Autor la trata, justifica la licencia que pide para sacarle a luz. En Madrid a diez y ocho dias del mes de Diziembre de mil y seiscientos y veinte y cinco años.

Licenc. Don Diego
Altamirano.

Argu-

Argumento deste libro.

ESTE Es vn breue, y compendioso tratado, a donde sumariamente se refieren las clausulas mas principales, y ocurrentes, assi en contratos, como en testamentos, y vltimas voluntades, donde por el tenor de sus palabras se traen a la memoria todas las condiciones justas, è injustas pactos, y conuenciones, renunciaciones, y juramentos que de derecho se juzgan por aprobadas, ò reprobadas, fundadas en varias leyes Reales, y de Derecho Comun, y autoridad de muchos, y graues Doctores. Y adonde assimismo se refieren en su consequencia los puntos mas practicos, y notables que ay en el Derecho, que de obligacion han de saber los Escriuanos, para exercitar, y vsar sus oficios, especialmente en el saber diuidir, y partir los bienes de vn testador, y difunto, sin que a sus herederos se les haga perjuizio, y agrauio. Todo lo qual està ordenado con suma distincion, y claridad, con dos tablas de lo mas notable que en el dicho Tratado se contiene: vna para el primer libro de contratos: y otra para el segundo de testamentos, y vltimas voluntades.

PROLOGO.

ES Tan inuencible la embidia, y censura en el hombre, que entre los mortales, dixo Salustio, era dificil vencerla con la gloria: *Inter mortales itaquè difficillimũ est gloria inuidiam vincere.* Y es tan incurable su remedio, que su daño no se templa, sino es cessando los dichosos, y felizes efetos de la virtud, segun Tulio: *Virtutis comes est inuidia.* De que es cierto, que a no tener, como de su parte tiene tan segura la defensa, escureciera, y destruyera los humanos ingenios, de que para mi, quando entre mis confusos sueños me huuiera imaginado embidiado por el fauor, y premio de mis obras, me fuera de aliuio, y consuelo el traer a la memoria los amagos, y golpes de la censura, pues no puede auer cosa mas triste que carecer della, segun los sabios prouerbios: *Miserrima est fortuna, quæ inimicis caret, nondum felix est, si nondum turba deridet.* De que con tales sentencias es cierto han de cessar temores, pues otros despues de bien afortunados, y vencedores por sus obras, la temieron, si bien se trae a la memoria aquella antiguedad de Germanico, que despues de auer vencido a Arimenio entre los dos ricos Reno, a Albis, sobre grandes dificultades, y dilaciones, leuantaron vn monte de armas en la campaña: en la qual para su memoria escriuieron este mote. *Debellatis inter Renum, & Albim nationibus exercitum Tiberij Cæsaris, ea monumenta Marti, & Ioui, & Augusto sacrauisse.* Diziẽdo, que de naciones vencidas entre Reno, y Albis, el exercito de Tiberio Cesar consagrò a Marte, y à Iupiter estos despojos: no trayendo a la memoria el vencedor, ni diziendo de si nada, ò porque entendio despertar embidiosos, ò porque le parecio 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 graues Doctores, de que mi voluntad solo ha sido traer a la memoria lo que no es justo el Escriuano ignore; y para que de las notas, que otros Autores escriuieron, no se cause confusion, para que siempre se juzgue con la equidad de la justicia, segun Tulio, *Iudicis est semper in causis verum sequi:* y sin que se pueda dar lugar a aquella sentencia de Ciceron. *Nemo Deo pauper est, nisi qui iustitia indiget.* Y assi no se espante el Letor, que aya tomado la pluma en la mano, pues solo me mueue, quan triste, y miserable cosa es, que en el ayre de la suya penda la vida, honra, y haziẽda del hombre, como dixo Solon. *Quòd si ad Tabellionis ministros conuertas oculos, quam facilè sic corrumpuntur, & veritatem*

tem sepeliunt. Cosa que tan aborrecible es a Dios, y a todo coraçon humano, y que por el vicio del interes estè sujeto, y a peligro de morir para siempre, especialmente siendo, como es el Escriuano, el fundamento de la justicia, a quien el Derecho llama Fieles publicos de la Republica, de que era justo, que por el autoridad del oficio estuuieran siempre iguales en la passion, sin la paga del vicio del interes, pues el carecer del, es nobleza en el hombre, segun dixo Seneca, a quiē llama Santo bien en cuerpo humano, y digno de alabāça, que por premio, ni necessidad no se corrompe. *Fides est sanctissimum humani pectoris bonum, quod nullo præmio, necessitate corrumpitur.* Y assi dize Seneca en alabança de la fe, y verdad, que es mejor ofender con ella, que complazer, y dar gusto con la fabula, y mentira, *Malo veris offendere, quàm adulando placere:* y esto es por la malicia del hombre, segun Fulgencio, es dañosa en tres maneras, y es mas fuerte por concebirse en el animo, segun sentencia de Tulio. *Quò maior est vis animi, quàm corporis, eò grauiora sunt mala, quæ animo concipiuntur.* Porque assi como la fuerça del animo es mayor que la del cuerpo, por el consiguiente son mayores las malicias, y engaños que se conciben en el animo. Y finalmente dirè lo que dixo cierto hombre docto, tratādo de los Escriuanos: *Quia Deus eos diligit, & boni semper vincunt: mali verò homines debent expelli ab omni honore, quia seruiunt diabolo.* Y cierto que darà Dios el premio a cada vno, segun sus merecimientos: y desdichado del Escriuano que tuuiere por oficio seruir al diablo. Finalmente aduierto, que para que los yerros, ò ignorancias del Escriuano no se atribuyan a malicia, le suplico se desvele en conocer, lo que por ventura para conocerlo el Abogado gasta tiempo, y hazienda. Reciba esse trabajo con la beneuolencia que espero, pues por el significo mi voluntad: dore mis yerros, disculpe mi poco acierto, agradezca mi deseo, corrija si sabe, y al fin harà como quien es.

IA-

TABLA DE LOS CAPITVLOS QVE SE CONTIENEN EN EL primero libro deste Tratado de Clausulas instrumentales.

CAPITVLO Primero. Adonde por el tenor de las palabras de la clausula de subscripcion se refiere con el decreto, y solemnidad que las escrituras de todos, y qualesquier cõtratos se deuen otorgar, y celebrar, para que en juizio, y fuera dèl hagan entera, y cumplida prueba, y fe, en obseruancia de la ley 13. titul. 25. lib. 4. de la Nueua Recopilacion, con otras muchas anotaciones, è inumerables aduertencias, dignas de ser sabidas, y de tener en la memoria: donde assimismo se refiere el credito, y autoridad, que a los Escriuanos se les deue dar en lo tocante a los dichos sus oficios, fol. 1.

Cap. 2. Adonde por el orden de las palabras mas principales de aquella clausula tan celebrada en el Derecho, y repetida en contratos, que de su misma naturaleza requierẽ sean jurados, se notaràn quales sean estos dichos contratos, y obligaciones, en que licitamente se podran interponer los dichos juramentos, en declaracion de la ley 12. tit. 1. lib. 4. de la Nueua Recopilacion, fol. 14.

Cap. 3. Adonde se trata de los efetos de especial, y general hypoteca, por el orden de su clausula, fol. 17.

Cap. 4. Adonde se trata de la clausula de non alienando, y sus efetos, folio 20.

Cap. 5. Adonde se trata, con que solenidad, y clausulas deuen, y han de ser otorgados todos, y qualesquier contratos de menores, para que de derecho sean validos, fol. 21.

Cap. 6. Adonde por el orden, y fuerça de cierta clausula se declara, si las renũciaciones, y demas contratos, celebrados, y otorgados entre padres, e hijos, seràn validos, y se juzgaran por derecho reprobados, fol. 22.

Cap. 7. Adonde se declara, si el hijo familias, por causa de emprestidos, ò por otro qualquier contrato, puede quedar ciuil, y naturalmente obligado, y con que clausulas deuen ser otorgados estos dichos contratos, para que queden potencialmente obligados, folio 27.

Cap. 8. Adonde se manifiesta con que clausulas, y palabras se han de otor-

otorgar, y ordenar las escrituras de emancipacion, que los padres otorgan en fauor de sus hijos: por las quales les dan por libres de la potestad paternal para poder disponer, y libremente contraer, fol. 28.

Cap. 9. Adonde se declara, con que palabras deuen ser ordenadas todas, y qualesquier donaciones causa mortis, otorgadas por los adultos mayores de catorze años, en testamentos, y vltimas voluntades, para que por su fuerça sean validas, perfetas, è irreuocables, fol. 30.

Cap. 10. Adonde se trata, con que solemnidad, y clausulas deuen, y tienen de ser otorgados todos, y qualesquier contratos celebrados por las mugeres, de qualquier condicion, y estado que sean, para que ciuil, y naturalmente queden obligadas, fol. 31.

Cap. 11. Adonde sumariamente se traen a la memoria algunas condiciones, y clausulas, que de derecho se reputan por nulas, vsurarias, y reprobadas en escrituras, y de consentimiento de las partes celebradas, y otorgadas en contratos fol. 36.

Cap. 12. Adonde se aduierte, en que forma, y con que clausulas deuen ser ordenados los contratos comissorios, para que conforme a derecho no se juzguen por nulos, sino antes por validos, y perfetos, fol. 40.

Cap. 13. Adonde se dificulta, si por la renunciacion de la ley segunda, Cod. de rescindenda venditione, serà excluido el vendedor, ò comprador 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, ò comprada, y debaxo de que clausula, fol. 41.

Cap. 14. Adonde se declara, porque clausulas se transfiere el dominio en el comprador de la cosa vendida, fol. 43.

Cap. 15. Adonde se declara, con que palabras deuen, y han de ser ordenadas las clausulas de euiccion, para que el Derecho del comprador no padezca excepcion alguna, fol. 44.

Cap. 16. Sobre la esterilidad, y clausulas con que las escrituras destos contratos han de ser ordenadas, y otorgadas, para que cesse esta dicha esterilidad, fol. 47.

Cap. 17. Sobre la clausula de la renunciacion de los casos fortuitos, en arrendamientos de casas, y heredades, y otros edificios, adonde por su orden se traen a la memoria muchos casos, que en esta materia son los mas dificultosos, fol. 50.

Cap. 18. Sobre la clausula de la mancomunidad, y renunciacion del Authentica præsente, Cod. de fideiussoribus, y el Authentica hoc

ita

ita, C. de duobus reis, y renunciacion de la excursion, y diuision, fol. 51.

Cap. 19. Adonde se trata, con que palabras deuen, y han de ser ordenadas las escrituras de las fianças de la haz, y pagar juzgado, y sentenciado, para que por su fuerça pedir se pueda derechamente al fiador, aora sea en causas ciuiles, o criminales, fol. 56.

Cap. 20. Donde se aduierte, si el fiador quedarà obligado, en caso que por alguna razon, y causa de derecho conste ser nulo el contrato principal, y si por clausulas, y fuerça de palabras se podra dar limitacion a esta dicha regla, para que el fiador quede sugeto al vinculo del dicho contrato, y su euiccion, fol. 59.

Cap. 21. Sobre el valor de los quinientos sueldos, y en que casos no se requiere insinuacion, sin tener atencion al excesso de los quinientos sueldos, y si en alguna manera se puede dar clausula, y regla cierta, para renunciar este derecho, fol. 61.

Cap. 22. Adonde sumariamente se declara, si se puede dar, y traer clausula, y regla cierta, para que la donacion otorgada en fauor de estraño, ò decendientes, no se reuoque en todo por el nacimiento de los hijos, fol. 63.

Cap. 23. Donde se refiere, si por causas de ingratitud se pueden reuocar todas, y qualesquier donaciones por irreuocables que sean, y de que clausula se puede vsar, para que en todo queden irreuocables, fol. 64.

Cap. 24. Adonde se trata, si las donaciones, y enagenacion de todos los bienes presentes, y futuros seràn validos, y si se podrà limitar la ley 69 de Toro, hodie l. 8. tit. 10. lib. 5. Nouæ Recop. que ansi prohibe, y anula la dicha enagenacion, y donaciones, fol. 66.

Cap. 25. Adonde se refiere, que clausulas seã necessarias, para que las donaciones que se otorgan por causa, y temor de muerte, queden perfetas, è irreuocables, fol. 67.

Cap. 26. Sobre las donaciones otorgadas entre marido, y muger, adonde por el tenor de las palabras mas notables de cierta clausula con que deuen, y han de ser otorgadas todas, y qualesquier escrituras de las dichas donaciones, se notan, y traen a la memoria los casos mas notables, que ay en el Derecho tocantes a la dicha materia, fol. 66.

Cap. 27. Adonde se trata, si el pacto reciproco ad inuicẽ de succeder entre marido, y muger, y otras personas particulares, aura lugar, o si de derecho serà reprobado, adonde se refieren ciertas clausulas, con que los dichos contratos deuen ser ordenados, y otorgados, fol. 77.

Cap.

Tabla de los Capitulos del primer libro.

Cap. 28. Sobre la renunciacion del priuilegio, y exempcion de la hidalguia, y en que casos aurà lugar, y debaxo de que clausulas, f. 80.
Cap. 29. Sobre la renunciaciō del capitulo Odoardus, de solutionib. à donde se refiere cierta clausula en virtud de la qual podran los Clerigos ser presos, y encarcelados, fol. 81.
Cap. 30. Sobre la pena conuencional, y donde se refiere vna notable clausula por cuya fuerça se puede pedir, y executar por la dicha pena, aunque el contrato de su misma naturaleza en lo principal sea nulo. fol. 82.
Cap. 31. Sobre las clausulas mas principales, con que comunmēte se suelen ordenar, y otorgar, todas, y qualesquier escrituras de compromissos, adōde se declara lo mas vtil en esta materia de clausulas al proposito del dicho capitulo, y question, fol. 85.
Cap. 32. Adonde se refieren todas, ò las mas clausulas y cōdiciones, que de Derecho se juzgan por ilicitas, y vsurarias, en todos, y qualesquier contratos de censos con muchas, y notables aduertēcias tocantes a la dicha materia, fol. 89.
Cap. 33. Sobre la cōdicion, y clausula de retrovendendo, y pacto legis commissoriæ, & adiectionis in diē, con las quales condiciones muchas vezes se suelen celebrar, y otorgar los contratos de venta, y otras enagenaciones. fol. 97.
Cap. 34. Sobre el accion redhibitoria, y quanto minoris, y adonde se declara, porque vicios, defetos y enfermedades de la cosa vendida se podrā intentar estas dichas acciones, y debaxo de que clausulas no auran lugar las dichas donaciones, y remedio de redhibir, folio 101.
Cap. 35. Adonde se notan ciertas clausulas en limitacion de la ley 63 de Toro, hodie l. 6. tit. 15. de la Nueua Recopilaciō, por cuya fuerça no se prescribe el derecho de executar por tiēpo ninguno, folio 105.
Cap. 36. Sobre la clausula general, con q̄ todos, y qualesquier poderes son otorgados, ordenados, y celebrados, y adonde se aduierten otros puntos necessarios, tocantes a esta materia, fol. 106.
Cap. 37. Sobre la renunciaciō de la excepciō de la non numerata pecunia, y sus efetos, fol. 109.
Cap. 38. Sobre la clausula de cessiō de acciones, y poder en causa propia, dōde assimismo se aduierte, si se podrà renunciar este derecho fol. 110.
Cap. 39. Adōde se refierē ciertas clausulas, q̄ por su fuerça ipso iure, se causa nouacion, y delegacion de la primera, y precedente obligacion, por el segundo, y nueuo contrato, fol. 111.

Cap.40. Donde se concluye, si el deudor invito creditore, cumplirá con pagar en diferente especie de la que fue obligado, y que clausula se requiere para que esto no proceda assi, fol. 113.

Cap.41. Donde se refiere cierta clausula, que por su fuerça se juzgã por licitas, y justas las arras, y señal, con que muchas vezes se suelen otorgar las escrituras de los contratos de futuro matrimonio, fol. 116.

Cap.42. Adonde por las clausulas mas principales de la ley 102. del tit. 18. part. 3. se manifiestan, y declarã, los requisitos necessarios, que primero han de preceder, para que los tutores, y curadores alcancen verdadera, y cumplida execucion, y liberacion del administracion que han tenido de los bienes de sus menores. fol. 118.

TABLA DE LOS CAPITVLOS DEL SEGVNDO LIBRO deste mismo Tratado de Clausulas instrumentales.

CAPITVLO Primero, Adonde por el orden de las palabras del otorgamiento, con que todos, y qualesquier testamẽtos deuen ser otorgados, y ordenados, que la ley 2. tit. 1. part. 6. nos enseña, se trata en que forma, y con q̃ solenidad se deuen celebrar los dichos testamentos, segun Derecho, y practica, con otras muchas anotaciones, importantes a los dichos oficios de Escriuanos, fol. 133.

Cap. 2. Adonde demas de los efetos que se causan por la clausula codicilar, se trata q̃ solenidad se requiere en los codicilos, assi abiertos, como cerrados, fol. 143.

Cap 3. Adonde se nota, con q̃ clausulas derogatorias se deuen otorgar todos, y qualesquier testamentos, para reuocar, y dar por nulos todos aquellos que primeramẽte assimismo fueron (con qualesquier clausulas derogatorias) otorgados fol. 145.

Cap. 4. Adonde se nota, si de derecho son licitos los pactos de transaccion sobre testamentos, y vltimas voluntades, sobre las palabras de cierta clausula, que assi lo declara, fol. 147.

Cap. 5. Adonde se notan varias clausulas, y donaciones, que de derecho

cho se juzgan por injustas, y reprobadas en testamētos, y vltimas voluntades, fol. 148.

Cap. 6. Adonde se refiere la forma, y orden, y con que clausulas de prohibicion han de ser instituidos, y ordenados todos y qualesquier 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 fauor de quiē fueron otorgados, fol. 153.

Cap. 7. En declaracion de la ley 9. y 10. de Toro, hodie l. 7. & 8. tit. 8. lib. 5. Nouæ Recopilationis, donde por su decision consta, en que parte de los bienes de sus padres seran capazes herederos, assi los hijos espurios, como los naturales, con declaracion de ciertas clausulas, que por su fuerça, y forma, assi los dichos hijos naturales, como los espurios, seran capazes herederos ex testamento, en los bienes de sus padres, aunque tengan decendientes legitimos, fol. 157.

Cap. 8. En declaracion de la ley 6. 7. y 8. tit. 5. part. 5. por cuyas palabras consta, en que forma, y con que clausulas se deue ordenar la sustitucion pupilar, para que en virtud della, no solo el sustituto suceder pueda en los bienes del menor, de parte de su padre, sino tambien de otra qualquier parte adquiridos, aunque sean de parte de madre, fol. 161.

Cap. 9. En declaracion de la ley 11. tit. 5. part. 6. de cuya decision se colige cierta clausula, que de su orden se duda, si la sustitucion que los padres, y ascendientes hazen a sus hijos, y decendientes locos, y sin memoria, y entendimiento, assimismo estenderse puede a los hijos, y decendientes mudos, y sordos a natiuitate, a exemplo de la pupilar, fol. 163.

Cap. 10. Adonde se trata, si las madres pueden sustituir pupilarmente a sus hijos, y decendientes, y en que parte de sus bienes, y con que clausula tendrà fuerça la dicha sustitucion, fol. 165.

Cap. 11. Adonde por las clausulas mas principales de la ley 80. tit. 18. p. 3. se declara en que forma, y con que solenidad se deue proceder en el juizio diuisorio, para que de su orden de ninguna manera causarse pueda error, ni engaño, especialmente en los casos que consistieren en derecho, fol. 166.

Parra-

Parrafos deste Tratado.

§ Inuentario 1. fol. 175.
§ Aprecios 2. fol. 177.
§ Deposito 3. fol. 178.
§ Aceptacion 4. fol. 179.
§ Contadores 5. fol. 181.
§ Adjudicaciones 6. fol. 182.
§ Deudas 7. fol. 184.
§ Capitales 8. fol. 186.
§ Arras, y joyas 9. fol. 187.
§ Bienes parafernales 10. folio 190.
§ Mandas 11. fol. 190.
§ Mejoras, y ganancias 12. folio 191.
§ Renunciacion 13. fol. 193.
§ Frutos 14 fol. 194.
§ Reseruacion 15. fol. 197.
§ Fianças 16. fol. 199.
§ Entrego 17. fol. 200.
§ Graduacion 18. fol. 201.
§ Funeral 19. fol. 201.
§ Fisco 20. fol. 202.
§ Dotes 21. fol 202.
§ Salarios 22 fol 205.
§ Iglesia 23. fol. 206.
§ Menores 24. fol. 207.
§ Refaccion 25. fol. 207.
§ Deudas personales 26. f. 209.
§ Luto 27 fol. 209.
§ Lecho quotidiano 28 f. 210.
§ Quarta del superstite 29. folio 211.
§ Compensacion 30. fol 211.
§ Tercio, y quinto 31. fol. 213.
§ Legados 32. fol. 219.
§ Vsufruto 33. fol. 223.
§ Sucesion colateral 34. f. 224
§ De los naturales 35. fol. 226.
§ Sucesion de espurios 36. folio 227.
§ Bienes troncales 37. fol. 228.
§ Prescripcion 38. fol. 235.

DE

Cl. del s. Cesar A. Mtro. Mtro. del Sant. Zuera

DE CLAVSVLAS INSTRVMENTALES,

LIBRO PRIMERO.

CAPITVLO 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 deuen otorgar, y celebrar, para que en juizio, y fuera dèl, hagan entera, y cumplida prueba, y fe, en obseruancia de la ley 13. tit. 25. lib. 4. nouæ Recopilat. con otras muchas anotaciones, è innumerables aduertencias, dignas de ser sabidas, y de tener en la memoria: donde assimismo se refiere el credito, y autoridad, que à los dichos Escriuanos se les dà en lo tocante a los dichos sus oficios en estos Reynos.

SVMARIO.

1 *Difinicion, y exposicion verdadera deste assumpto, Causas Instrumentales, qual sea.*

2 *Que autoridad, fee, y credito se les deue dar a los dichos Escriuanos.*

3 *El oficio de Escriuano, si es publico, y de donde tomò su origen.*

4 *Si estos dichos oficios son viles, ò si se deuen juzgar por nobles.*

5 *Que personas pueden exercitar, y vsar de estos dichos oficios, y quales no.*

6 *Si los dichos Escriuanos pueden tener trato de grangeria.*

7 *Y si pueden ser fiadores de los juezes del lugar de adonde vsarẽ, y exercitaren de los dichos oficios, y en que pena incurren.*

8 *Y si pueden ser fiadores los dichos Escriuanos de las rentas Reales,*

les, y alcaualas, ò si pueden obligarse al abasto de las carnes de los dichos lugares, adonde tuuieren los dichos oficios.

9 Que fines se siguen por tratar verdad, y vsar con fidelidad, y rectitud de los dichos sus oficios.

10 Y si para exercitar los dichos oficios de Escriuanos, se requiere dotrina y experiencia: y si tendràn obligacion a satisfazer el daño que por su causa se siguiere.

11 Si los dichos Escriuanos deuen ser aprobados por su Magestad, para poder vsar de los dichos oficios.

12 Si para que los instrumentos, y escrituras publicas hagan fee en juizio, y fuera dèl, es necessario, que se otorguen ante los Escriuanos del Numero de aquel lugar.

13 Si los instrumentos, y escrituras publicas, otorgados ante los Notarios Apostolicos, en causas mere legas, y profanas, hazen fee.

14 En que pena incurren los Escriuanos mere legos, que otorgan escrituras en las causas que proceden los juezes Eclesiasticos.

15 Citar, si pueden los Escriuanos mere legos a personas Eclesiasticas, por mandamientos de sus Iuezes, assimismo seglares.

16 Que solemnidad se requiere, para que el instrumento que se huuiere de presentar en otra jurisdicien haga fee.

17 Si haze fee el instrumento otorgado ante Escriuano publico descomulgado.

18 Si se requieren testigos para el autoridad, y solemnidad de las dichas escrituras, y que numero, ibi, & num. 19.

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

21 Fee y credito, si se les deue dar a los dichos Escriuanos, quãdo por la antiguedad del instrumento no tienen noticia los testigos.

22 Que numero de testigos se requiere para reprobar vn instrumento.

23 Si la scritura signada por el Escriuano, como persona particular, si haze fee.

24 Y en caso de duda, si se deue dar credito a la declaracion de los dichos Escriuanos.

25 Si en los autos, y citaciones se les dà fee a los dichos Escriuanos.

26 Retractacion de testigos, ante quien, y en que tiempo se deue hazer.

27 Obligacion, si tienen los dichos Escriuanos a exercitar su oficio contra su voluntad.

Deuen

28 Deuen los dichos Escriuanos ordenar las dichas escrituras en la forma que entre los dichos otorgantes fue tratado, sin dexar cosa en blanco.

29 Si haze fee el traslado, como el original, siendo autorizado, y signado por el mismo Escriuano ante quien passò.

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

31 De que efeto serà el firmar los dichos originales, y registros en fin de cada vn año.

32 Si probandose por testigos el instrumento perdido, haze entera fee, y prueba.

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

34 Si los dichos Escriuanos tienen obligacion a hazer diligencia en conocer las partes otorgantes.

35 Y no deuen los dichos Escriuanos ordenar las dichas escrituras con mas circunstancias de lo que al tiempo de otorgarlas fue tratado.

36 Y para mas satisfacion de las partes deuen repetir las dichas notas para mas noticia de la verdad de los dichos contratos.

37 Si hazen prueba las conjeturas, especialmente no siendo contra derecho.

38 Y si en caso de duda se ha de tener siempre atencion al natural del contrato para que siga el efecto a que fue otorgado.

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

40 Si para hazer las dichas interpretaciones ha lugar, vso, y costumbre.

41 Y en caso que aya lugar interpretacion, se deue hazer de manera, que no se destruya su forma.

42 Si se deue tener atencion, antes a la voluntad presumpta del testador, y partes otorgantes, que a lo dudoso escrito.

43 Si aurà lugar la dicha interpretacion, si della resultar puede algun perjuizio, y daño a las dichas partes otorgantes.

44 Si aurà assimismo lugar la dicha interpretacion, quando de ella ofenderse puede la voluntad del testador.

45 Si las partes otorgantes deuen firmar las dichas escrituras para solemnidad de los dichos contratos.

46 Si serà licito añadir mas de lo que fuere hallado, y escrito en el registro, y protocolo de los Escriuanos ya difuntos, ò que han

dexado los dichos sus oficios, & ibi, num. 47.

48 Y si los dichos Escriuanos podràn emendar sus mismos errores de su misma autoridad.

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

50 Si auiendo sido omisso, y oluidado el signo del Escriuano, se podràn ex post facto firmar, y autorizar las escrituras de adonde faltò, y se oluidò.

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

52 Si en caso que el Escriuano no tuuiere entera noticia de las dichas solemnidades, podrà justamente hazer las dichas emiendas, sin consentimiento y voluntad de los dichos otorgantes.

53 Sino resultando perjuizio, y daño a los dichos otorgantes, se podrà en todo tiempo hazer la dicha emienda.

54 Si despues del traslado de las dichas escrituras, se podràn justamente hazer las dichas emiendas.

55 Si consintiendo las dichas partes otorgantes en la dicha emiẽda, serà necessario decreto judicial.

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

57 Si por confession de las dichas partes otorgantes se pueden prouar los dichos errores.

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

59 Y si dos testigos haràn entera fee, consistiendo los dichos errores en lo substancial del contrato.

60 Fè, y credito, si se les deue dar a los Escriuanos de todo aquello que fuere escrito, y hallado en sus registros y protocolos.

61 Clausulas, quales sean, que sin voluntad de los contrayentes, pueden de voluntad de los dichos Escriuanos ser escritas, y ordenadas, aunque entre los dichos otorgantes no se ya tratado.

62 Si siendo omissas, y oluidadas 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 a las demas precedentes.

64 Si aurà assimismo lugar, siendo ordenada en medio de las dichas escrituras.

65 Si mirãdo cada vna de las dichas clausulas a diferentes fines, serà visto referirse a las demas precedentes, ò siguientes.

66 Y constando por conjeturas de los otorgantes lo contrario de lo

Suso dispuesto, no es visto referirse las dichas clausulas a lo que assi parece contrario.

67 *Clausula general, si es visto referirse a la especial.*

68 *Clausula ordenada para vn fin, no es visto estenderse a otros contrarios y diferentes.*

69 *El legado que fuere dexado debaxo de condicion, no se deue estender a los demas puros y condicionales.*

70 *En caso de duda sobre clausulas dudosas se ha de estar al juramento y declaracion del Escriuano que las ordenò.*

71 *Si faltando el signo del Escriuano se anula el dicho contrato.*

72 *Si despues de otorgados los dichos contratos, podrà el Escriuano de su autoridad signarlos, y autorizarlos.*

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

74 *Acumulacion, quando, y en que forma se deue hazer.*

75 *Si en caso que ha lugar la dicha acumulacion, se han de entregar los autos originales.*

76 *Signar si puede el escriuano sus escrituras interponiendo assimismo, como juez, su autoridad en los casos que de derecho ha lugar.*

RVM; Y porque los fines, y efetos de materia tan importante en estos Reynos se asseguren con mas entera, y cumplida execucion, mayormente, siendo tan necessario, y conueniente el preuenir el daño, malicia, y agrauios que cada dia se causan, en razon de los dichos oficios de Escriuanos; me parecio desentrañar las cautelas tan mal fundadas, y permitidas en contratos, y vltimas voluntades, con distincion de otras permitidas en derecho, que por ser tan justas, no se les deue dar titulo, 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 dar a qualquier contrato la fuerça de su natural, con vna breue, y sumaria clausula de que sino se preuienẽ sus incõuenientes, de la tardança se puede temer su remedio. Y assi, para que los dichos Escriuanos estèn aduertidos en lo tocan- Num. 1

tocante a los dichos sus oficios, y para que de sus errores no se de lugar a ignorancia, se notaran las clausulas mas importantes, y contingentes en contratos, y vltimas voluntades, para que de su orden se conozca, quales sean justas, o injustas, y que de derecho e deuian cumplir, y executar, sin temor de pena, y seguridad de conciencia, y sin que de ninguna manera resultar pueda perjuizio, y agrauio a 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 difinicion de nuestro titulo y assunto de Clausulas instrumẽtales.* Y assi digo, que este nombre, *Clausulas*, no es otra cosa, sino vna sumaria, y breue oracion, que por el orden, y fuerça de sus palabras recibẽ ley, y quedan obligados los dichos otorgantes a cumplirlas, y guardar con el vinculo del Derecho, de que precisamente se deuen obseruar particularmente quando por ley, ò nueuo precepto, no consta lo contrario, *vt in l. 1 § si conueniat ff. deposit. cum vulgarib. & notat gloss. iunct. text. in l. si conuenerit, ff de reiudicat.* Y esto se colige assimismo, considerando bien su propia significacion, que tan solamente nos dà a entender ser condicion por orden, y fuerça de palabras, las quales tienen lugar de derecho quando por ley consta estar inducida, y mandada guardar, aunque de los mismos preceptos, y leyes no conste de que genero de acciones sea: cõ tanto, que sea possible, justa, y honesta, y no se repute por torpe, y contra derecho, y buenas costumbres, *vt in l. 1 & pentotum ff de conditionib. & demonstrationib. Hostiens. in summa in Rubric. de condit. opposit. num. 4. fol. 203.* Y assi me parece verdadera, y cierta difinicion, y exposicion esto, atento, que no solamente tenemos de tratar, con que 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 lo segundo se notarà, qual sea el autoridad, y credito de los dichos Escriuanos, con lo demas tocante a su oficio, por la clausula siguiente, scilicèt.

Forma tur prima clausula. *Y yo fulano, Escriuano a, que presente fui b, juntamente con los testigos c, al otorgamiento de todo lo contenido en esta dicha escritura d, de pedimiento de los dichos otorgantes, de que doy fee los conozco e, la ordenè f, firmè, y signè.*

Y yo fulano, Escriuano a. Y segun nos dà a entender, y se colige del *Authentic. de Tabellionib. collat* 4. el oficio de Escriuanos, es publico, y de gran consideracion, y confiança en la Republica; y llamanse por derecho comun, *Tabelliones*, aut *Tabellarij*, y assimismo son llamados, *Librarios*, *Catholicianos*, *Scriptores*, *Notarios*, *Libelenses*, *Memoriales*, *Pragmaticales*, *Epistolares*, *Exceptores*, *Logographos*, *Scribas*, *Rotheos*, *Logistas*, *Melo-Grammatheos*, *Diastolcas*; que son nombres Griegos, que cada vno toma el nombre conforme el oficio que tiene de Escriuano, *vt in l. 1. & in Rubric. & in l. fin. Cod. de Tabul. lib. 10.* 3

Y muchos los llamaron Sieruos publicos de la Republica, e donde el vulgo tomò fundamento, y causa para dezir, que el oficio de Escriuano era vil, *vt ita affirmat gloss. in l. vniuersos & ibi Bart. & Platea, C. de Decurionibus, Gregor. Lopez in proœmio tit. 19 part. 3 gloss. Escriuanos.* De que no es justo, a mi parecer, se les haga este agrauio a los dichos Escriuanos; pues no puede auer cosa mas noble que vn Escriuano, supuesto que el Derecho los llama Fieles publicos de la Republica, como diximos en el proemio, y centura deste libro; y assimismo son llamados, Ramos del Reyno, *vt in l. 3. tit. 19. part. 3.* Y de donde yo infiero, que el oficio de Escriuano es noble, y no vil, es que para vsar el dicho oficio, no ha de ser infame, ni hombre de mala vida y fama: luego siguese, que por el mismo hecho no deue ser infame, y vil, el que antes era noble, *vt in l 2. d. tit 19. gloss. Buena fama, & in l. 1. tit. 25. lib. 4. noua Recopilat* Lo qual assimismo yo entiendo, y se deue entender, sin distincion de oficio Real, ò numerario, de que algunos Doctores hizieron, diziendo, que en quanto a los Reales avrà lugar la opinion de que son viles, y en quanto a los numerarios de que son nobles. 4

Para cuyo oficio ninguna persona ay prohibida de vsar, saluo los incapazes por derecho, que son los siguiẽtes, el Moro, el Iudio, 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 reconciliado, condenado, ò quemado; y hasta la primera, por via de hembra, que son los hijos de hijas, *segun la l 3 titul. 3 lib. 8. Recopilat*, Y en las mismas sentencias se declara, como yo lo he notado, en que dizen: *Y declaramos por inhabiles, è incapazes a los hijos, è* 5

hijas del dicho fulano, y a sus nietos por linea masculina, para poder auer, y posseer dignidades, beneficios, y oficios, assi Eclesiasticos, como seglares, que sean publicos, ò de honra; cuyas palabras notò assimismo *Molin. de iustit. & iur. tract. 2. to. 3 disp. 658. n. 20. vers. Septimo.* Y assimismo no lo puede ser el esclauo, y el que fuere menor de veinte y cinco años, ni el Frayle, ni el Clerigo, en las Audiencias seglares, *vt hæc omnia probantur in l. 2. tit. 19 part. 3. & in l. 1. dict. tit. 25. lib. 4. Recop. & in l. 10. tit. 3. lib. 1. Recopil.*

6 Y por quitar toda ocasion de delinquir a los dichos Escriuanos, ordenò el Derecho, que no pudiessen tener trato de grangeria, y mercaderia en el lugar adonde residieren, pena de priuacion, *vt in l. 20 tit. 3. lib 7. Recop.*

7 Y assimismo, no pueden salir por fiadores de los Iuezes de los lugares donde residen, cuya pena es de la dicha priuacion, *vt in l. 13. tit. 5. lib 8. Recop.*

8 Y por el consiguiente, no pueden ser fiadores, ni abonadores de rentas de propios, ni de rentas Reales, ni obligarse al abasto de la carne, pena de priuacion del dicho su oficio, con mas la quarta parte de sus bienes, aplicados, *segun la l. 3. tit. 5. lib 7. Recopilat.*

9 Lo qual solo es, porque en todo acontecimiento no falte la verdad, pues puede 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 *seruiunt diabolo, & sunt sine conscientia, vt notat Bald. in l. 2. col. 3. ff. de Senatorib. in d. proœm tit. 19 part. 3.*

10 Y assimismo se requiere, que los dichos Escriuanos sean doctos en sus oficios; porque de otra manera, seran nociuos en la Republica, *vt in cap. nostrum, vt Eccles. ben. optim. l. 2. dict. tit. 19 part. 3. & ibi Gregor. Lopez.* Y es la razon, porque no ay cosa mas torpe, y aborrecible al noble, y al que tiene oficio publico, que ignorar lo que professa, *vt est text. in l. 2. § Seruius autem, ff. de origin. iur.* Porque de qualquier manera, que por ignorancia de vn Escriuano se les siguiesse a las partes algun daño, tiene obligacion, assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia, a su satisfacion; mayormente, si el error fue en lo sustancial, *vt ita docet Abbas in cap. 1. de institutionibus, Oroscius in l. Barbarius, columna 394. ff. de officio Prætor.* Y assi por temor destos erro-

res, y restitucion de sus interesses, primero que exercitan 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 supiessen las leyes mas necessarias del Derecho, *vt ita notat Bald. in consil. 103. lib 3.*

Finalmente se ha de notar en esta primera parte, que para que los Escriuanos puedan exercer, y vsar de el dicho oficio, han de ser aprobados por el Consejo de su Magestad, en especial, en los lugares de Señorio, con informacion de suficiencia, y habil, que para el dicho examen se ha de presentar, para que conste de donde es vezino, y de la calidad de su persona, y condicion, ne forte, sea infame, ò estè priuado del dicho oficio, ò sea de las personas que no lo pueden ser, como assi se vsa, y platica, y segun se colige *de la ley 2. titul. 25. lib 5. Recopil.* 11

Ibi: *Que presente fuib.* Y para que los instrumentos, y obligaciones, que ante los dichos Escriuanos se otorgaren, hagan entera fee, es necessario que se celebren, y otorguen ante los del Numero, y que por tales estuuieren aprobados porque de otra manera no haràn fee, aunque los dichos Escriuanos sean Reales, sino es por causa de ausencia, o impedimento, ò en las aldeas, ò campos adonde no los ay, o para las cosas a que fueron criados, y deputados, *vt ita declarat l. 1. & 2. dict. tit. 25. lib 4. Recopil.* 12

Escriuan como, pp pecaron luar

Y el instrumento que fuere ordenado, y signado por los Notarios Eclesiasticos, en las cosas profanas, y mere legas, y del fuero secular, de ninguna manera haze fee en juizio, ni fuera dèl saluo en las cosas tocantes, y pertenecientes a Clerigos, y fuero Eclesiastico, *vt ita constat ex l. 32. tit. 3. lib. 1. & in l. 19. dict. tit. 25. lib. 4 nouæ Recop.* 13

Y el Escriuano mere lego, que hiziere escritura, ò otro qualquier acto, en causa que proceda el Iuez Eclesiastico cõtra lego, siendo causa profana, y secular, demas de ser nulo lo que assi se hiziere, y causare, serà infame, y ha de ser desterrado por diez años, y mas pierde la mitad de todos sus bienes. *Secundùm ordinem, l. 2. tit. 8. lib. 2. Recop.* 14

De aqui se sigue, que ningun Escriuano seglar podrà a pedimiento de su Iuez citar a ningun Clerigo, para ningũ acto judicial, ni extrajudicial, sino es co mandamiento de su Vicario, 15

sino

sino es en caso, que auiendose de hazer inuentario de los bienes del difunto, con citacion de herederos, y acreedores, y legatarios, fuesse el Clerigo vno dellos, *vt ita docet Girond. de gabel 4. part § 1. num. 8. Gregor. in l. 5. gloss. 7. § 6.* Y assimismo aurà lugar la dicha citacion para interpolarle ò constituirle en mala fee, y le perjudicara, *vt docet Marant. de ordin. iud. 4 part. dist. 11. num 36.*

16 Y para que el instrumento que se huuiere de presentar en otro fuero, adonde el Escriuano no fuere conocido, haga entera fee, sera buena aduertencia que el dicho instrumento vaya comprobado de dos, o tres Escriuanos, con autoridad, y decreto del Iuez de dicho lugar a donde fue otorgado, certificando, que el dicho Escriuano ante quien passo, es el mismo, y contenido en el dicho instrumento, ò informacion, *vt ita docet Felinus in cap. post cessionem, de probationib. fol. 6. Boer. decis. 154. num 4. 5. 6. Cæpol. cautel. 54.* Y de otra manera el dicho instrumento, o informacion, no hara fee, siendo redarguido de falso hasta que se compruebe por parte del que le presenta en su fauor, probando que el Escriuano que le signò, era publico, y numerado al tiempo que se otorgo *vt in l. 115. tit. 18 part. 3 & ibi Greg. Lop. in l. 118 eiusdem tit. vers. Esi por ventura, & ita docet Rall. in Authent. sed nouo iure C. si certum petat. Alciat. de præsumptionib. regul. 3. præsumpt. 13. num 8. quos sequitur, & refert Rodrig. Amat. in vnic. tractat. de exec. cap 1. art. 4. n. 25 per tot.* Y mientras el dicho instrumento, o pruebas no estuuieren comprobados, auiendose redarguido de falso, como dicho es, no se deue hazer trance, y remate de los bienes executados, ni en las causas ordinarias se deue pronunciar sentencia, hasta que se comprueben, proueyendo auto de suspension, hasta que conste de la verdad de lo dicho, *vt ita notat Auend. in declarat. l. 4 & 5. ordinam. num. 26. versic. Ideòque, Mexia in declaration. l. Regia Toleti 1. part. num. 25 quos etiam refert idem Rodrig. vbi suprà num. 26. in fin.*

17 Finalmente se concluye en esta segunda parte, que el instrumento que fuere otorgado ante Escriuano, ò Notario publico descomulgado no hara fee en juizio, ni fuera del, *vt in cap decernimus, & ibi gloss. de sentent. excommun. in 6.* Ni assimismo la haze el que hiziere en fauor suyo, ò de su muger, padre, ò hijos verunos, o suegro como siendo contra si, ò contra los dichos, la haze, *vt ita notat Parlador. lib. 2. rerum quotidian.*

cap.

cap. 20. *num* 23. *Villadieg. in sua Politica, cap.* 1 *num.* 41. *fol.* 12 aunque lo contrario me parece con *Bartul. in l. si pater, ff. d. falsis, & in l. vxori, ff. eodem*, adonde nos ensena, que los que fueren otorgados en fauor de todos los dichos, seran validos, y haran fee: saluo el instrumento que fuere ordenado en fauor del dicho Escriuano, *vt ita notat etiam Felin. in cap.* 1. *de fide instrum.*

Ibi *Iuntamente con los testigos* c. Y requierese en tanta forma la presencia de los testigos a los dichos instrumentos, que seràn nulos, 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 Escriuanos las lean presentes las partes, y los testigos, & ita probatur in l. in contractus, Cod. de fide instrument. & in Authent. de instr. caut. & fide, §. Sed, & si instrumenta, verb. Adijciatur, Paul. de Castr. in d. l. contractus, col.* 3. *& in l.* 54 *&* 111. *tit.* 18 *part.* 3. 18 13. nu. 1 d. recop. tel.

Y es necessario, que para que las dichas escrituras hagan fee, sean celebradas con dos, o tres testigos, aunque en el numero ay diuersidad de opiniones, en especial, fundadas en dos leyes de Partida contrarias; en que la vna dize, que son necessarios tres testigos; y la otra dize, que son suficientes dos, *vt in l.* 111. *& in l.* 54. *tit.* 18. *p.* 3. Pero lo que mas se pratica es, lo que el doctissimo Couarrubias lleua por opinion, en que dize, son necessarios tres testigos, *vt ita affirmat in practic. qq. cap.* 2. *num.* 4. *& est l.* 1. *lib.* 2. *tit.* 9 *fori.* Aunque a zeuedo sublimitò, y concordò estas dichas opiniones y dixo, que en estos casos se juzgara segun el estilo que cada lugar tuuiere, y guardare, *vt ita notatur in l.* 13. *tit.* 25. *num.* 17. *lib.* 4. *Recopilat.* 19 sin distincion alguna, quando la escritura es otorgada en poca cantidad, assi como de cien reales, son suficientes dos testigos, *ex gloss. in Authent. sed nouo iure, C. si certum petat & ita notat Villad. in sua Polit. cap.* 2 *num.* 12.

Y aunque es verdad que su presencia se requiere, como dicho es: pero con todo esso no es necessario que los dichos firmen los dichos contratos; porque segun derecho, es suficiente, que tan solamente se haga mencion, como se hallaron presentes, refiriendo sus nombres, *vt ita tenet Couarru. vbi sup. num.* 4. *& in l.* 3. *& dict. l.* 111. *tit.* 18 *part.* 3. Y assi parece nos dio a entender la dicha *ley* 13. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Las lean presentes las partes, y los testigos.* 20

Y en todos los casos, que por antiguedad de la escritura los 21

di-

dichos testigos no se acordaren, y tuuieren entera noticia de su substancia, se ha de estar al juramento del Escriuano, siendo de buena opinion, y fama, no se probando lo contrario por los dichos testigos; porque en tal caso se ha de estar a su juramento, *vt ita probatur in l. 115. d. tit. 18. p. 3. & ibi Greg. Lop. Rodrig. Amat. in tract. de forma examin. processum in causis ciuilibus, cap. 7. num. 16 per totum.*

22 Y para reprobar vn instrumento, son suficientes dos testigos, aunque no sean los instrumentales; y esto ha lugar, quando juntamente con el instrumento no se presento testigo alguno; porque si se presento alguno, son necessarios tres; y si se presentaron dos son menester quatro para reprobar el dicho instrumento, *vt ita docet Couarruu. lib. 2. var. cap. 11. num. 10. & 11. Paz in prax. 1. tom. 1. part. 8. temp. num. 5. usque ad 10. & in l. 17. tit. 18. part. 3.*

23 Y el instrumento signado, y ordenado por el Escriuano, como por persona particular, no haze fee: y aunque le ordene como Escriuano publico, firmandole como persona particular, y no signandole, por ser el caracter Real, que le da fuerça, y ser de substancia, y solemnidad, faltando assimismo, no hará fee el tal instrumento en juizio, ni fuera del, *vt ita tenet Parlad. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. num. 21. & 22. & etiam probatur in l. 12. & 13. tit. 25. lib. 4. Recop.*

24 Y quando alguna de las partes niega, que la escritura no es hecha, ni otorgada del Escriuano de quien parece, por ser diferente su letra, y firma, si el dicho Escriuano fuere viuo, y lo negare, diziendo, que aquella no es su letra, ha de ser creido y se le da entera fee, y credito; pero si confiessa auerlo ordenado, y signado con mas justa razon ha de ser creido, y se le ha de dar fee. 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 Escriuano. Y si fuere muerto el dicho Escriuano, ò ausente, para aueriguar la verdad, han de corregir, y cotejar la letra de la dicha escritura con la del Escriuano ya muerto, de quien se afirma, que fue suya, y conforme la comprobacion, se juzgara *secundùm l. 118. gloss. 5. tit. 18. part. 3.* Y de qualquier manera que el instrumento se quiera comprobar, ò redarguir de falso, o por causa de auerse perdido, se puede hazer por prueba de testigos, *vt in l. 1. d. tit. 25. lib. 4. Recop.*

25 Y en todas las citaciones que se deuen hazer a las partes litigan-

tigantes, precediendo mandamiento del Iuez, se le dà credito al Escriuano, o Alguazil, que dize, y afirma hizo la dicha citacion: y sino precedio el dicho mandamiento, ni era Escriuano el que hizo la dicha citacion, negandolo la parte, sera necessario que se pruebe auerlo sido con dos, ò tres testigos, y de otra manera no valdrà, *vt ita affirmat Villadieg. vbi suprà, cap. 1. num. 7. vers. Si la citacion*; adonde dize, que si la citacion se hizo por mandado del Iuez superior, que bastarà vn testigo; y assi aconseja, que los Escriuanos pongan en las dichas notificaciones, quando son de importancia vno, ò dos testigos.

Y en quanto al examinar los testigos en las causas ciuiles, 26
se ha de notar, que si despues de auer jurado el testigo, leyendole, y refiriendole su dicho, dixesse no auer dicho tal, y ser lo contrario de lo que depuso; no deue el dicho Escriuano dar lugar al dicho retracto, ni emendar, y corregir lo que antes auia jurado, y dicho, sino es en presencia del Iuez, como siempre es justo que lo estè, y con lo que vltimamente dixere, se ha de juzgar, siendo incontinenti la dicha emienda, y retracto porque si fue ex interuallo, por el temor de soborno, no se le deue dar credito: y assi se ha de estar a su primer juramento, *vt ita docet Gregor Lopez in l. 30. tit. 16. part. 3. gloss. 2.* Pero en las causas criminales siempre se ha de dar credito a la retractacion del testigo, antes que a la fee, y autoridad del Escriuano, sino es, que este dicho testigo tenga firmado su dicho, reconociendo su firma, ò 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 deue dar credito al dicho Escriuano, y no al testigo; y esto corre con mayor, y mas justa aueriguacion, si el examen de los dichos testigos fue en presencia del Iuez, *vt ita notat Author Curiæ Philip. 3. p. § 15. num 7.* Y assi conuiene, q̃ los Iuezes assistan al examen de los testigos, aora sean ciuiles, ò criminales, siendo de consideracion, sin dar comission para lo dicho; porq̃ demas de que no cumplen los Iuezes con su conciencia, son castigados los Escriuanos grauemente, q̃ examinaren algun testigo sin presencia del Iuez, cuya pena por la primera vez, es de dos mil marauedis, y por la segunda doblados, y por la tercera priuacion de oficio, *segun la l. 28. tit. 6. lib. 3. Recop.* Y hase de notar, que no por esto se causa nulidad de las dichas informaciones; porque todas las vezes que se probare, ò constare, que

la

la nulidad se causare por descuido, ò malicia del Escriuano, ò Iuez, no serà justo, que lo padezcan las partes, aora sean en causas ciuiles, criminales, ò executiuas, *vt ita notat Azeued. in d. l. 28 num 6. in fin.*

27 Ibi: *Al otorgamiento de la dicha escritura* d. Y es de aduertir, que en qualquier tiempo, sino es por causa de justo impedimento, tiene obligacion el Escriuano a exercitar su oficio, aunque sea contra su voluntad, y para ello puede ser apremiado, *vt est text in l. quædam personæ §. 1 ff. de edendo. Auend in cap. 2. Prætorum, num. 14. vers Neque excusatur, & in l. 18. tit. 25. lib. 4. Recop.*

28 Y para que mas claramente se pueda aueriguar la verdad de las escrituras que ante los dichos se celebraren, y otorgaren, tienen obligacion a ordenar por extenso las dichas escrituras de la forma que se otorgaron, sin dexar nada en blanco; porque de otra manera no hara fee mas de aquello que se hallare escrito, como consta, y se colige de las palabras de la dicha *l. 13 tit. 25. lib. 4 Recop.* ibi: *Mandamos que cada vno de los Escriuanos aya de tener y tenga vn libro de protocolo, enquadernado de pliego de papel entero en el qual aya de escriuir, y escriua por extenso las notas de las escrituras, que ante èl passaren, y se huuieren de hazer, en la qual dicha nota se contenga toda la escritura que se huuiere de otorgar por extenso.*

29 Y no solo haze fee el original; pero tambien el traslado, siendo escrito, y sacado por el tenor del dicho original, siendo autorizado del mismo Escriuano ante quien passo, aunque sea despues del oficio; la qual autoridad no se le concede al sucessor en èl, sino es que la dicha escritura se saca con citacion de la otra parte, como en efeto es necessario sino es en caso q̃ se le entregaren todos los protocolos, y registros por inuentario, y autoridad de Iuez, *vt hæc omnia probantur in l. 24. tit. 25. lib. 4. Recop. & ita docet Bald. Paul & Iasson in Authent. si quis in aliquo documento, Alex. & Iass. in l. si quis ex argentarijs, §. Cogitur, ff. de edendo.*

Y auiendose sacado vn traslado de su original, no se pue-
30 de sacar otro, sino es prouandose auerse perdido otro citada la parte, y con autoridad y mandamiento de Iuez, *vt ita probatur ex l. 17. d. tit. 25. lib. 4. Recop & in l. 11 & 12. tit. 19. p. 3.* Y si el Escriuano diere el dicho traslado en otra forma, serà castigado con el interes, y daño de la parte, *vt ita declaratur in d. l. 17. tit. 25 lib. 4. noua Recop.* Y dize Azeuedo en la misma

ley

ley, *num.* 2. que para que conste, que al acreedor se le dio traslado de la escritura, que los Escriuanos hagan mencion sobre el original della, como se le entrego a la parte, y que la firmen de su nombre, y lo mismo se deue hazer perteneciendo a ambas partes la dicha escritura; saluo, si de darsele a alguna dellas, resultar puede algun perjuizio a la otra; porque fortè consistia en dar, o hazer, especialmente, auiendose cumplido la obligacion de que le podia aprouechar a la otra parte, *vt ita probatur, & colligitur ex dict. l.* 17. *titul.* 25. *lib.* 4. *Recopilat.*

Y es obligacion del Escriuano signar sus registros, por lo menos en fin de cada vn año, porque de otra manera no haran entera fee, y prueba; demas, que serà condenado en diez mil marauedis, y suspension de oficio por vn año, como assi se prueba *en la ley* 12. *dict. tit.* 25. La qual ley, aunque parece rigurosa, considerando bien su decision, haze muy en fauor de los dichos Escriuanos; 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. num* 3. *Couarr. practicar. quæst. cap.* 19. *num* 2. *in fin. quos sequitur, & refert Azeue. in d. l.* 12. *num.* 12. adonde tiene por opinion, no se viziarà la escritura que se huuiere de sacar, siendo signada, aunque el registro no lo estè; aunque en quanto a la pena no se escusara el Escriuano, que no signò el registro, *vt ita sequitur Rolan. à Valle cons.* 44. *num.* 40. *vol.* 1. 31

De donde se puede inferir, que de qualquier manera que el instrumento perdido se probasse su tenor, y substancia por testigos, haze prueba, y fee, aunque el mismo original no estè firmado, y signado en la forma que dicho es: y esto procede, aunque los testigos que depusieren no sean de los instrumentales; porque basta que juren, y declaren de auerlo oido dezir a la parte, contra quien se ha de presentar. Y hase de aduertir, que aunque los dichos testigos (aunque sean de los instrumẽtales) 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, *vt ita i f ro ex doctrina Azeued. vbi sup. num.* 7. *&* 8. *ex doctrina Alex. in cons.* 14. *num.* 18. *vol.* 6. 32

Finalmente se concluye en esta tercera parte, que si el Escriuano no quisiere dar, ni manifestar sus registos, y protocolos, 33

los, puede ser puesto a question de tormento hasta que los manifieste, y diga la verdad: saluo probando el dicho Escriuano que se perdieron, ò se quemaron los dichos registros, *secundũ Gregor. Lopez in l. 9. gloss. 1. tit. 19. part. 3.* Y assi es bien, que luego que el Escriuano muere, ò dexa el oficio, se mande por los Corregidores, Alcaldes, ò Gouernadores, se le entreguen los dichos registros del sucessor en el dicho oficio, ò se pongã en vn Archiuo, haziendo primero inuentario de todos los papeles de los dichos registros. Todo lo qual se deue entender sin perjuizio del interes, que de los dichos registros pudiere resultar a los herederos del Escriuano ya difunto, *vt constat ex l. 25. lib. 4. Recop.*

34 Ibi: *De pedimiento de los dichos otorgantes, de que doy fee los conozco.* Y ha de tener especial cuidado el Escriuano en conocer las partes otorgantes; porque de no hazerlo assi, le haràn que con facilidad incurra, y caygа en vna falsedad, saluo si los dichos otorgantes presentaren testigos, q̃ digan, y afirmẽ que los conocen: de lo qual ha de hazer especial mencio el dicho Escriuano, en fin de las dichas escrituras assi en los originales, como en los traslados, escriuiendo los nombres de los dichos testigos, y de donde son vezinos. Y si el dicho Escriuano no los conociere a los dichos otorgantes dè fee de ello antes de la subscripcion, *vt ita affirmat Ioann Andr. in Add. ad Spec. tit. inst. edit. in Rub colum 4. vers. Secundo, & in l 14. tit. 25. lib. 4. Recop. & ibi Azeued.* adonde dize, que aunque falte el requisito, y forma dicha, no se viziarà la dicha escritura; porque tan solamente serà causa de castigar al Escriuano con pena de falsario. Y dize assimismo, no se viziarà, aunque el dicho Escriuano yerre en el nombre de alguno de los dichos otorgantes.

35 Y ha de notar el Escriuano, que no deue ordenar las dichas escrituras, con mas circunstancias de lo que conuenido, y tratado fuere entre los dichos otorgantes; *Secundum Innoc. in cap. fraternitatis, de haeret. & ita docet Bald. in Rubric. de fide instrum. quos sequitur Abb. in cap. serui, de testib. num. 2. & in l. 13. tit. 25. lib 4. Recop.* ibi: *Especificando todas las condiciones, y partes, y clausulas, y renunciaciones, y sumissiones que las dichas partes sientan.*

Deuen assimismo tener atencion los dichos Escriuanos,
36 que antes que las dichas partes otorgantes firmen las dichas escrituras, para mas satisfacion suya, lean, y repitan las dichas

notas

notas, para que de su tenor, assi los dichos otorgantes, como los testigos instrumentales tengan entera noticia de lo que fuere escrito, y otorgado, *vt ita probatur in l. contractus, Cod. de fide instrument. & in §. In his, instit. de contrah. empt. & vend. & latè per Couarruu. in cap. 1. de test. num. 1 column. 3. in princ. & in dict. l. 13. ibi: Y que assi como fueren escritas las tales notas, los dichos Escriuanos las lean, presentes las partes, y los testigos.* Y esto es, porque regularmente siendo ordenadas las dichas escrituras con palabras dudosas, de forma, que no se pueda dar verdadero entendimiento a su substancia, se ha de tener mas atencion a la verdad del caso, que a lo dudoso escrito, *vt est text. in l. sed si Celsus, §. Si fundus, ff. de contrahen. emption. & in l. 1. & 2. Cod. plus val. quod agit. & in l. fin. in princip. ff. quæ res pignor. oblig. possess.* Y esto se ha de entender, si por manifiestas conjeturas consta lo que dicho es de la voluntad de los dichos otorgantes, saluo si assi no constare; porque entonces se ha de estar, y juzgar, segun lo escrito, sin tener atencion a la voluntad de los dichos otorgantes, no expressada, *vt in l. si alij, in fin. ff. de vsufruct. legat. & ita affirmauit Bart. in l. in ambiguo, ff. de rebus dubijs. Et est ratio, quia propositum in mente retentum nihil operatur, vt ita colligitur in l. si repetendi. Cod. de condit. ob caus. & non sufficit testatorem voluisse, nisi disponat. vt in l. quidam cum filium, & ibi Bart. & communiter DD. ff. de hæredib. instituend.* Y si de vna manera, ò otra en caso de contradicion, no se le pudiere dar verdadero sentido, è interpretacion, se juzgarà tacitamente lo que segun el natural del contrato con mas propiedad diere a entender, no siendo contra derecho el dicho su natural, ò la dicha interpretacion, *vt ita notat Bart. in l. cum quid, ff. si certum petatur, & iterum in l. stipulatus, ff. de verb. obligat.*

De aqui se infiere, que todas las vezes que de la voluntad de los contrayentes se pudiere conjeturar, segun la calidad de la cosa sobre que se litiga, se ha de juzgar segun lo que juntamente se conjeturare, siendo justo, y no contra derecho, *vt ita notat Bart. in l. 1. §. Qui superficiem, ff. de superficiebus, in verbo Agendo*; adonde dize, que de la calidad del precio se colige, si el contrato fue otorgado por titulo de arrendamiento, ò de venta, *vt ita notat idem Bart. in l. Patronus, §. 1. ff. de legat. 3.* 37

Y en todos los casos que por la significacion de las palabras dudosas no se pudiere dar sentido verdadero, se deuen 38

uen aplicar, segun la materia, y natura del contrato, de forma que de su interpretacion siga el efeto del dicho su natural, *vt est text. in l. si vno, in princ. ff. locati, vbi Bart. dicit, quod verba accipiuntur secundum subiectam materiam, vbi idem Bart. allegat text. in l. stipulatus, ff. de vsuris, & etiam notat Bald. in Rub. C. de contrahend. emption. Abb. in cap. exhibita, de iudicijs, Areti. in cons. 14. Alexan. cons. 86.*

39 Y todas las vezes que del orden de palabras, y clausulas de el dicho contrato, se le pudiere dar dos sentidos diferentes, se prefiere el que con mayor propiedad se conjetura el dicho su natural, teniendo siempre atencion a las palabras de los dichos contratos, y voluntad de los dichos contrayentes, como dicho es, *& ita probatur in cap. Rodulphus, de rescriptis.*

40 Y si lo que se dificulta tan facilmente, no pudiere ser declarado, è interpretado, aura lugar su interpretacion, segun el vso, y costumbre del lugar y jurisdicion de donde fueron otorgados los dichos contratos, siendo sobre materia que licita, y justamente la puede recibir, *vt est text. in l. vel vniuersorum de pignoribus, & in l. quod si nollit, §. Quia assidua ff. de ædil. edict. & in l. si fundus, de euict. & notat. Bart. in l. fin. in princip. ff. quæ in fraudem cred.*

41 La qual dicha interpretacion se deue hazer en los casos que de derecho se deuan, y puedan hazer; de manera, que no se destruya su forma, y acto, de que al principio se trato, *vt est text. in l. quoties in actionibus, ff. de rebus dubijs, 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 hazer de manera, que aunque sus palabras se reciban impropiamente, se le de su natural, *vt notat in hac forma Bart. in l. si tibi, ff. si certum petatur.*

42 Pero si de conjeturas constar puede lo contrario, de lo que escrito, y ordenado fuere en las dichas escrituras, que segun sus palabras estuuiere dudoso, se tendrà atencion, antes a la presuncion y voluntad de las partes, que a lo assi dudoso, aũque la interpretacion contraria sea permitida, y no contra derecho; mayormente, si lo que assi se interpreta, no fuere tratado, ni pensado, *vt in l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi, & in cap. cum sup. de officio deleg.*

43 Deuese assimismo notar, que quando de las dichas interpretaciones ha de resultar algun daño, y perjuizio a alguno de los dichos contrayentes, en especial, si el contrato fue-

otor-

otorgado por causa lucratiua, assi como de donacion, ò promission; y assi no se deue admitir, y siempre en duda se juzga por inutil la dicha interpretacion en semejantes causas, *vt ita docet Fulgos. per text in l. 3. §. Si quis insulam, ff. de eo quod certo loco.*

De aqui se sigue, que quando de la fuerça, y validacion de el dicho contrato, que se le dà por causa de la dicha interpretacion, y de ella ofenderse puede la voluntad del testador, no aura lugar, como dicho es, *vt notat Paul. de Castr. Alexand. in l. verbis ciuilibus*, ibi: *Ne fiat contra voluntatem, ff. de vulg. & pupil. subst.* 44

Y boluiendo a la solemnidad de los dichos contratos, y escrituras se ha de aduertir, que los Escriuanos deuen hazer, que las partes otorgantes firmen las dichas escrituras; porque de otra manera seran malas, y no haràn fee en iuizio, ni fuera dèl, *vt ita notat Orosc. in l. si quis, §. Tabularum, colu. 143. in princip. ff. de edend. Auend. in cap. 16. Pretorum, lib. 2. n. 2. & est text in l. 32. tit. 11. p. 6. & in l. nostra 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* ibi: *Y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y sino supieren firmar, firmen por ellos qualquiera de los testigos, ò otro que sepa escriuir, el qual dicho Escriuano haga mencion, como el testigo firmò por la parte que no sabia escriuir. Y si en leyendo la dicha nota, y registro de la dicha escritura fuere algo añadido ò menguado que el dicho Escriuano lo aya de saluar y salue en fin de la tal escritura, antes de las firmas; porque despues no pueda auer duda, si la dicha emienda es verdadera, ò no.* 45

Demas de lo susodicho, se ha de considerar, que los dichos Escriuanos, 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 adonde fueren sacadas las dichas escrituras; porque de otra manera serà castigado con pena de falsario, *secundùm Bald. in leg. fin. Cod. de edend. Alexand. in consil. 89. column. 1. lib. 3. quos sequitur, & refert Didacus Perez in l. 2. tit. 5. lib. 2. ordin. column. 435. quæst. 8.* adonde dize, que sus mismas notas, y clausulas no puede mudar, ni quitar, ni assimismo su mismo error no puede emendar sin citacion de partes, y autoridad de Iuez, *vt hoc modo, similiterque docet Addition. Abb. in cap. ex litteris, de fide instrument. num. 3. Vitalis de Cambanis in tractatu clausularum §. Restat videndum, num. 4. pagin. 314. in paruis, & in dict. l. 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* ibi: *Y que en las escrituras que assi dieren signadas, ni* 46

quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuuiere en el registro, & ita probatur in l. 12. tit. 19. part. 3.

47 La qual dotrina assimismo deue proceder, quando del registro, y protocolo del Escriuano ya difunto, ò que aya dexado el dicho oficio, se huuiere de sacar alguna escritura, *secundum doctrinam Boer. decis. 21. in fin. & iterum in dec. 36. & Burg. de Paz in l. 3. Tauri, num. 1274.*

48 Aunque si del error (vt suprà diximus) ningun daño, y perjuizio se les pudiesse seguir a las dichas partes contrayentes, podrian licitamente los dichos Escriuanos emendar los dichos sus errores de su misma autoridad, como se prueba en la *ley Imperator 1. de statu homin. & in l. errore, Cod. de testam. & in l. ambiguitatis, eodem titul. Fulgos. in consil. 133.* Y esto se deue entender en la forma siguiente; scilicèt, si por dezir Instituyò, dixesse, Restituyò, *vt ita notat Bald. in l. si cum ante, Cod. de donation ant. nupt. in verb. Et per hoc consului.* Y por el consiguiente, si por dezir, *de su legitima*, dixesse, *de su fideicidia.* Y assimismo, si por dezir, *Renunciò el Veleyano*, dixesse, *el Valeriano, vt ita concludit idem Bald. in dict. l. Imperator, vers. 1. temp. ff. de statu homin.* Y al fin, si por dezir Constituyo por mi Procurador, dixesse, *Substituyo.*

49 Y por ser casos, que por el dicho error no se vician los dichos contratos, aura lugar la dicha emienda, ex post facto, como della no pueda resultar daño alguno contra alguna de las dichas partes, *secundum Bald. in Rub. Cod. de fide instrument. vers. Sed pone, idem Bald. in l. cum proponeretur, vers. vltim. ff de legat 2. & est text. in l. actorum ff de re iudic. Ang. in d. l. Imperator, in princip.*

50 Y procede en tanta forma, que el Escriuano pueda muy bien emendar el dicho error, que aurà assimismo lugar, aunque el error sea por omissiō del signo, que podra despues muy bien autorizar la escritura adonde faltò, y signarla, como si verdaderamente al principio lo estuuiera, vt infrà, en la vltima 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 plaço, dia, mes, ò año, por ser errores que pertenece su emienda a los dichos Escriuanos, acordandose, y teniendo memoria de todo lo dicho, podran muy bien hazer la dicha emienda; pero no se ha de entender la dicha dotrina, quando

el

el dicho error pertenece a las partes, ò que del pueda resultar nulidad cōtra el dicho contrato, *vt ita tenet, & docet Bart. in l. si librarius, ff. de regul. iur. Gregorio Lopez in l. 54. tit. 18. gloss. 2. part. 3.* Lo qual assimismo procede, quando de las palabras dudosas no se pudiere dar verdadera significacion, por estar ordenadas las dichas escrituras con mal Romance, ò mal Latin, *vt ita tenet Bart. vbi sup. & est text. reg. in l. 111. d. tit. 18 p. 3. & in l. 7. & 12. tit. 25. lib 4. Recop.*

Y todas las vezes que los dichos Escriuanos no tuuieren entera noticia de los casos, que por su autoridad (como dicho es) pueden ser corregidos, y emendados; no lo pueden, ni deuen hazer sin consentimiento de las partes, ò con prueba, y autoridad de Iuez, *vt ita docet idem Bart. vbi sup. & Greg. Lop. in d. l. 54 gloss. 2. part. 3.* 52

Pero deuese limitar toda la dicha, y referida dotrina, quādo de los dichos errores resultar puede perjuizio, y daño a alguna de las dichas partes, como dicho queda, sino es con la dicha prueba, y solemnidad de Iuez, *vt ita docet Ang. & Bald. in d. l. Imperator ff. de statu hom.* 53

Y de qualquier manera que el dicho error proceda, aora sea de substancia, ò no lo sea, auiendose entregado a la parte el traslado della, no ha lugar la dicha emienda del protocolo, y original, sino es con el dicho decreto judicial, y prueba, ò voluntad de las dichas partes, *vt notat Bald. in Rubric. C. de fide instrum. & Bart. in d. l. Imperator, & in l fin. vers. Sed quid si Notarius, ff. de tabulis exhibend. idem Bart. in l. ambiguitatis, in fin. C. de testament. & in d. Rubr. de fide instrum. & in l. fin. in versic. Quanto, C. de edend.* 54

Pero si las dichas partes concordaren, mutuo consensu, en la dicha emienda, aora sea el dicho error de sustancia, ò no lo sea, no es necessaria la dicha prueba, y decreto judicial: y assi es bueno, que si huuiere algun error, se procure su emienda in continenti; porque si es ex interuallo, no aurà lugar, sino es en la forma que queda dicha, *vt ita notat Angel. in d. l. Imperator, in princip. Bald. in d. Rubr. de fid. instrum.* 55

Y en todos los casos que para deshazer el dicho error, ò engaño, se requiere prueba. Lo primero q̄ se deue hazer 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 a quien toca, con decreto, y autoridad de Iuez, *vt ita notat Bart. in l. Sempronius Proculo,* 56

ff. de legat. 2. & in l. si quis ex argentarijs, §. Prætor ait, ff. de edendo, cum similibus, vt ibi tradit Alexand.

57. Lo segundo se puede probar el dicho error, por confessiõ de las dichas partes contrayentes, como dicho es, ò si lo que se duda es, y consiste en declaracion del testador, en particular, en lo que pendia de su propia voluntad, *vt ita docet in d. l. si librarius, ff. de regul. iur. circa fin. & in l. cum proponeretur, ff. de legat. 2.*

58 Assimismo se pueden probar estos dichos errores por los testigos instrumentales, ò por otro qualquier genero de prueba, como dicho queda. Y para probar conjeturas en contratos, ò en vltimas voluntades, son suficientes dos testigos, siendo algun error, ò solemnidad, ò palabras dudosas, que se ayan oluidado, y por Escriuano fueren omissas, *secundùm Angel. in dict. l. ambiguitatis, C. de testam. Alexand. in l. errore, eod. tit. in fin.*

59 Lo qual se deue limitar, quando la dicha emienda se ha de hazer en lo substancial del contrato, de que se trata probar, assi como si fuera en la institucion de heredero, ò otra voluntad, que de todo punto fuere omissa, y se huuiere de declarar; porque en tales casos, es necessario tanta prueba, como en la dicha disposicion principal, de que se trata, *vt notat Bart. post gloss. in dict. l. cum proponeretur cum alijs similibus, ff. de legat. 2. & ita tradit Alexand. in d. l. errore, circa fin. de testam. Socin. cons. 51. in fin.*

60 Ibi: *La ordenè* f. La qual clausula tan solamente seruirà de quitar toda presuncion, y duda, que en las dichas escrituras se pueden ofrecer, porque de derecho, sin embargo de las dichas palabras, se les deue dar entera fee y credito a los dichos Escriuanos, por la presuncion 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 sumissiones, fueron escritas, y ordenadas a pedimiento, y de consentimiento de las partes otorgantes, siendo en especial las dichas clausulas del natural, y calidad del dicho contrato, *vt ita docet Bald. in l. in errore, C. de errore aduocator. idem Bald. in l. 1. column. fin. ff solut. matrimon. Add. Abb. in cap. ex litteris num. 3. versic. Circa hoc, de fide instrum. Molin. de primog. Hispan. lib. 4. cap. 2. num. 51. Couarruu. in rubric. de testament. num. 14. col. 2. in medio, Didac. Perez in l. 2. tit. 5. quæst. 17. column. 437. lib. 2. Ordin.* Y assi se aduierte a los dichos Escriuanos, por lo que

se

se ofreciere, tengan particular atencion a lo que las partes dixeren; porque de ninguna manera deuē 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, *vt ita refert Iacob. Menoch. in cons. 37. num. 130 & etiam in cons. 17. num. 24.*

Y aunque es verdad (como dicho es) que por accidentales que sean las dichas clausulas, no se deuen ordenar ni escriuir en ningunas escrituras, sin consentimiento, y voluntad de los dichos contrayentes, deuese entender despues de otorgadas, y celebradas las escrituras de los dichos contratos; pero no en las que de derecho se pueden escriuir, y ordenar antes del dicho otorgamiento, que son las siguientes. Primeramēte, si alguno de los dichos otorgantes fuere menor de veinte y cinco anos, y mayor de catorze, que se deue jurar el dicho contrato. Lo segundo, obligar al que compra, vende, trueca, cede, a la euiccion, y saneamiento. Lo tercero, ordenar todas y qualesquier escrituras con la clausula guarentigia. Lo quarto, hipotecar, y obligar los bienes de los dichos otorgantes, para seguridad de los dichos contratos. Lo quinto, renunciar la Epistola Diui Adriani, siendo en obligacion de fiança. Y si se obligaren dos, o muchos, como fiadores, y principales pagadores, renunciar la constitucion *de duobus reis*, que es el *Authent. hoc ita, Cod. de fideiussoribus*, como de cada vna destas dichas clausulas adelante mas copiosamente iràn declaradas, *& ita Bart. in l. ex ea parte, ff. de verb. obligat per l. quod si nollet. §. Quia assidua, ff. de ædil edict. & in l. si prius, vbi idem Bart. ff. de aqua pluuia arcenda, Bald. in l. si predium, col. 3. vers. Deinde, num. 21. C. de ædil. edict. Alexan. cons. 105. lib 2. ante fin. Paul. in l. huiusmodi, num 5. ff de legat. 1. Gutierr. practic. quæst. lib. 3. quæst. 94 num. 7. Decius cons. 483. column. 3. vers. Et venditor, Matienç. in l. 7. glos. 3. num. 34. tit. 11. lib 5 noue Recop. Anton. de Fano, de pignor. 1. memb. 3. part num. 24 fol. 65. & Tiraquel. de vtroque retract. 2. part. §. 3. gloss. vnica, num. 6. Gutierr. de iuram. confirmat. 1. part. cap. 23. num. 9. & idem Gutierr. in cap. 62. ibi, num. 25. 26. & 27.* adonde dize, que de ninguna manera podrà el Escriuano de su propia autoridad jurar los contratos sin consentimiento de los otorgantes: y esto ha de ser en los contratos que para su validacion se requierē, vt infrà en el capitulo siguiente diremos. Y en conclusion aurà lugar todo lo suso dicho en las demas clausulas que se acostumbran a po- 61

ner en los dichos contratos, segun la costumbre del lugar, y region adonde fueren otorgados, como en las referidas es de costumbre, y estilo en este Reyno de Toledo; y esto ha de ser teniendo atencion, que si se huuiere de sacar alguna escritura del registro, y protocolo del Escriuano ausente, ò ya difunto, no se deue sacar mas de aquello que se hallare escrito, aunque le falten las dichas clausulas acostumbradas, como queda dicho, *& ita notat idem Gutierr. vbi sup. num. 25.*

62 Y es en tanta forma, en que las clausulas acostumbradas a poner en los dichos contratos, ayan de preceder, y ser ordenados con ellas, que si fueren omissas, y oluidadas por los dichos Escriuanos, que se deuen juzgar por escritas, como si verdaderamente lo estuuiessen *argum. text. in l. quod si nollit, §. Quia assidua ff de edil. edict. & in l. fin. & ibi gl. ff. C. de fideiussor.* Y esto es por la presuncion que siempre se tiene, de que los dichos Escriuanos fueron rogados a que ordenassen los dichos contratos con las dichas clausulas, y consentimiento de los dichos contrayentes, *vt ita defendit Bald. in l. fin. C. de fideiussor. Dec. & Cagnol in l. semper stipulationibus ff de regul. iur. & ita notat Paul. de Castr. in l. argentarius, ff de edend. num. 7. Covarruu. in Rubr. de testam. 2. part. num. 14. latissimè cum infinitis allegationibus, Ant. Gabr. in tract. commun. opinion. lib. 6. de consuetud. cap. 3. Thom. Grammat. decis. 62. Menoch. cons. 37. nu. 31. lib. 1. Mascard. de probat. 2. part. conclus. 1103. Mantic. in tractat. de coniecturis vltimar. volunt. lib. 1. tit. 9. num. 1. Socin. in l. Gallus §. Idem credendum, in fin. ff. de liber. & posthum. Iass. in l. argentarius num. 8. ff. de edendo & in l. certi conditio, §. Si nummos, ff. si certum petatur, Socin. Iun. in l. hæc verba, num. 44. ff. de leg. 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 estuuieren dudosas, de que segun sus palabras se requiere declaracion, è interpretacion; se aduierte, que si la clausula de que se duda, fuere ordenada en fin de la escritura, o testamento, es visto referirse a todas las demas clausulas, y capitulos precedentes, como no resulte absurdo, è inconueniente, por entenderse en aquella forma, *vt in l. talis scriptura, in fin. ff. de legat. 1. & ibi communiter DD. & in l. fin. Cod. de liber. præterit. & in cap. 2. vbi Canonista, de appellation.*

Iass.

Iaff in l. Prædia, num. 1. Cod. de fideicommiss. Iacob. Menoch. in cons. 130. num. 5.

Siguese de aqui, que la misma dotrina procedera, si la dicha clausula fuere ordenada en medio de la dicha escritura, porque por la consequencia es visto referirse a las demas que precedieron, *vt ita docet idem Iasson in dict. l. talis scriptura ff. de legat. 1 & in l. si mihi, & tibi ff. de legat. 1. num. 6 ff. eod. tit & in l. pepercerit, §. Filius autem, num. 22. ff. de liber. & posthum.* 64

Todo lo qual se deue distinguir, y limitar en la forma siguiente, scilicet que si la escritura tuuiere dos, ò mas clausulas, y que cada vna dellas mirasse a diferentes fines, y efetos, teniendo de por si su propia, y especial significacion, y determinacion, no serà visto referirse la vltima a la precedente, ni la precedente a la vltima, que cada vna estuuiere clara, y especificada, *vt est text. in l. cum vulgari ff de dote prælegata & in l. cohæredi §. Qui patrem, vbi Immol. Alexan. & Iaff. ff. de vulg. & pupil. subst.* 65

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 a la otra, que de voluntad de las partes, ò testador, se conjetura, no quisieron assi se entendiesse, ni refiriesse, *sicut scribunt Alexand. & Iaff. in l. si idem cum eodem §. Vltimo, ff de iurisdict. omn. iudic. Crauet. in cons. 70. num. 9. Socin. Iun. in cons. 81. num. 19 & apertiùs in cons. 142. num. 28. lib. 3. Iacob. Menoch cons. 181. num. 7.* 66

Para cuyo fin se ha de notar, que si la clausula es general, no es visto referirse a la especial, que tuuiere su propia significacion, por el priuilegio que siempre tiene lo especial a lo general, como en los legados se verifica, *vt in dict. l. talis scriptura, ff. de legat. 1. & in l. doli clausula, ff. de verbor. obligation. & ibi Iaff. & etiam in l. qui discretas, num. 8 ff. de vulg. & pupil. substit.* Saluo, quando debaxo de sus palabras generales se puede conjeturar, que en aquella clausula quiso que se incluyessen todas las demas, *vt ita docet Menoch. in consil. 156. num. 26.* 67

Y demas 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 vn fin, no se deuen, ni pueden estender a otros fines, que con euidencia parece fue contra la voluntad de los otorgantes: especialmente, teniẽdo su propia 68

y de-

y determinada significacion, *vt ita docet Iaff. in l. si duo rei, n. 6. ff de verb. obligat.*

69 Cuya doctrina se verifica en los legados simples, ò condicionales; porque si el primer legado es dexado debaxo de alguna condicion, ò a dia cierto, con clausula, 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 deue estender al segundo, ni por el contrario, el segundo al primero, y precedente: atento, que cada vno se deue juzgar, segun su propia, y especial significacion, y determinacion, *vt est text. in l. filium ff. quando dies legat. cedat. Bart. in l. fin. ff. de rebus dub & ita docet Gregor. Lop. in l. 9 gloss. 4. ante fin. tit. 7. part. 6.* adonde dize, no es visto referirse, quando de su relacion, y significacion dudosa se ha de anular la primera, y precedente disposicion.

70 Finalmente, para conclusion desta penultima parte, que todas las vezes que las dichas clausulas estuuieren dudosas, de que assimismo los contrayentes no estàn ciertos de su verdadera significacion, se ha de estar al juramento de el Escriuano que las ordenò, y escriuiò, y por su confession constarà la verdad de lo que se dificulta: Y assi, quando ay dificultad, y diferencia en la declaracion de la voluntad del testador, ò de los contrayentes; particularmente, quando consiste en conjeturas, se le ha de dar credito al Escriuano q̃ presente fue al otorgamiento de las dichas escrituras, *vt ita tenet Imol. in cap. cum Ioan. num. 7. de fide instrum. Aretin. in l. Domitius, ff de testament. Iacob. Menoch. in cons. 145. num. 17. & 24. & etiam in cons. 37. num. 153. & 154.*

71 Ibi: *Y signè* g. Cuya solemnidad se requiere en todas, y qualesquier escrituras, y contratos publicos que se otorgaren ante Escriuanos publicos, y numerarios, y de otra manera, de ninguna suerte harà fee, *vt ita probatur in l. 10. & 19 & 54. titul 18. part. 3. & in l. 3. titul. 8. lib. 3. fori, & ibi gloss & ita tenet Bartol. & communiter Doctores in repetitione, §. Si initium, & in leg. si quis, numer. 32. ff. de edendo, Couarruuias in practic. quæstion. cap. 2. num. 5. & ita colligitur, ex l. 13. titul. 25. lib. 4. Recopilat.* ibi: *Y que en las escrituras que assi diere signadas.*

72 Y aunque es verdad, como dicho es, que el dicho signo de Escriuano se requiere en todas, y qualesquier escrituras publicas, se ha de notar, que si la escritura que se huuiere de sacar

del

del registro, y protocolo del Escriuano ante quien passò, no estuuiere signada, podrà muy bien en qualquier tiempo signarla, y autorizarla, aunque sea despues de auer dexado el dicho oficio; pues como dize Couarruuias, basta qualquier tiẽpo para esta dicha solemnidad, *vt affirmat vbi sup. cap. 19. n. 9. & ita notatur in gloss. fin. l. 45. tit. 6. part. 1. Bern. Diaz in pract. verb. Tabellionatus officium.*

73 Y no solo ha lugar la dicha dotrina en contratos celebrados entre viuos; pero tambien en contratos otorgados por causa de muerte, assi como en testamentos, y codicilos, y otras vltimas voluntades porque aunque el dicho signo se aya oluidado, no por esto se viziarà el dicho testamento, porque (como dicho es) en qualquier tiempo tiene lugar su emienda, *vt ita colligitur ex doctrina, & gloss. & Doctoribus relat. per Couarruu. in practic. quæstion. cap. 19. num. 8. & in gloss. fin. l. 45. tit. 6. part. 1. & ita refert Azeued. in l. 13. tit. 25. lib. 4. nouæ Recopil. num. 48.*

74 Y en quanto a la acumulacion de los autos, que passaron, y fueron signados por algun Escriuano, se ha de tener atencion, que tratandose de la dicha acumulacion, en especial, quando es entre dos, ò mas Escriuanos de diferente fuero, se ha de hazer en el Escriuano del Iuez, que deue conocer de la causa; pero si la dicha acumulacion se trata entre dos Escriuanos, que son de vn mismo lugar, y jurisdicion, pertenece al Escriuano, que primeramente conocio de la causa, aunque a pedimiento de parte, ù de oficio de Iuez se trate, ò empiece aquella causa: y lo mismo se deue entender en la excepcion de la cosa passada en cosa juzgada, ò en la causa de euiccion, por ser derecho que pertenece a los dichos Escriuanos, de adonde primeramente tuuo su principio, *vt ita affimat Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. 9. num. 6. cum alijs sequentibus.*

75 Y en todos los casos, que lugar huuiere la dicha acumulacion, tiene obligacion el Escriuano a entregar los autos originales, sin que se le paguen mas derechos de los que se le deuieren, hasta el estado que los remite, y se le piden; pero deuese limitar, que si la dicha acumulacion no se deuiere hazer por causa justa, no tendra el dicho Escriuano obligacion a entregar los dichos autos originales; ni a ello puede ser compulso, ni apremiado, *vt ita tenet Bald. & Iaff. in l. apud quem 15. Cod. de edendo.*

Final-

76 Finalmente, para conclusion deste primer capitulo, digo, que no solamente puede el Escriuano signar todas, y qualesquier escrituras, como tal Escriuano, y persona publica; pero tambien las puede autorizar, y decretar, interponiendo su decreto judicial, como Iuez; pues el vno, y otro oficio son compatibles, y pueden ser exercitados por vna misma persona, como se colige *ex doctrina Alexand. consil. 157. volum. 2. columna 1. & 2.* En que enefeto dize, que en las insinuaciones de las donaciones, siendo assimismo el mismo Escriuano Iuez, que podrà muy bien, como tal Escriuano, signarla, y como Iuez insinuarla. Y esto se ha de entender en caso de necessidad, quando no ay otro Escriuano que lo pueda hazer.

Y en quanto los derechos de los Escriuanos, solo aduierto, que todo aquello que lleuaren mas de lo que està tassado por ley, tienen obligacion a restituirlo, aunque sean diligentes en el despacho, sin auer opinion en contrario, *vt ita notat Medin. de restit. quæst. 2. articul. 2 §. Contingit, Couarruuias regul. peccat. 2. part. §. 3. num. 1. & 2. Nauarr. in Manual. cap. 18. num. 33.*

CAPITVLO II. Adonde por el 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. tit. 1. lib. 4. de la nueua Recopilacion.

SVMARIO.

1 *IVramentos, si pueden ser interpuestos en todas, y qualesquier contratos, y con que 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 dellas.*

5 *Que contratos son en los que no se requieren los dichos juramentos, & ibi, num. 6.*

7 *Si por causa de auerse jurado los dichos contratos, pierde el actor*

tor la via ordinaria para alcançar su justicia.

8 *Si por censuras podrà el Iuez seglar ser apremiado a cumplir, y executàr los dichos contratos.*

9 *Penas en que incurrẽ los Escriuanos por las dichas causas, quales sean, y qual sea assimismo la pena en que incurre el reo que pide remission destos contratos ante el Iuez Eclesiastico, ibi num. 10.*

11 *Compeler si puede el Iuez seglar, al lego, a que remita el juramento ilicito.*

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

13 *Si por el mismo hecho, no vsando desta relaxacion, que de propio motu le fue concedida al jurante, quedarà el cõtrato por nulo.*

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

VTRVM; Y porque no es licito, ni seguro a la conciencia quebrantar la Religion diuina de el juramento, adonde a Dios se trae por testigo, ordenò el Derecho, que los juramentos, que por su autoridad confirman los actos, a que son interpuestos, se guardassen inuiolablemente, especialmente en los contratos, que de su misma naturaleza son licitos, y a derecho conformes, saluo en los que assimismo por el contrario de su natural son ilicitos, leoninos, y por derecho reprobados, y que por guardarle, seguirse puede detrimento a la salud eterna, q̃ es el bien de el alma, *vt est text. in cap. cum contingat, de iure iurando, & in cap. quamuis pactum, de pactis.* Y assi, si por ventura estos dichos juramentos pueden ser interpuestos en todos, y qualesquier cõtratos, de qualquier condicion, y calidad que sean; y porque es dificultad adonde se requiere mas autoridad que en otras qualesquier materias, se notarà lo mas dificultoso, y vtil para la materia de nuestro tratado, por las palabras mas principales de la clausula siguiente.

Y para mayor firmeza, y abundamiento deste dicho contrato, y obligacion, juro por Dios a y su santissima ✠ de no ir, ni contrauenir contra todo lo otorgado, y contenido en esta dicha escritura, pena de perjuro, y quebrantador de la Religiõ diuina del juramẽto, de cuyo juramento en ninguna forma pedirè absolucion a N. M. S. P. ni a su Delegado, ni a otra qualquier persona, q̃ relaxacion me pueda cõceder. y si de su propio motu se me cõcediere dèl no vsarè en manera alguna: y por el mismo hecho, quiero q̃ el dicho juramẽto se quede en su

Formatur alia clausula.

su fuerça, como si otra huuiesse jurado, sin ser alsuelto, y relaxado.

1 Ibi: *Iuro por Dios.* a Y naturalmente en reuerencia de nuestro Dios, y Redemptor, que nos crio, tenemos obligacion a cumplir el juramento prometido; especialmente, pudiendose guardar sin peligro de la saluacion, *vt dicit Sanct. Thom. 2. 2. question 89. articul. 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 a lo malo, ilicito, è injusto.

2 Y porque en realidad de verdad, demas del peligro de la salud eterna, y culpa mortal, se siguen otros inconuenientes, por causa de interponerse los dichos juramentos a los dichos contratos, ordeno el Derecho Real, que de ninguna manera se interpusiessen los dichos juramentos, sino tan solamente en los contratos, que para su validacion se requieren, como se prueba *en la dicha ley 12. tit. 1. lib. 4. Recop.* Y aunque la decision desta dicha ley està dudosa, y que por muchos Doctores se ha dificultado la dicha su decision; concordando todos es justa, y que inuiolablemente se ha de vsar, 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 auia sido, auerse seguido grandes daños, costas, è interesses a las partes, de que todo resultaua en gran peligro de las almas, y conciencias, ordenò, y mandò, que la dicha se guardasse, y della se vsasse: y aduirtiendo el principal intento, que los Christianissimos Reyes, Don Fernando, y Doña Isabel, tuuieron en la institucion, y ordenança de la dicha ley, se colige, no fue instituida contra la libertad Eclesiastica, ni fue visto derogar el Derecho Canonico, en quanto los dichos juramentos, vt 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 decision, limitandola en los contratos celebrados, con dolo, y simulacion; porque en estos, no obstante el juramento por Derecho Canonico, no presta fuerça, antes anula los dichos contratos, y obligaciones, si con el dicho dolo, y malicia fueron otorgados, *vt in dict. cap. quamuis pactum, de pactis, Couarr. & alij relati per Didac. Per. in l. 6. tit. 1. lib. 3. Ordinam. col. 795.*

Y assegurando mas esta materia, para que los dichos Escriuanos puedan con mas seguridad, assi de sus conciencias, como sin temor de pena, otorgar los dichos contratos, y obligaciones jurados, que de voluntad de las partes en los dichos se interpusieren, se aduierten demas de otros muchos contratos, que en este tratado iràn declarados, que en las obligaciones que los menores otorgaren, no teniendo curadores, se podran interponer los dichos juramentos sin temor de pena, *vt ita notant idem Didac. Perez vbi sup. col. 793 Segura in repetit. l. 1. § si vir vxori, num. 138. ff. de acquir. possession. Paul. Rub. in cap. per vestras, de donat. inter vir & vxorem, §. 12. nu. 30. Couarr in repet. cap. quamuis, de pactis, §. 3. num 8. fol. 23. Anton. Gom. 2. tom. variar. resol. cap. 14. num. 22. ad fin. Gregor. Lop. in l. 6. tit. 4. gloss. Por no puesta, part. 6.* 3

Lo segundo, no procede la dicha ley en quanto a las Iglesias, y Monasterios, y Prelados, y Clerigos dellas, porque en estos dichos casos bien permite que interuengan los dichos juramentos en los tales contratos, y assimismo de comuniones, y censuras, si las partes las consintieren al tiempo que se celebran los dichos contratos, *vt in l. 11. del mismo tit. 1. lib. 4. ibi: Y permitimos, que los contratos de las rentas que se arrendaren de las Iglesias, y Monasterios, y Prelados, Clerigos dellas, que puedã interuenir juramentos, y ponerse en ellos censuras, si las partes las consintieren al tiempo que hizieron los recaudos.* 4

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

Y assimismo, no ha lugar en la possession de no reuocar el testamento, o que morira abintestato, ò lo que se promete en caso que por heredero no sea instituido, *vt haberetur in l. stipulatio hoc modo, ff de verbor. obligation.* Y por el consiguiente no ha 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 ha lugar en derecho, *vt in cap. gemma, de sponsalib.* Y como de todos estos dichos contratos, y de cada vno en particular, en el discurso deste tratado iran declarados. 6

Y si fuera de estos dichos casos fuere interpuesto el dicho juramento, de que huuiere dificultad si se han de executar, 7

ò no,

ò no, no por esso es visto perder el actor el remedio de la via ordinaria, *vt ita probat Didacus Perez vbi sup. col. 796. versic. Quid vero.*

8 Y para que assimismo el derecho de el dicho acreedor no parezca excepcion alguna, en especial, quando el contrato fue jurado contra el tenor de la dicha *ley* 11. serà buena aduertencia, para que el Iuez seglar cumpla, y execute el dicho cõtrato, se pida al Iuez Eclesiastico, siendo de estilo de aquella Audiencia, se le concedan censuras, y cartas de excomunion, para que el dicho Iuez seglar cumpla, y lleue a deuida execucion los dichos contratos, y obligaciones, *vt ita probat Alexand. consil. 39. volum. 4. Bald. in l. 1. in fin. Cod. de rebus credit. & tenet etiam Auend. 1. part. in commercio terrestre, y naual, cap. 27. num. 14.*

9 Y para que estos fines se asseguassen con mas cumplida execucion, assi por la dicha ley, como por otras leyes Reales de este Reyno, se les puso pena a los dichos Escriuanos, que recibiessen los dichos juramentos, que fue, el que por el mismo hecho pierda el oficio, y que las dichas escrituras no hagan fee en juizio, ni fuera del, y mas pierda la mitad de sus bienes, la vna parte para el denunciador, y las otras dos para el Fisco.

10 Y aunque es verdad, que el Iuez Eclesiastico, por razon, y causa de los dichos juramentos, adquiere jurisdicion en el otorgante seglar, *Secundum cap. fin. de foro competenti, lib. 6. & Abb. in cap. fin. de sepult.* Pero para que esto no proceda assi, y que los dichos Iuezes Eclesiasticos no adquieran esta jurisdicion, ordenò el Derecho en pena de los reos que fueren citados, y llamados ante sus mismos juezes seglares, y declinaren la jurisdicion seglar, siendo assimismo ellos seglares, y pidieren remission de la causa para el Iuez Eclesiastico, que por el mismo hecho deua perder, y pierda los oficios, y razones, y mercedes que de su Magestad tuuiere: y assimismo todos sus bienes aplicados para la Camara Real, *vt in l. 13. tit. 1. lib. 4. Recop. Perez in l. 9 tit. 1. lib. 3. ordinam.*

11 Ibi: *De cuyo juramento en ninguna forma pedirè absolucion a nuestro muy Santo Padre, ni a su Delegado, ni a otra qualquier persona q̃ 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 ilicito, y de derecho reprobado, *vt ita refert Couarruu.*

lib. 1. var. resol. cap. 4. n. 5. vers. Verum. Y assimismo en caso que justo sea compeler al dicho legado, jurante a su obseruãcia, vt in cap. licet mulieri, de iure iurando, y sobre si el dicho juramento, y su relaxacion para el vno y otro caso, es valido, secundum Anchar. cons. 382. n. 6. Pero tratandose de si es licita, ò no su validaciõ, o relaxaciõ, se ha de conocer en el fuero Eclesiastico, por causa de la jurisdicion que por el dicho juramento adquirio, como si fueran las dichas partes assimismo Eclesiasticas, vt ita sequitur Afrer. de potestate secular. reg. 4. fol. 4. Selua in tractatu de iure iurand. 2. p. quæst. 5. Fortun. de vlt. finum. 325.

De donde se sigue, que la relaxacion ad effectum agendi, & excipiendi, que tan solamente es para tratar en juizio sin temor de pena, se ha de pedir ante el Iuez Eclesiastico, 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 aduersa, vt ita notat Paz in practic. 2. tom. 2. prelud. num. 58. 12

Ibi: *Y si de su propio motu se me concediere, dèl no vsarè en manera alguna.* Y hase de notar en esta vltima parte, que aunque la clausula estè ordenada con estas dichas palabras, siendo el cõtrato de su misma naturaleza nulo, no solo por la relaxacion quita la pena del perjuro, pero no conforma el acto a que fue interpuesto, de que por el mismo Derecho quando no quiera vsar de la dicha relaxaciõ, queda sin fuerça 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 seruirà su relaxacion para quitar la pena del perjuro no quitando la virtud, y fuerça que por el se le dio, vt ita notat Ant. Gom. 2. tom. var. res. cap. 14. num. 24. 13

Para cuyo efeto es necessario, que en la peticion que se pide esta relaxacion, se haga mencion del juramento que se hizo, haziendo relacion como se jurò de no la pedir, aunque le fuesse concedida de su propio motu para no vsar della, y demas circunstancias, con que se hizo, y ordenò el dicho juramento, de forma, que por su omission no se cause subrepticia impetracion, vt ita docet Felinus de rescriptis, cap. constitutus, 1. tom. num. 14. fol. 111. 14

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

SVMARIO.

1 Quantos generos ay de hipoteca, y que efectos se siguen della, y con que clausula ha de ser ordenada.

2 Persona del deudor, si puede ser preso, no estando obligado en la escritura, & ibi num. 3 & 4.

5 Si por la casa, ò heredad especialmente hipotecada por arrendamiento puede siendo vendida ser echado della.

6 Clausula de non alienando, de que efecto sea en estos dichos arrendamientos.

7 Si por la ciencia del comprador, de que la casa que compra está arrendada podrà ser echado della.

8 Frutos pendientes al tiempo de la venta, a quien pertenecen, y a quien se ha de pagar la pension de la casa arrendada.

9 Si renunciando el derecho de fiador, el señor de la casa podrà por precisa necessidad echar al arrendador della.

10 Que efectos se siguen hipotecandose la cosa vendida al fiador.

11 Si por la especial hipoteca se deroga la general, y que clausula se requiere para que esto no proceda assi.

12 Si se tiene priuilegio de antelacion en la cosa comprada con dineros prestados.

13 Derechos, y acciones, que genero de bienes sean, y quando se cõprehenden en los demas generos de bienes, y con que clausula, & ibi num. 14.

15 Si el segundo acreedor serà preferido en estas acciones al primero, siendo omissas en la clausula general.

1 VTRVM, Si por la especial, y general hipoteca de los bienes del deudor, otorgada en todos, y qualesquier contratos de enagenacion, y obligacion, seguirse puede vtilidad, y prouecho, con seguridad de su deuda al acreedor, que al tiempo de otorgarse, y celebrarse el dicho su contrato, y obligacion, hizo que los bienes del dicho su deudor fuessen especial, ò generalmente obligados, è hipotecados a la dicha su deuda, y obligacion. Y para que mejor se entienda la dotrina de nuestra question, se ha de aduertir, que ay quatro generos de hipoteca, y tres especies de bienes. La pri-

primera, es la conuencional expressa, que se haze por palabras, obligandose especial, o generalmente los bienes del 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 haze entrego de sus bienes a su acreedor, como se haze en el asientamiento. La quarta, y vltima, es la iudicial, que en virtud de escritura publica, se dio sentencia de remate contra los bienes del deudor, y dellos se hizo pago al dicho su acreedor. De cuyos quatro generos tan solamente se tratarà de la expressa, especial, y general obligacion, è hipoteca 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, auidos, y por auer, muebles y raygres, b derechos, y acciones. c* *Formatur alia clausula.*

1 *Obligo mi persona.* a En cuya parte se puede dudar, si la persona del deudor, en caso que no se aya obligado en el instrumento podrà ser presa, y encarcelada, hasta que enteramẽte pague la dicha deuda. Y segun consta por la *ley 19. tit. 21. lib 4 nouæ Recop* no ay duda, sino que siendo executado, ha de ser preso, hasta que dè fianças de saneamiento, *vt ibi in d. l. 19. Y que en defeto de las dichas fianças sea preso* Y por otra parte parece cosa rigurosa que los acreedores tengan derecho en la persona de su deudor, no auiendo obligado su persona, supuesto, que por derecho comun los dichos acreedores no adquieran este derecho, sino es en defeto de no tener bienes el dicho deudor, *vt in l. fin. in fin ff de lib hom. exhib. & in l. à Diuo Pio, §. In vendit. ff de re iudicata, & in cap. 1 extra, de pignoribus.*

2 Y para conclusion de nuestra question, digo, que si 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 estar a los terminos del Derecho comun, de que haziendo informacion, como tiene suficientes bienes, no serà preso, alias secus, no probando tenerlos, lo ha de ser, como si en realidad de verdad se huuiera obligado personalmente, *vt ita docet Azeued. in dict. l. 19. num. 75. cum alijs sequentibus.*

3 Y en caso que en la dicha forma no se aya protestado, aunque en la dicha obligacion no se haga mencion de la persona, porque fortè se olvidò de obligar è en el dicho instrumento; entonces podra ser preso el dicho deudor, no siendo de los pri

uilegiados, que no lo pueden ser, *vt ita asserit Rebuf in tit. de liter. obligat. art. 11. glass. 3. num. 5. & 6. Auend. in dictionario verb. Almoneda, quos sequitur, & refert Azeued. vbi suprà, numero 76.*

5 Ibi: *Muebles, y raizes.* b Y tiene efeto en tanta forma la hipoteca, especialmente siendo en bienes senalados del deudor, que si al tiempo del arrendamiento que se otorga de vna casa, ò heredad, en el instrumento de la dicha obligacion se hipotecò 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 podrà ser inquietado, ni remouido 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, *vt probat Bart. in l. empto em, C. locat. & conduct. & idem Bartol. in l. qui fundum ff. eo. & ibi communiter DD. Negus. de pig. 2. part. col. 3. Couar lib. 2. var. resol. cap. 15. num. 13. Ant. Gom. 2. tom. var resol cap. 3. num. 9.*

6 Y si al tiempo del dicho arrendamiento fue tratado, que durante su tiempo la dicha casa, ò heredad no auia de ser vendida, ni enagenada, y del dicho instrumento constasse desta clausula, de no poder ser vendida, ni enagenada, juntamente con la especial hipoteca, de ninguna manera el tal inquilino, o arrendador podra ser inquietado del dicho su arrendamiento, aunque el comprador, ò vendedor se obliguen a pagarle los daños, è interesses, atento que por la dicha clausula de non alienando, se impide la possession, y translacion de su dominio, *vt ita docet Iass. in l. quoties, C. de rei vendic. col. 7. num. 29. text. in l. si credit. §. fin ff. de distract. pign. Anton. Gom. vbi sup. vers. Quarto limita.*

7 Y caso que todo lo susodicho cesse, y que en la dicha escritura no se haga mencion desta dicha hipoteca, y obligacion, probando el dicho arrendador, que el comprador era cierto, y sabidor de la cosa vendida por el vendedor, lleuandola arrẽdada, no serà inquietado en la possession della, hasta que cumpla el dicho tiempo del arrendamiento, *vt tenet Veroi. cons. 2. num. 15. vol. 4. Petr. Surd. decis. 264. num. 7. quem refert Hieron. Zeuall. lib. 3. comm. opin. quest. 756. à num. 44. & vide Molin. de iustit. & iure, tract. 2. disp. 369. num. 9.*

8 Teniendo, pues, accion el comprador por alguna de las supra referidas causas a la cosa arrẽdada, y que no tenga obliga-

cion

cion a estar, y passar por el arrendamiento; ay 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 iure Fisci*, a quien refiere *Rodrig. Amat in tract. de execut. cap. 4. num. 55. vers. Ex qua vera doctrina, Bald. in l. emptorem, Cod. locat. Author Curiæ Philip. 2. part. § 11. num 4. in fine.* Lo qual contradixeron otros muchos Autores, y dixeron, que assimismo le pertenecian a comprador los frutos pendientes, sin tener obligacion a recibir la pension contra su voluntad, pues los frutos son parte de la misma heredad, y como tal le pertenecen al señor della, *per l. fructus pendentes, ff. de rei vend.* y de esta opinion fue *Bart. en la dicha ley fin. ff. de iure Fisci, y en la ley si filiofamil. § Si vir, ff. solut. matrimon y Gregor. Lopez en la ley 19 gl. ff. Dos casos post princip. Covarrub. lib. 2. cap. 15. num. 4. de var. resolut.* adonde todos dizen que aquella *ley fin. & ibi § fin.* tan solamente se ha de entender en fauor del Fisco, y no mas; y assi lo entendiò *Molin. de iustit. & iure. 2. tract. disp. 490. num. 9.* Y esta es la mas practicable, y mas conforme a derecho. Y esto se deue entender todas las vezes que se tratare de la reuocatoria, *vt in l. 16. tit. 13. part. 5. & ibi Gregor. & vide infrà, cap. 32. num. 17.*

Y para que el arrendador de la casa no pueda ser echado de la casa, por precisa necessidad que della tenga el señor della, serà buena clausula la siguiente. 9

De que de ninguna manera el dicho fulano arrendatario tratarà de quitarle la casa, por precisa necessidad que el susodicho, ò sus descendientes della tengan; porque desde luego para mayor abundamiento renuncia la ley ædem, C. locati, y demas leyes de Partida, que hablan en su fauor, vt ita tenet Molin. de iustit. & iur. 2. tract. disput. 499. num. 8. *Formatur alia clausula extraordinem*

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, ò siendo censo fundado sobre bienes, especialmente hipotecados a su paga, mayormente siendo la cosa que se vẽde al fiado, especialmente hipotecada. Y assi por esta causa seràn preferidas estas dichas deudas a todos, y qualesquier acreedores, por anteriores que sean, y aunque sea dote, ò Fisco; pues por la especial hipoteca, en la cosa que se da al fiado, no se trasfiere el dominio en el comprador, y mediante èl en sus acreedores: y lo mismo es, si en la dicha escritura 10

de venta se dixesse, que el comprador la tuuiesse precariamẽte, hasta que se pagasse su precio, ó dixesse, que la tuuiesse nomine conducti, id est, como arrendador de la cosa vendida al fiado. Y quando los bienes son hipotecados por causa de imposicion de censo, como al principio diximos, se ha de entender, siendo infiteosi fundado sobre la hereedad del acreedor estimada: porque si es censo de venta, vt hodie, sera preferido el acreedor anterior, segun el tiempo, y lugar en los bienes del deudor; y de faltar esta dicha especial hipoteca segun, y de la forma que dicho es, sera al contrario, auiendo otros acreedores anteriores, *vt hæc omnia probat Couarruu. lib. 1. var. resolut. cap. 7. num. 2. Matienç. in l. 7. titul. 16. gloss. 5. num. 68. lib. 5. noux Recopilation. Gregor. Lopez in l. 28. titul. 13. gloss. 1. part. 5. Gutierrez practic. quæstion. lib. 3. cap. 98. num. 6. idem Gutierrez in allegat. 5. num. 2. Parlador lib. 1. rerum quotid. cap. 8. Bolañ. en comercio terrestre, y naual. lib. 2. cap. 12. num. 8. idem Couarr. vbi sup. lib. 3. cap. 4. num. 4. & est. text. in l. cum venderem ff. locati.*

21 El tercer caso, y exemplo es, el que es especial, concurriẽdo la clausula que adelante se dira; y es a saber, que si el acreedor que por su deuda ò censo tuuiere especial, y general hipoteca de bienes de su deudor, oponiendose otro tercero acreedor, que assimismo tiene obligacion general, è hipoteca en los bienes de su deudor, se ha de hazer primeramente excursion en los bienes especialmente hipotecados, que en los demas 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 hipoteca, por la presuncion que ay de que seran 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 dicho primer acreedor, sin embargo de la dicha excepcion, se diràn en la dicha escritura las palabras siguientes *Y que por la especial hipoteca de los dichos bienes no sea visto derogar la hipoteca general ni por la dicha general la especial; vt ita sequitur Couarru. vbi sup. cap. 18. num. 23. Villadiego in sua Politica forma de lib. num. 76. litt. B. vers. Y es de notar, fol. 225. & idem in cap. 2. num. 111. vers. Y puede, & vide infrà, cap. 32. num. 11.*

Formatur alia clausula.

12 Finalmente se ha de notar, que si el deudor despues de tener

ner obligados todos sus bienes, con dinero prestado compras-se alguna casa, ò heredad, y a la dicha paga se huuiesse hipoteçado, especialmente la dicha heredad, ò casa, serà preferido este vltimo acreedor que prestò el dicho dinero a otro qualquier acreedor, por anteriores, y priuilegiados q̃ sean; y fuera lo contrario, si no se huuiesse hipotecado, como consta de la *ley 30. tit. 13. part. 5. ibi: Otro si dezimos, que si vn home ouiesse obligado todos sus bienes, tambien los que auia entonces, quando fizo la obligacion, como los que auria dende adelante si despues desto tomasse marauedis prestados de otro home para comprar alguna cosa, faziendole pleyto, que aquella cosa que comprasse de los marauedis que le prestaua, que le fincassen obligados por ellos fasta que los cobrasse, entonces mayor derecho aurà el postrimero en la cosa assi comprada, que el primero, a quien fuesse fecho el pleyto de la obligacion general sobre todas las cosas del comprador, & ibi Greg. Lop. gloss. 4. Magister, & Dominus meus Doctor Pichard. lib. 4. instit. tit. 6. art. 5. num. 73. & in l. quod quis & ibi gloss. ff. de priuileg. cred. & in l. interdum, verb. Credidero, ff. quæ pot. in pign. hab. & ibi Bart. & in l. licèt, C. quæ pot. in pign. hab. Gutierr. de practic. quæstion. lib. 3. quæst. 98. num. 3. Castill. controuers. iuris, cap. 8. num. 24. cum alijs sequentib. lib. 3.*

Ibi: *Derechos, y acciones.* c Y como arriba diximos, que las especies de bienes eran tres, segun parece, las acciones, y derechos es vna dellas. Y es a saber, que en la obligacion general de los bienes del deudor vienen, y se comprehenden las dichas deudas, y derechos, haziendose simplemente la dicha obligacion de todos los bienes, assi como si dixesse: *Para cuyo cumplimiẽto, y paga obligò su persona, y bienes auidos, y por auer.* Y no solo en esta general obligacion se comprehende esta dicha tercer especie de bienes; pero tambien las demas, que son la obligacion de los bienes muebles, è inmuebles, *vt in l. 3 & ibi Bart. Bald. Salicet. C. de hered. vel action. idem Bart. in l. nomen, C. quæ res pign. oblig. poss.* 13 *Formatur alia clausula extra ordinem*

Y si la escritura fuere ordenada, diziendo tan solamente: *Y para cuyo cumplimiento, y paga obligò su persona, y bienes auidos y por auer, muebles, y raizes*: no es visto comprehenderse las acciones, y derechos, *vt ita affirmat Negusant. de pignorib. 2. part. memb. 2. numer. 8. & 9. Sylu. in summ. verb. Pignus, quæst. 4.* 14 *Formatur alia clausula extra ordinem*

De adonde se saca, que si la segunda escritura estuuiere ordenada, y otorgada con la clausula simple, y general, ò con la 15

especifica de bienes muebles, è inmuebles, acciones, y derechos, y la primera no estuuiesse otorgada, sino tan solamente de bienes muebles y rayzes, como dicho es, entonces serà preferido el dicho segundo acreedor, en quanto a las deudas, y acciones del mismo deudor, por ser, como dicho es, tercer especie de bienes, *vt suprà Doctores relat.* Y assi he oido auerse praticado en el Consejo de su Magestad, que reside en la villa de Madrid.

CAPITVLO IV. Adonde se trata de la clausula de non alienando, y sus efectos.

S V M A R I O.

1 *Toda enagenacion de bienes hipotecados por especial hipoteca en tercero posseedor, con clausula de non alienando, es nula, y con que palabras ha de ser ordenada esta dicha clausula.*

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

1 VTRVM, Y porque muchas vezes se han ofrecido, y ofrecen algunas dificultades demas de las referidas en el capitulo precedente, sobre, y en razon de la especial, y general hipoteca: si por ventura siendo vendida, y enagenada en tercero posseedor, serà nula la dicha venta, y enagenacion. Y de que lo sea no ay duda, si con la especial hipoteca concurriò clausula de non alienando, ordenada en la forma siguiente.

Formatur alia clausula. *Por lo qual el dicho deudor prometiò obligandose de no vender, ni enagenar trocar, ni cambiar, ni donar la dicha casa, ò heredad en esta escritura referida, y especialmente hipotecada, en ninguna forma, y manera, ni por otro qualquier titulo de enagenacion, a 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 ò casa hipotecada, hasta que de su deuda, ò censo enteramente estè pagado, assi reditos, como el principal, y que si de otra manera se hiziere la dicha enagenacion, que por el mismo hecho sea ninguna, y de ningun valor, y efecto.* Y de esta forma se podrà muy bien executar al tercero posseedor de la casa, o heredad, especialmente hipotecada, a que haga reconocimiento de

los

los dichos bienes. Porque en realidad de verdad, dexandolos como posseedor de los, puede muy bien, como interessado, oponerse a la dicha execucion, y de via executiua, hazerla via ordinaria, hasta la primer sentencia, que forçosamente 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 vna, y otra persona adquiere juridicion el Iuez seglar, *vt hæc omnia probat Bart. in l. 3. num. 23. Cod. de pignor. & in l. fin. Cod. de iure emphyt. & in l. fin. tit. 8. part. 5. & in l. nuda, ff. de contrahenda emptione, Bald. in l. executorem, columna 2. Cod. de execut. Parlador. rerum quotidianar. cap. fin. 5. part. §. 11. num. 12. cum alijs sequentibus, & hæc omnia sunt ad effectum, quando tertius possessor rem possidet, sine causa & iusto titulo & in nostra clausula, probat Bart. in dict. l. 3. Cod. de pignor. num. 25. Couarruuias lib. 3. variar. resolut. cap. 7. num. 5. vers. Hinc etiam in fin. Suar. ad leg. Toleti, limit. 1. Gutierr. in l. nemo potest, num. 38. & 39. de leg. 1. Parlador. vbi sup. 1. part. cap. 10. num. 29. l. fin. tit. 5. part. 5. Gom. de Leon, cent. 59.*

Y porque muchos Escriuanos de comun estilo ordenan la dicha clausula en otra forma, diziendo, que los dichos bienes hipotecados no se enagenaràn en persona mas poderosa, ni en persona Eclesiastica, o 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 aduierte, que si la dicha clausula no fuere ordenada en la dicha forma, vt supra, no se podrà executar siendo enagenada la cosa especialmente hipotecada en tercer posseedor, si no es siendo el que possee persona poderosa, ò Eclesiastica, segun la dicha segunda clausula. Y para que esto no proceda assi, sino que derechamente pueda executar a qualquier persona, de qualquier condicion, y estado que sea, se ordenara la dicha clausula en la forma que dicho es; y entonces, aunque estèn en poder de persona Eclesiastica, podrà ser executado por el Iuez seglar, como dicho queda. *& ita sequitur Parlad. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 2. part. §. 1. num. 11. & 8. Author Curiæ Philip. 1. part. §. 5. num. 1. Villadiego in sua Politic. form. de libelar. num. 24. vers. Y assi el cons. folio 284. idem Villadiego folio 285. vers. Y en caso que el pacto.*

2

CA-

CAPITVLO V. Adonde se trata con que solemnidad, y clausulas deuen, y han de ser otorgados todos, y qualesquier contratos de menores, para que de derecho sean validos.

SVMARIO.

1 *MEnores de veinte y cinco años, si pueden ser obligados, y en que forma, y con que clausolas, y juramentos.*
2 *Y si quedaràn obligados por la enormissima lesion.*
3 *Y si lo quedarà el hijo familias, que enagenò los bienes aduenticios, en que el padre gozaua de su vsufructo.*
4 *Y si es valido el contrato de venta, y otra qualquier enagenacion, otorgada en fauor de su curador.*
5 *Y que solemnidad ha de preceder, para que las dichas enagenaciones sean validas.*
6 *Y si aurà lugar siendo valde leso el dicho menor, aunque sean juradas las dichas enagenaciones.*

1 VTRVM, Si los menores de vente y cinco años, varones y mayores de catorze, y mugeres mayores de doze, que sin gouierno de curadores administran sus bienes podran cotraer, y celebrar todos, y qualesquier cotratos de venta, y enagenacion. Y aunque es verdad, que es materia muchas vezes por los Doctores repetida, pero por ser tan importante a nuestro proposito; y considerando los tan excessiuos gastos, que por causa de los dichos contratos se han ofrecido, y que assimismo se pueden ofrecer, demas de responder a nuestra question por la parte afirmatiua, por la clausula siguiente se notarà por su orden lo mas vtil, y necessario para el dicho oficio de Escriuanos, scilicet. *Y para mayor firmeza, y abundamiento, juro por Dios, y a su bendita † que por razon de la menoridad, lesiõ, ò engaño, de mas, ò menos del justo valor, y precio; y aunque exceda su mitad, ò por otra qualquier causa, ò razon de no venir, ni contrauenir contra esta dicha escritura, ni contra lo en ella contenido, en todo, ni en parte, ni pedirà recision, ni restitucion del dicho contrato, aora, ni en tiempo alguno renunciando, como renuncia la ley 2. C. de rescindend. vendit. pena si lo contrario hiziere, de caer en perjuro, è infame, de cuyo juramento no pedirà absolucion, &c.* Por manera, que si los dichos menores se obligaron con esta solemnidad, aunque es verdad, que regularmente sus obligaciones,

Formatur alia clausula.

nes, ipso iure, son de derecho ningunas; pero con todo esso precediendo el dicho juramento, especialmente si juraron, q por razon de la menoridad no vendrian, ni contrauendrian a los dichos sus contratos, quedarian de derecho obligados; en tanta forma, que si a embargo de absolucion, y relaxacion que en este caso pidan, toda via sera inuiolable el dicho contrato; porque tan solamente sirue aquella relaxacion para el efeto de poder tratar en juizio sin temor de pena, saluo si los dichos contratos no fueron jurados por razon de la menoridad, porque aunque lo estèn, como los demas contratos jurados por personas particulares, no se guardaran, ni executaran sino antes se daran por nulos, como assi se ha de entender el *Authent. Sacramenta puberum, Cod. si aduersus venditionem, & probat Philippus Corneus cons. 6. litt. I. vol. 1. Couarr. lib. 1. var. resol. cap 4. num. 6. Ant. Gom. 2. tom. cap 14. num. 21. idem Couarru. de pact. in 6. 2 part. §. 1 num. 7. fol. 70. Socin. cons. 32 nu. 1. & 8. vol. 3. Tell. Fernand. in l. 17. Tauri, num. 111. Alciatus in cap. cum contingat, num. 82. de iure iurando, Arias Pinel. in rep. l. 2. 3 part. cap. 1 num. 9. C. de rescindend. vendit. Roland. à Valle cons. 5. 9. num. 22. lib. 1. Marcel. cons. 79. num. 19. lib. 2. Aymon. Crauet. cons. 114. num 9.*

Lo qual se ha de limitar, si el dicho menor fue valde leso, 2.
assi como en el dos, ò tres tanto mas, o menos de la mitad del justo valor, estimacion, y precio; porque entonces, aunque los contratos esten de qualquier manera jurados, ordenados, y otorgados, se daràn por ningunos los dichos contratos, *vt ita probat Couarruu. vbi sup. num. 3. 4. 5. & cum alijs, Pinel. vbi sup. num. 7. & 8. Gutierrez in repet. Authent. Sacramenta puber. Cod. si aduers. vendit. num. 98. & vide infrà, cap. 13. num. 8. per totum.*

Cuya dotrina assimismo se ha de limitar en el menor hi- 3.
jo familias, que sin licencia, y expresso consentimiento de su padre vendio los bienes aduenticios, de que el dicho su padre gozaua el vsufructo; porque aunque sean juradas las dichas obligaciones, y enagenaciones, seran 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 restituidos, siendo en alguna manera lesos, *vt est tex. in l. fin §. Filius autē. C. de bon. quæ liber. & ib. Bald. Ang. & Salic. Ant. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 14. n. 4. per totum.*

4 Y lo que se puede dudar assimismo en limitacion de la dotrina supra referida, si el contrato, y enagenacion otorgado por el menor, en fauor de su curador de la venta de algunos bienes, sera valido el dicho contrato, o si el dicho menor ha de ser restituido. Y de que el dicho contrato, venta, y enagenacion ha de ser nulo, costa por la decision de la *ley 23. tit 11. lib. 5. de la nueua Rec.* ibi: *No pueda, ni deua comprar ninguna cosa de sus bienes, è si la comprare publica, ò secretamente pudiendose prouar la compra que assi fue fecha, no vala, y sea desfecha.*

5 Lo qual se limitarà, quando la venta, y enagenacion fue celebrada en vtilidad, y prouecho del dicho menor, siendo con conocimiento de causa, y decreto judicial, segun, y con la solemnidad de la *ley 4. tit. 5. p. 25.* que sus palabras son las siguiẽtes. *Fueras ende, si el guardador comprasse del que tiene en su guarda, con otorgamiento del Iuez, ò de alguno otro que le huuiesse otro si en guarda tambien como èl.* Y assi en este caso, como en los demas semejantes se requiere, q̃ estas dichas enagenaciones seã celebradas, y otorgadas en vtilidad, y prouecho de los dichos menores, y no en su daño, y perjuyzio, porque de otra manera seràn restituidos contra los dichos contratos, hasta veinte y cinco años, y quatro despues, *segun la ley 5. & 8. tit. fin. par. 6. & ibi Gregor. Lopez.*

6 Y para q̃ esta dicha venta, y enagenacion, o otro qualquier cõtrato celebrado en fauor del dicho curador, quede valido, y perfeto, se aduierte, que jurando el dicho menor los dichos contratos en la forma, y modo, vt supra, aunque sea leso en mas de la mitad del justo valor, y precio, como no lo sea enormissimamẽte, sera valida la dicha venta y enagenacion, y otros qualesquier contratos que en la dicha forma se otorgaren, como dicho queda, *& sequitur Menoch de success. creat. §. 28. num. 9. Gutier. de iuram. confir. cap. 4. num. 3. p. 1.*

CAPITVLO VI. Adonde por el orden, y fuerça de cierta clausula se declara, si las renunciaciones, y demas contratos celebrados, y otorgados entre padres, è hijos, seràn validos, ò se juzgaràn por derecho reprobados.

SVMARIO.

1 *Renunciaciones otorgadas por los hijos en fauor de sus padres, si son*

si son validas, y con que clausulas, y juramentos deuen ser ordenadas.

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

3 Si en la dicha renunciacion se comprehenden los demas bienes, que a los dichos sus hijos les pueden pertenecer, & ibi numero 4.

5 Si por causa del juramento quedaràn los susodichos obligados.

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

7 Y si perjudicarà esta dicha renunciacion a los nietos, hijos del renunciante.

8 Y si por faltar descendientes sucederà el dicho hijo renunciãte.

9 Y si procederà renunciando en fauor de persona particular.

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

11 Si en perjuizio de los descendientes puede el padre dar licencia a alguno de sus hijos para disponer, y hazer testamento.

12 Si esta licencia podrà ser reuocada en todo tiempo por el dicho su padre, y con que clausulas han de ser ordenadas, para que de ninguna manera se puedan reuocar.

13 Y si se pueden renunciar en perjuizio de acreedores.

14 Frayles en que tiempo deuen renunciar.

15 Y si las donaciones otorgadas antes de la profession, si seràn nulas.

16 Contratos celebrados entre los dichos padres, è hijos, si han obligacion por derecho ciuil y natural, a su cumplimiento.

17 Si por la dote prometida por el padre, quedarà ciuilmente obligado.

18 Y si assimismo lo quedarà por causa de auer hecho particion entre los dichos sus hijos.

19 Y si seràn validos los contratos otorgados por los hijos emancipados.

20 Y si por el juramento quedaràn obligados.

VTRVM, Y aunq̃ es verdad, q̃ regularmẽte entre los ascẽdiẽtes, y decendiẽtes, no nace de derecho ciuil, ni natural obligaciõ, ni tienẽ vinculo de fuerça todos, y qualesquier cõtratos, q̃ vnos en fauor de otros se otorgarẽ, o pareciere auerse otorgado, pero con todo esso muchas vezes permite, y da lugar el Derecho a q̃ en alguna forma estos dichos contratos entre los dichos se confirmen. Y assi, lo que se puede dudar, es, 1

es, si aurà lugar, y de derecho serà licita, y permetida la renunciacion, que muchas vezes los hijos hazen de los bienes, y hazienda q̃ de su legitima, y herencia les pertenece, y de parte de sus padres, o madres les puede pertenecer. Y aunque la dificultad, y question es en gran manera dudosa, pero trayendo a la memoria lo que el Derecho nos enseña, y oy se pratica, no serà tan dificultosa, notandose con atencion las apostilas, que por las palabras mas principales de la clausula siguiente (que es la fuerça de los dichos contratos) iràn escritas, y otorgadas.

Formatur alia clausula. *Por tanto el dicho fulano su hijo que presente està al otorgamiento desta dicha escritura se dà por entregado y realmente pagado de los dichos dos mil ducados, con los quales dize, y confiessa estarle enteramente entregada, y pagada la legitima del dicho su padre, ò madre, y della declara no deuersele cosa alguna; y caso que en alguna manera al presente constare, ò adelante pareciere pertenecerle, ò tener accion a los bienes del dicho su padre, y madre, aora sean en los adquiridos, ò en los que adelante se adquirieren, desde luego, y para entonces, en la mejor via y forma que mas lugar aya en derecho, renuncia ua, y renuncio los dichos bienes y hazienda de los dichos sus padres d en su fauor, ò en fauor de fulano. Y para mayor firmeza, y abundamiento juro a Dios, y a su santissima † y pena de perjuro, q̃ por razõ de menoridad, ni lesion, ni por causa de ser contrato celebrado entre padre, è hijo, que el Derecho declara por nulos, ni por otra qualquier razon, y causa, no irà, ni contrauendrà contra el dicho contrato y renunciacion, ni del dicho juramento pedirà absolucion, &c.*

2 Ibi: *Renunciaua, y renunciò los dichos bienes, y hazienda de los dichos sus padres.* a Y dar lugar el derecho, vt supra diximus, que los contratos otorgados entre los dichos padres, è hijos fueran validos fuera dar ocasion a fraude, malicia, y engaño, y que por el mismo hecho se diera causa a que se perdiera el respeto, especialmente a donde con tan justa razon se requiere: y assi quitando de medio toda ocasion de poder delinquir por causa de los fraudes que se pueden seguir, y considerando assimismo à que el padre, y los hijos se reputan, y juzgan por vna misma persona, pues lo que adquiere el hijo, se adquiere para el padre: y siendo todos notables inconuenientes, ordenò, que los dichos contratos fuessen nulos, y de ningun valor, y efeto, *vt probat text. in l. 1. §. si pater filio, ff. pro donat. idem probat text. in l 2 C. de inoffic. donat. & in l. donationes quas parentes, Cod. de donat. inter virum, & vxor. quib. iurib.*

con-

cõsonat l. 3. tit. 4. p. 5. ver. Mas si el padre, & in l. qui fic soluit, & in l. si quis pro eo, ff de fideiussor. Ant. 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.

Cuya regla padece muchas limitaciones, que de derecho se admiten, como en particular, es la vna la renunciacion que el hijo otorga en fauor de su padre de los bienes que de su legitima le pertenecen, y assi en consequencia de la que tiõ que arriba se propuso, si en este pacto, y renunciacion serà visto comprehenderse tan solamente lo que se recibe, ò lo demas q̃ de derecho le puede pertenecer, y de que en todo se ha de entender, respeto de auer renũciado todos los demas bienes que de la sucession del dicho su padre le pueden pertenecer, no ay duda, segun parece por la l. y 6. tit. 8 part. 6. que sus palabras son las siguientes. 3

Ibi: *En qualquier manera que otorgasse, ò consintiesse el hijo ò el nieto en el testamento que le huuiessen desheredado, assi como si le ouiessen dexado manda en èl, ò a su hijo, ò à otro alguno que fuesse en su poder, è la recibiesse, ò consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas, no podria despues querellarse para quebrantar el testamento, ni deuesse oirlo.* Por cuyas palabras parece costa la conclusion de nuestra question, pues el Derecho Real claramente nos enseña no tener accion el hijo renunciante a los demas bienes q̃ de derecho le puedẽ pertenecer. Pero no obstante todo lo susodicho, se ha de tener lo contrario en quanto lo dispuesto por la dicha ley Real, atento q̃ aquella renunciacion se ha de entender pagandole su deuda, que es la legitima que de derecho natural se le deue, aunque en este caso no tendrà accion el dicho descendiente a quebrantar, y romper el dicho testamẽto, por aquel cõsentimiento de ser desheredado, porque en realidad de verdad ha de valer en quanto a las mãdas, y legados, como no exceda del quinto entre estraños, y tercio entre descendientes, y desta forma se ha de cumplir, y executar el dicho testamento, sin perjuizio de la demas legitima, que al dicho su hijo y descendiẽte le pudiere pertenecer, y assi se ha de entender *la dicha ley 6. tit. 8. par. 6.* de adonde se infiere, que en la general renunciacion no se cõprehende tacitamente la futura sucession, *vt in l. si quando, §. illud, & §. Generaliter, C. de inofficioso testam. Couar. de pactis, 3. par. §. 1. num. 2. Rodrig. Xuarez in l. quoniam in prioribus, in 1. 6. ampliat. num. 3. C. de inofficios. testament. Ant. Cuenz in l. 12. Taur. n. 13.*

Pero

5 Pero en quanto al orden de nuestra clausula, por auerse renunciado la dicha legitima con el dicho juramento, aora 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 a la querella de inoficioso testamento, *vt ita sequitur Greg. Lopez in dict. l. 6 tit. 8. part. 6. glos. 5. vbi dicit, quòd requiritur specificare renunciationem legitimæ, vt à querella repellatur.*

6 Pero deuese notar, que aunque es verdad, que desta dicha renunciacion se sigue el dicho efeto en virtud del dicho juramento, como dicho es, se ha de entender quando el hijo, ò descendiente no fue grauemente leso, y damnificado, por causa de la dicha renunciacion, *vt ita sentit Padilla cum alijs in l. 2. num. 44. C. de rescind. vend.*

7 Y assimismo se deue notar, que esta dicha renunciacion no perjudica a los nietos, hijos del renũciante, porque sin embargo de la dicha renunciacion han de suceder a su abuelo en lo demas que constare pertenecerles de su legitima, fuera de lo que verdaderamente huuiere recibido el dicho su padre. Y es la razon, porq̃ aquella renunciacion sigue, y tiene tacita condicion, scilicet, si ei deferretur hæreditas. Y assi muriendo antes el renunciante, cessa aquella dicha renunciacion, y sucederan los nietos por consideracion de su misma persona, *vt in l. si ex patrim. §. fin. de bon. libert. Aymon cons. 84. nu. 5 Ripa lib. 1. resp. cap. 6. num. 3. Gram. in decis. cap. 57 n. 11. Cuman. & Paul. in l. qui superstitis ff de acquirend. hæredit. Alexan. & Corn. in l. pactum, Cod. de collation. quos sequitur & refert Tell. Fernand. in leg. 6. Tauri, num. 61. per totum, Anton. Gemez in l. 22. Taur. num. 10.*

8 Demas de lo suso dicho se ha de considerar, que si el padre, en fauor 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, sucederà el dicho renunciante al dicho su padre, tam ex testamento, quam abintestato, & contra testamentum: y es la razon, porque siempre que esta dicha renunciacion se haze, y otorga, se presume es en fauor de los demas descendientes presentes, y por nacer, *vt ita etiam notat Ant. Gom. vbi sup. num. 12.* Lo qual, y con la misma distincion se deue entender en fauor de los Conuentos que tienen priuilegios, è indultos, y bulas para suceder, mediante la persona, ò personas de sus

Re-

Religiosos como assimismo deuen suceder en todas las herencias, y mandas que son dexadas a sus Religiosos, saluo siendo condicionales, ò con grauamen de restitucion, como fideicomissos, vinculos, ò mayorazgos, *vt ita notat, & docet Molina de iust. & iur. 2. tract. disp. 140. numer. 15. & 16.* adonde dize, que no siendo condicionales los dichos vinculos, ò no teniendo jurisdicion, siempre se ha de juzgar en fauor del Conuento.

Y en caso que el renunciante otorgasse la dicha renunciacion en fauor de sus hermanos, ò otra qualquier persona particular, no podrà venir contra la dicha renunciacion, antes el padre puede muy bien mandar, ò mejorar al hermano, en fauor de quien se renunciò el tercio de sus bienes; y si fuere en fauor de estraño, el quinto *vt notat Rod. Xuarez in rep. in l. quoniam in priorib. C. de inoff. test. num. 70. col. 4. ve s. 5. quem refert Ant. Gom. vbi sup. n. 31.* adonde dize, que si la dicha renunciacion se otorgò en fauor de otro hermano solamente, no seguirà su efeto aunque sea jurada, sino es que el padre lo quiere, por juzgarse pacto de futura sucession, respeto de los hermanos, y respeto del padre se juzga por pacto de non succedendo, el qual se confirma por el juramento, y no sucederà el renunciante, sino es que el padre quiere: y assi dize, auerlo determinado por Consejo entre los herederos de cierto soldado. 9

De aqui se infiere, que si qualquiera de los hermanos con expressa licencia de su padre renunciare la sucession de su padre, ò madre, que por su fin, y muerte les pudiera pertenecer, y la dicha renunciacion fuesse otorgada en fauor de qualquier persona, y el dicho su padre no perseuerare en la dicha licencia, y consentimiento, serà nula la dicha renunciacion, por juzgarse siempre virtualiter, & effectiuè por pacto de futura sucession, saluo si el padre huuiere jurado la dicha licencia, porque entonces seguirà el efecto a que se interpuso, *vt ita notat Ant. Gom. in dict. l. 22. Tauri, num. 30. & 31. Gutierrez in repetitione, cap. quamuis pactum, de pactis in 6. n. 6. 7. & 8.* 10

Siguese mas, que todas las vezes que el padre a pedimiento de alguno de sus hijos, les concediere, y prestare licencia, para que de sus bienes, y hazienda pueda libremente disponer, y hazer testamento de los bienes que al hijo de su legitima le pertencen, ò ganados, y adquiridos tiene por algun titulo, y causa, y el dicho testamento fuere otorgado 11

en

hablan en mi fauor. Y para mayor firmeza, juro à Dios, y à su santissima, y pena de infame, y perjuro, que por razon de menoridad, ni por ser hijo familias, que niego serlo, ni por otra razon, y causa, no irè, ni dirè, ni contrauendrè contra el dicho contrato, ni del dicho juramento pedirè absolucion, &c.

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

3 Y la verdad sea, segun prouable opinion, que el hijo familias obligado en esta forma, aunque al presente actualmente no queda, quedarà obligado potencialmente, estando fuera de la patria potestad, y si acaso el dicho beneficio se renuncio simplemente sin el dicho juramento, no quedara obligado ciuilmente, *vt hæc omnia probantur in glossa, §. item Sacramēta, verb. sup. contractibus, in vers. Quid si filius familias minor renuntiauerit Macedoniano, de pace, & iuramento firmand. in vsibus feudor. & ita tenet Abb. in cap. cùm contingat, num. 22. de iure iurando, & ibi obligatur, maximè, quando factus fuerit sui iuris, probat Faber in §. quì diximus, instituta quod cum eo, num. 4. Ant. Gom. 2. tom. cap. 6. num. 2. col. 2. & ibi si renunciauit simpliciter absque iuramento, non ciuiliter, obligatur, probat Couar. de pactis in 6. 2. part. §. 3 num. 4.*

4 Ibi: *Ni por ser hij familias, que niego serlo.* b Y demas de otros casos por Derecho, en que se limita la dicha regla, aunque no aya renūciado el dicho beneficio, y jurado el dicho contrato, es en particular, quando al tiempo de otorgar la dicha escritura de empréstido, niego ser hijo familias, que por el mismo hecho pierde aquel beneficio, y queda obligado ciuil, y naturalmente. Lo segundo se limita, si el dicho hijo familias administrauà algun oficio publico del Rey, assi como arrendador de sus rentas, ò alcaualero. Lo tercero se deue limitar, estando en tienda de mercaduria en nombre de su padre: y assimismo quedarà obligado, si el tal hijo familias era hidalgo, ò cauallero, como todo se prueua en la *l. 4. tit. 1. part. 5.*

5 Assimismo se limita la dicha regla en el hijo familias mayor de catorze años, que administra, y tiene bienes castrenses, con q̃ pagar, y cumplir el dicho contrato de empréstido, puesto

to q̃ sin autoridad de curador, y tutor puede vender, y donar los dichos bienes castrenses, sin ser necessario pedir venia, jurar, ni reuocar el dicho empréstido, ni contrato, *vt ita notat Molina de iust. & iure 2 tract. disput. 261. num. 2. & idem in disp. 277. num. 7.* Y dize el mismo Molina, que prestando el padre licencia al hijo familias, siendo mayor de catorze años, podrà muy bien obligarse, y contraher, aunque en la enagenacion de los bienes inmuebles, no siendo castrenses, es necessario de mas de la licencia del dicho su padre, decreto, y solemnidad judicial, *vt ibi in dict. disp. 261. num. 3. affirmat.*

6 Y aunque es verdad, vt supra diximus, que regularmente el hijo familias no se podia obligar, ciuil, ni naturalmente, hase de entender siendo menor de veinte y cinco años, sino es con la solenidad, 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 a ello, assi como si se obligò a seruir a algun sastre, zapatero, ò carpintero, y no puede el padre obligarle a que le sirua el, *vt ita notat Ias. in l. 1. §. Huius studij, n. 16. ff. de iust. & iure, quem sequit. Gutier. de iuram. confirmat. 1. p. cap. 5. num. 5. & 6.*

7 Cuya regla se limita assimismo, segun Derecho Real, en que los dichos hijos familias no administrando bienes castrẽses, vel quasi castrenses, no pueden comprar, ni tomar fiado, por si, ni interposita persona cosa alguna, sin embargo de qualesquier contratos jurados de venta, o fiança, porque si de otra manera, ò de la fueren otorgados, seran ipso iure nulos: lo qual assimismo se ha de entender, quando los dichos hijos familias compraren, ò tomaren fiado plata, joyas, ò otra qualquier mercaduria, cuya paga se dilata, y fia para quando los susodichos heredaren, ò se casaren, no obstante qualesquier clausulas, y juramentos, que por razon de lo dicho se interpusieren, pena, que si los Escriuanos dieren lugar a ello, perderan los dichos sus oficios, como assi se prueba en la *ley 22. titul. 11. lib. 5. nouæ Recop.*

CAPITVLO VIII. Adonde se manifiesta, con que clausulas, y palabras se han de otorgar, y ordenar las escrituras de mancipacion, que los padres otorgan en fauor de sus hijos, por las quales les dan por libres de la potestad paternal para poder disponer, y libremente contraher.

SVMARIO.

1 *Hijos 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 Iuez, si se requiere en estas dichas emancipaciones.*

3 *Y si se pueden otorgar por persona de Procurador, y para vn solo acto y efecto, ibi num 4.*

5 *Y si se puede hazer contra la voluntad del hijo.*

6 *Y de q̃ edad han de ser, para q̃ aya lugar la dicha emancipaciõ.*

7 *Y que frutos se le concedan al padre en premio de la dicha emãcipacion.*

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

9 *Y si es valida la condicion, en que el padre reseruò en si todo aquel dicho vsufructo.*

10 *Y si podrà llevar algun interes, por razon, y causa de otorgar la dicha emancipacion.*

11 *Y porque causas puede el padre ser apremiado a emancipar a sus hijos.*

12 *El hijo Clerego si puede ser emancipado ante el Iuez seglar.*

13 *Si por causas de ingratitud serà nula la dicha emancipacion.*

1 VTRVM, Si por la emancipacion que los padres hazen, y otorgan en fauor de sus hijos, sera visto otorgarles libre poder, y facultad, para poderse obligar, y contraher conforme a las leyes Reales de Partida. Y que los dichos hijos familias pueden desde aquel tiempo, y punto celebrar contratos, y en virtud dellos quedar obligados, no ay duda, especialmente siendo ordenados los instrumentos de los dichos contratos, en virtud de la dicha carta de emancipacion, y que contenga la clausula siguiente. *Por tanto, en la mejor via y forma que mas lugar aya en derecho el dicho fulano, estando presente el señor fulano*

Formatur alia clausula.

Alcal-

Alcalde a ordinario deste dicho lugar, tomò de la mano al dicho fulano, su legitimo hijo b y dixo, y otorgò, que le daua por libre de la potestad paternal, que en el dicho su hijo por derecho tenia, dandole, como desde luego le daua, libre poder, y facultad para otorgar, cõtraer, y celebrar todos, y qualesquier contratos, y obligaciones que antes desta dicha emancipacion no podia celebrar: y assimismo, para que pueda estar, y parecer en juizio ante qualesquier Iuezes de su Magestad, sobre qualesquier causas, y pleytos ciuiles, y criminales. Y para que esto se execute con mayor efecto, el dicho fulano su padre, desde luego le concediò, diò, y donò libremente, y sin condicion alguna tales heredades y tales bienes, c para que con ellos pueda obligarse, y contraher, &c.

Ibi: *Siendo presente el señor fulano Alcalde.* a Y para que esta dicha emancipacion sea otorgada con solenidad, y perfeccio, es necessario que interuenga la presencia del juez ordinario de aquel lugar, *vt in l. 15. tit. 18. par 4.* ibi: *Cadene venir el padre con aquel fijo que quiere sacar de su poder, ante el juez que es dado por todos los pleytos, a quel llaman en Latin Ordinarius.* Y assimismo se prueba en la *ley 93. titul. 18. part 3.* ibi: *Como Diego Aparicio, estando delante Gonçalo Ibañez, Alcalde de Toledo, & est text. in l. fin. C. de emancipationib. text. in l. ab ea parte, & ibi glos. ff. de probationib. Bald. in l. gesta in princip. C. de re iudicata.* 2

Y hase de notar, que esta dicha emancipacion no se ha de cõceder 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. pen. C. de emancipationib.* 3

Y assimismo se deue notar, que esta dicha emancipaciõ no se puede otorgar tan solamẽte para vn solo acto, y vna sola cosa: y es la razon, porque la patria potestad es indiuisible, y ninguna persona puede de derecho ser constituida en vno, y otro estado de libertad, y seruidumbre, *vt ita docet Bald. in l. 3. C. qui testament. facere poss.* 4

Ibi: *Tomò de la mano al dicho fulano su legitimo hijo.* b Y es en tanta forma necessaria la voluntad del hijo, que si de otra manera se otorgasse, è hiziesse 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. dict. tit. 18. part. 4* ibi: *Bien assi como non deuen apremiar el fijo para emanciparlo.* Por manera, que es necessario, segun nos dan a entender las dichas leyes, que esta 5

eman-

emancipacion ha de ser con voluntad, y expresso consentimiento de los hijos, *& ita notat Bald. in l. fin. Cod. de testament. man. & in l. penult. in princip. Cod. de adoptionib. Iass. in l. vtrum, ff. de verb. obligat.*

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 hazer, sino es con rescripto del Principe, como se prueba en la *ley 16. del mismo titulo 18. part. 4.* ibi: *O que fuesse menor de siete años, non lo puede fazer a menos de pedir merced al Rey que se lo 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 podran administrar sus bienes, hasta auer cumplido catorze años, siendo varones, y doze 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 ser lesos y enagenados, *vt ita notat Molina de iustitia & iure, tract. 2. disput. 161. num. 3. vers. Ad cap. constitutus, litera E.*

7 Ibi: *Tales heredades, y tales bienes.* En premio de lo qual se le concede al padre la mitad del vsufructo de los bienes aduenticios 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 aduenticios del fijo la mitad del vsufructo,* sino es en caso que el dicho su padre assimismo se lo aya dado, y concedido, *segun la ley cum oportet, §. Cum autem, Cod. de bonis, quæ liber. §. Hoc autem instituit. per quas personas nobis acquiritur.*

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

9 Y si el padre en la dicha carta de emancipacion sacare por condicion, que el hijo tenga obligacion a darle, y entregarle todo el vsufructo de los bienes que de futuro adquiere, por el mismo hecho sera inualida la dicha condicion, o retencion, *vt cum Alber. lo tiene Greg. Lop. in d. l. 15. glos. 7.*

Y dize mas el mismo *Gregorio Lopez en la dicha l. y 93. glos.* 10
5. que podra licitamente el padre recibir interes por razon, y causa de la dicha emancipacion, *per l. vtrum turpem, ff. de verbor. obligat.*

Dize assimismo *la ley 18. del mismo tit. 18.* que por quatro 11
razones puede el padre ser compuesto, y apremiado a dar por libres de su potestad a los dichos sus hijos, de las quales; La primera es, quando el padre castiga al hijo con demasiada, y excessiua 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 a sus hijos, aceptando el dicho legado, ò manda.

La quarta, y vltima es, si el prohijado se querellare de su 12
padrasto, que le consume, y gasta sus bienes, y hazienda.

Y para que en esta dicha materia no quede punto que se 13
dificulte, se ha de notar, que si el padre quisiere emanciparà su hijo siendo Clerigo, lo podra muy bien hazer, aunque sea ante el Iuez seglar, en la forma, y con la solemnidad suprà dicha, *vt ita affirmat Decius cons. 150. vbi allegat decisionem Rotæ, quam refert, & sequitur Greg. Lop. in d. l. 15. gloss 5.*

Finalmente se deue aduertir, que si los dichos hijos fueren 14
ingratos despues de la dicha emancipacion, assi como tratar mal a los dichos sus padres de obras, ò de palabras, por el mismo hecho tornan a la dicha potestad de los dichos sus padres, como si verdaderamente no huuiessen sido emancipados, *vt hæc omnia probantur in l. 29. d. tit. 18. part. 4.*

CAPITVLO IX. Adonde se declara con que palabras deuen ser ordenadas todas, y qualesquier donaciones, causa mortis, otorgadas por los adultos mayores de catorze años, en testamentos, y vltimas voluntades, para que por su fuerça sean validas, perfetas, è irreuocables.

S V M A R I O.

1 *Disponer si puede el menor sin licēcia de su curador, de sus bienes, y hazienda, por titulo de donacion, causa mortis, y cō que clausulas deuen ser ordenadas.*

2 Si

2 *Si el dicho menor podrà reuocar 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, quedarà irreuocable, & ibi num. 5.*

1 VTRVM, Si la facultad concedida por Derecho a los adultos mayores de catorze años para testar, y disponer de su hazienda, y bienes ad libitum, y sin licencia, y consentimiento de sus curadores, serà 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 vltimas voluntades. Y sin duda parece, que supuesto que los dichos testamentos son validos sin la dicha licencia, que assimismo lo seràn las dichas donaciones. Y para que la dotrina de nuestra dificultad mas claramente se conozca, se supone, que en el testamento del menor se otorgò la dicha donacion con la clausula siguiente.

Y mando, que a los dichos mis herederos de la dicha mi hazienda y bienes, se les den, y entreguen, y sin contradicion alguna a fulano mil ducados, los quales quiero que los aya, y goze por titulo de donacion irreuocable, que el Derecho llama inter viuos, para cuya firmeza, y validacion juro a Dios, y à su santissima †, y pena de infame, y perjuro, de que por razon de menoridad, ni porque la dicha donacion es otorgada en testamẽto, ni por otra razon, y causa no irè, ni reuocarè la dicha donacion, aora, ni en tiempo alguno, ni del dicho juramento pedirè absolucion, ni relaxacion, &c.

Ibi: *Que el derecho llama inter viuos.* Y supuesto que el adul
2 to, teniendo curador, puede testar sin consentimiento, y autoridad suya, parece que por el consiguiente assimismo podrà otorgar todas, y qualesquier donaciones, causa mortis; pues en caso que sea leso, puede, y tiene facultad para poderlas reuocar, *vt in l. non omnes ff. si cert. petatur, laff. in l. 2. num. 13. 14 ff. de legat. 1.* Y por otra parte parece que pelea, y haze fuerça, en que estas dichas donaciones siguen el natural de los demas contratos otorgados entre viuos, en que sin consentimiento, y autoridad de los dichos curadores no se pueden celebrar, *vt ita tradit Couarruuias in Rubric. de testament. 3. part. num. 5. & 15.*

3 Y esto parece deue proceder en las mugeres, porque assi como

como no pueden contraher sin licencia, y consentimiento expresso de sus maridos, por el mismo consiguiente no pueden otorgar las dichas donaciones sin el dicho consentimiento, *vt ita sentit Ant. Gom. tom. 2. variar. resol. cap. de donationibus, num. 16. vers. 4 infertur.*

Ibi: *Y juro a Dios.* Y segun la dotrina supra escrita en los capitulos 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 podran reuocar las dichas donaciones, *vt in l. fin. C. de non numer. pecun.* 5

Pero sin embargo de las dichas razones, se ha de tener lo contrario en este caso. Y es assi, que si las dichas donaciones fueren otorgadas en los dichos testamentos, segun, y con las palabras supra escritas, jurando los dichos menores, ò mugeres, de no reuocar las dichas donaciones por causa de la menoridad, y demas causas de la dicha clausula, segun la mas probable, y comun opinion, quedaràn perfetas, è irreuocables, aunque sean celebradas sin la dicha licencia, y consentimiento de los dichos sus curadores. Y fuera lo contrario en los demas contratos otorgados inter viuos, *vt ita docet Gutier. in repetit. Authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit. num. 32.* 6

CAPITVLO X. Adonde se trata, con que solenidad, y clausulas deuen, y tienen de ser otorgados todos, y qualesquier contratos celebrados por las mugeres, de qualquier condicion, y estado que sean, para que ciuil, y naturalmente queden obligadas.

SVMARIO.

1 *SI para cumplirse, y executarse las escrituras de fianças otorgadas por las mugeres, es necessario que renuncien el beneficio de los Emperadores Veleyano, y Iustiniano, y en que forma, y con que solemnidad, y clausulas ha de ser renunciado el dicho beneficio, para que los dichos contratos tengan efeto.*

2 *Si por la honestidad que las mugeres deuen tener, es justo que se obliguen en la dicha forma.*

3 *Si renunciando el dicho remedio podràn ser executadas.*

4 *En que casos quedaràn obligadas ipso iure, aunque no ayan renunciado el dicho beneficio.*

5 *Si*

5 Si por la mitad del arrendamiento, en que de comun han viuido marido y muger, quedarà ipso iure obligada.

6 Y si por cedula particular siendo en juizio reconocida, quedaràn ciuilmente obligadas las mugeres.

7 Si por la renunciacion general es visto renunciarse tacitamente el dicho beneficio.

8 Si en el poder que las mugeres dan para obligarse, es necessario hazer especial mencion de la dicha renunciacion, ò si serà suficiẽte la general renunciacion.

9 Obligandose como principal, si es necessario hazer las dichas renunciaciones.

10 Muger casada, si puede otorgar las dichas escrituras de fianças.

11 Y si aurà lugar la dicha obligacion, obligandose como principal juntamente con su marido.

12 Si es necessario en los casos que las mugeres pueden ser obligadas, hazerlas sabidoras del dicho beneficio de los Emperadores Veleyano y Iustiniano, y leyes de Partida, y de Toro.

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

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

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

16 Y si serà causa bastante para anular los dichos cõtratos, la fuerça, y miedo reuerencial.

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

18 Y si podrà renunciar el derecho de no poder ser presa por causas ciuiles, y en que forma, y debaxo de que clausula lo podrà ser, & ibi num. 19.

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

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

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

VTRMM,

VTRVM, Si para cumplirse, y executarse los contratos, y obligaciones de fianças, q̃ las mugeres otorgan en fauor de particulares, es necessario, q̃ demas de la renunciacion del beneficio del Veleyano, y Iustiniano, se conozca manifiestamẽte, si al tiempo de las dichas fianças se les hizo notorio lo que por los dichos Emperadores, y Iurisconsultos en el dicho su fauor fue instituido, y ordenado Para cuya conclusion es fuerça que se noten, y consideren dos cosas; si este fauor fue a orden de las casadas, ò generalmente en fauor de todas las mugeres, de qualquier condicion, y estado que sean. Y para fundamento desta dicha conclusion, se notaran las palabras de la clausula siguiente, de que por las partes mas principales della se declararà lo mas dificultoso, tocante, y perteneciente a esta dicha materia, que su tenor es el siguiente. *Y para mas firmeza, la dicha fulana renunciò las leyes del Emperador Iustiniano, y Veleyano y las constituciones, y leyes de Partida*, a *y de Toro*, b *de cuya declaracion yo el presente Escriuano le hize notorio, y sabidora, aduirtiendolas no podian obligarse, como fiadoras, siendo en su perjuizio, y daño, de que podian pedir restitucion, no renunciando el dicho beneficio. Y auiendole entendido en esta dicha forma*, c *de su voluntad, y espontanea libertad, renunciaron las dichas leyes; y para mayor abundamiento, jurò a Dios*, d *y su santissima* † *de que por razon de menoridad*, e *lesion, ò engaño*, f *fuerça, ni miedo*, g *ni por otra alguna razon, no irà, ni contrauendrà contra esta dicha obligacion, ni lo en ella contenido, pena de perjura, è infame, y de caso de menos valer, de cuyo juramento en tiempo alguno no pedirà absolucion, &c.* 1

Formatur alia clausula.

Ibi: *Y leyes de Partida.* a. Y segun nos enseña la experiencia, por la fragilidad de las mugeres, y por la facilidad con que pueden ser enagenadas, y por la honestidad que deuen tener de no andar, ni ser conuenidas, y demandadas en Tribunales, parece que no es justo que se dè lugar a que sus obligaciones, y fianças se cumplan, y executen, pues ay razon suficiente, como se colige de la *ley 2. tit. 12. part. 5.* ibi: *Otrosi dezimos, que muger ninguna no puede entrar fiador por otri. Ca no seria cosa guisada, que las mugeres andouiessen en pleyto por fiadurias que fiziessen, auiendo allegar a logares do se ayuntan muchos omes a vsar cosas que fuessen contra castidad, ò contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar.* 2

Y aunque parece, segun las dichas causas, que se deue obseruar la decision de la dicha ley; pero con todo esso renun- 4

cian-

ciando este remedio, no ay duda sino que quedaràn obligadas las dichas mugeres, y podran ser compulsas, y executadas para su cumplimiento, como de la ley 3. siguiente del mismo titulo se colige, y prueba, ibi: *Si despues lo fiziesse, renunciando de su grado, ò desamparando el derecho que la ley les otorga a las mugeres en esta razon, & est gloss. 2. l. 1. & gloss. vlt. §. vlt. ff. ad Vellei. gloss in l. tamet si, ff. ad Maced. gloss. l. sciendum, ff. de verb. obligat. gloss. vltim. C. ad Vellei.*

4 Cuya ley no obstante, que para la execucion de las dichas fianças se requiere la dicha renunciacion, se deue limitar en los casos siguientes. Primeramente, siendo fiadora por causa de libertad de esclauo. Lo segundo, por razon de dote prometida. Lo tercero, recibiendo la muger algun interes por causa de la dicha fiança. El quarto, negando ser muger, disfrazandose, y vistiendose de hombre. El quinto, quando la dicha fiança se conuirtio en su prouecho, y vtilidad. El sexto, por razon, y causa de suceder en los bienes de la persona a quien fiò. Para los quales, y cada vno dellos, 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 Vellei. tex. in l. vlt. C. eo. text. in l. antiq. C. eod. text. in l. 2. & in l. si decipiendi, ff. ad Vellei. & in l. fœminæ, C. eod. text. in l. sed si cum, & text. in l. aliquando, & in l. debitrix, ff. ad Vellei.*

5 Demas de los dichos casos quedarà tacitamente obligada la muger por la mitad de el arrendamiento de la casa, en que juntamente viuio con su marido, pues fue aprouechamiẽto suyo, y aora sea como fiadora, ò como principal, queda obligada a la mitad del dicho arrendamiento, pues sin habitacion no pudo viuir; y esto procede assimismo en el empréstido que el marido recibiò para sustentar a su muger, de que salio por fiadora, puesto que en caso de pobreça, y necessidad està obligada a sustentar a su marido; y en el vno, y otro caso seran preferidas estas dichas deudas a la dote de la dicha muger, saluo si el dicho su marido tiene bienes de donde poderlos pagar, *vt ita notat, & colligitur ex doctrina Palac. Rub. in l. 61. Tauri, num. 11. vers. An, & quando, Castillo in dict. l. 61. num. 23. Quesad. diuers. quæst. iuris, cap. 25. fol. 102. col. 3. vers. Contra quem tamen.*

6 Y aduiertese, que si la muger se obligare en vna cedula particular, y en ella renunciasse el dicho beneficio, no se ha de

de cumplir, y executar la dicha obligacion, aunq̃ sea iurada, y reconocida en juizio, y con los testigos instrumentales cõprobada, 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 juizio, comprobada con los dichos testigos instrumentales, y en ella se aya renunciado el dicho Senado Consulto Veleyano, y Iustiniano, *vt ita docet Gutier. de iurament confirm. 1. part. cap. 20. num. 7. quem refert Molin. de iustitia & iur. 2 tract. disp. 540. num. 5.*

7 Deuese assimismo aduertir, q̃ las generales renunciaciones q̃ las mugeres hazen en semejantes renũciaciones, son de ningun valor, y efeto, segun la dicha *l. 3. d. tit. 12. p. 5.* ibi: *Renunciando de su grado, è desamparando el derecho que la ley les otorga.*

8 De donde se infiere, que si alguna muger diesse poder especial en publica forma a persona particular, para que en su nombre la obligasse por fiadora del otorgante, y en el dicho poder le huuiesse dado facultad para renunciar todos, y qualesquier beneficios en su fauor de derecho concedidos, sin expressar el beneficio del Veleyano, no serà nula la dicha obligacion, y fiança, que en virtud del dicho poder el dicho Procurador huuiesse otorgado, sin embargo que en ella se aya renũciado el dicho beneficio del Emperador Veleyano, y Iustiniano. Y aunque se pruebe, que la dicha muger al tiempo del dicho poder fue auisada, y sabidora del dicho beneficio, por no auerle expressado especialmente, assimismo no aurà lugar el cumplimiento de la dicha obligacion, *vt ita docet Gutierr. vbi sup cap. 20. num 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. vbi sup. num. 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 fianças en fauor 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 fiadurias, no les fue otorgado para ayudarse dèl en el engaño, mas por la simplicidad, è por la flaqueza que han naturalmente,* & ibi: *La setena razon seria, quando la muger fiziesse fiaduria por su fecho mismo, & est text. in l. aliquando, & l. si cum, & in l. si vir vxori, §. fin. ff. ad Vellei. & in l. 2. C. eodem.*

Ibi:

10 Ibi *Y de Toro.* b Y es de aduertir en esta renunciacion de las leyes de Toro, y se resuelue por conclusion llana, que el contrato, y obligacion, ò fiança otorgada por la muger casada en fauor de su marido, es ipso iure nula, aunque se pruebe auerse conuertido en su vtilidad, y prouecho: y si la dicha fiança, ò otra qualquier obligacion, ò contrato, le huuiere otorgado juntamente con su marido en su fauor, ò de otra qualquier persona, assimismo es nula, sino es en aquello que se probare auerse conuertido en su vtilidad, como se prueba *en la ley 61. de Toro, hodie l. 9. titul. 3. lib. 5. noua Recopilation.* ibi: *De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga, y alegue, que se conuirtio la tal deuda en fauor de la muger. & etiam probatur in Authen. si qua mulier, Cod. ad Vellei.* Y no obstante el renunciar las mugeres en este caso las dichas leyes de Partida, y de Toro, por ser especial en fauor de las mugeres casadas, porque estas renunciaciones tan solamente se han de entender en las mugeres que no estàn sugetas al vinculo del matrimonio, vt supra diximus.

11 La qual doctrina procede assimismo, aunque la muger se aya obligado como principal, y el marido como fiador, porque las tales renunciaciones, y palabras, solo es abundancia de superfluidad que tienen por estilo los Escriuanos, y sin embargo toda via se tendra por nulo el dicho contrato, por entender ser fiadora de su mismo marido, *secundum Speculator. de solut. §. 1. versic. Sed pone, ver. & vxor, colum. 3. Thes decis. 232. num. 14. & decis 233. num 2. in 2. ampliation.* 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 a cosa alguna, porque de otra suerte se fraudaria la ley.* Por lo qual claramente se confirma, y prueba, que de qualquier manera que la muger se obligue por su marido, es como sino se obligasse, *vt in Authent: siue à me, C. ad Vellei.* saluo por marauedis, ò deuda fiscal, ò publica, *vt ibi in dict. l. 61. Lo qual todo lo que dicho es, se entienda, sino fuere la dicha fiança ò obligacion, a mancomun por marauedis de nuestras rentas, ò pechos ò derechos dellas.*

12 Ibi: *Y auiendo entendido le en esta dicha forma.* c Y es de notar, que todas las vezes que las mugeres aora sean libres, ò casadas, en los casos que se pueden obligar, renunciando las constituciones, y leyes de Partida, es necessario que estèn

ciertas, y sabidoras para que efeto se renuncian las dichas leyes, porque de otra manera no quedaràn obligadas, como se prueba *en la dicha ley* 3. *dict. tit.* 12. *part.* 5. ibi *La tercera es, quando la muger fuesse sabidora*; de que se sigue, que por la simple renunciacion no se presume auer sido la muger sabidora del dicho beneficio, como de derecho se requiere, *vt ita probat Gregor. Lopez in gloss.* 4 *& in l. vltim. §. vlt ff. ad Vellei & in gloss. l. sciendum, ff de verbor. obligat.* Aunque muchos tuuieron por opinion, que para cumplimiento, y execucion de esta dicha obligacion, y fiança, basta que el dicho instrumento contenga la clausula siguiente: *De que yo el presente Escriuano hize sabidora a la susodicha del beneficio de los dichos Emperadores Veleyano y Iustiniano, que renunciado tiene.* Lo qual se ha y deue entender, no ignorando los dichos Escriuanos el dicho beneficio; porque en caso que siendole preguntado por el Iuez de su declaracion, y para que fin se conuirtuyeron las dichas leyes, y no diere razon suficiente, se presume engaño, y no se da entero credito, y fee, *segun el doctissimo Couarr. lib.* 2. *variar. resolut. cap.* 3 *num.* 2 *Cynus in l. fin. num* 4. *C. ad Velleian. Gregor. Lopez vbi sup. gloss.* 4 *Padill. in l. fin. n.* 13. *C. de iuris, & facti ignor. Azeued. in l.* 9 *tit.* 3. *num.* 16. *lib.* 5. *nouæ Recop.* *Formatur alia clausula.*

Ibi. *Iura a Dios.* d Aunque es verdad, que las palabras, assi de la referida ley 61. como las demas leyes que hablan en fauor de las mugeres casadas, parece ser prohibitiuas, y negatiuas, y que por su decision es visto ser excluidas de toda potencia, y modo de obligarse, nihilominus tamen si la escritura de obligacion que la muger otorgò, juntamente con su marido, fue jurada en la forma acostumbrada, renunciando assimismo el beneficio de los Emperadores Veleyano, y Iustiniano, y constituciones, y leyes de Partida, y de Toro, se ha de executar el dicho contrato, y obligacion, por virtud, y fuerça del dicho juramento, *vt ita tenet Gregor. Lopez in dict. l.* 3. *verb. Renunciacion, Matienç. in l.* 9. *gloss.* 1. *n.* 8 *& ibi Azeued. num.* 9. *tit.* 3 *lib.* 5. *Recop. & in cap. cum contingat, & cap. licet mulieres, de iure iurando, Gutier. lib.* 1 *de iurament. confirm. cap.* 1. *& in cap.* 56. *num.* 6. 13

Ibi: *De que por razon de menoridad.* e Y aunque es verdad, que el dicho juramento tiene la fuerça que dicho es, hase de entender siendo mayor de veinte y cinco años, sino es en caso que jurò, que por razon de menoridad no vendria contra la dicha obligacion, y contrato; y si de otra manera fuere jurado, 14

do, sin hazer mencion de la dicha menoridad, serà nulo el dicho contrato, y obligacion, *vt est text. in Authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit. Abb. in cap. cum contingat, de iur. iurand. Villad. in sua Politica de la instruccion, forma de libel. num. 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 auia lugar la lesion, y engaño; pero sin embargo que la muger aya jurado en la forma dicha los dichos contratos, y obligaciones; y assimismo aya renunciado las dichas Constituciones de los dichos Emperadores Veleyano, y Iustiniano, y leyes de Partida, y Toro, quedando la muger indotada, por presumirse auer sido opressa, y sugeta a su marido, y ser engañada en el hecho, y cõsejo, no queda obligada por derecho alguno, porque el miedo reuerencial, juntamente con quedar indotada, es causa bastante para rescindir, y dar por nulos todos, y qualesquier contratos, y obligaciones otorgados por las mugeres, por autorizados, y jurados que sean, sin ser necessario alegar, ni probar fuerça, ni violencia sino solamẽte probar, que quedò indotada, y enormissimamente lesa, y damnificada, de forma, que no le quedan bienes para poder ser alimentada, *vt ita concludit Paul. cons. 174. col. 2 lib. 1. Socin. cons. 263. nu. 2. lib. 1. Capic. decis. 159. nu. 34. gloss. & DD. in l. 1. §. Quæ onerandæ, ff. quarum rer. act. non datur, Roder. Xuar. in allegat. 24. Gom. tom. 2. variar. resol. cap. 14. n. 27. Couarr. desponf. 2. p. cap. 3. §. 6. n. 4. & in cap. quamuis pactum, p. 3. §. 4. num. 7. Molin. de primog. lib. 2. cap. 3. n. 11. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. C. si aduers. vendit. n. 93. Spin. in speculo testam. gloss. 12. num. 119. Gomez Arias in l. 61. Taur. vers. Tamen dicere auderem.*

16 Ibi: *Fuerça, ni miedo.* g Assimismo seràn de poco prouecho las dichas palabras, pues precediendo miedo, y fuerça justa, por amenazas que le hizo muchas vezes, diziendo que la mataria, ò se ausentaria, y la dexaria desamparada, poniendo tambien las manos en ella, dandole muchos golpes, y açotandola, solo a fin, y efeto de que otorgasse la dicha escritura, serà causa bastante para que assimismo se rescindan los dichos cõtratos, y obligaciones; y esto procede, aunque los dichos cõtratos estèn jurados en la forma que dicho es. Y es necessario,

que

que estas dichas amenazas no sean leues, sino que sean tales, q̃ caer pudieran en qualquier constante varon, considerãdo los sugetos *vt ita colligitur, & probatur in cap. cum contingat, de iure iurando, & in cap. verum eodem tit. & in l. metum, ff. de eo quod met. caus. l. interpositas, vbi Padill. C. de transact. n. 10. Greg. Lop. in l. 56 gloss. Miedo, tit. 5. p. 5. Burg. de Paz cons. 3. n. 52.*

Y es a saber, que si el marido enagenare sus bienes, y para mayor seguridad pidiesse el comprador, que la muger del dicho vendedor renunciasse la hipoteca, que en los dichos sus bienes tenia, no obstante la dicha renunciacion de la muger, no teniendo bienes el dicho su marido, dissuelto el matrimonio, para poder ser pagada, y satisfecha de su dote, no quedarà de ninguna manera obligada, antes tendra accion, y derecho contra qualquier tercero posseedor de los bienes enagenados del dicho su marido; saluo, si la dicha renunciacion fue jurada, vt supra in glossa queda dicho, *& ita probat Bart. in l. Mæuia, §. Fundus, num. 4. ff. solut. matrim. & ibi Paul. & commun. DD. Roland. à Valle cons. 70. num. 1 & 20. lib. 2. Gutier. 1. part. cap. 1. num. 18. de iurament. confirm. vbi probat dictam renuntiationem iuramento firmari.* 17

De aqui se infiere, que aunque la muger quiera, y pueda obligarse en la forma supra dicha, no podra renunciar el derecho, y priuilegio de no poder ser presa por causa ciuil, *vt ita tenet Azeu. in l. 10. num. 6. tit. 3. lib. 5. nouæ Recop.* 18

Donde se sigue, que por el consiguiente la muger no podrà renunciar el derecho de la censura, y descomunion, como no sea por deuda, y causa Eclesiastica, sino es en caso q̃ la muger se obligue en la forma, y con la clausula siguiẽte: *Y de no pagar, y cumplir la dicha fulana los dichos docientos ducados al plaço, y termino dicho siendo executada y no obedeciendo el mandato de excomunion, que en virtud de la dicha obligacion, por dilaciõ de la dicha se pusiere, y dar, para mayor firmeza se obliga, en pena de lo qual, a la pena q̃ por qualquier juez, que desta dicha causa conociere, fuere condenada y al Fisco de su Magestad aplicada.* Y desta forma quedarà obligada, no solo al principal de la deuda, sino tãbien a la pena que el Iuez de la causa quisiere condenarla, aplicandola al Fisco, y Camara Real; y puede ser presa, en caso q̃ no sea obediente a la paga, y mandamiento executiuo, pues por el desacato a q̃ se obligò, cometio delito aunq̃ en este caso, por no incurrir en pena corporal, podrà ser suelta de la prision debaxo de la fiança de la haz, *vt hæc omnia probat Azeu. in* 19 *Formatur alia clausula.*

dict. l. 10. num. 10. Bobadilla in sua Politica, lib. 3. cap. 15. num. 3. contra Gomez de Leon centuria 14. dicentes: Quod licèt verum sit, pro Ecclesiæ debito pecuniario mulierem incarcerari non posse, nihilominus tamen excommunicari pro tali debito poterit, & ita refert, & sequitur Rodriguez Amator in tractatu de executionibus, cap. 5. num. 54. & ibi iudex poterit iubere, vt mulier soluat, aliàs de contemptu mandati sub pœna applicanda Fisco incarcerabitur, vt ita tradit Azeued. vbi sup. num. 43.

20 Finalmente, para confirmacion de todo lo supra dicho, se requiere expresso consentimiento de el marido, lo qual se limita, que si el marido quisiere obligarse, y estando la muger presente al dicho contrato, y sin contradicion 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 de la dicha licencia, probando, que para aquel acto positiuo fue llamado el Escriuano de su consentimiento, *vt ita docet idem Azeued. in l. 2. num. 23. tit. 3. lib. 5. nouæ Recopilat.*

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 auer contradicho la muger, y no saber que los dichos bienes eran della, sino que el dicho acreedor tuuo por cierto, que eran del dicho su marido, quedarà obligada por el dicho fraude, y engaño, *per l. si fine, C. ad Vellei. & ita docet Molin. de iustit. & iur. tract. 2. disp. 540. num. 18. in fin.*

22 Y assimismo se limita todas las vezes que el marido renunciare el derecho de la dicha licencia, y consentimiento pro se de derecho introducido, y es buena limitacion: Y assimismo este dicho consentimiento se puede dar, y prestar por carta missiua, como todo conste de la verdad del hecho, *secundum Castillo l. 59. Tauri, numer. 2. Suarez in titulo de las deudas, §. Quæritur vlterius, fol. 56. Didacus Perez lib. 3. Ordinamenti, columna 1036 vers. Vtrum autem, quos sequitur, & refert Azeued. vbi suprà, num. 24.*

(***)

CAPITVLO XI. Adonde sumariamente se traen a la memoria algunas condiciones, y clausulas, que de derecho se reputan por nulas, vsurarias, y reprobadas en escrituras, y de consentimiento de las partes celebradas, y otorgadas en contratos.

SVMARIO.

1 Contratos ilicitos, y vsurarios, si son de derecho reprobados.

2 Prestar la cosa con condicion de boluerla mejorada si es pacto vsurario.

3 Vender la plata a mas de lo que vale, si es pacto ilicito, con parecer del Autor acerca de lo dicho.

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

5 En que genero de moneda tendrà obligacion a pagar el deudor.

6 Prestar dinero con pacto de boluerlo con ganancia, es vsura, nisi, vt ibi.

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

8 Si se puede lleuar el lucro cessante de la dote prometida mientras no se sere entregada.

9 Y si por no auerse entregado siguiendose el matrimonio, tendrà obligacion el que la prometio, de dar los interesses licitos, è industria justa.

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

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

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

13 Y si serà reprobada esta condicion, trayendo a la compañia mas capital que los demas compañeros.

14 Pagar quatro, cinco, ò seis por cada ciento, sin peligro de la deuda, si serà vsura.

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

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

18 *Y si procederà assimismo en las ventas de las lanas, valiendo a mas precio al tiempo de la esquila, y entrega.*

19 *Venta de ganado, con pacto de guardarlo a peligro del vendedor, si serà contrato ilicito.*

20 *Recibir mulas, y cauallos con la misma condicion, si serà vsura.*

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

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

1 VTRVM, Si todo genero de vsura, y contrato ilicito es de derecho reprobado. Y quanto a lo primero se responde, que todos los contratos de grangeria, adonde interuiniere logro, que es lo mal ganado, no ay duda sino que son pactos reprobados con obligaciõ, assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia de su restitucion. Y para conocer quales sean estos dichos contratos, y que propiamente el derecho reputa por vsurarios, solo se ha de tener atencion, si lo que se recibe en empresido, ò al fiado, es con grauamen, ò condicion de boluerlo, y pagarlo en mayor valor, ò precio de la suerte principal. Y aunque es verdad, que a estos dichos contratos no se les puede dar regla cierta, por ser infinitos los q̃ le pueden contraher debaxo de labe de vsura: pero con todo esso se notaràn los que ordinariamente se pueden ofrecer por las condiciones, y clausulas que en este capitulo iran declaradas, para que los Escriuanos esten aduertidos dellos.

2 Primeramente, no se puede celebrar, ni otorgar obligacion de dar mejorada la cosa en genero, ò en especie que se fia, ò empresta; como si se dixesse en la dicha escritura. *Los quales docientos ducados os presto, con condicion, q̃ para tal dia me los aueis de boluer en plata, ò oro,* la qual condicion es injusta, y contra derecho, por ser contrato al descubierto vsurario, assi por el interes que del trueco de la plata, ò oro se puede seguir por estimacion, y mas valor, como por el dolo, y pacto ilicito que se sigue, dando lugar a perturbar las conciencias, y poner las almas en gran peligro de su saluacion, *vt colligitur ex doctrina Hostiens. in summ. de vsuris, §. In aliquo, Nauar. in Manual. cap. 17. n. 225. Molin. de iustit. & iure, 2. tract. disp. 312. num. 11.*

Formatur alia clausula.

Y si tan solamente el dicho interes fuera segun la costumbre antigua no fuera pagar tanto interes que se conociera el agrauio que oy se haze a los que han menester plata, por auer llegado a tanto extremo el trueco que oy ay, que publicamẽte se vende en muchas partes, ciento en plata, por ciento y veinte, y doze, y catorze 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 està tassado, deuia perder la plata, o su valor, con mas el dos tanto. *segun la ley 5. tit. 21. lib. 5. nouæ Recop.* Y otras muchas leyes del mismo titulo, y del titulo 22. y 23. Y tuuiera por mejor, y mas seguro, que pues deste interes no participa su Magestad cosa alguna, que se le aplicara enteramente el dicho trueco, pues de otra manera se ha de dar causa a contratos ilicitos, y ha de ser causa a que las mercaderias se vendan mas caras, y por el mas subido precio que el natural, de que han de resultar grandes inconuenientes. Y de aplicarse assi a su Magestad no fuera de poco interes para quitar otras imposiciones, no consintiendo que plata alguna saliera de los Reynos de España porque en realidad de verdad los estrangeros los tienẽ perdidos, y ellos se han enriquezido, trayendo cobre, y mercaderias falsas, y de poco valor, que por lleuarlo en plata no reparan en dar la mitad mas por ello de lo que en España vale. Y aunque es verdad, que la prematica promulgada en Madrid en ocho de Março del ano de 1625. es muy justa, por auer puesto tassa a la dicha plata, que son diez por ciento: pero con todo esso, segun mi parecer, y arbitrio, tuuiera por mejor, que este mas valor se aplicara, como dicho es, a su Magestad, supuesto que el que lo dà, no pierde nada, considerando estimar en mas la necessidad para que lo tomò, que por ventura lo que le costò en razõ del dicho trueco; mayormente, siendo para el efeto de quitar otras imposiciones, como dicho es. 3

Y hase de notar, que si el valor de las dichas monedas en el discurso del tiẽpo, como muchas vezes sucede, se aumẽtare, ò disminuyere, y valiere menos, se ha de tener siempre atencion al valor del tiempo de la celebracion de los contratos, *vt ita colligitur ex cap. cum olim, & in cap. cum Canonici, de censib. Couar. in tract. de collat. numismat. cap. 7. §. vlt.* 4

Y para cumplir, y pagar el deudor sus contratos, y deudas, bastara pagarlas en qualquier genero de moneda corriente en el tiempo de la dicha paga, *segun la ley 6. titulo 21. sup. citat.* 5

lib.

lib.5 noue Recop. Saluo, si entre los dichos contrayentes fuere otra cosa tratada, y conuenida, como la plata, ò oro no tenga mas valor del tiempo que fue tratado, y conuenido, *vt in l.7. tit.21. citat. recop.* Y como del trueco no resulte mayor valor de las mercaderias que se dan, ò por otra qualquier razon, especialmente en contratos donde puede interuenir vsura, y logro, y en confirmaciõ desto vino la dicha prematica, de q̃ arriba hizimos mencion en los contratos celebrados hasta su promulgacion, en que mandò, que el obligado a dar plata cumpliesse con dar quartos, y mas diez porciento, y que desde alli adelante no se pudiessen celebar contratos con obligacion de dar la dicha plata, cõ las penas, *vt ibi, & vide ad hanc doctrinã, Molina de iustitia, & iur. 2. tract. disput. 312.*

6 Demas de todo lo supra referido serà cõtrato ilicito el prestar dinero con pacto de boluerlo con ganãcia, vltra de la suerte principal, saluo si el dicho empreſtido 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 aueis de dar, y restituir lo que se aueriguare auer dexado de ganar con ello por tenerlo como me cader destinado, y señalado para grangear con ello.* Y es cierto, que teniẽdo vn mercader, ò otra qualquier persona alguna cantidad de marauedis para grangear con ella, y a ruego, y persuasion de alguna persona se le entregò debaxo del dicho pacto, no serà vsura, ni logro lo que constare dexò de ganar, por ser lucro cessante. Y assi constando desta dicha perdida, y lucro cessante, se le pagarà, y seguramente se puede recibir, *vt ita notat Conrad. de contract. quæst. 30. Maior in 4. dist. 51. q. 30. Med. de rest. per vsur. q. 3. caus. 2. Adrian. de restitut. quia contractum est de interesse, Nauar. in Manuali cap. 17. num. 211. & in comment. de vsuris 14. quæst. 4. num. 47. Couar. 3. lib. variar. resol. cap. 4. num. 5.*

Formatur alia clausula.

7 La qual dotrina procede assimismo, teniendo el dinero destinado para redimir, ò comprar algun censo, porque en este caso puede licitamente recibir el acreedor, no solo el damno emergente, pero tãbien 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 conuenido, pagarà el comprador los intereses licitos, *segun Couarr. lib. 3. var. resol. cap. 4 dict. num. 5.*

8 Y en quanto a este remedio de lucro cessante, se ha de considerar, que no serà contrato ilicito el que se otorgare con la clau-

clausula, y cōdicion siguiente, scilicet: *Y que mientras el dicho fulano no diere, y pagare al dicho fulano su yerno la dote prometida con la dicha su hija, se obliga de dar, y pagar al susodicho los interesses licitos de lo que vale la cantidad de la dicha dote, a razon cada vn año de a veinte mil marauedis el millar.* El qual no se reputa por contrato vsurario, 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 hallare con suficientes bienes para satisfazer la dicha dote, podràn muy bien conuenirse, a que miētras no le fuere pagada, goze, y desfrute el dicho yerno el fruto de alguna heredad, con pacto de que no se computaràn con la suerte principal, *vt hæc omnia probat Molin. vbi sup. disp. 321.*

Formatur alia clausula.

9 De aqui 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 a la dote, è interes principal, como a sus interesses, *vt ita notat Zeuall. practicar. quæst. cap. 394. num. 1. Molina de iustitia, & iure, disputat. 322.*

10 Mas se sigue, que desde el dia que el marido, ò sus herederos, dissuelto el matrimonio, no entregarē a la muger, ò a sus herederos la dote que con ella recibiò, teniendo assimismo obligacion a dar, y pagar el lucro cessante, v.g. Supongamos q̄ el marido recibio los dichos bienes dotales inestimados, y que dissuelto el dicho matrimonio no se le entregaron, siendo bienes rayzes, è inmuebles, y los que fueron muebles, dineros, ò semouientes, passado el año de que el marido, ò sus descendientes deuen gozar, segun, y de la forma que en el *cap. 11. del lib. 2. §. Entrego, num. 127.* diremos, ò caso que los dichos bienes fueron estimados, y que el marido los recibio con aquella estimaciō que de derecho celebrò, y causò venta; porque entonces, auiendo obligacion de pagarse la dicha dote, dissuelto el dicho matrimonio, y con la dicha distincion que dicha es, se deue pagar el dicho interes, y lucro cessante, pues no es justo que la muger, ò sus herederos lo padezcan, y pierdan aquel dicho interes, *vt ita tenet idem Molin. de iustit. & iure, dict. disput. 322.*

11 Item, demas de lo supra referido, sera pacto ilicito, y no permitido, recibir en prenda cosa fructifera, con pacto de gozar en el interin de la paga de los frutos della, assi como si dixesse la escritura: *Para cuya paga, y seguridad el dicho fulano dio*

en

Formatur alia clausula.

en prenda, è hipoteca tal viña, ò heredad que està en tal parte, linderos notorios, de cuyo vsufruto en el interin que no se pagaren los dichos docientos ducados, que al dicho fulano le està deuiendo por tal causa, y razon, quiere que los aya, y goze, sin que se entiende computarselos en la suerte principal. Y no solo procede en este dicho caso, pero si el acreedor huuiere recibido las dichas heredades, ò casas en prenda de la dicha su deuda, y fuere negligente en conseruar el dicho vsufruto, assi como no arrendar las dichas heredades, y casas, como no en cultiuarlas, y sembrarlas, especialmente no siendo el dicho contrato celebrado en prouecho, y comodo de entrambos, *vt in primo casu probatur in cap. 1. & 2. de vsuris, & in cap. significante, de pignorib. & ibi communiter DD. Corn. de contract. quæst. 32.*

12 Demas de lo dicho, serà pacto ilicito assegurar el capital, parte, ò industria en el contrato de compañia a ganancia, y no a perdida, *vt tenet Franc. Otoman lib. 2. de vsuris, cap. 2. Felicia. de Solis, de cens. lib. 2. cap. 2. num. 5. in fin. Couar. variar. resolut. lib. 3. cap. 2. num. 4.*

Formatur alia clausula.

13 Lo qual se deue limitar, si el contrato fuere ordenado cõ la clausula siguiente, scilicèt: *Con condicion, que de la dicha perdida, ò ganancia, que de la dicha compañia resultare, tan solamente le ayan de pertenecer las dos partes al dicho fulano, y la otra tercia parte a fulano su compañero, lo qual es por causa, y razon de su mayor capital, è industria.* Y es la razon, porque no fuera justo que el que trae mayor capital a la compañia, ò mayor industria, que lleuara menos ganãcia, y tanta perdida como los demas que no traxeron tanto capital, *vt hæc omnia habentur, inst. de societate in princip. 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 marauedis, con pacto, y condicion de que por cada ciento ha de dar quatro, cinco, ò seis, aora pierda, ò gane mucho el dicho mercader, por ser contrato licito, y por tal estar recibido en estos Reynos, como assi lo aprueban *Maior in 4. quæst. 148. & 149. Nauar. in Manuali, cap. 17. à nu. 254. & in comment. cap. 1. 14. quæst. 3. à num. 3. Couarru. 3. variar. resolut. cap. 2. num. 3. & 4.*

15 Serà assimismo contrato vsurario vender al fiado por mas del precio riguroso del supremo, infimo, y medio, sino es en caso q̃ las dichas mercaderias estauan guardadas para ven-

der

der al tiempo de la paga, de que verisimil se conoce que ha de valer el precio porque se venden, *vt ita notat Couar. res. lib. 2. cap. 3. num. 1. Gutie. lib. de quæst. Canon. c. 39. num. 1. cum alijs sequentibus.*

Cuya dotrina assimismo se deue limitar, si la escritura del contrato fue ordenada con la clausula siguiente, scilicet: *La qual dicha mercaderia el dicho fulano se obligò de entregarsela, 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 euidencia està cierto el comprador, ò vendedor, que en aquel tiempo ha de valer mas, ò menos, 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 valido, como no se de mayor ni menor precio del supremo de lo que la cosa vale al tiempo de la entrega, o que se espera que auia 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 esperança, de que no auia de valer mas, ni menos, y que como vino el aumento en fauor del comprador, pudo assimismo venir en su contra, y en fauor del vendedor, *vt cum Medina tenet Molin. vbi sup. de iustitia, & iure, tractatu 2. disp. 358. num. 2.* adonde estiende esta dotrina en el trigo, y ceuada; pero hase de entender, valiendo menos que la tassa, y no si excede el precio della: y es la razon, porque bien puede vno vender el trigo a menos precio que la tassa, y no lo podrà vender a mas, sino es los labradores que lo tienen de su cosecha, segun la nueua Prematica, promulgada en Madrid en el año de 1619. 16 *Formatur alia clausula.*

De aqui se sigue, que serà contrato ilicito, 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 dar trigo viejo por nueuo, valiendo mas lo nueuo al tiempo de la cosecha, sino es cada vno en su precio, como lo vno, y otro no exceda de la tassa; y esto se entiende, aunque se cōpre en yerua, para despues de cogido, por militar la misma razon, *vt ita probatur in l. 17. tit. 11. lib. 5. nouæ Recop. Gutier. lib. 1. de pract. quæst. cap. 39. n. 58. Rodrig. de ann. reddit. lib. 1. quæst. 12. num. 40. cum alijs seqq.* 17

Y en

18 Y en quanto a 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 serà contrato vsurario, 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 cōcurrir assimismo, que en aquel tiempo el vendedor tenga necessidad del dinero para pagar el pasto del ganado, y para conseruarlo el tiempo adelante, considerādo assimismo otras circunstācias, como si el q̄ merca por anticipar la paga de la dicha lana, dexò de ganar en otra mercaduria *vt ita tenet Soto de Iustitia, & iure, quæst 4. artic. 1. & ita defendit Cord. in summa Hispan. quæst. 85. num. 6. vbi huius negationis praxim præmittit.*

19 Serà assimismo contrato ilicito, y vsurario vender ganado, con pacto que el vendedor tenga obligaciō a guardarlo a su riesgo y costa hasta tal dia, quedādo assimismo reseruados los corderos, lana, y queso para el dicho comprador, *vt ita tenet Molina de iust. & iure, 2. tract. disp. 362 liter. B.*

20 Recibir mulas, bueyes, ò cauallos en alquiler, con pacto que si por caso fortuito se murieren, ò deterioraren que sea por cuēta del que los recibe en el dicho alquiler, es assimismo pacto ilicito, *vt ita tenet Nauar. in Manuali, cap. 17. num. 260. Gaspar Rodriguez vbi supra num. 64.*

21 Y el prestar dineros, con condion que el que los recibe ha de trabajar en su heredad, molino, ò jaboneria, es contrato assimismo vsurario, sino es en caso que en el contrato se dixere: *Los quales cien ducados os doy, y presto mientras anduuieredes trabajando en mi molino.* Y esto no ha de ser con intencion de obligarle a que trabaje en el dicho su molino, ò heredad, *vt ita concludit Caiet. 2. 2. quæst. 78. art. 2.*

Formatur alia clausula.

22 Finalmente, todos los contratos celebrados en escrituras publicas, en los quales interuiene vsura; aunque es verdad, como dicho es, son de derecho nulos, y reprobados, y que no traen aparejada execucion; tan solamente se ha de entender en quanto lo que constare ser vsura, y ganancia, pero no en quanto al interes, y suerte principal, porque en quanto a ella son validos, y executibles, y assi se practica, *secundum l. 31. tit. 11. part. 5. & ita notatur per Bolañ. in commercio terrestre, y naual, lib. 2. cap. 1. num. 36.*

CAPI-

CAPITVLO XII. Adonde se aduierte en que forma, y con que clausulas deuen ser ordenados los contratos comissorios, para que conforme a derecho no se juzguen por nulos, sino antes por validos, y perfetos.

SVMARIO.

1. *PActo comissorio, si es valido, ò de derecho reprobado, y con que clausulas han de ser otorgados, para que sigan el efecto a que fueron celebrados.*
2. *Y si para la clausula referida se cumpliràn, y executaràn los dichos contratos.*
3. *Refierese cierta clausula, en virtud de la qual tienen efecto los dichos contratos.*
4. *Y si este pacto, y condicion aurà lugar entre el fiador, y principal obligado, y deudor.*

VTRVM, Y supuesto que los contratos que de derecho se juzgan por nulos, no se deuen executar, ni cumplir en la forma, y manera que dicho es, resta aora, que assimismo se declare, si el pacto q̃ el Derecho llama comissorio, se juzgara assimismo por nulo, y reprobado. Y porq̃ este dicho cõtrato se suele otorgar, y ordenar con diferentes condiciones, y clausulas; supongamos (para que cada vna destas dichas condiciones se declaren) que el dicho pacto fue ordenado con la clausula siguiente, scilicèt: *Con condicion, q̃ si para el dicho dia de la paga el dicho fulano no huuiere dado, y pagado los dichos dos mil ducados, que desde aquel dia quede por el mismo precio, y cantidad por el dicho fulano la dicha heredad, que se le dà en prenda, è hipoteca, sin que en ella passado el dicho termino pretenda accion, y derecho alguno.* 1

Formatur alia clausula.

Y por ser contrato otorgado por titulo de venta, parece, q̃ aunq̃ la cosa empeñada valga mas, y sea de mayor estimacion que lo que se dio por ella, serà valido el dicho pacto, y condicion, supuesto que el que vende, puede dar la cosa en menos de lo que vale, hasta la mitad menos de su valor, y justo precio, sin tener accion a pedir el mas valor, como adelante se dirà. Y por otra parte haze fuerça la simulacion con que los dichos contratos pueden ser celebrados, especialmẽte en empeños, adonde por las dichas causas son nulos, y por derecho 2

re-

reprouados, *vt in l.1.& vlt.C.de pactis pign. cap.significat.de pignorib & in l.41.tit.5.p.5.& in l.12.tit.13.de la misma Partida*, adonde se prueba la conclusion de nuestra question, ibi: *E por ende dezimos, q̃ si algun ome empeñasse su cosa a otro a tal pleito, diziẽdo assi. Si vos no quitareis este empeño fasta tal dia, otorgo q̃ sea vuestro dende adelante, por esto q̃ me prestais, ò q̃ sea vuestro dende en adelante comprado, q̃ a tal pleito como este non deue valer.* Por manera, que segun la decision desta dicha ley nos dà a entender, que el contrato de empeño otorgado con la dicha condicion, aora se haga mencion, que es por titulo de venta, ò por otro qualquier genero de enagenacion, de ninguna manera se deuen executar, y cumplir, por ser ilicitos, y reprobados.

3 Y en quanto a la segunda condicion que al principio diximos, se aduierte, que los dichos contratos se pueden celebrar y otorgar, de forma, que por su orden es visto apartarse del natural destos dichos contratos, sin que dellos se pueda presumir fraude, ni labe de vsura; y assi se dirà, para que se asseguré estos dichos contratos, las palabras siguientes.

Formatur alia clausula.

Y si el dicho dinero no le fuere pagado al dicho fulano para el dicho dia, q̃ por el mismo hecho la dicha prenda quede vendida por lo q̃ fuere justo, y valiere por aprecio de persona que lo entienda, y diga de su estimacion. Y desta forma passado el dicho termino, queda celebrada la dicha venta, siendo apreciada por arbitrio de buenos varones, *vt ita notant Doctores in dict.l.1.& vltima, C. de pactis pignor.& ita probatur ex l.12 supra dicta, tit.13.ibi: Pero si el pleyto fuesse puesto de guisa, q̃ si el empeño no le quitasse fasta dia cierto el que lo empeñó, que fuesse suyo vendido, è del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes buenos. & ita sequitur, Couar.lib.3.var.resolut.cap.2.num.8.Gutier.de iuram.confirmat. 1.part.cap.33.num.4.* adonde con muchos dize, que en el primer caso no se confirman 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 deudor fue conuenido, y tratado, que si el dicho deudor dẽtro de cierto, y determinado tiempo no pagare la deuda por lo que està obligado, que por el mismo hecho la dicha prenda quede vendida por cierto, y determinado precio, el qual contrato serà justo, y permitido, siendo el dicho precio justo, *vt contra Couar.tenet Molina de iust.& iure, 2.tract.disp.324.num.fin.per l.vlt.ff.de contrah empt.*

CAPITVLO XIII. Adonde se dificulta, si por la renunciacion de la ley 2. C. de rescindend. vendit. serà excluido el vendedor, ò comprador 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, ò comprada, y debaxo de que clausula.

SVMARIO.

1 *SI por la renunciacion de la dicha ley 2. tendrà accion, y derecho al engaño y lesion el vendedor a la cosa en menos de lo que vale vendida.*

2 *No ha lugar la dicha renunciacion, auiendo lesion que exceda de la mitad de su justo valor, y precio, & ibi num. 3.*

4 *Y si tendrà efeto la dicha renunciacion, auiendose hecho ex interualo.*

5 *Y si assimismo tendrà efeto auiendose renunciado con juramento.*

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

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

8 *En que forma se ha de entender esta dicha lesion, aora se pida por parte del vendedor, ò del comprador y en que contratos, y tiẽpo se deue intentar esta dicha accion, y derecho.*

9 *Y si este derecho, y remedio se concede assimismo a los oficiales de qualquier oficio.*

10 *Y si se podrà intentar este remedio contra tercero possedor.*

VTRVM, Si por la renunciacion, y excesso de la mitad del mas, ò menos valor en ventas, y otros contratos de enagenacion, serà excluido el leso de la restitucion de la lesion, y engaño, sin tener accion, y derecho a los bienes vendidos, y enagenados; y para que mejor se responda a esta dicha proposicion, y se conozca el natural deste contrato, se notaràn las palabras de la clausula siguiente, que seràn fundamẽto de lo que se dificulta, scilicèt: *Y para mayor firmeza, y fundamento, el dicho fulano renunciò la ley 2. Cod. de rescindend. vendi-* I

Formatur alia clausula.

tione, a y jurò a Dios, b y a su santissima †, y pena de perjuro, è infame, que por razon de lesion, ò engaño de mas de la mitad, ò me-

nos del justo valor, y precio de la dicha heredad, ò cosa vendida, por otra razon, ò causa alguna no irà, ni pretenderà accion, ni derecho contra el dicho contrato, y escritura haziendo, como desde luego haze, donacion al dicho fulano, e de lo que constare, 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.

2 Ibi: *Renuncio la ley 2. C. de rescind. vendit.* dY porque en todos, y qualesquier contratos de ventas, y arrendamientos, y otras enagenaciones, suelen ser celebrados, y ordenados con las palabras, y fuerça desta dicha clausula, de que tienen por cierto los Notarios, y Escriuanos, que es suficiente cautela remedio para excluir a los dichos otorgantes de remedio de la dicha lesion, y engaño, fundandose en algunas opiniones *vt ita notat Couar. lib. 2. var. res. cap. 4 num. 10. Padill. in dict. l. 2. num. 42.*

3 Pero siguiendo la mas probable, y comun opinion, digo, que este remedio de la lesion, y engaño se podrà intentar, y aura lugar, aunque especialmente se aya renunciado la dicha ley 2. segun el estilo comun de los dichos Escriuanos; y assi se aduierte, que sin embargo de las dichas renunciaciones serà restituido el leso en el dicho engaño que excediere de la mitad, mas ò menos de su justo valor, y precio, porque se cōsidera en semejantes casos, que con la misma facilidad que vno es engañado, assimismo serà persuadido a hazer qualquier renunciacion, *vt ita contra Couarrub. sentit Anton. Gom. 2. tom. var. res. cap. 2. num. 26. Matienç. in stylo Cancell. tit. 1. 4. p. glos. 4. Villad. in Polit. in form. de libelar. num. 138. vers. Porque se considera, fol. 248.*

4 Lo qual se limita en caso que esta dicha renunciaciō se aya hecho ex interualo en otra diferente escritura, porque en tal caso no se podra vsar deste dicho remedio, aunque exceda la lesion de la mitad mas de su justo valor, y precio, lo qual se estiende a los menores, y mugeres con la referida distincion, en especial jurando los contratos, *vt infra & ita notat Gutier. lib. 1. de iurament. confirmat. cap. 26. num. 3.*

5 Ibi: *Iuro a Dios.* Cuya solenidad es suficiente para excluir al engaño en la mitad mas, ò menos del justo valor, y precio de la cosa comprada, ò vendida: y esto procede, aunque no se aya renunciado la dicha ley 2. como assimismo lo tiene, y sigue *Gutier. vbi supra. num. 5, contra alios contrarium sequentes.*

Aun-

Aunque si esta lesion fuere enormissima, que excediere en el triplo o quadruplo de la cosa vendida, serà restituido el engañado, no obstante el dicho juramento: y assi, en caso q̃ no se restituya el dicho engaño, y lesion, se daràn por nulos los dichos contratos pidiendo primero relaxacion del dicho juramento, ad effectum agendi, & excipiendi, segun, y que queda dicho en el capitulo 2. deste libro, & ita notat Greg. Lopez in l. 56 glos. fin. tit. 5 par. 5. Molin. de primog. lib. 2 cap. 3. num. 19. Couar. vbi supra, cap. 4 n. 5. Villad. vbi sup. vers. Y siendo, Bolañ. lib. 1. comercio terrestre, y naual, cap. 12 num. 33. 6

Todo lo qual, y con la misma distincion se deue tener en los menores de veinte y cinco años, y mayores de catorze, siendo varones, y mayores de doze, siendo mugeres, que no tuuieren curadores, y juraren los dichos contratos como tales menores, y que por razon de su menoridad no diran contra los dichos contratos, segun, y que queda dicho en los cõtratos de menores, y se prueba expressamente en la ley 56 supra citada. tit. 5. par. 5. Lo qual no aurà lugar en caso que el menor jurasse teniendo curador ò en caso que no le tuuiesse, no jurasse como tal, porque entonces ha de ser restituido, aunque el engaño no exceda de la mitad del justo valor, y precio, como sea considerable, y esto procede, aunque la venta se aya hecho en almoneda, ò con decreto del Iuez, ò junta de parientes, vt ita notat Azeu. in l. 1. tit. 11 n. 28. lib. 5 nouæ Recop. Molin. Theol. de iustit. & iur. 2. tract. disp. 573. num. 12. 7

Ibi: *Haziendo, como desde luego haze donacion al dicho fulano.* e La qual clausula es de ningun valor, y efeto, porque solo sirue de abundancia, y superfluidad de palabras, que en semejantes contratos de estilo escriuen, y ordenan los Escriuanos: y es la razon, porque de la misma manera que el vendedor, ò comprador se facilitan a vender, ò comprar la cosa, de la misma suerte se sugetan a qualesquier clausulas, y cõdiciones ordenadas, y escritas por los dichos Escriuanos, segun, y que dicho es; aunque si el vendedor, ò comprador fuere sabidor que aquella cosa tiene mas, o menos valor de la mitad de lo q̃ justamente puede valer, y en otra diferente escritura, qualquiera de los dichos contrayentes hiziessen, ò hizieren remission de aquel excesso, no aurà lugar el pedir la dicha restitucion, por remedio de la dicha ley 2. vt ita notat Mariens. in l. 1 gloss. 8. num. 44. tit. 11. lib. 5. Recop. quem sequitur, & refert Azeu. ibidem, num. 29. Y en caso que el dicho remedio a lugar de 8

derecho, se deue, y ha de intentar dentro de quatro años, desde el dia que se celebrò el contrato, aora sea de venta, trueco, arrendamiento, ò aprecios de bienes, *segun la dicha ley 1. titulo 11. libro 5. Recopil.* Cuyo remedio assimismo se puede intentar despues de los dichos quatro años, en especial siendo el engaño enormissimo, a arbitrio del Iuez, y si es contra menores, que no huuieren jurado como tal el contrato, se les conceden treinta años; y si es Iglesia, Fisco, ò Comunidad, se les cōcede quarenta años, y mas quatro años, *segun la ley penult. y fin. tit. fin. part. 6. & ita notat Azeued. vbi sup. num. 32. Molin. de iustit. & iure, 2. tract. disput. 80. & nos infrà. cap. 42. num. 41.*

9 Deue assimismo notar, que aunque de parte del reo se pruebe lo contrario de lo que pretende el actor, se ha de estar a lo que se probare por parte del que pretende ser leso, y engañado, *vt resoluit Pinel. in dict. l. 2. Cod. de rescindend. vendit. 3. part. cap. fin. num. 43.* En cuya pretension se ha de tener atencion, si el vendedor pide restitucion; porque entonces es necessario que lo pruebe, que lo que valia diez, vendio por menos de cinco, y si fuere el comprador, ha de probar, que lo que valia diez, dio por ello mas de quinze; y en el vno, y otro caso, basta probar vno 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 deuen restituir los frutos, estando el posseedor en mala fee, aliàs no se deueran restituir, sino es desde el dia de la contestacion, como contra otros lo tiene Azeuedo, el qual se ha de entender en esta forma, vbi supra.

10 El qual derecho no se concede, ni ha lugar en fauor de Alarifes, y otros oficiales que toman a destajo las obras, *vt in l. 3. tit. 11. lib. 5. Recop.*

11 Cuyo derecho no se puede, ni deue intentar contra tercero posseedor, por ser accion personalissima, de que no se dà, sino es contra el que comprò, ò el que vendiò, sino es que la cosa fue enagenada por titulo lucratiuo, ò si es contra menores, con la distincion que diremos adelante en el capitulo quarenta y dos citado.

(*.*)

CAPITVLO XIV. Adonde se declara, porque clausulas se transfiere el dominio en el comprador de la cosa vendida.

SVMARIO.

1 *QVien deue ser preferido en la cosa en diuersos tiempos, y a 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 llaues.*
3 *Y si assimismo se transfiere por los hierros, y señales, y entrego de escritura, num. 4.*
5 *Y si por la clausula constituti se transfirio assimismo.*
6 *Y si la hipoteca especial con clausula de non alienando seguirà este efecto.*
7 *Y si por saber el segundo comprador de la primera venta, perderà este derecho.*

VTRVM, Si por la possession, y translacion del dominio de la cosa, en diferentes personas, y diuersos tiempos enagenada, y vendida, serà preferido en la dicha venta, y enagenacion el que antes verè, aut ficte se le fue entregada. Y para que esta dicha duda se especifique, y entienda con mas claridad, supongamos, que en la venta de vn fundo, ò heredad que a diferentes personas fue vẽdida, se les hizo entrego della en la forma siguiente. *Y el dicho fulano vendedor desde luego le haze entrego de las llaues de la casa, y puertas del cerco de la dicha heredad, de que yo el presente Escriuano doy fe que se las entregaron, y pusieron a la vista.* Y regularmente hablãdo, ha de ser preferido en la cosa vendida el primer comprador, *per regulam. Qui prior est in tempore, potior est in iure, de regulis iur. in 6. & in l. 50. tit. 5. par. 5.* Lo qual se ha de entẽder, quando siendo vendida la dicha heredad, ò casa en diuersos tiempos, y a diferentes personas, a ninguno de los dichos compradores les fue entregada, ò especialmente hipotecada, porque constando del dicho entrego serà preferido, aunque sea el vltimo comprador, *per l. quoties, C. de rei. vind. l. qui tibi, C. de hæred. 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 dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, è a la possession, è pagasse el pre-*

Formatur alia clausula.

precio, que la deue auer, è non el primero, & ita affirmat Couar. 2. lib. variar. resolut. cap. 19. num. 1. Anton. Gomez, tom. 2. variar. resol. cap. 2. num. 20.

2 Y si consistiere la dicha venta en peso, y medida serà necessario para transferirse el dicho su dominio, gustarlas, medirla, ò pesar las dichas mercaderias, *vt probatur in l. 1. §. si dolum, ff. de periculo, & comm. rei vend. & in l. quod si neque, ff. eod. & ibi Salic.* Y assimismo se transfiere por entregar las llaues, como dicho es *vt in l. clauib. ff. de contrah. empt. & vendit. l. 1. §. Si iusserim ff de acquirend. possess l. 2 C. de pericul & comm. rei vend. l. qua ratione, §. Item si quis merces, ff de acquirend rer. domin. & in §. Item si quis merces, instit. de rerum diuis. & in l. 7. tit. 30. part. 3.*

3 Y si la dicha venta fuere de ganado, ò paños, errandolo con sus hierros, y señales, se transfiere el dicho dominio en el dicho comprador, *vt in dict. l. quod si neque, ff. de periculo, & commod. rei vendit.*

4 Demas de los dichos casos se trãsfiere el dicho dominio por el entrego de la escritura de la venta, ò donacion, *vt in l 1. C. de donat & in l. 8 tit. 30. p. 3. & in l. 2. tit. 12. lib. 3. Fori, l. 17. & 44. Taur hodiè 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 possedor, en el interim de la verdadera entrega y paga.* Por cuyas causas se transfiere el derecho de la possession, y dominio; y es la razon, porque el acto ficto se juzga, y reputa por perfeto, y verdadero en el derecho de adquirir el dicho dominio, y possession, assi como el que resulta del acto vero, perfeto, y natural, *vt ita docent Ant Gom. tom. 2. var. res cap. 2. num. 20. & iterum in l. 45. Taur. num 33. in fin. Tell. Fern. in l 17 Taur. n. 25. cum plurib. seqq. Ant. Gabr lib. 3. comm. opin. in tit. de rei vendic. & in l 9. tit. 30. part. 3.* Y es de notar, que el juramento interpuesto al contrato, no finge tradicion, *vt ita notat Couarr. in Epitom. 5. part. cap. 5. num. 9. Ant. Gom. vbi sup. dict. num. 20.*

Formatur alia clausula.

6 Y demas de los supra referidos casos, en que por el acto ficto se transfiere esta dicha possession, y dominio, es en particular obligandose, e hipotecandose especialmente la cosa vẽdida, *vt Ant. Gom. vbi sup. n. 20.* Y esto procede cõ mas fuerte fundamento, si el dicho contrato fue celebrado con clausula de no poderse enagenar, *vt ita etiam notat Anton. Gom. vbi sup.*

num.

num. 20. in fin. Couar. lib. 2. resol cap. 19. nu. 7. Gutier. in l nemo potest, ff. de legat. 1. & iterum in tract. de iurarecut confirmatorio, 1. part. cap. 30. nu 7. Y es de aduertir, que si la cosa estuuiesse à dos, ò mas personas vendida, y a ninguna entregada, esta en eleccion del vendedor de entregarsela a quien quisiere, y esse serà preferido, saluo si fuere vendida, o donada a alguna Iglesia, o Monasterio, ò Ciudad, porque entonces serà preferidos, aunque al tercero comprador posterior se le aya entregado la cosa vendida, saluo si fuere anterior, y antes de celebrado el contrato con el dicho Conuento, Iglesia, ò Ciudad se le aya entregado verè, aut ficte, *vt ita docet Anton. Gom. vbi sup. & etiam Couar. in d. cap. 19. num 2.*

Assimismo se deue limitar la dicha ley, en caso que el postrer comprador a quien se entregò la cosa, supiesse que primeramente estaua vendida, porque por aquel fraude serà preferido el primero comprador, saluo, que si fue entregada por titulo lucratiuo, no es necessaria la ciẽcia del donatario, a quiẽ se le entregò, porque basta el fraude del donante, y vendedor, *vt supra idem Ant Gom. & Couar. in loc. citat.* Y esto se ha de entender, pretendiendo el primer comprador derecho por titulo oneroso, aunque si la cosa se entregò vltimamente, antes q̃ a otro por via de dote, serà preferido en ella mientras viuiere, por cuya causa se dio; y lo mismo es teniendo hijos, y luego serà preferido el primer comprador; y esto se ha de entender en fauor de quien se hizo la entrega del dicho fraude, es saber que la cosa estaua primeramente vendida, *vt ita notat Molin. de iustit. & iur. 2. tract. disp. 369. num. 9.*

CAPITVLO XV. Adonde se declara, con que palabras deuen, y han de ser ordenadas las clausulas de euiccion, para que el derecho del comprador no padezca excepcion alguna.

SVMARIO.

1 *SI por la renunciacion que el vendedor haze de no ser citado, y requerido, quedarà obligado a la euiccion, y debaxo de que clausulas, & ibi num. 2. 3. & 4.*

5 *Compensar si se deuen los gastos, y expensas de la cosa vendida con los frutos della, y quando se deuen los gastos voluntarios, y*

necessarios, & ibi num. 6. Y que efectos se sigan de renunciar la ley 36. tit. 13. p. 3. & ibi num. 7. Y acerca de otros puntos en esta materia, vease el num. 8. 9. 10. 11. 12. 13. y 14.

1 VTRVM, Si por la renunciacion que el vendedor haze del derecho de ser requerido por causa de la euiccion, si siendo omissa, y oluidada, quedara por el mismo hecho obligado el dicho vendedor a la euiccion de la cosa vendida. Y porque en realidad de verdad se han ofrecido, y ofrecen algunas dificultades en estos dichos casos, especialmente por no estar bien ordenadas las clausulas de la dicha euiccion, se tendra 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 salie e incierta, y en juizio fuere vencida, el dicho fulano dixo, que se obligaua, y obligò a la euiccion, y saneamiento della, a y no solamente al dicho su valor; pero tambien a los interesses, daños, y costas, b como tambien a los gastos, assi vtiles y necessarios, c como a los voluntarios, d que en la dicha heredad, ò casa parecieren auerse hecho por el dicho fulano, ò por sus sucessores, y herederos, y mas se obligaua, y obligò al duplo del interes, y estimacion de la dicha heredad, ò casa, e renunciando, como desde luego renuncia el derecho del 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 perjuizio al dicho fulano.*

Formatur alia clausula.

2 - Ibi: *Dixo, que se obligaua y obligò a la euiccion, y saneamiento della.* a Y regularmente queda obligado el vendedor a la euiccion, y saneamiento de la cosa vendida, y en juizio vencida, aunque a ello no se aya obligado, *vt est tex. in l. non dabitur, & in l. si cum quæstio, C. de euictionib. & in l. tenetur, §. Si tibi, & §. vlt. ff. de actionib. empt. & in l. venditor, & in l. euictare, ff. de euict. & in l. 32. tit. 5. p. 5.* ibi: *Quita, è libre de todo embargo deue ser entregada la cosa vendida al comprador; de manera, que si otro alguno ge la quisiere embargar, ò mouerle pleyto sobre ella, que gela deue fazer sana, & ibi Gregorio Lopez gloss. 2.*

3 Ibi: *Y no solamente al dicho su valor, pero tambien a los interesses, daños, y costas.* b Y no solo tendrà obligacion el vendedor al interes de la cosa vendida, pero tambien a los daños, y

gas-

tos que en el pleyto se siguieren, y assimismo a los interesses licitos, descontandose de los frutos, y arrendamientos de la dicha heredad, ò casa, *vt in dicta l. cum quæst. C. de euict. & ibi Bart. & communiter DD. & comprobatur per dictam leg. 32. tit. 5. p. 5.* ibi: *Estonce el vendedor tenudo es de tornarle el precio que recibio dèl por aquella cosa que le vendio, con todos los daños, è los menoscabos, & ibi Gregor: Lopez gloss. 5. 5.*

Ibi: *Como tambien a los gastos, assi vtiles, y necessarios.* C Y 4
es de aduertir, que no solo tiene obligacion el dicho vendedor a satisfazer, y pagar estas expensas necessarias; pero tambien a las vtiles, aunque a ello no se aya obligado, y le compete retencion en ellas hasta que se le paguen, aora sea el dicho vendedor, aora el que derecho pretende a la heredad, ò dicha casa, especialmente posseyendo con buena fee; aunq̃ en quanto a las expensas necessarias no impide que sea posseedor de mala fee, *vt ita probatur in l. domum, C. de rei vendicat. & in l. si in area in fine, ff. de condict. indebit. & in l. 41. tit. 28. part. 3.* ibi: *Dezimos, que antes que sea entregado de la cosa, è de la heredad, el que la vendiere assi, como sobredicho es, que sea tenudo de tornar al otro todas las despensas que ouiere fecho de nueuo en ella, & in l. 44. dict. tit. 28.* ibi: *E las puede cobrar de mientra que fuere tenedor de la cosa, ò de la heredad, en que las fizo, quiera aya buena fee, quiera mala, en teniendola.* Et ibi: *Mas si las fizo auiendo mala fee, sabiendo que el heredamiento, ò la casa que era agena, si el señor q̃ la vencio en juizio, non ge las quisiere pechar, puede el otro ende llenar la labor que fizo hi fazer.* Por manera, que esta diferencia ay en estas expensas, que si fueren necessarias, se le han de pagar, aunque las aya hecho con mala fee; y si fuerẽ vtiles, y prouechosas, ay obligacion a satisfazerlas, posseyendo con buena fee, y si fue con mala, cessa esta dicha obligacion.

Y en quanto a la paga de las dichas expensas se ha de notar, que si el posseedor gozò del vsufruto de la dicha heredad, 5
ò arrendamientos de la cosa, que de su valor se deuen cõpensar los dichos gastos, y mejoramientos, y entonces tiene dos elecciones el posseedor, ò a pedir al vendedor, ò al que pide, y vence, *vt in dict. l. adeo § Certè ff. de acquir. rer. dom. & in §. 3. instit. de rer. diuis. & in l. in fundo, ff. de rei vendicat. & affirmat Aluar. Valasc. quæst. 25. num. 28. quem refert, & sequitur Molina de iustitia, & iure, tract. 2. disput. 463. num. 10. & in dicta l. 44. tit. 28. part. 3.* ibi: *Empero si èl esquilmò algunos frutos, ò rentas de la cosa, ò de la heredad en quanto la tuuo, tenemos por bien que*

se descuente en las despensas. Saluo si el que pide, y vence es tan pobre, que no tiene con que pagar lo que faltare, para pagar y satisfazer los dichos gastos vtiles, y necessarios, aunque en este caso se le concede siendo posseedor de buena fe, destruiga todo lo que tuuiere gastado mas en la dicha heredad, *vt ita habetur in dict. l. in fundo, & in l. 41 & 44. dict. tit. 28. part. 3.* ibi: *Mas si por ventura el señor de la heredad, que la venciesse en juizio fuesse tan pobre, que non pudiesse ganar al otro las despensas que ouiesse nueuamente, maguer quisiesse vender todo quanto auia, dezimos, que estonce non seria tenudo de las pagar.*

6 Ibi: *Como a los voluntarios.* d Y aunque es verdad (como dicho queda) que los gastos vtiles, y necessarios se han de satisfazer antes que se entregue la cosa que se pide, aora sea el vendedor, aora el que pide, y vence, aunque a ello el vendedor no se aya obligado; pero no se ha de entender assi en los gastos, y mejoramientos voluntarios, que son aquellos que se hazen mas por adorno, y recreo de la heredad, ò casa, que no por la necessidad que dellos tiene: porque estos en realidad de verdad no se deuen, si el que pide, y tiene derecho a ella, no los quiere pagar, aunque bien se le concede, que pueda destruir, y echar por el suelo todos los dichos mejoramientos, sin que dellos resulte perjuizio a la casa, ò heredad adonde se huuieren hecho, *vt in l. vtiles, ff. de pet. hæredit. l. in fundo ff. de rei vendicat.* ibi: *Neque enim malitijs indulgendum est, si tesorium puta quod induxerit, picturasque corradere velit, nihil laturus, nisi vt officiat, & in l. 44. tit. 28. part. 3.* ibi: *Otrosi dezimos, que si aquellos que son tenedores de casas ò de heredamientos agenos, fazen despensas en ellas, que non son muy prouechosas, mas son a postura de la casa, ò de la heredad, assi como las pinturas que fazen en ellas, ò los caños que fazen, porque nazca hi el agua, ò las otras cosas semejantes destas, que fazen hi, como por auer deleyte por ellas mas que pro: si ouo buena fè, entendiendo aquello en que las fizo, cuydando que era suyo, que estonze puede tomar lo que ouiere fecho, è lleuarlo. Empero si aquel, cuya era la casa, ò la heredad, le quisiere dar tanto por ello, quanto podria valer despues que fuesse ende tirado, deue ge lo dar: mas si el que fizziesse tales despensas como estas, ouiesse mala fè, en teniendo la casa, ò la heredad, pierde todo quanto fizo, è non puede ende lleuar ninguna cosa.* Y hase de notar, que si las cosas estauan pintadas, y de raer las dichas pinturas, auian de quedar feas las paredes, que cumplirà el que derecho tiene a ellas, con pagar solamẽ-

te

te lo que costare el borrarlas, y destruirlas, *ex d. l. in fundo, Bart. in l. sed & si quid, ff. de vsufructu.* Y esto procede, aunque fuesse tratado, y se huuiesse sacado por condicion en la escritura de la primer venta, que el comprador pudiesse raerlas, y borrarlas, *vt ita notat Bald in dict. l. in fundo, Iasson in l. 1. C. de iure emphyteut. quos sequitur, & refert Ioann. Garc. de expens. & melioram. cap. 1. num. 33.*

Pero si el vendedor se obligò a satisfazer los dichos gastos voluntarios, no ay duda sino que se le deuen pagar, pues a tãto se obligue el vendedor, ò comprador, quanto deueràn cũplir, y guardar, *vt notat in renuntiatione Gutierr. de iuram. confirmat. 1. part. cap. 61. num. 16.* 7.

Ibi: *Y mas se obligaua, y obligò al duplo del interes, y estimacion de la dicha heredad, ò casa.* e La qual condicion assimismo es justo que se cumpla, supuesto q̃ no es contra derecho, antes si se consideran las palabras de la *ley 32. titul. 5. part. 5.* compruebase esta dicha condicion, vt ibi: *E si por ventura quãdo ge la vendio se obligò a pena del doblo.* Por manera, que para que se pague segun su entẽdimiento, es necessario, que a la dicha pena se obligue el dicho vendedor, y que se especifique bien, porque no se presuma es mas estilo de Escriuanos, que obligacion de partes, *vt ita docet Bald. post gloss. ibi in l. si fundus, §. In commissoria ff. de leg. commiss. & per l. 2. ff. de euictionibus.* Lo qual se entiende, no solo en el precio doblado, pero en la cosa doblada, aunque fuesse de mayor valor al tiempo de la euiccion, *vt in l. si cum venditor, §. fin ff de euictionib. Gregor. Lopez in l. 56 tit. 18. part. 3 & in dict. l. 32.* ibi: *Con todo esso non se entiende que le deue pechar el precio doblado tan solamente, mas la cosa doblada, maguer mas valiesse.* Y hase de notar assimismo, que si el dicho comprador pidiere despues de la cosa vendida la dicha pena del duplo, no podrà pedir los interesses, y los daños que se le siguieron, *vt est text. in l. emptorem, §. Cassius, ff. de actionib. empt. Molin. de iustitia, & iur. 2. tract. disput. 310. num. 26.* 8

Ibi: *Y en especial renunciò el derecho concedido por la ley 36. del tit. 5. p. 5.* f Y lo que se le puede dificultar en este caso, es, si por auer renunciado el vendedor la dicha ley 36 quedarà obligado, aun en los casos que de derecho no lo estaua, que el primero es por omission de la citacion, y requirimiento que se le deuia hazer, haziendole notorio el estado del pleyto, y causa antes que se recibiesse a prueba, ò en termino que el vende- 9

dor

dor pudiesse defender la dicha causa por prueba de testigos. Y el segũdo por auer puesto la dicha causa en manos, y facultad de juezes arbitros, sin ser asimismo citado, ni requerido el dicho vendedor. El tercero, por causa de auer dexado, y desamparado el dicho comprador la cosa vendida, y por otras causas que se refieren en la dicha ley 36. y de que justamente se puede renunciar la referida ley 36. y que por la dicha obligacion quede obligado a la dicha euiccion de la cosa vendida, es muy conforme a derecho, pues fue conuencion, y pacto entre los dichos contrayentes; especialmtnte, si el dicho instumento, y escritura de venta fue otorgada, y ordenada con clausula que dixesse. *Y de perturbarle, è inquietarle de la possession, y dominio de la dicha heredad, y ser vencido della, por qualquier titulo, y causa que otro tercero tenga a ella, siempre quedarà obligado el dicho fulano vendedor a la dicha su euiccion, y saneamiento, vt ita docet Gutier. vbi sup. cap. 61. num. 15. & ita tenet Bal. & Imol. in l. si domus, §. de euictione, ff. de leg. 1. Greg. Lopez in d. l. 36. glos. 3. in fin.* Y dize el mismo *Gutierr. vbi supra num. 16.* que assi como es valida la dicha renunciacion en fauor del comprador, y assimismo se puede renunciar en fauor del vendedor, assi como si dixesse: *Obligandose como se obliga el dicho fulano comprador, de que de ninguna manera pretenderà accion contra el dicho vẽdedor, aunque en juizio fuesse vencida la cosa vendida, renũciando, como desde luego renuncia el derecho de la euiccion, y demas leyes q̃ hablã en su fauor.* Lo qual se ha de entender, a mi parecer, teniẽdo por cierto el dicho vendedor, q̃ en la heredad, ò casa vendida ninguna persona tenia derecho alguno, porque de saberlo, y no ignorarlo, se ha de tener lo contrario: saluo si el cõprador sabia, y estaua cierto, que la dicha casa, ò heredad no era del dicho vendedor. Y hase de notar, que la renunciacion que el comprador haze de euiccion de la cosa vendida, no se ha de entender del precio de la misma cosa, sino tan solamente de los interesses, 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 euiccion de la cosa vencida, *vt in l. emptorem, §. fin. ff. de actionib. empt. iuncto tex. in l. qui libertatis ff. de euict. & ibi tenet Glos. ordinaria, & communit. DD. l. 1. §. 1. de ædil. edict. & in l. si fundum, C. de euict.*

Formatur alia clausula extra ordinem

Formatur alia clausula extra ordinem

Y solo resta, que se dè a entender, si en los casos que el vendedor queda obligado a la euiccion, lo quedarà assimismo, aunque

10

aunque la cosa vendida passe a tercero posseedor. Y de que quede obligado no ay duda, entendiendose con la distincion siguiente, scilicet, que si la heredad, ò casa vendida fue vencida del dicho tercer posseedor, no se podrà intentar esta dicha accion contra el primer vendedor, sino tan solamente contra quien vendio, de quien tiene titulo el vltimo posseedor; y desta forma se irà pidiendo vno a otro hasta sacar la cosa vendida: y esto tiene fundamento, por ser diuersos los titulos, y contratos, y partes contrayentes, de que de cada vno nace su nueua, y diferente euiccion, la qual de ninguna manera se puede intentar contra el primer vendedor. Y porque esta accion es personalissima, y de su naturaleza no passa actiuè, nec passiuè al particular sucessor, y posseedor de la cosa vencida, *vt in l. fin. §. fin. de contrah empt. cum similibus, & hoc etiam reputat esse quotidianum, Bal. in l. cum successores, C. de euictionib.*

Lo qual se deue limitar en caso que la escritura de vẽta estè 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 podrà muy bien tratar desta dicha euiccion el dicho tercero posseedor contra el primer vendedor, *per l. si res quam, ff. de euictionib. & ibi communiter DD. & ita notat Bar. in l. si pro re, §. 1. ff. eod. idem Bar. in l. Iulianus. §. 1. ff. de verbor. obligat.* 11 *Formatur alia clausula extra ordinem*

Y porque es contingente a esta materia, se puede assimismo dudar, si este derecho, y accion de euiccion se podrà executar por los gastos, è interesses. Y no ay duda sino que auiendose obligado el vendedor a la euiccio, se podrà executar por los dichos interesses, hecha liquidacion, por la qual conste auerse vencido la cosa *segun la ley 32. tit. 5. p. 5. & secundũ Pan. in cap. cum olim, de censibus, quem sequitur, & refert Parl. lib. 2. rerum quotid. 1. p. cap. fin. §. 12. ex n. 36. vsque ad fin.* Y esto mismo se ha de entender difiriendose la liquidacion en el juramẽto del comprador, *vt in eodem loco Par.* cuya liquidacion es visto ser hecha, quando ha passado sentencia difinitiua, y en virtud della tomadose la possession judicial de la cosa, *segun doctrina practica de Bald. in l. habere licere, ff. de euictionibus.* 12

Demas de lo qual, se deue considerar, y notar en esta dicha materia, que el vendedor no tiene obligacion precisamente 13

a de-

a defender la causa, porque sin embargo de que se le aya hecho requerimiento, ha de seguir la dicha causa el comprador, sino es obligandose el vendedor en la forma de nuestra principal clausula, *vt ita notat Anton. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 2. num 47. vers. Sed his non obstant.*

14 Finalmente se concluye, que si el que està obligado a la dicha euiccion, fuere Clerigo, tiene obligaciò a defender aquella causa ante el Iuez del comprador; y por el contrario, si el vendedor fue seglar, ha de seguir el fuero del comprador, aũque sea Sacerdote, *vt ita habetur in l. venditor ff. de iudicijs, & in l. 57. tit. 6 part. 1.*

CAPITVLO XVI. Sobre la esterilidad, y clausulas con que las escrituras destos contratos han de ser otorgadas.

S V M A R I O.

1 *SI por causa de esterilidad se le deue remitir la pension al arrẽdatario, y debaxo de que clausulas.*

2 *Renunciando los casos fortuitos, si aurà lugar la dicha remission.*

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 que palabras.*

5 *Y si se han de entender los casos insolitos, & raro contingentes, aunque especialmente se ayan renunciado.*

6 *Refierense dos comunes opiniones en este caso.*

7 *Si por culpa, y negligencia del dicho arrendador se deue enteramente pagar la dicha pension.*

8 *Y si se deue remitir siendo arrendada la heredad ò viña por dos, ò tres años, especialmente quando el vno dellos fue tan abundante en frutos, que supliò el precio de los demas.*

9 *Si por el juramento es visto renunciarse todos los dichos casos fortuitos.*

10 *Si en las rentas Reales ha lugar la dicha remission, aunque sean por qualesquier casos fortuitos.*

1 VTRVM, Si el colono, inquilino, ò arrendador por causa de esterilidad, sin que de ninguna manera se les pueda im-

imputar culpa, tendràn 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 della es cierto, que si muchos lo saben, muchos lo ignoran, especialmente los Escriuanos, que es impossible, no siendo Letrados, tener noticia desta materia, cuya duda es la que se ofrece sobre la renunciacion, y clausula de esterilidad, que para manifestar sus efectos es justo que se noten sus palabras, que su tenor es el siguiente: *Y con condicion, que por falta, ò abundancia de agua, ò por yelos, ò ayres, ò fuego, y aunque suceda, y preuenga esterilidad general, 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, porque os ha sido arrendada, ni hazer dexacion della, ni aprouecharos de las leyes que tratan de esterilidad, y casos inopinados, y no pensados, renũciando, como desde luego renunciais la ley 23. del titulo 8 de la quinta Partida.*

Ibi *Y aunque suceda, y preuenga esterilidad.* a Y de qualquier manera que suceda esterilidad en la heredad, ò huerta arrenda da, sin que della se le impute culpa alguna al arrendatario, y colono, aora suceda por fuerça de enemigos, destruyendo, o lleuandose los frutos, aora por crecimiento de los rios, y el mar, ò por la poca abundancia del agua ò por reboltõ, ò otra qualquier po illa que destruiga el fruto, ò por fuego, ò rayo, ò por otra qualquier causa, aunque sea por destruicion de animales, como sucede en los ossos, texones, y garduños, en los arrendamientos de los colmenares, ha de ser libre el dicho arrendador de la paga de la pension, *vt ita habetur in l. si merces, §. Vis maior, & in l. ex conductio §. Si vis, ff. locato, l licet 1. C. eod tit. cap. propter sterilitatem, eodem tit. & in l. 22. tit. 8. p. 5.* ibi: *Destruyendose, ò perdiendose los frutos de alguna heredad, ò viña, ò otra cosa semejante que tuuiesse arrendada vn ome de otro por alguna ocasion que acaeciesse, que non fuesse muy acostumbrada de auenir, assi como por auenidas de rios, ò por muchas lluuias, ò por granizo, ò por fuego que los quemasse, ò por hueste de los enemigos, ò por assonadas de otros omes que los destruyessen, ò por Sol, ò por viẽto muy caliente, ò por aues, ò por langostas, ò otros gusanos que los comiessen, ò por alguna otra ocasion semejante destas q̃ tollesse todos los frutos, dezimos que non es tenudo el que los touiesse arrendados de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento que ouiesse prometido*

tido a dar. Y hase de notar, que de la misma manera que al dicho arrendador se le remite la dicha pension por causa de la dicha esterilidad, assimismo se deue aumentar el precio del dicho arrendamiento, quando la dicha heredad rindio doblado el fruto de lo que comunmente solia lleuar, *vt in l. 23. dict. tit. 8. part. 5.* ibi: *Otrosi dezimos, que si por auentura acaeciere, que la heredad, ò la cosa arrendada, rindiere tan abundantemente vn año, que pueda montar mas del doblo de lo que solia rendir vn año con otro comunalmente, que estonce deue otro si el que la tiene arrendada, de doblar el arrendamiento, si esta abundancia vino por auentura, è no por alucia del que la labrasse de mas labores que solia, ò por otras mejorias que fiziesse en la cosa.* Lo qual assimismo se exemplifica en el arrendamiẽto del molino, que si por alguna ocasion se destruyessen otros algunos que estuuiessen en el mismo rio, y parte, por cuya causa rindiesse, y moliesse mas que entonces, deue pagar doblado el dicho arrendamiẽto, ò segun, y conforme ganauan los dichos molinos destruidos, *secundum, vt in d. l. si merces, §. Si vis maior, ff. locat. Abb. in dict. cap. propter sterilitatem, ad fin eodem titulo, Paul. de Castro in l. cotem, §. Qui maximo, ff. de public. & vect. vbi ponit istud exemplum de molendino, quem refert Gregor. Lopez in dict. l. 25. gloss. 6.*

3 Ibi: *O suceda caso no pensado, b è inopinado.* Y renunciando el dicho arrẽdador la esterilidad, es sin duda, q̃ tiene obligacion a pagar toda la pension, y precio del dicho arrendamiento, *vt in l. si quis fundum in principio, ff. locati l. licet, C. eodem l. quæ fortuitis, C. de pignor. action. & in d. l. 23 tit. 8. p. 5.* ibi: *El primero es, si quando se fizo el pleito del arrendamiento, se obligò el que recibiò la cosa, que por qualquier ocasion que se perdiesse el fruto, a èl pertenecciesse el daño, & ita affirmat communis DD. sententia, quam referunt, ac sequuntur Ant. Gomez 2. tom. var. res c. 3. n. 19. Aluar. Valasc. q. 27. n. 34. Arias Pinel. in l. 2. C. de rescind. vendit. 1. p. cap. 3. num. 26. Gutier. de iuram. conf. 1. p. cap. 24.*

4 Cuya doctrina procede, y se estiende, aunque la renunciacion sea generalmente, sin que sea necessario hazer particular mencion de ninguno de los dichos casos fortuitos, porque bastarà dezir: *Renunciando como desde luego renuncia el dicho arrendador todos, y qualesquier casos fortuitos*; y aunque tan solamente se diga: *La qual heredad el dicho fulano arrienda, tomando, como en si toma, qualquier peligro, que en la dicha heredad sucediesse, vt cum Bar. & alijs tenet Ant. Gomez loco citat. num. 19. Greg. Lop. in d. l. 23. glos. 1.*

Formatur alia clausula extra ordinem

Pe-

Pero lo que se puede dificultar, es, si en la dicha renunciacion general, ò especial, serà visto comprehenderse assimismo los casos insolitos, & raro contingentes, cuyos casos no se presumira que auian de suceder en aquel lugar, y region, por no auer memoria de hombres, o por no auerse oido, ni sucedido tiempo de mas de quarenta años. A lo qual se responde con la distincion siguiente, y es a saber, que si en la escritura de arrendamiento tan solamente se renunciò generalmẽte por el arrendador los casos fortuitos, sin expressar alguno, no ay duda sino que fue visto comprehenderse los casos acostumbrados, y de los que se presumian, y entendian podian suceder. Pero no de los insolitos, y raro contingentes, de los quales no se tenia memoria, ni se entendia podian suceder, *vt in l. si fistulas. §. Frumenta, ff. de contrahenda emption. & ibi notat Bart. & communiter DD. Anton. Gomez vbi sup. num. 19. Gutierrez, de iuram. confirm. cap. 24. num. 6. & alij quos citat.* 5

Y aunque es verdad, que ay diuersas opiniones en este caso, y que muchos Doctores afirmaron que no solamente en la dicha renunciacion se comprehendian los casos acostumbrados, pero tambiẽ los insolitos, & raro contingentes, *como assi lo tuuo Arias Pinel. cum Bald. & alijs, quos citat in l. 2. C. de rescindenda vendit. 1. par cap. 3 numer. 26. vsque ad num. 33. Greg. Lopez 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 praticable la primera in iudicando, & consulendo, y se ha sentẽciado muchas vezes en esta conformidad, *segun Zeuallos in lib. 2. commun. contra commun. cap. 702.* Aunque parece que para su opinion se inclina algo a la de Baldo, por dezir, que siempre entẽdio aquel texto muy diferente q̃ su Maestro: y con todo esso parece va siguiendo la comun. Aunq̃ en dos casos se podria limitar la dicha primera opiniõ, que el primero es, si se renunciò diziendo assi. Los casos insolitos, y de raro contingentes, como los opinados, è inopinados, por ser visto obligarse a todo rigor, segun afirma Pinelo en el lugar supra citado, auer sido determinado en el Senado Real. Y el segũdo es, quãdo se renunciò expressamente algunos casos; con tanto, q̃ por el q̃ sucedio la esterilidad, sea igual, y no mayor a los expressamente renunciados; de que para mi tengo por mejor consejo expressarlos todos: *Assi como auenidas de rios, lluuias, granizo, yelo, sol, ayre, fuego, rayos, enemigos, ladrones, osos, lobos, perros, guardaños, texones, polilla, y de gusanos, y otro qualquier genero* 6

de animales de dos, ò quatro pies, q̃ se juzguen, ò no, por inopinados.

7 Ibi: *De la dicha heredad.* Y en caso que el dicho arrendador no huuiesse mirado por la cosa arrendada, assi como no auer hecho los aprouechamiẽtos necessarios, de arar, y cultiuar los frutos, no ay duda sino que no aurà lugar la esterilidad, aunque no se ayan renunciado los casos fortuitos general, o expressamente; especialmente si por aquella causa se perdieron, *vt in l. ex conducto, §. 1. ff eod. & in l. si merces, §. Culpæ, ff eodem, & in dict. l. 23. tit. 8. p. 5.* Y lo propio es, si despues de cogidos los frutos los consumiesse algun caso.

8 Demas de lo qual no aurà lugar la dicha esterilidad, quando en vno de los años de arrendamiento rindiò tanto fruto, que su valor fuesse suficiente a pagar los años esteriles, siendo debaxo de vn arrendamiento, y escritura, y no separadas, *vt ita sentit Bal. in l. licet, & ibi Salicet. C. de locat. & in dict. l. 23. tit. 8. p. 5.* Todo lo qual se estiende, y no ha lugar la dicha esterilidad, quando los frutos que se perdieron, estauan sujetos mas a vn caso, y calamidad, que a otro alguno en aquella region, y lugar, aunq̃ no se ayan renunciado, *vt in l. ex conducto, §. Si vis, vers. Sed, & si accideret, ff. locat. & in l. 22. tit. 8. p. 5.* Y esto se ha de entender, no siẽdo los casos insolitos, ò mayores, y de mayor rigor, como assi lo he visto determinado en primera instãcia en vn pleyto de colmenas. Y assimismo no aurà 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, *vt in l. licet, C. de locato, Coua. de pract. quæst. cap. 30. §. Quamobrem, Arias Pinel. in l. 2. C. de rescind. vend. 1. part. cap. 3. num. 12. Ant. Gomez 2. tom. var. res. cap. 3. num. 3. Aluar. Valasc. de iure emphyt. q. 27. §. Quinto, num. 24. Greg. Lopez in dict. l. 22. verb. En su escogencia,* de cuyas palabras assimismo se colige, y prueba, ibi: *Pero si acaeciesse, q̃ los frutos no se perdiessen todos, y cogiere el labrador alguna partida dellos, entonce en su escogencia seria de dar todo el arrendamiento al señor de la heredad, si se atreuiere a darlo, è sino, sacar para si las despensas, è las misiones que fizo en labrar la heredad, è lo que sobrare, de lo que al señor de aquella cosa que tenia arrendada.* Y refiere Couarrubias en el lugar citado, que en caso de duda, quando no se puede liquidar con certeza, quãdo se entienda auer cogido mas, ò menos de lo que puede valer el valor del dicho arrendamiento, porque los testigos, assi de vna parte como de otra, son varios en

sus

sus deposiciones, q̃ entonces se deue juzgar en fauor del arrẽdador, remitiendole la possession por el valor de la tercia ò quarta parte, adonde dize assi auerse determinado muchas veces en la Chancilleria de Granada. Con la qual dotrina consiente Aluaro de Velasco en el lugar citado: con lo qual no se conforma el doctissimo Molina de iustitia, & iure, en el lugar supra citado, adonde dize, en caso de duda juzgarà, segun las decisiones de las dichas leyes Reales de Partida, *vt eum vide in tract. 2. disp. 395. num. 9.* Y para quitar todas estas dichas dudas, es bueno renunciar los dichos casos fortuitos, y demas serà bueno renunciar la dicha *ley 22 tit. 8. par. 5.* porque en efeto habla en fauor del arrendador, y se puede renunciar, *l. si quis in conscribendo, C. de pactis.*

Finalmente se aduierte, que en este contrato no puede 9
interuenir juramento, porque sin embargo no aurà lugar, aunque juntamente se aya renunciado generalmente el auxilio de las leyes; y esto se ha de entender, quando no precedieron las clausulas de renunciacion supra referidas; porque en realidad de verdad, faltando, y siendo omissas, no por esso es visto auerse renunciado los dichos casos fortuitos; porque tã solamente el juramento es visto referirse a aquellos casos, a los quales se refiere la dicha renunciacion, siendo en la forma que dicho es, *vt in l. vlt. C. de non numerat. pecun. & alia similia affirmat Bart. & communis Doctorum sententia, quam referunt, & sequuntur Aluar. Valasc. vbi sup. num. 27. Gutier. de iuram. confirm. cap. 24. num. 12.*

Y para conclusion deste capitulo, se deue notar, que de 10
ninguna manera en todas las rentas Reales no puede auer descuento alguna de la dicha pension, aunque no se aya renunciado ninguno de los dichos casos fortuitos, pensados, ò no pensados, *vt in l. 2. tit. 9. lib. 5. noua Recopilat. & ibi Azcued. per totam.*

CAPITVLO XVII. Sobre la clausula de la renunciaciõ de los casos fortuitos, en arrendamientos de casas, heredades, y otros edificios, adonde por su orden se traen a la memoria muchos casos, que en esta materia son los mas dificultosos.

SVMARIO.

1 *Qual culpa se le deue imputar al arrendador, para quedar*

obligado a los casos fortuitos, y con que clausulas quedarà obligado el dicho arrendador a los dichos casos fortuitos.

2 *Y si regularmente estarà obligado el dicho arrendador a los dichos casos, sucediendo por su culpa.*

3 *Como se conoce qual sea dolo, culpa leue, lata, ò leuissima, & ibi num 4.*

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

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

7 *Mula, ò cauallo siendo alquilados para vn lugar, y parte, y siendo lleuados a otro a quien se imputarà el daño, siendo muertos por casos fortuitos.*

8 *Si renunciando los dichos casos el dicho arrendador, quedarà obligado a los dichos casos fortuitos por qualquier culpa.*

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

10 *A quien pertenece el peligro del incendio de la casa quemada y abrasada.*

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

VTRVM, Si por leue, ò lata culpa, el arrendador, ò inquilino de la cosa arrendada, no auiendo obligadose a los casos fortuitos, tendrà obligacion a pagar, y satisfazer aquel daño, que durante el dicho arrendamiento sucedio. Y para que a lo que se propone se responda con fundamento, obseruãdo el estilo de nuestra materia, se notaran las palabras de la clausula siguiente; porque demas de ser causa de quitar medios para muchos pleytos q̃ cada dia suceden por las dichas causas, se aduertiràn por sus apostilas los casos mas contingentes, y quotidianos que en la dicha materia pueden suceder; scilicèt: *Obligando, como se obliga, el dicho fulano, que si en alguna manera no cumpliere las condiciones contenidas en esta dicha escritura, pagarà todo el daño, a y peligro que por las dichas causas sucedieren en las dichas heredades, ò casas, renunciando, como renuncia, b todos los casos fortuitos, opinados, è inopinados de fuego, agua, granizo, y generalmente los demas casos que pueden suceder.*

Formatur alia clausula.

2 Ibi: *Pagarà todo el daño.* a Y es a saber, que el arrendador, colono, ò inquilino, que para su propio vso, y aprouechamiẽto alquilò la casa, ò arrendo heredad para gozar de su vsufru-

to; regularmente esta obligado al daño, y el arrendatario que por su culpa, y dolo sucediere en la cosa arrendada, aora sea de lata, aut leui culpa, *vt constat ex l. item quæritur, §. si gemma, leg. si quis fundum in princ. & §. Celsus, & ex l. sed & damno, ff locat. & ex §. vlt. inst quib modis re contrah. obligat. & ex l. 8. tit. 8. par. 5.* adonde todos los Doctores conuienen està obligado el dicho arrendador, sino es por culpa leuissima.

Y para conocerse qual sea dolo, ò culpa leue, ò lata, aut leuissima, solo se ha de considerar, si lo que se haze, es execucion de la mala voluntad, astucia, y maldad, en dezir ò en hazer lo que va dirigido en perjuizio, y daño del otro; y desta forma, segun la circunstancia del caso, se puede colegir, y presumir qual sea dolo, y lata culpa, *vt in l. 1. §. 1. ff. de dolo.* 3

Y assimismo se podrà entender quando sea lata, ò leue culpa, quãdo por descuydo, y negligencia resultò algun daño, que por diligentissimos medios no pudo suceder, *vt in l. quod Nerua, ff. de posit. docet Bar. Panor in cap. vnic. de commodat.* 4

Y no solo estarà obligado el dicho arrendador de su propia culpa, pero tãbien de sus mismos criados, que hizieron el daño, *vt in l. videamus in princip. iunct. l. qui insula §. vlt ff loc.* 5

De aqui se sigue, que si el sastre, carpintero, texedor, ò tintorero, ò el batanero, que en realidad de verdad reciben el impedio, por razon de los dichos sus oficios, que de qualquier manera que sucediesse el peligro en la obra que se les dà a hazer, assi como si se quemasse, ò si la hurtassen, ò la royessẽ ratones, ò por su impericia la echassen a perder, tendran obligaciõ a pagar su valor, y estimacion, *vt in l. item quæritur §. si fullo, & in l. si quis fundum, § Cels. ff locati, & in l. 12 tit. 8. part. 5.* 6

Y si la mula, ò cauallo fueron alquilados para vn lugar, y parte, no aurà obligacion a satisfazer su valor, si en aquel camino peligrassen, sin culpa del que los recibiò pero si fue por culpa suya, assi como si fue a otra diferẽte parte, y lugar, de para donde se los dierõ, ò porque por andar mas leguas de su ordinario, y por estas dichas causas sucediesse algũ peligro, tendrà obligacion el que los recibe al dicho su valor, y estimacion, *vt in cap. vnico, de commodat. §. item is, vers. At is, in fin. quib. mod. re contrahitur obligat. & in l. si vt 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.* 7

De aqui se sigue, que si por culpa, ò negligencia de los pastores se perdieron algunas cabeças de ganado, que tendran 8

obligacion a dar, y restituir su valor, *segun la decision de la ley 18. dict. tit. 8. part. 5.* sino es por caso fortuito, de que estando el dicho pastor presente, no lo pudo remediar, *vt ibi Gregor. Lopez gloss. 1. Molina de iustitia, & iure, tractat. 2 disputat. 494 num. 12. y 13.* adonde dize, que en caso de duda se ha de estar al juramento del dicho pastor, concurriendo otras vehementes presunciones; assi como entregar las pieles, y pedaços del dicho ganado, aliàs sera condenado a pagar el detrimento, y daño, que se dexa a arbitrio de vna, ò dos personas prudentes, *vt etiam colligitur ex l. si quis fundum, §. Imperator, ff. locat, & ex l. vltim ff. de custod. reorum, & ex dict. l. 15. tit. 8. part. 5.*

Ibi: *Renunciando, como renuncia.* b Todo lo qual por la dicha renunciacion cessa, aunque los dichos casos fortuitos sucedan por causa, y culpa leue, ò leuissima, *vt in dict. l. si quis fundum in princip ff locati, & in cap. vnico, de locato, & in l. 8. tit. 8. par. 5.* ibi: *El primero es, si quando logrò la casa, fizo tal pleito con el señor della, que como quier que acaeciesse de la casa, q̃ fuesse tenudo de la pechar.*

9 Ibi: *Y generalmente.* Y no solo se han de entender los casos especificados, pero tambien los demas que no lo fueren, obligandose en esta forma, *vt est gloss. & ibi communiter DD. in l. sed, & si quis, §. Quæsitum ff si quis caut. 5 alyc. in l. 1. Cod. commod. ve §. Quæro nunc circa secundam partem.* Aunque en los casos insolitos se dirà lo que diximos en el capitulo precedente.

10 Y si entre los dichos arrendatario, y arrendador fuere conuenido, que en la dicha casa no se encienda lumbre, y de encenderse se quemasse la dicha casa, quedara obligado el dicho arrendador a su valor, y estimacion, *vt in dict. l. si quis fundum, §. 1. ff. locati.*

11 Y en quanto a los casos insolitos, è inopinados, assi en estos contratos, como en los demas se guardarà lo que assimismo diximos en el capitulo precedente.

CAPITVLO XVIII. Sobre la clausula de la mancomunidad, y renunciacion de la Authentica præsente, C. de fideiussoribus, y el Authentica hoc ita, C. de duobus reis, y renunciacion de la excursion, y diuision.

SVMA-

SVMARIO.

1 Si por la clausula de la mancomunidad, y renunciacion de la excursion, y diuision podrà primeramente ser conuenido el fiador, & ibi num 2.

3 Y si obligandose insolidum, quedarà cada vno obligado por su parte.

4 Y si lo podran ser siendo fiadores por vna sola deuda, è indiuidua especialmente siendo labradores.

5 Y si por negar serlo en la dicha escritura, quedaràn obligados.

6 Y si por la fiança de la haz en causas criminales, assimismo lo quedaràn.

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 a los demas obligados y consideussores, especialmente tocandole a èl solo la vtilidad de la deuda, ibi num. 9.

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

11 Y si por la dicha cession sucede en lugar de la deuda el dicho fiador, assi en priuilegio, como en prelacion.

12 Si haziendo de deuda agena suya propia el fiador, quedarà insolidum obligado.

13 Y si assimismo no lo quedarà renunciando el Authentica præsente, Cod. de fideiussoribus.

14 Si para auer lugar la excepciõ de la dicha excursion, es necessario que se oponga.

15 Y si por la renunciacion de la dicha excursion, y diuision podrà el fiador ser primeramente conuenido.

16 Fiador de indemnidad, si lo podrà ser, aunque aya renunciado la dicha excursion, y diuision.

17 Y si aurà lugar poder ser conuenido insolidum, obligandose como principal.

18 Si por no auer pedido en tiempo el acreedor la deuda a su deudor, seràn libres los dichos sus fiadores, y quando puede ser apremiado el deudor a dar nueua fiança, ò dar liberacion dello, ibi numero 19.

VTRVM, Si el fiador no auiendo renunciado la excursion, y demas leyes en su fauor primeramente podra ser 1

conuenido de su acreedor, sin hazer primero, y ante todas cosas, excursion en los bienes del principal obligado, y pagador. Y por ser question que en si parece tiene alguna dificultad, serà bien se aduierta por las palabras mas principales de la clausula comun de las dichas fianças, 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, vezino de tal parte como principal, y fulano como su fiador, y principal pagador, a haziendo, como desde luego haze, de deuda agena suya propia, b y a voz de vno, y cada vno insolidum, obligados por el todo, renunciando, como renunciamos expressamente la ley de duobus reis debendi; y el Authentica presente, C. de fideiussorib. c y el beneficio de la excursion, d y diuision, 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 vna misma cosa indiuisa, que esso es lo que quiere dezir de duobus reis, no quedauan obligados insolidum, sino es cada vno 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 Azeued. in l. 1. tit. 16. lib. 5. Recop. num. 1.* Pero oy por derecho mas nueuo, obligandose dos, ò muchos de mancomun en vna escritura como principales, en la forma que dicho es, podràn ser conuenidos cada vno por toda la cantidad, aunque no ayan renunciado la dicha Authentica, y leyes de Partida, como expressamente lo declara la dicha *ley 1. titul. 16. lib. 5. noua Recopilat.* cuyas palabras son las siguientes: *Establezemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, ò en otra manera alguna, para hazer, y cumplir alguna cosa, que por esse mismo hecho se entienda ser obligados cada vno por la mitad; saluo si en el tal contrato se dixere, que cada vno sea obligado insolidum, ò entre si, ò en otra manera fuere conuenido, 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 dà a entender, antiguamente no quedauan obligados, sino es cada vno por su parte, aunque se obligassen insolidum, y como principales; y era al contrario, obligandose vno como principal, y otro como fiador; porque aunque fuessen obligados simpliciter, podian ser conuenidos cada vno insolidum, no estando presente el principal pagador, y obligado deudor, *vt in l. inter fideiussores, ff. de fideiussoribus, l. non rectè,*

Cod.

Cod. eodem, & in §. Si plures, inst. eodem l. 1. C. de constit. pecun.

Y obligandose dos, ò muchos insolidum, como fiadores de vna misma deuda indiuidua, seràn insolidum conuenidos cada vno por toda la deuda, saluo si fueren labradores por ser excluidos desta dicha obligacion de fiança, y aunque cada vno se obligue insolidum, como fiador, segun se prueba de la Prematica que se promulgò en Madrid en fauor de los dichos labradores, en el año de 1619. adonde claramẽte consta, no pueden ser fiadores, sino es vnos de otros. Y lo que dudar se puede en este caso, es, si los dichos labradores, supuesto que como fiadores no pueden obligarse, lo podràn como principales de mancomun, haziendo de deuda agena suya propia. Y aunque es verdad, que de qualquier manera pareciesse en fraude de la dicha ley, y Prematica, por cuya causa muchos Escriuanos, por temor de la pena della, no quieren recibir las dichas obligaciones; pero con todo esso se ha de tener lo contrario en nuestro caso, como assi respondio el doctissimo Zeuallos, Abogado en la ciudad de Toledo, que por sus obras a todos es notoria su dotrina, conformandose con vn parecer que yo di en propios terminos, sobre el arrendamiento de la Escriuania de esta villa de Yeuenes, que su tenor es el siguiente: *Vista la Escriuania de la villa de Yeuenes, digo, que en ella no ha lugar la Prematica de los labradores, que no se pueden obligar por fiadores de quien no lo es, porque la dicha Escriuania està arrendada de mancomun para todos, sin distincion de principales, ni fiadores, antes todos son principales arrendadores, y la pueden seruir: y assi tengo por bastante la escritura, y que nadie se podrà valer del priuilegio de fiador, porque estàn excluidos por la escritura.* Y assi con los dos dichos pareceres fue otorgada la dicha escritura de arrendamiento; y assi se ha de limitar la dicha Prematica siempre que se ofreciere, saluo, siendo las dichas obligaciones otorgadas en fauor del señor del lugar, en cuya jurisdicion viuieren, porque entonces no se pueden obligar como fiadores, ni principales del señor del tal lugar, *vt in Pragmatica del año de 1544. num. 5.*

3

Y la segunda razon, porque 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 fianças, negaron ser labradores, y tal se presumian, por cuya causa pierden el dicho priuilegio en su fauor concedido; porque assi como vn hijodalgo, ò menor, ò muger, que de-

4

de derecho se les concede el no poder ser presos, obligados, y conuenidos en mas de lo que pueden, niegan su calidad, y por el mismo hecho la pierden. assimismo los dichos labradores no se podran fauorecer de la dicha excepcion, *vt ita colligitur ex l.1.C.ad Maced. & ibi glos. & in l. quicumq ff. de re iudicat. & in l.1.& 2.C.si minor se maiorem dixerit, Gutier.1 p cap.16. num.25.& 26.de iuram.confir. Baeça de inop. debitore, cap. 16. num.93 & 94.Ant.Gom.in l.79.Tauri,nu.14 & in 2.tom.var. rej.cap.11.num.54.Azeu.in l.4 & 5.tit.2.lib.6 Recop.*

5 La tercera razon, porqué el labrador puede ser preso por razon de la dicha fiança, es, quando se obligò debaxo de la fiança de la haz, a pagar lo juzgado, y sentenciado en causa criminal por la condenaciõ pecuniaria, cuyo simil infirio del hijodalgo, que en esta dicha forma se obliga, por militar la misma razon en el vno, y otro caso; porque la fuerça de la fiãça, y escritura guarentigia obliga a los priuilegiados, y les sujeta a la dicha obligacion, y prision, por hazer de deuda agena suya propia, *vt ita tenet Castill.in sua Politic. lib.5.cap.6.& 15 num.14.& 18.*

6 Y porque diximos en el numero sexto, què obligandose como fiadores, seràn insolidum conuenidos: hase de entẽder, haziendo primero excursion en los bienes del principal deudor, sino es en caso que principal, y fiadores se ayan obligado en vna misma escritura todos, como principales deudores, y pagadores, que entonces no se requiere excursion, sino q̃ qual quiera dellos puede ser conuenido enteramente por la deuda principal, *vt in dict. l.1.tit.16.lib.5.Recop.* Y es la razõ, que la dicha ley no solamente se ha de entender de los que principalmente se obligan, pero tambien de los fiadores, accessoriamẽte obligados como principales, *vt in l.8.tit.12 part.5* ibi: *Muchos omes entrando fiadores en vno, è obligandose cada vno dellos en todo, de dar, ò de fazer 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 a todos, ò cada vno por si, toda la deuda que le fiaron, & ita docet Greg. Lop. ibi glos 1.* adonde dize, que obligandose en la forma que dicho es, no es necessario renunciar la diuision, ni el beneficio Diui Adriani, porq̃ sin embargo della no aurà lugar su excepcion, y por el contrario si renunciaron el dicho beneficio, y no se obligaron insolidũ, como principales, no pueden ser conuenidos, sino es cada vno por su parte. *Y assi se colige de la dicha ley 8.* ibi: *Pero si los fia*

do-

dores no se obligassen cada vno por todo, mas dixessen simplemente, Nos somos fiadores por fulano, de dar ò de fazer tal cosa, entonce si todos son valiosos para poder pagar la fiaduria a la sazon que se demanda la deuda, dezimos, que non puede demandar la cosa el señor de la deuda a cada vno dellos. E si por auentura algunos de los fiadores fuessen tan pobres, que non ouiessen de que pagar aquella parte q̃ les cabe, entonce los otros que ouiessen de que lo fazer, quier fussen vno, ò muchos, son tenudos de pagar toda la deuda principal, ò de cumplir aquella cosa que fiaron. Y assi reprueba Azeuedo en la misma ley 4. las superfluas notas de muchos Escriuanos, que despues de auerse obligado los dichos fiadores cada vno por su parte en las dichas escrituras de fiança, renunciando el dicho beneficio de la diuision, y excursion, de que es superfluo, y no por esso siguen su efeto.

7 Y es necessario en tanta forma, que los dichos fiadores, y principal, se obliguen en vna 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 quedaran obligados insolidum, porque primero se ha de hazer excursion en los bienes del principal deudor. Y esto procede, aunque en la dicha escritura de fiança se haga mencion, que se obligan como principales deudores, haziendo de deuda agena suya propia, *vt ita notat Petr. Dueñas regul. 335. limit. 5. quem refert & sequitur Gutier. lib. 1. de iuram. confirm. cap. 23. num. 8. & 11.*

8 Y pagando vno de los deudores principalmente obligados, no puede pedirla toda a los demas, ni al vno dellos, sino a cada vno la parte que della le tocare, conforme la cantidad de la dicha deuda, y del numero assi obligados, *vt in gloss. l. cũ apparebit in fin. vers. Recusset ff. locati, & in l. 11. titul. 8. part. 5.* Aunque Gregorio Lopez en la misma ley glossa 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 (saluo la que le toca pagar) a qualquiera de los demas fiadores, y principales deudores, supliendo entre todos la parte del fiador que no pudiere pagar, *vt ita sentit Molina, de iustitia, & iure, tract. 2. disputat. 544. num. 5. & 6. cum Bart. in l. Modestinus in gloss. vltim. ff. de solut. quem ibi sequitur Molina, & Gregor. Lopez refert, ac sequitur in locis supra citatis.*

La

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 vtilidad de la deuda que paga, toca a èl solo, y no a los demas, *vt ita notat Ant.Gom.2.tom.var.res. cap.12. à num.* 3. Y lo propio se entiende siendo fiador tan solamente quãdo a el solo toca el prouecho della, *secundum Bartol. & Paul. de Castr.in dict.l. Modestin.num.8.ff de solut.*

10 Y es comun resolucion de muchos, y muy graues Doctores, que no dandose incontinenti esta dicha cession de acciones, como se paga la deuda, es de ningun valor, y efeto, 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 demas, y fue visto pagar en su nombre, del principal deudor, *vt in l. Modestinus citata, & in l.11.tit. 12 part.5. & ibi Greg. & communit. Doctores.* Las quales dichas leyes se han de entender, quando el que paga, es assimismo principalmente obligado, pero no quando pagò como fiador accessorie de que no lo estaua insolidũ, *como se prueba, y colige ex l si mandato, ff de fideius. & in glos. vlt. l. Papinianus ff. mandat. cum textu ibi, tex. in l. Stychum, §. si mandato ff. de solut.* adõde 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 su lugar, y tiene el derecho de anterioridad en concurso de acreedores, *vt in l. si à creditore. C. de actionib. & obligationib. & in l. mandati actio, C. de fideiussoribus, & in l 45. titul. 13. part 5. Gutierrez allegat. 4. num. 20.* adonde se prueba tiene el mismo priuilegio, è hipoteca, ibi: *Haziendo, como desde luego haze, de deuda agena suya propia.* b Y si el fiador en la dicha escritura de fiança se constituyò por principal pagador, haziendo de deuda agena suya propia en virtud de la dicha obligacion, no es necessario hazer primeramente excursion en los bienes del principal obligado, y pagador, sino que derechamẽte podrà ser executado el dicho fiador por toda la deuda, *secundum Alex cons. 29. num. 35. lib. 7. fol. 165. Petrus Dueñas in regul. 335. limitatione 5. Gutierrez 1. par. cap. 25. num. 11. de iuramento confirmatorio,* adonde dize, que para q̃ esto aya lugar, es necessario, que la dicha fiança sea en vna misma escritura, y no distinta, sino es que se haze expressamente nouacion de la princi-

principal, *vt sup. diximus cum Gutierr. num. 11. in fin.* Y esto es de notar, que el que embiare a otro cartas de fidelidad, assi como si dixesse: El portador que esta lleua es persona abonada, y se le puede dar credito, o si dixesse: Es cierto, que la deuda que te deue fulano, que te la pagarà con puntualidad, porque es persona abonada, no ay duda sino que de deuda agena no la haze suya, porque por el mismo hecho q̃ vno aprueba a otro, diziendo, que es abonado, y rico, no queda obligado, sino es que por las palabras expressas, ò tacitas, consta quiso quedar obligado, y que se le diesse por su riesgo, *vt ita notat Anton. Gom. in cap. 13. tom. 2. var. num. 5. quem sequitur Azeu. in l. 13. lib. 3. num. 9. tit. 9. Recop. num. 121.* ibi: *Y el Authentica presente, C. de fideiussoribus.* c Y segun vna ley del Fuero, parece no es necessario hazer la dicha renunciacion, pues lo dexa en eleccion del acreedor, vt ibi: *Otrosi, si quisiere demandar al fiador, puedelo fazer, que pues que ambos le son tenudos, è obligados en su poder, es que demande a qualquier dellos, fuera si la fiadora fue fecha por alguna postura, ò en otra manera.* La qual parece, que abiertamente corrige la dicha Authentica presente, y leyes de Partida, como assi lo afirma Monterroso en su Practica, adõde dize, se ha de practicar la dicha ley del Fuero, aunque no se aya renunciado la dicha Authentica, la qual dotrina no se deue practicar, sino tan solamente adonde estuuieren en vso las dichas leyes del Fuero, no siendo contrarias las leyes del Reyno, *vt in l. 1. Tauri, & ibi Tauristæ, & in l. terminis, tenet Greg. Lopez in l. 8. gloss. 5. dict. tit. 12. part. 5. Baeza de inop. debit. cap. 5. num. 31. & 32. vbi asserit dict. leg. Fori non esse in vsu in Senatu Granatensi.*

Y de que sea necessario renunciar la dicha Authentica, no siendo la obligacion insolidum, para executar derechamente al fiador, no ay duda, pues demas de ser muy conforme a derecho, consta por el comun estilo, que los Escriuanos tienẽ en todas, y qualesquier escrituras desta calidad, porque de otra manera no se pudiera executar derechamente a los dichos fiadores, sin q̃ primero no se hiziera excursiõ en el deudor principal. De que tengo por muy gran absurdo, que los dichos Escriuanos renuncien la dicha Authentica 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 a los dichos fiadores sin hazer la dicha excursiõ

de

de lo qual se les haze perjuizio, y agrauio, pues de no renunciarla dicha Authentica, no pueden ser conuenidos, sino es en caso que el dicho deudor no tiene bienes, ò en caso de ausencia; y entonces se les deue dar vn termino competente para buscarle, segun arbitrio del Iuez, *vt in dict. Authent. presente, C. de fideiuss. Petr. Dueñas vbi sup. limit. 6. Capell. Tolos decis. 130. & in l. 9. tit. 12. part. 5. Molin. de iustitia, & iur. tractat. 2. disp. 545. num. 2.*

14 Finalmente en esta tercera parte se ha de notar, que si el fiador fuere executado, y no huuiere renunciado la dicha Authentica presente, y las demas leyes en su fauor, y no opusiere la dicha excursion, no serà causa para dar por nula la dicha excursion, antes serà 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 deste dicho beneficio, es necessario que se oponga esta excepcion antes de la contestacion, aora sea en causas ordinarias, ò executiuas, saluo si es fiança de indemnidad, porque entonces, aunque no se oponga, se ha de entender segun su natural, *vt infra cum Bart. & Alexand. tenet Gregor. Lop. in l. 14. limit. 3. citata, Ant. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 3. n. 14. limit. 3. Gutier. de iuram. confirm. 1 part. cap. 23. num. 14. Azeued. in l. 1. num. 177. tit. 21. lib. 4. nouæ Recop.*

15 Ibi: *Y el beneficio de la excursion.* Y es a saber, que renunciandose este beneficio de la excursion, y diuision, podrà ser executado el dicho fiador, sin que sea necessario hazer la dicha excursion en el principal deudor, *per l. fin. C. de re iudicat. Hypol. in Rubr. de fideiussor. num. 35. Ang in §. Si plures, num. fin. instit. de fideiussor. & ita affirmat Gutierrez vbi sup. num. 24. & 25.*

16 Y si la fiança fuere de indemnidad, que es obligarse al saneo, y seguridad de la deuda principal, aora sea la dicha fiança y seguridad a los fiadores, aora sea al principal deudor, no auiendo mas fiadores, no se podrà executar al dicho fiador de indemnidad, sin que primero se haga excursion, nò solo en el principal deudor, pero tambien en sus fiadores. Y esto procede, aunque aya renunciado la dicha excursion, y diuision, y aunque sea jurada, *vt ita tenet Gam. decis. 379. Gom. 2. tom. variar. resol. cap. 13. num. 3. per l. vlt. ff. si cert. petatur, & l. decem stipul. ff. de verb. oblig. & l. 2. Cod. de fideiussor. tutor. Gutier. vbi sup. num. 22. & 26.*

Lo

Lo qual se, limita si el fiador de indemnidad se obligò como principal, porque entonces no sigue su natural por destruirse por la fuerça de las palabras: y si el fiador asseguro la deuda solamente al mismo principal, sigue el natural de las demas fianças simples, *per l. cum ostendimus, §. Fideiussores, ff. de fideiuss. tutorum*, y en quanto el abono de tutores, *vide infra, cap. 42. num. 78.* 17

Mas se aduierte en esta fiança de indemnidad, q̃ si el acreedor no pidio en tiempo al deudor principal, ò a sus fiadores la dicha deuda, no tendrà despues accion a pedirla al dicho su fiador de indemnidad, aunque el dicho acreedor no aya sido requerido para la cobrança de la dicha deuda, lo qual es al cotrario en las demas fianças, que sin hazer excursion, se puede executar a los dichos fiadores, pero no quando es necessario hazer excursion en el principal deudor, *vt docet Ant. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 13 num. 9.* 18

Demas de lo susodicho se puede dudar, si en caso que el fiador venga en pobreça, deforma, que no pueda pagar, tendra obligacion el deudor a dar otra segunda fiança que sea segura. En el qual articulo se responde breuemente con la distincion siguiẽte, scilicet, que si la fiança fue dada de necessidad, por disposicion de ley, assi como la que se deue dar por los legatarios, y fideicomissarios, que tienen obligacion a tiempo cierto a restituir lo que les fue mandado; porque entonces tiene obligacion el deudor a dar otro fiador idoneo; y en caso que la fiança sea ex mera voluntate de los contrayentes, no tendrà obligacion el deudor a dar nueua fiança, supuesto que al principio se dio por contento, y pagado della, *vt notat Ant. Gom vbi sup num. 7.* Y siempre queda obligado en este caso el deudor, como en los demas, a sacar de la fiança a su fiador, en especial, quando huuo dia, y tiempo cierto, ò quando el deudor va en quiebra, o pobreça, ò por auer estado mucho tiempo en la fiança, assi como diez, ò seis años, segun dize Villadiego auerse determinado en el Consejo Real, saluo en las fianças de tutores, y fianças de euiccion, porque hasta que se lasse, ò llegue el tiempo, no se puede pedir liberacion; 19

Anton. Gomez vbi sup. num. 10. Villadieg. in Polit. cap. 7. num. 118. folio 201.

CAPITVLO XIX. Adonde se trata, con que palabras deuen, y han de ser ordenadas las escrituras de las fianças de la haz, y pagar juzgado, y sentenciado, para que por su fuerça pedirse pueda derechamente al fiador; aora sea en causas ciuiles, ò criminales.

SVMARIO.

1 *EN que forma, y manera, y con que palabras, y clausulas deuen ser ordenadas todas, y qualesquier fiãças de la haz, y pagar lo juzgado, y sentenciado.*

2 *En que se difieren estas dos dichas fianças.*

3 *Y si el dicho fiador cumplirà assistiendo a los autos de aquella primera instancia, sin tener obligacion de assistir a los demas, & ibi num. 4.*

5 *Dentro de que termino tiene obligacion el dicho fiador a 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 vna vez preso el dicho reo, y deudor, quedarà obligado el dicho su fiador a la pena, è interes, especialmente huyendo de la carcel; y si es necessario requerir al Iuez, ò al dicho su deudor, & ibi num. 9.*

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

11 *Y porque causas quedarà obligado el fiador, assi a presentar al dicho reo, y deudor, como a pagar lo juzgado, y sentenciado; y si serà necessario hazer primeramente excursion en los bienes del principal reo, y deudor, & ibi num. 12.*

13 *Y de que efecto serà el renunciar en estas dichas obligaciones la ley Sancimus, Cod. de fideiussoribus, y porque causas se escusarà, ibi num. 14. & 15.*

1 VTRVM, En que forma, y con que solemnidad deuen, y han de ser ordenadas, y otorgadas todas, y qualesquier escrituras de fianças, de presentar al reo, y estar a derecho, id est, fianças de la haz, y pagar lo juzgado, y sentenciado, para que en qualquier tiempo puedan los dichos sus fiadores ser conuenidos, y condenados a la pena, y deuda del dicho reo, y principal deudor; y porque en si tienen estas dichas obligacio-

ciones algunas dificultadas, pocas vezes aduertidas por practicos Escriuanos, y Notarios, demas de enseñar si las dichas escrituras han de ser otorgadas, y celebradas con la clausula que adelante se dirà: se notara por el orden de las palabras mas principales della, lo mas practico, y contingente en la dicha su materia, cuyo tenor es el siguiente. *Por tanto constituyendo se, como desde luego se constituye, el dicho fulano por carçelero conmentariense del dicho fulano, le recibiò en fiado de la haz*, a *y se diò por entregado, y se obligò, que luego passados los dichos quarenta dias, sin ser requerido,* b *boluerà al dicho fulano a la carcel*, c *y le entregarà al Alcalde della, diziendole, porque razon, y causa*; d *y de no hazerlo assi, pagarà el interes, ò pena del dicho fulano su acreedor, con mas las costas, daños, è interesses, ò que se obliga a que estarà y pagarà toda la condenacion* e *que del dicho processo, y sentencia constare el dicho fulano auer sido condenado* f *por qualesquier Iuezes, y en qualesquier instancias, y tribunales, ò de otra qualquier manera que sea, sin que primeramente sea necessario hazer excursion* g *en los bienes del dicho fulano, principal reo, y deudor, porque siendo necessario, desde luego renuncia la dicha excursion, y se obliga como principal deudor, haziendo como desde luego haze de deuda agena suya propia, renunciando como assimismo renuncia la ley Sancimus, C. de fideiussorib.* h *y la ley 17. tit. 12. part. 5.* *Formatur alia clausula.*

Ibi: *Y le recibiò en fiado de la haz* a Y hase de considerar, que en el Derecho ay dos formas, y maneras de fianças, que a las vezes se contrahen en causas ciuiles, y muchas por la mayor parte en causas criminales; de las quales, la vna es la fiança que el Derecho llama de iudicatum soluendo, que llamamos fiança de saneamiento; y la otra es, la fiança de iudicio sisti, id est, fiança de la haz, que es presentar al deudor, ò reo al tiempo que se obligò: y en quanto a la primera, que dicho es, de saneamiento, se ha de considerar, que obligandose el dicho fiador a pagar lo juzgado, y sentenciado, podrà ser executado por la condenacion, assi como el principal, haziendo primero excursion en los bienes del dicho deudor, y principal obligado, *vt ita constat ex l. Graec. §. Et post litem, ff. de fideiussoribus, & est text. reg. in l. 19. lib. 4. tit. 2. noue Recop.* 2

Y en quanto a la segunda fiança, que diximos de la haz, no es mas de obligarse a presentar al reo, ò que assistirà a los autos de aquel juizio, è instãcia, *vt in §. Post litem citato.* Y assi obligandose el dicho fiador simpliciter, de estar a derecho: 3

tan solamente se ha de entender en aquella primer instancia, y hasta la primer sentencia, porque hasta entonces, tan solamente tuuo obligacion de assistir, o traer a juizio al dicho deudor, y reo, y quedarà libre en las demas instancias, sin tener obligacion de assistir a ellas, *vt in d. §. Post litem, & ibi Bart. Angel. & Paul. de Castr. & Iass. & commun. DD. & in l. 2 §. In fideiussor. ff. qui satisdare cogantur, Xuar. in tit. de los emplaçamientos, §. sed pone quæstionem, num. 27. Dueñas, reg. 333.*

4 Por manera, que si el reo principal faltasse, assistiendo el dicho fiador en aquella primer instancia, queda libre de las demas, sino es obligandose en la forma que adelante se dirà. Pero deuese notar, que el Iuez de la causa, recibiendo esta dicha fiança sin voluntad de los acreedores, y actores quedarà obligado al interes de la deuda, ò condenacion de la sentencia, y de qualquier manera quedarà obligado siẽdo en causa criminal a la pena, y condenaciõ aplicada al Fisco Real por no auer recibido las dichas fianças con seguridad del dicho interes, *vt docet Azeued. in l. 3 tit. 16. num. 10 lib. 5. nouæ Recop.* El qual descuido infinitas vezes sucede, no por culpa de los Iuezes, sino por ignorancia, ò malicia de los Escriuanos. Y assi se aduierte, que si alguna persona estuuiere presa por algun delito, ò por otra qualquier causa, que de derecho deua ser suelto de baxo de la dicha fiança, 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 quedarà libre, assi al dicho interes de la parte, como a la pena del Fisco, *vt ita aduertit Azeu. in l. 19. tit. 21 num 73. lib. 4. nouæ Recop. Rod. Amat. in tract. de executionib. cap. 5. num 36.*

5 Y es a saber, que obligandose el fiador, aora sea en causa ciuil ò criminal de presentar alguno en juizio, dentro de cierto, y determinado tiempo, debaxo de cierta pena, no por esso quedarà luego incorrentemente obligado a la dicha pena, antes se le deue dar, y conceder segundo termino de seis meses, siendo el primer plaço del mismo termino, o mas, y si menos fuere, se le darà otro tanto tiempo para poder buscar, y presentar al dicho deudor, y reo, *vt in l. sancimus citata C. de fideiussoribus, & in d. l. 17 tit. 12. p. 5. ibi: E si por auentura acaeciesse, que le non pudiesse fallar, deue auer otro tanto de plaço para buscarle è aduzirle ante del juzgador quanto fue el plaço primero, a que lo ouo de aduzir, si fue menor de seis meses. E si por auentura fue el plaço de seis meses, deue auer otro tanto para buscarle, è si no le pudiere fallar,*

llar, ò no le traxere a derecho, fasta el año cumplido, entonce es tenudo de pechar la pena a que se obligò, la qual pena dixo Gregorio Lopez en la primera glossa de la dicha ley, no se auia de entẽder en las causas ciuiles, por ser su tiempo mas corto, y breue, como està determinado por la *ley 36 del tit 11 p 5.* ibi: *Ca maguereste que le fiasse, non lo aduxesse al plaço que le fuesse puesto, si lo aduxesse a dos, ò a tres, ò a cinco ò mas segunda bien vista del juzgador, non caeria por ende en pena.*

Y aunque es verdad, que segun la dicha ley 36. parece, que inuiolablemente se deue guardar, pero con todo esso, presentando los dichos fiadores al deudor antes de la sentencia difinitiua, y aunque sea passado el dicho termino de la obligaciõ, probando no se le siguio al dicho acreedor daño ni perjuizio alguno, seràn libres de la pena, ò interes del dicho acreedor, sino es obligandose, como principales, como adelante se dirà; y assi afirma Gutierrez auerse determinado en cierta causa que defendio, *vt vide eum in cap. 36. num. 10. part. 1. de iurament confirmat. Azeued. in l. 10. tit. 16. lib. 5. num. 5. noua Recopilat.* 6

Ibi: *Sin ser requerido.* b Y obligandose el fiador simplemente debaxo de cierta pena, de traer al deudor a juyzio sin limitacion de tiempo, no incurre en la dicha pena, hasta que por la parte, ò juez sea requerido presente el reo, *vt ita debet intelligi, Innoc. in cap. exstirpanda, de prabend col. 1. in med. vbi dicit: Vt quis incidat in pœnam, requiritur monitio iudicis.* Pero obligandose el dicho fiador a tiempo cierto, y determinado, no es necessario el dicho requerimiento, *vt ita docet Ant. Gom. tom. 3. var. resol cap. 9. num. 9. per totum.* 7

Ibi: *Boluerà al dicho fulano a la carcel.* c Y siendo preso el dicho reo, y deudor a pedimiento de los dichos fiadores, y el susodicho huyesse, y quebrantasse la carcel, quedaràn libres los dichos fiadores, pues en presentalle cũplieron con su obligacion; y esto procede, aunque no fuessen presos a su pedimiento, como lo sean por la misma causa, ò aunq̃ lo sean por otra, siendo embargados por los dichos fiadores, y requiriendo no sean sueltos de la prision en que estàn, *vt ita docet Ant. Gom. vbi sup. num. 9.* 8

Ibi: *Diziendo porque razon, y causa.* d De forma, que aunque el dicho deudor, y reo sea preso por otra diuersa, y diferente causa, y huyere de la carcel, no por esso quedaràn libres de pagar la dicha pena los dichos fiadores. Y assi, para 9

quitar estas dudas, se tiene por buen consejo, que los dichos fiadores luego que estuuiere preso el dicho reo, ò deudor, requieran al Iuez, ò a la parte interessada, le ayan por presentado, y preso, tomando testimonio, y fee del Escriuano, y carcelero, como le dexa en la carcel, y desta forma quedaran libres los dichos fiadores de la pena a que se obligaron, *vt ita docet Ioann. Andr. in Addit. ad Specul. in titul. de actus. §. Sequitur, column. 4. vers. Idem quaritur, Angel. Perus. in l. 2. §. Qui exhibendi, ff. de custodia reor. 2. column. num. 5. Hypolitus de Marsil. in Rubric. de fideiussor. column. 27. num. 142. vbi dicit habuisse de facto, quos sequitur, & refert Anton. Gomez vbi supra num. 9. Montaluus in l. 4. titul. 3. lib. 2. Fori, in verb. O por fiador, littera B.*

Ibi: *O que se obliga, a que estarà, y passarà 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, porque si el reo acusado por el dicho su delito mereciere pena corporal, assi como de muerte, ò mutilacion de miẽbro, açotes, ò verguença; demas, que en semejantes casos no puede ser suelto debaxo de fianças el reo, no ha lugar la dicha fiança, pues nadie se puede obligar a la pena por el delito que no ha cometido, supuesto que nadie es señor de sus miẽbros, *vt in cap. cum homo, verb. Supplitium 23. quæst. 5. recepta à Panormitano in Rubr. de fideiuss. & à communi Doctorum sententia, quam Couarr. 2. var. resol. cap. 8. num. 8. & Iulius Clar. 5. lib. sent. §. vlt. quæst. 46. num. 18. referunt, ac sequuntur, & consentit, l. si quis reum ff. de custodia reorum.*

Ibi: *Auersido condenado*, fid est, juzgado, y sentenciado, por manera, que no solo quedarà obligado el fiador a presentar el reo en la carcel, ò a defenderle; pero tambien pagarà lo juzgado, y sentenciado en virtud, y fuerça de la dicha clausula, y condicion, si passado el tiempo a que se obligò, no huuiere cumplido con la obligacion a que se obligò, aunque en las causas criminales, segun estilo de muchas Audiencias, no se recibe tiempo limitado, assi como para oir sentencia, sino q̃ desde luego se obliga el fiador a assistir en juizio, y pagar lo juzgado, y sentenciado, la qual llaman fiança de la Y. que es mas cierta, y mas segura que la fiança de la O. supuesto, que con solo assistir el fiador al juizio, ò presentar el reo, cumplia con su obligacion, *quam doctrinam approbant Iulius Clar. lib. 5. recepissent, §. fin. q. 46. n. 20. Bart. in l. fin. §. Et cum antiquitas, Cod.*

Cod de vsuris res iudicatæ, quos sequitur Rodrig. Amat. vbi supra cap. 5. num. 36. in tract. de executionib.

Ibi: *Sin ser necessario g hazer excursion.* Y como queda dicho en el capitulo precedente, renunciando el fiador la dicha excursion, no es necessario hazerla en los bienes del principal deudor, supuesto q̃ el otorgante puede renunciar qualesquier leyes, y derechos en su fauor, per legem si quis in conscribendo, C. de pactis. Y lo propio se ha de entender, obligandose como principal, y haziendo de deuda agena suya propia, como assimismo en el capitulo passado queda dicho. 12

Ibi: *Renunciando, como renuncia, la ley sancimus, Cod de fideiussoribus.* h Por cuya renunciacion se quitan todas las dudas, si demas del tiempo a que el fiador se obliga de presentar el reo, ò deudor, si se le ha de dar doblado el tiempo en las causas criminales, ò arbitrario en las causas ciuiles, segun, y de la forma que dicho es. Y assi se tiene por buen consejo, que las dichas escrituras de fianças sean otorgadas con renunciacion de la dicha *ley sancimus, y ley 36. del tit. 11. y ley 17. titul. 12. partida 5.* con expresso consentimiento de las partes otorgantes; y de esta forma quedaràn 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, ò cinco dias, *vt ita sentit Molin. de iust & iur. 2. tract. disp. 547. num. 5. per legem si post ff. si quis aut. & consentit Azor, quem refert, ac sequitur gloss. l. sancimus citat. verb Hoc facere.* 13

Todo lo qual se deue limitar en los casos siguientes. Primeramente, si antes del tiempo de la dicha obligacion de presentar al reo, murio. Lo segundo, por impedimento justo, assi como por enfermedad, ò por auenidas de rios, ò por otra justa causa de las que se refieren en la *ley 37. tit. 11. p. 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 escusarà de pagar lo juzgado, y sentenciado, ò pena a que se obligò, *vt ibi Gregor 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 aya renunciado la dicha ley sancimus, y leyes de Partida, *vt in dicta l. sancimus, §. penult. & vltim. C. de fideiussorib.* 14

15 Finalmente se ha de notar, que si dentro de vn año, desde el dia de la pena, y condenacion, no le fuere pedida al dicho fiador, que dende adelante no aurà accion para pedirsela, ni obligacion a entregarla, *segun la ley* 10. *titul.* 16. *lib.* 5. *nouæ Recopilationis.*

CAPITVLO XX. Adonde se aduierte, si el fiador quedarà obligado, en caso que por alguna razon, y causa de derecho conste ser nulo el contrato principal, y si por clausulas, y fuerça de palabras se podrà dar limitacion a esta dicha regla, para que el dicho fiador quede sugeto al vinculo del dicho contrato, y su euiccion.

S V M A R I O.

1 *Si constando ser nulo el contrato principal, quedarà por el mismo hecho assimismo libre el fiador de aquella obligacion.*

2 *Sino quedando de Derecho ciuil, ni naturalmente obligado el dicho principal deudor obligado; no lo quedarà assimismo el dicho su fiador, y en que contratos se puede conocer esta calidad, y obligacion, & ibi num.* 3.

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

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

1 VTRVM, Si constando ser nulo por ley, y derecho qualquier genero, y forma de contrato, sera visto assimismo ser reprobado todo lo tocante, y accessorio al dicho contrato, y obligacion, como se exemplifica en todos aquellos, que para mas seguridad se celebraron debaxo de fianças. Y de que el vno, y otro contrato no sigan el efecto de su primer intento, no ay duda, si como dicho es, consta ser nulo, y de derecho reprobado el dicho primero, y principal contrato. Y porque en el caso propuesto ay 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 a la dicha materia, scilicèt:

cet: *Tomando, como en si toma, el dicho fulano su fiador, el peligro deste contrato, y obligacion, caso que del resultasse nulidad alguna*, a *afirmando, como afirma, nihil fieri contra legem*, b *id est, que clausulas de obligarse en esta forma, no và, ni haze contra derecho, ni ley, que la entienda, y sepa.* Forma tur ali

Ibi: *Caso que del resultasse nulidad alguna.* a Y para que la determinacion desta question se conozca por los fundamentos que arriba prometimos, digo, que todas las vezes que segun el natural del contrato, de su fuerça no nace ciuil, ni natural obligacion, no queda obligado el fiador del dicho contrato, y obligacion, como assi lo prueba *Gutier. 1. p. cap. 1. nu. 41. de iuram. confirm. referens Gaspar Baeça de non meliorand. ratione dotis filiab. cap. 35. num 9. Bart. in l. cum lex, num. 4 ff. de fideiuss. & Iass. in l. Gallus in princ. nu. 10. 16. & 17. ff de liber. & posth. & in l non sortem in princip. ff. de conditionib. indebiti, & Anton. Gom. in l. 53. Tauri, num. 60.* Mayormente, que siendo inualido, y reprobado el contrato principal, tambien lo deue ser el accessorio, que es la fiança, *vt probatur in l. fin. ff de constitut. pecunia, & faciunt dicta per Hypol. in l. fin. num. 16. ff. de quæst. & latè per Ripã in l. 1. §. Si quis ita, n. 16 ff. de verb. oblig.* Y con lo dicho concurre, que destruido el cõtrato principal, tambien assimismo es visto destruirse todo lo en èl contenido, y alegado con todos sus adminiculos, *vt docet Iass. in l. ita si stipulatus §. Chrysogonus, num. 48. ff. de verb. obligat. & facit quod habetur in l. 56. tit. 5. p. 5.* ibi: *Por miedo, ò por fuerça, comprando, ò vendiendo algun ome alguna cosa, nõ deue valer, antes dezimos, que deue ser desfecha la compra, si le fuere probado, que la fuerça, ò el miedo fue a tal, que lo ouo de fazer, maguer le pesasse, è como quier que la vendida fuesse fecha, por jura, ò por peño, ò por fiadura, ò por pena que fuesse hi puesta, non deue valer.* Lo qual no solamente procede por miedo, y fuerça, sino tambien por otra qualquier razon, y causa que de derecho conste, que el dicho contrato es nulo, y reprobado, *vt probat Didacus Perez in l. 1. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti col 1037.* 2

La qual doctrina assimismo procede en los contratos, que de su naturaleza no nace ciuil, ni natural obligacion, como dicho es. Y para conocer quales sean estos contratos, solo se ha de considerar, si ay ley que expressamente resista, y contradiga aquel genero de contrato, y entonces teniendo clausula irritante, y anulatiua, no solo destruye lo ciuil, pero tambien lo natural, *vt in leg. cum lex, & ibi Bart. ff. de fideiuss.* 3

iuff. & in l. 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 interuinieron las dichas fianças, con la distincion siguiente, scilicet, que si el menor en la venta de la casa, ò heredad vendida en mas, ò menos de la mitad de su justo valor, y precio, no quedando, como no queda obligado el dicho menor ciuil, ni naturalmēte, assimismo no lo quedarà en quanto aquel excesso el dicho su fiador, aora sea con dolo, ò engaño, ò sin èl, *vt in l. si quis cum aliter, ff. de verbor. obligat. & in specie notat Anchar. cons. 330. & per legem 7. C. de fideiuss.* Y en caso que no huuo engaño, sino q̄ el menor quiere ser restituido por el daño que se le siguiò del dicho contrato, entonces no quedarà libre el dicho fiador, antes quedarà obligado a la euiccion, *vt in l. 1. & ibi Ang. C. de fideiuss. minor.* Y esto procede assimismo, quādo los bienes del menor fueron vendidos con autoridad del dicho su tutor, porque entonces quedarà obligado el dicho su fiador, y serà al contrario, si los dichos bienes inmuebles fueron vendidos sin el dicho consentimiento, porq̄ en tal caso, assi como no queda el dicho menor obligado ciuil, ni naturalmente, por el cōsiguiente no lo quedarà el dicho su fiador, *vt ita tenet Paul. de Castr. in l. si is, C. de prædijs minor. Bar. in l. cum lex in fin. de fideiuss.* Sino es en caso que el estraño se obligue de euiccion, y para seguridad della, dio fiador, *vt ita sequitur Greg. Lopez in d. l. 4 tit. 12. p. 5. glos. 3. quā doctrinam sequitur Molina de iustitia, & iure 2. tract. disp. 540. num. 26.*

5 Lo segundo, se comprueba la dicha doctrina en los contratos de las mugeres casadas, que de derecho son nulos, *segun el Authentic siue à me, C. ad Vell. & per l. 61. Tauri.* Saluo, si los dichos contratos fueron jurados en la forma, y con la solemnidad, que en los capitulos precedentes, aora sean mugeres, ò menores, *vt ita docet Gutierr. de iuram. confirm. 1. p. cap. 1. num. 40. cum alijs sequent.*

6 Ibi: *Afirmando como afirma, nihil fieri contra legem.* b Y concluyendo con nuestra questiō, digo, que tomando en si el dicho fiador el peligro de la dicha deuda, y obligacion, y teniendo por cierto en hazerlo, no va, ni haze contra precepto, ni ley, quedara obligado en virtud de la dicha clausula, *vt ita docet idem Gutierrez, vbi sup. num. 41.* Saluo, si el dicho

fia-

fiador sabia, y estaua cierto, que el contrato principal era contra ley, y derecho, que entonces sin embargo de las palabras, y fuerça de la dicha clausula, no quedara obligado, *vt ita considerat Azeued. in l. 2. numer. 47. titul. 3. lib. 5. nouæ Recopilation.*

CAPITVLO XXI. Sobre el valor de los quinientos sueldos, y en que casos no se requiere insinuacion, sin tener atencion al excesso de los quinientos sueldos; y si en alguna manera se puede dar clausula, y regla para renunciar este derecho.

SVMARIO.

1 *SI excediendo las donaciones de los quinientos marauedis de oro, serà valida en el dicho excesso, y de que vtilidad seràn las clausulas que contienen lo contrario a esto, ibi num. 2.*

3 *En que 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 otorgã para el tiempo futuro.*

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

6 *Que solemnidad, y estilo se deue guardar en estas dichas insinuaciones.*

7 *Y si en la dicha escritura de donacion se puede dar poder a la persona en fauor 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 marauedis de oro.*

9 *Clausula, y que si esta dicha donacion excediere de los quinientos marauedis de oro, quiero que valga en el excesso, de que efeto serà en las dichas escrituras.*

10 *Si por renunciacion de las leyes comunes, y de Partida, es visto valer en el excesso, especialmente siendo juradas las dichas donaciones.*

VTRVM, Si en las donaciones que exceden de docientos y cinquenta mil marauedis, que son los quinientos marauedis de oro del Derecho comun, y Real de Partida se 8

requiere insinuacion, para que en el dicho excesso valga, y sea perfecta. Y de que sea necessario no ay duda, sin embargo de qualesquier renunciaciones, aunque parece dà que dudar aquella clausula, con que 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 marauedis de oro*, b *quiero, que quedando perfecta y valida hasta la concurrente cantidad, valga en el excesso, assi como otra nueua donacion, y tantas quantas vezes excediere, todas se entiendan ser donaciones* c *renunciando, como desde luego renuncio*, d *todas, y qualesquier leyes que disponen, que no valgan las donaciones inmensas.*

Formatur alia clausula.

2 Ibi: *Excediere.* a Y segun nos enseña la *ley 9. tit. 4. part. 5.* parece que con palabras expressas, y en su significacion inuiolable nos enseña, no ha lugar, que por clausula, ni fuerça de palabras puedan valer las dichas donaciones en mas valor de los quinientos marauedis de oro, sin la dicha insinuacion, *vt in d. l. 9. probatur*, ibi: *Pero si quisiere dar a otro ome, ò a otro lugar, puedelo fazer sin carta, fasta quinientos marauedis de oro, mas si quisiere fazer 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 marauedis de oro, es necessario que sea insinuada, aliàs serà nula en el excesso, *vt in d. l. 9.* ibi: *Fueras ende si lo fiziesse con carta, è con sabiduria del mayor juzgador de aquel lugar, do fiziesse la donacion.*

3 Y aunque es verdad, que la dicha ley parece habla generalmẽte, pero con todo esso se limita en los casos siguientes, adõde sin la dicha insinuacion son validas en el dicho excesso, primeramẽte si las dichas donaciones fueron otorgadas en fauor de Iglesia, ò obras pias, ò para redimir cautiuos, ò para reedificar, o reparar alguna Iglesia. Lo segundo, por causa, y razon de dote, o para casar huerfanas, ò por causa de remuneracion, ò si fue mejora de tercio, ò quinto, como todo se prueba de la dicha *ley 9. d. tit. 4. p. 5. & est. l. pen. C. de donation. & in l. illud, C. de sacrosanct. Eccles. & in l. Aquilius Regulus, ff. de donat. & ibi Bart. & communis Doctorum sententia, Molin. de primog. lib. 2. cap. 8. num. 15. Iulius Clar. lib. 4. sent. §. Donatio, quæst. 2. num. 2. & q. 16. num. 6. Ant. Gom. 2. tom. var. res. cap. 4. num. 10.*

4 Y assimismo no se requiere insinuacion, si se otorgan para el tiempo futuro, assi como para despues de la muerte del donan-

nante, cuyo vsufruto reserua para si mientras viuiere, *vt ita affirmant Ant. Gom. 2. resol. cap. 4. num. 10.*

Y por consiguiente no tiene necessidad de insinuació la donacion que se otorga por causa de muerte, sino es que para ser validas, es necessario que se confirmen por la muerte del donante, *vt notant DD. in l. vlt. C. de donat. caus. mort. Mol. de iust. & iur. 2. tract. disp. 288. nu. 4.* Y assimismo no se requiere insinuacion en las donaciones remuneratorias, *vt notat Mol. de primogen. lib. 2. c. 8. n. 15. quem refert cum Ant. Gom. Mol. vbi sup. disp. 279. n. 6.* adonde dize assimismo no se requiere insinuacion en las donaciones ob causam, y en las donaciones ad nuptias, y propter nuptias, ni en los dotes comparatione mariti, nec vxoris, *vt in l. vlt. Cod. de iure dot. & in l. 9. tit. 4. p. 5.* Y por el consiguiente no se requiere insinuacion en las donaciones reciprocas, como no exceda su incremento de lo que se da por ella en su remuneracion de los quinientos sueldos, *vt cum Iul. Clar. tenet Molin. Theol. vbi sup. num. 9.* 5

Y el comun estilo que en estas dichas insinuaciones se guarda, es, que por auto se pide al juez, haziendo primero relaciõ de quien otorgò aquella donacion, y en fauor de quien, q̃ interpõga su decreto, y autoridad judicial, y luego el dicho juez sin mas conocimiento de causa, ha de preguntar al donante, si para otorgar la dicha donacion fue compulso, y apremiado, y si la otorgò de su libre, y espontanea voluntad, y debaxo desto interpone su autoridad, segun assi lo practica *Monter. in pract. 7. tract. fol. 119.* Aduirtiẽdo assimismo, que esta dicha insinuaciõ se ha de pedir ante el juez mayor de aquel lugar, assi como Corregidor, Alcalde mayor, ò Gouernador: y si fuere Aldea q̃ no pudiere conocer de aquella suma, acudir a la cabeça, *vt ita probat in l. 9. sup. citata, tit. 4. p. 5. Gutier. de iuram. confirm. 1. p. cap. 7. num. 14. Ant. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 4. num. 7.* 6

Y es de notar, que si el donante no quisiere parecer en juizio para pedir esta dicha insinuacion, podrà dar poder al dicho donatario en la dicha escritura de donacion, para que en su nombre la pueda pedir, *vt ita sequitur Gut. vbi sup. nu. 14. per l. 1. & fin. ff. de procur. & per l. 1. tit. 10. lib. 1. Fori.* Y de aqui infiero, q̃ estas dichas donaciones se podràn insinuar ante juez seglar siẽdo el donante, y otorgante Clerigo, pues como dicho es, no es necessario conocimiento de causa, *vt ita notat Author Curiæ Philip. 1. p. §. 5. num. 28. & 30.* 7

Ibi *Y marauedis de oro.* b En cuyo valor ay diuersidad de opinio- 8

niones, en que muchos dixerō, que cada vno deuia valer quatrocientos y ochenta y cinco marauedis, como fue *Escob. de ratiocin. comp. 25. num. 8. cum alijs per l. 6. titul. 18. lib. 6. nouæ Recop.* Y otros dixeron, que cada vno destos dichos marauedis de oro, auia de valer quinientos marauedis de nuestros tiēpos, como assi afirma auerse determinado Monterroso, vbi supra, a quien sigue Gutierrez, y otros muchos modernos, q̄ alcançaron la decision 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 vno destos dichos marauedis, ò sueldos puede valer, ibi: *Y peche trecientos sueldos y por ellos mil y docientos marauedis*, adonde dize Azeuedo, que por esta ley se decide la duda que entre los Doctores ay del valor destos dichos sueldos. La qual ley, a mi parecer, no se deue estender a mas de para lo que fue declarada, por ser pena pecuniaria; y assi entre tantas opiniones, seguirè la de los quinientos marauedis.

9 Ibi: *Ser donaciones* c La qual clausula, segun sentencia de graues Doctores, es de ningun momento, y es en fraude de la dicha ley 9 de Partida, *vt ita notat Bart. in l. Modestinus, ff. de donat. Ant. Gom. 2. tom. var. resol. d. cap. 4. nu. 7. idem Gab. Monterros. in dict. 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 dellas, se ha de entender vna sola donacion, especialmente siendo otorgada en vn mismo instrumento, y escritura. Y assi se aduierte a los Escriuanos, no es de essencia la dicha clausula, y renunciacion, por ser en fraude de la dicha ley 9. y demas del derecho comun, *vt ita notat Ant. Gom. vbi sup. num. 7.* Aunque si la dicha renunciaciō, y donacion fue jurada, segun la mas comun, y probable opinion de muchos, y graues Doctores, serà valida la dicha donacion en el excesso de los dichos quinientos marauedis de oro, sin la dicha insinuacion, *vt ita affirmant Ioann. Andr. & Panorm. in cap. cum contingat, de iure iurand. num. 17. Iulius Clarus lib. 4. sent. §. Donatio, quæst. 18. Anton Gomez, tom. 2. variar. resolut. cap. 4. citat. num. 8. Gutier. in rep. l. nemo potest, ff. de leg. 1. & in tractat. de iurament. confirmat. 1. part. cap. 7. num. 8.*

(***)

CAPI-

CAPITVLO XXII. Adonde sumariamente se declara, si se puede dar, y traer clausula, y regla cierta, para que la donacion otorgada en fauor de estraño, ò descendiente, no se reuoque en todo por el nacimiento de los hijos.

SVMARIO.

1 *DOnacion, si se reuoca por el nacimiento de los hijos, y de que clausulas se puede vsar, para que en todo no se reuoque.*

2 *Y en que casos serà visto ser reuocada en todo, ò en parte.*

3 *Y si por tener esperança el donante de contraher matrimonio, y tener hijos, se anularà la dicha donacion.*

4 *De que efeto sea en estos casos renunciar la ley si vnquam, C. de reuocand. donat y ley 8. tit. 4. part. 5.*

5 *Si reuocandose la dicha donacion por el nacimiẽto de los dichos hijos, torna a reuiuir muriendo despues.*

VTRVM, Si por el nacimiento de los hijos, y descendientes se reuocarà la donacion otorgada antes que naciessen, por sus padres, y ascendientes, y si se reuocara en todo, ò en lo que pareciere, y constare ser inoficiosa. Duda es, adonde muchos Doctores han mostrado sus ingenios, y adõde assimismo cada vno ha seguido su opinion, de que pareciera mal que mi ingenio se aplicara a destruir lo que tan agudamente, y tan fundado en derecho al proposito respondieron. Y considerando, y procurando entender en que consistia la dificultad, que daua causa a las dichas dificultades, y opiniones, me parecio buscar medio, para que de ninguna manera las vnas, y otras dichas opiniones se siguiessen, que por las palabras de la clausula siguiente se conoceràeste remedio, scilicet: *Obligandome, como me obligo, de no reuocar esta dicha donacion en manera, y forma alguna; y si la reuocare, no valga la tal reuocacion, aunque diga, y alegue, que al tiempo de otorgarla tuue esperança 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 valida, y perfecta, y valga en lo que de derecho valer pueda, renuncio la ley si vnquam, b. Cod. de reuocandis donationibus, y ley 8. titulo 4. partida 5.*

Formatur alia clausula.

Ibi:

2 Ibi: *Tuue esperança de tener hijos.* a Y lo que primero se ha de considerar, es, que regularmente la donacion otorgada en fauor de estraño se deue reuocar; y por mejor dezir ipso iure se reuoca, y anula por el nacimiento de los hijos que por legitimo matrimonio despues le nacen al donante, y otorgante, *vt in dict. l. si vnquam, C. de reuocandis donationib. & in dict. l. 8. tit. 4. p. 5. & ita affirmat Ioan. Andr. & Panorm. in cap. vlt. de donationib. num. 5. & commun. Doctorum sententia, quam refert, ac sequitur Couar. var. res. cap. 4. num. 11.* Y si bien se consideran las decisiones de las dos dichas leyes, *l. si vnquam*, y *ley 8. tit. 4. part. 5.* parece pelean en su decision, y determinacion, atento que la dicha ley si vnquam dispone, en que las dichas donaciones en todo ipso iure quedan reuocadas: y la otra que es la dicha ley 8. dispone, en que tan solamente queden reuocadas en lo que pareciere, y constare ser inoficiosas, respecto de la legitima de los dichos descendientes, y ascendientes, *vt ita in d. l. 8.* ibi: *E si por ventura alguno que ouiesse fijos legitimos, quisiere fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que toda via sin que en saluo a sus fijos la su parte legitima.* Por manera, que si el padre tuuiere hijos legitimos, è hiziere, y otorgare donacion de todos, o la mayor parte dellos, tan solamente se entenderà ser valida en quanto al quinto, siendo otorgada en fauor de estraño, y tercio y quinto, siendo en fauor de descendiente.

3 Y segun consta de las palabras de la dicha ley, se deue entender, quando el donante, y dicho otorgante tenia hijos, ò esperança de tenerlos: porque sino los tenia, ni esperança de tenerlos, se reuocara la dicha donacion en todo, sin distincion de tercio, ni de quinto, como de la misma ley se prueba, y colige, ibi: *Mueuẽse los omes a las vegadas à fazer donaciones, porque non han fijos, ni han esperança de los auer.* Y prosigue luego diziẽdo: *E non deue valer en ninguna mauera, & ita notat Greg. Lop. ibi, & cum Bar. in l. Titia. §. Imperator, ff. de legat. 2. & cum Pan. in cap. vlt. de donat. num. 9. asseuerat commun. Doctorum sentẽtia, quam referunt, ac sequuntur Couar. var. res. cap. 19. num. 1. & 12. Ant. Gom. 2. tom. var. res. cap. 4. nu. 11 Iul. Clar. lib. 4 sent. quæst. 22. §. Donatio.*

4 La qual doctrina assimismo se ha de entender por el nacimiento de los hijos naturales de parte de la madre, pero no de parte del padre, *vt notat Couarrub. de sponsalib. 2. par. cap. 8. num. 14.*

5 Ibi: *Renuncio la ley si vnquam.* b Y para quitar de medio

dio si los dichos otorgantes tuuieron, ò no esperança de tener hijos, o descendientes, sera buena aduertencia, que al tiempo de otorgar las dichas donaciones, se renuncien las dichas dos leyes, ley si vnquam, y la ley 8. de la quinta Partida; porque por estas dichas renunciaciones quedan validas, y perfetas las dichas donaciones, en quanto al dicho quinto entre estraños, y tercio, y remanente de quinto entre descendientes, *vt ita probat Bart. in dicta l. Titia, §. Imperator, num. 2. ff. de leg 2. & ibi commun. DD. Vell Fernand. in l. 23. Tauri, num. 9. Azeu. in l. 1 tit. 6. num. 16. lib. 5 nouæ Recop. Baeç. in tract. de non melior. filiab. cap. 29. num. 11. fol. 147. & ita colligitur, & probatur ex d. l. 8. ibi: En tal manera, que toda via sinque en saluo a los fijos la su parte legitima, & ibi Greg. Lopez.*

Finalmente se ha de notar, que vna vez reuocada la dicha donacion por el nacimiento de los dichos hijos, no torna a reuiuir aquella accion y obligacion, aunque despues mueran los dichos descendientes, sino es en el dicho tercio, y quinto, por ser irreuocable desde el principio, *vt in dict. l. 8. tit. 4. par. 5. ibi: Que si despues ouiesse fijo ò fija de su muger legitima, con quiẽ casasse despues, que luego que los ha, es reuocada.* Lo qual se deue entender, si luego que los dichos hijos murieron, el dicho donante reuocò la dicha donacion; aluo si consintio, que el donatario gozasse de los bienes de la dicha donacion, que por aquel consentimiento fue visto confirmar la dicha donacion, *vt ita probat Iul. Clar. in quæst. 23. sup. citat. num. 9. Ant. Gom. 2. tom. var. resol. cap. 4. num. 12.* 6

CAPITVLO XXIII. Donde se refiere, si por causas de ingratitud se pueden reuocar todas, y qualesquier donaciones, por irreuocables que sean, y de que clausula se puede vsar para que en todo queden irreuocables.

S. V. M. A. R. I. O.

1 *SI por causas de ingratitud se podràn reuocar todas, y qualesquier donaciones, por irreuocables que sean, y si se podrà renunciar este derecho; y debaxo de que clausula.*

2 *Y si por el mismo hecho, probada la dicha ingratitud, se puede reuocar la dicha donacion.*

3 *Quales sean estas causas, que por ella se puedan reuocar las dichas donaciones.*

4 *Y si por el tacito consentimiento es visto ser reuocadas las dichas donaciones.*

5 *Y si por el pacto, y clausula de no reuocar las dichas donaciones, por las dichas causas de ingratitud podràn assimismo ser reuocadas, & ibi num. 6.*

7 *Y si por el juramento interpuesto al dicho contrato de donacion, quedan confirmadas las dichas clausulas de reuocacion.*

1 VTRVM, Si por causas de ingratitud licitamente podràn ser reuocadas todas, y qualesquier donaciones otorgadas en fauor de qualesquier personas. Y porque ha sido, y es causa de aborrecimiento a todos los coraçones de los hõbres la ingratitud, ordenò el Derecho, que probadas las dichas causas se puedan reuocar, no obstãte qualesquier pactos, y condiciones; y sin embargo, que las dichas donaciones sean otorgadas, y ordenadas con la clausula siguiente, scilicet: *Y me obligo, que por ingratitud, a ni por otra qualquier causa no reuocarè la dicha donacion.* b

Formatur alia clausula.

Ibi: *Que por ingratitud.* a Y es tan aborrecible, como dicho es, el desagradecimiento, que no solamente es para si dañoso, y miserable, sino tambien es causa para dañar a los demas, como de los Prouerbios se enseña, *Ingratus vnus miser omnibus nocet.* Y es cosa muy cierta, que no ay cosa mas miserable que la ingratitud, pues ciega, y seca los ojos de los hombres, y la fuente de piedad. Y dize Seneca refiriendo los grados de la dicha ingratitud, q̃ el que no agradece, es ingrato, y mas ingrato el q̃ dissimula el biẽ recibido, y mucho mas ingrato el q̃ de todo punto se oluida de las buenas obras; por cuyas causas ordenò el Derecho, que para q̃ estos dichos no quedassen sin castigo, q̃ por el mismo hecho perdiessẽ las donaciones otorgadas en su fauor, *vt in l. vlt. C. de reuocandis donat. & ibi Bart. & commun. DD. Ant. Gomez 2. tom. var. res cap. 4. num. 2. Gutier. de iuram. confirmat. 1. par. cap. 10. num. 7. & cum multis alijs quos citant*, adonde afirman se han de restituir assimismo los frutos de los bienes de la dicha donacion desde el dia de la contestacion, *vt in glos. generaliter, §. Proinde, verb. Ex aliqua causa, ff. de fideicommis. libertatib.*

2

Cuyas causas de ingratitud nos enseña la *ley 10. tit 4. part. 5.* ibi: *La primera es, quando aquel que recibe el donadio, es desconociente contra aquel que ge lo faze, faziendole gran deshonra de palabra, acusandole de algun yerro, porque ouiesse de recibir muer-*

3

te,

te, ò perder algun miembro, ò cayesse en enfamamiento, è perdiesse la mayor parte de lo suyo, si le fuesse probado; que como quiera que otro alguno pueda dezir contra la persona del que faze el donadio, no le puede dezir, ni deue el ome que recibe algo dèl. La segunda es, faziendole tuerto de fecho, metiendo manos ayradas en èl. La tercera es, si trabaja en alguna manera de su muerte. Y no solo por las dichas causas de ingratitud, pero por otras que fueren mas graues, ò iguales a estas, se deuen reuocar las dichas donaciones, *vt ita refert Panorm. in cap. vlt. de donat. n. 73. Anton. Gom. vbi sup. num. 14. Molin. lib. 1. de primog. cap. 9. num. 32. Iulius Clar. lib. 4. sent. § Donatio, quæst. 21.*

Y hase de considerar, que por el tacito consentimiento del donante, no es visto reuocar la dicha donacion, teniendo tiempo, y estando cierto, que el donatario fue ingrato para tratar de reuocar la dicha donacion, por cuya causa los herederos del otorgante no pueden reuocar la dicha donacion, sino es en caso que el dicho donante, y otorgante viuiendo, ignorasse alguna de las dichas causas de ingratitud, ò que no tuuiesse tiempo para fenecer la causa de la dicha reuocacion, auiendola empeçado, y tratado antes que muriesse: saluo, si sabiendo, y teniendo las dichas causas, no quiso en vida tratar de la dicha reuocacion, *vt hæc omnia probant Speculat. in titul. de donatione, num. 5. Tiraq. in l. si vnquam, num. 140. C. de reuocand. donat. Ripa in hac l. fin. quæst. 54. n. 180. & 181. Boer. cons. 41. num. 11. Greg. Lopez in l. 67. in glos. Desconociente, tit. 18. p. 3. Octauian in decis. Pedemont. 122. num. 9. idem Gregor. in dict. l. 10. tit. 4. part. 5. Ripa vbi sup. num. 205 Molin lib 1. de primog. cap 9. num. 36. quem refert, & sequitur Azeued. in l. 2. tit. 1. num. 2. lib 1. nouæ Recopil.* 4

Ibi: *No reuocar la dicha donacion.* b Y por ser renunciacion introducida en fauor de los dichos otorgantes, parece se deue guardar, y cumplir, y que por ninguna de las dichas causas se pueden reuocar las dichas donaciones, como assi lo prueba la dicha *ley 67. tit. 18. part. 3.* ibi: *E sobre todo esto prometio, que esta donacion que le fizo, que siempre la aurà por firme, è nunca irà contra ella en ninguna manera, è señaladamente, que nunca la reuocaria, diziendo, que aquel a quien la fiziera, que gela no agradeciera, è fuera desconociente, faziendo contra èl cosas que dizen las leyes de nuestro libro, porque pueden ser reuocadas, assi como se muestra en el titulo que fabla dellas.* La qual ley parece, y es sin duda, que expressamente nos da a entender, que por causa 5

de la dicha renunciacion no se podrà reuocar la dicha donacion.

6 Pero no obstante la dicha clausula, y ley 67. de Partida se ha de tener lo contrario, por la qual no es visto corregir la comun, que en este caso se ha de tener, porque tan solamente la decision de la dicha ley tuuo respeto al comun estilo que antiguamente guardauan los Escriuanos en el orden de las escrituras de las dichas donaciones. Y assimismo, oy en nuestros tiempos vsan los dichos Escriuanos de las dichas clausulas de reuocacion, teniendo por cierto, que por ellas, y otras clausulas corrigen el Derecho comun, sin que para ello tengan fundamento. Y assi se concluye, que para euitar la correccion de las dichas leyes, y q̃ por estas causas no se dè ocasion a delinquir, se aduertirà, que las dichas donaciones no sean ordenadas con las dichas clausulas, *vt ita docet Speculator, titul. de donationib. num. 5. Tiraq. in dict. l. si vnquam, num. 140. Ripa in d. l. fin quæst. 54. num. 180. & 181. Boerius cons. 41. num. 11. Greg. Lopez in l. 67. citat. gloss. Desconociente, Ant. Gom. 2 tom. var. resol. cap. 4. num. 14. iuxta l. si vnus, §. Illud, & §. Pacta, ff. de pactis, & l. conuenire ff. de pactis dotalib.*

7 Y para que esta dicha donacion no se pueda reuocar, aunque sea por causa de ingratitud, se podra vsar de vn remedio: y es, que las dichas sean otorgadas con juramento, consintiendolo las partes, y que diga en la forma siguiente: *Y para mayor firmeza juro a Dios, y a su santissima, y pena de perjuro, que no irè, ni reuocarè esta dicha donacion por causa de ingratitud, ni por otra causa alguna, ni deste dicho juramento pedirè absolucion, ni relaxacion, &c.* Y es necessario, q̃ para que este dicho juramento tenga, y siga el efeto a que se interpone, sea de manera que sea haziendo relacion y obligandose de no reuocar la dicha donacion, porque si tan solamente se interpuso al dicho contrato, sin hazer relacion, y mencion de la dicha reuocacion en la forma que dicho es, no seguira el dicho efeto, por presumirse ser mas interpuesto con intencion de confirmar el acto, que prometer, y obligarse a no reuocar la dicha donacion, *vt ita docet Ioann. Andræas in Addit. ad Speculat. in dicto titulo de donatione, num. 5. per text. in cap. quemadmodum, §. Illud, de iure iurando, Guierr. de iurament. confirm. 1. par. cap. 10. num. 6. quem refert ac sequitur Molin. de iust. & iur. 2 tract. disput. 281. numero 11.*

CAPI-

CAPITVLO XXIIII. Adonde se trata, si las donaciones, y enagenacion de todos los bienes presentes, y futuros seràn validas, y si se podrà limitar la ley 69. de Toro, hodie ley 8. tit. 10. lib. 5. de la nueua Recopilac. que assi prohibe, y anula la dicha enagenacion y donaciones.

SVMARIO.

1 *Donacion, y enagenacion de todos los bienes, si serà valida, y debaxo de que clausulas, y condiciones quedaràn perfetas estas dichas donaciones, & ibi num. 2.*

3 *Reseruando en si el donante alguna parte de sus bienes para testar, y alimentarse, quedaràn irreuocables estas dichas donaciones.*

4 *Y si aurà lugar assimismo la dicha regla, reseruando en si el dicho donante el vsufructo de todos sus bienes.*

5 *Y si en los bienes presentes aurà lugar la dicha regla.*

6 *Y si en caso que estas dichas donaciones se juzguen por nulas, ha de ser en todo, ò tan solamente en lo que no exceden de los quinientos marauedis de oro.*

7 *Y si por el juramento quedaràn perfetas, y validas estas dichas donaciones, en especial en los bienes presentes.*

VTRVM, Si por la enagenacion, y donacion de todos los bienes presentes, y futuros, otorgadas por causas mere lucratiuas, y gratuitas, serà visto impedirse por la dicha enagenacion la libertad de poder disponer, y testar de los dichos bienes, de que serà causa juzgarse por retratable, è irreuocable. Y es muy conforme a derecho, que las dichas donaciones por tales causas se anulen, y retracten, especialmente quando al donante no le quedan bienes, de que libremente dellos pueda testar, y alimentarse, *vt in l. stipulat. hoc modo cõcepta, ff. de verb. obligat. l. si fratres, §. Idem respondi, ff. pro socio, l. ex eo, C. de in vtilib. stipulat. l. hæreditas, Cod. de pactis conuent. l. cum donationes in fin. C. de transact. l. vlt. Cod. de pactis, l. 8. tit. 20. lib. 5. nouæ Recop.* 1

Pero lo que se puede dudar en estas dichas donaciones es, si seràn validas, y perfectas siendo ordenadas, y otorgadas con las clausulas, y condiciones siguientes, scilicèt: *Por lo qual otorgo, y conozco, que en todo acontecimiento hago gracia, y donacion* 2 *Formantur alia clausula.*

cion pura, è perfeta irreuocable, que el Derecho llama inter viuos, a vos el dicho fulano para vos y para vuestros herederos, y successores, y para los que de vos, y dellos huuieren lugar y causa, conuiene a saber, de todos mis bienes presentes, y futuros, assi raizes immuebles, como muebles, y acciones, y derechos, a reseruando, como en mi reseruo, tales bienes para alimentarme, y testar, b ò todo el usufruto c de todos los dichos bienes mientras viuiere: y si en alguna manera la dicha donacion fuere inualida, è imperfecta, quiero que valga en los bienes presentes d que yo tengo, y posseo. Y para mayor firmeza me obligo, que no reuocarè la dicha donacion, jurando como juro a Dios, y a su santissima † y pena de perjuro, de q̃ no irè, ni dirè contra esta dicha donacion, y escritura, ni contra lo en ella contenido, aora, ni en tiempo alguno, ni del dicho juramento pedirè absolucion, ni relaxacion, &c. En la qual clausula se contienen notables palabras, que cada vna de por si tiene su significacion, y limitacion, segun la duda, y questiõ propuesta, las quales iran declaradas por el tenor siguiente.

Ibi: *Y acciones, y derechos.* a Y aunque es verdad, como dicho es, que la donacion de todos los bienes, presentes, y futuros, es nula, y de derecho reprobada; pero con todo esso, si el dicho otorgante teniendo acciones, y derechos contra particulares, seguros de cobrar, y no haziendo mencion dellos en la dicha escritura, serà perfecta la dicha donacion, siendo tan quantiosos, que dellos puede libremente testar, y alimentarse, por ser visto reseruarlos tacitamente para el dicho caso: y es la razon, que los derechos, y acciones es diferente especie de bienes, vt alibi diximus; y no se comprehende en los dichos bienes muebles, è immuebles, *vt est text. in l. Caius, ff. de legat. 2. & in l. à Diuo Pio, §. In venditione, ff. de re iudicata, & ita sentiunt, Pinel. in Rub. de bonis matern. 1. p. num. 24. Gutier. de iuram. confirm. cap. 21. num. 16.*

33 Ibi: *Tales bienes para alimentarme, y testar.* b Y reseruando assi el dicho donante alguna parte de los dichos bienes, para los dichos alimentos, y testamento, serà assimismo valida, y perfeta la dicha donacion, pues en este caso assimismo cessa la razon de prohibir la enagenacion de todos los dichos bienes, con tanto, que esta cantidad no sea tan tenue, que se presuma en fraude de la dicha *ley 8. tit. 10. lib. 5. nouæ Collect.* Y en caso de duda, se ha de tener siempre atencion a la cantidad de hazienda, y calidad de la persona otorgante, *vt ita docet Bart. in dict. l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligat. & ibi commun.*

mun. DD. Molin. de primog. lib 2. cap. 10. n. 25. Couar. lib. 3. var. resol. cap. 12 num. 3. Gutier. vbi sup. num. 15. Ant. Gom. in l. 69. Taur. num. 3 Gam. decis. 348 num. 3.

Ibi: *O todo el vsufruto* c Por cuya causa se limita assimismo la dicha regla, pues reseruando en si el dicho donante, y otorgante el vsufruto de todos los dichos bienes, ò la mayor parte dellos; de forma, que le sean suficientes para los dichos sus alimentos, no cessa la libertad de poder disponer, y testar, *vt ita notat Paul. de Castr. in dict. l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. Bart. cons. 76. Pan. cons. 102. Alexan. & communior sententia, quam referunt, ac sequuntur, Molin. lib. 2. de prim. cap. 10. num. 19. Couar. 3 lib. var. resol. cap. 12. num. 1. Iul. Clar. lib. 4 sent. quæst. 19. num. vlt.* 4

Ibi: *En los bienes presentes.* d Cuya decision por la parte negatiua, si bien se considera, nos enseña manifiestamente la decision de la dicha *ley 8 tit. 10. nouæ Recop.* ibi: *Ninguno pueda fazer donacion de todos sus bienes aunque tan solamente la faga de los presentes.* Y segun la generalidad de sus palabras, parece que no ha lugar fuera de los casos supra referidos, limitacion alguna; aunque es verdad, que regularmente hablando, las dichas donaciones en otra forma otorgadas, seran nulas, y de ningũ valor, y efeto; pero con todo esso, siendo juradas las dichas donaciones en la forma dicha, seràn validas en quanto a los dichos bienes presentes, supuesto que la dicha ley no tiene clausula irritante, y anulatiua, y cõ el juramento quedò perfeta la dicha donacion, lo qual assimismo se ha de entender, segun Azeuedo, adquiriendo el donante despues algunos bienes, de los quales pueda disponer, y testar; porque de no adquirir bienes algunos, ò por morir luego incontinenti, serà nula, y se reuocara la dicha donaciõ. Y para euitar este peligro, como refiere el mismo Azeuedo, serà buena aduertencia en este caso, que el dicho donante reserue en si alguna parte de sus bienes para poder disponer; ò que la escritura de la dicha donacion sea ordenada, y otorgada con la condicion, y clausula siguiẽte. *Y si por causa contingente el dicho donante antes de adquirir algunos bienes muriere, que el dicho donatario tenga obligacion de cumplir su testamento, haziendo los sufragios necessarios por su alma, segun la calidad de la persona, y hazienda.* La qual dotrina es singular, y en caso contingente se podrà muy bien practicar, *vt ita affirmat idem Azeu. in l. 8. citata, tit. 10 n. 8. nouæ Recop. Ant. Gom. in d. l. 69. Taur. Gutier. in d. cap. 11 num. 13. Hypol. in* 5

Formatur alia clausula.

practica, §. Secundum, nu.60. & in § Diligenter n 76. cum seqq. Matienç. in dict. l. 8. tit. 10. nouæ Recop.

6 Finalmente se concluye, que si esta dicha donacion por alguna razon y causa se reuocare ha de ser en todo, y no se ha de entender en lo que pudiere valer, como diximos en el capitulo 20. de las donaciones que exceden de los quinientos marauedis de oro, *vt ita affirmat idem Anton. Gomez in dict. l. 69. num. 2. Gutierrez vbi sup. num. 3. Iul. lar. lib. 4. sentent. quæst. 20. num. 2.*

7 Y para dar fin assimismo a nuestro capitulo, se ha de notar, que si la dicha donacion fue otorgada en fauor de Iglesia, ò de otra qualquier obra pia, sera valida, y perfeta, aunque sea de todos los bienes presentes, y futuros, y aunque sea sin juramento: y esto se ha de entender con obligacion de alimentar al dicho otorgante; & est communis in iudicando, & consulẽdo, *vt ita affirmat Ant. Gomez in dict. l. 69. Tauri, num. 6. Couar. in Rub. de testamentis, 2. part. num. 6. Decius cons. 468. numer. 5. quos sequitur & refert Gutierr. vbi sup. num. 7. & Molin. de iustitia, & iure, 2. tract. disp 280. num 4.* adonde assimismo afirmã, que lo que se dà por causa de dote a persona pobre, se ha de entender ser causa pia, y assi valdrà la dicha donacion, aunque sea de todos los dichos bienes, futuros, y presentes.

CAPITVLO XXV. Adonde se refiere, q̃ clausulas sean necessarias, para que las donaciones que se otorgan por causa, y temor de muerte, queden perfectas, è irreuocables.

S V M A R I O.

1 *Donacion otorgada, y celebrada por causa de muerte, si se podrà reuocar, y con que clausulas, y palabras passarà en contrato inter viuos, irreuocable.*

2 *Como se conocerà esta forma de contrato, para que de su forma no se juzgue por contrato inter viuos.*

3 *Y si prometiendo no reuocar la dicha donacion el otorgante, y testador, quedarà por irretractable, è irreuocable.*

4 *Y si es necessario aceptar esta dicha donacion expressa, ò tacitamente, para que el donante no la pueda reuocar.*

5 *Clausula general, y accessoria a estos dichos contratos, de que efecto serà.*

6 Si

6 *Si por el entrego de los bienes donados, se haze irreuocable la dicha donacion.*

7 *Y si por el juramento interpuesto al dicho contrato de donacion quedarà perfecta, è irreuocable.*

VTRVM, Si la donacion que es otorgada, y celebrada por causa, y temor de la muerte, en testamẽto, ò en otra qualquier vltima voluntad, aora sea celebrada, por expresso consentimiento del testador, ò por ignorancia del Escriuano, por èl mal ordenada, puede tener tanta fuerça, que por el orden de sus palabras quede luego irreuocable, supuesto que el natural deste dicho contrato es retractable, y no es valido, ni perfeto, nisi post mortem. Y aunque es verdad que la dificultad dà razon de dudar en su determinacion; pero con todo esso no la darà, si se tiene atencion a las palabras de la clausula siguiente. 1

La qual donacion a *me obligo, y prometo de no la reuocar* b *en testamento, ni en codicilio, ni por escritura publica, ni en otra manera alguna, tacita, ni expressamente, aunque suceda qualquiera de las causas porq̃ se puede reuocar. Y para mayor firmeza juro à Dios* c *nuestro Señor, y a su santissima* † *de no ir, ni contrauenir, ni dezir contra esta dicha donacion, por dezir fue otorgada en testamento por temor, y causa de muerte, ni que fui engañado, leso, ò damnificado; y que si la reuocare, no valga la tal reuocacion; antes quiero, que por el mismo hecho quede valida, y perfeta, irreuocable, biẽ assi como si fuesse otorgada, y celebrada entre viuos.* Las quales palabras son notables, y tienen en si notables efetos, q̃ para nuestro proposito se notaràn las mas principales por el orden, y glossas siguientes. *Formatur alia clausula.*

Ibi: *La qual donacion.* a En cuyo natural de contrato se han de notar, y considerar dos formas, y maneras que ay de clausulas, de las quales la vna sigue el natural deste contrato, causa mortis, q̃ es quando no en la sustancia del contrato de donaciõ, sino tan solamẽte quando la vna se ordena, y pone accessoria in verbis executiuis al fin del instrumento, y testamẽto, hablãdo generalmente, diziendo. *Y q̃ por ninguna causa, y razon reuocarà esta dicha donacion.* Y esta dicha donacion sigue el natural assi como otorgada por causa de muerte, la qual se juzga por reuocable, y retractable. Y la otra es la que sigue el natural del contrato entre viuos, la qual donacion no se puede reuocar, que es quando principalmente en el dicho testamento 2

se haze especial mencion de la dicha donacion, con pacto, y obligacion de no la reuocar, segun la clausula supra referida, *& ita referunt & sequuntur Couar. in Rub de test. 3 p. nu. 1. & 15. Ant. Gom. 2. tom. var. res. cap. 4 num. 16 Iul. Clar. lib. 4 sentent. quæst. 5. Molina de primog. cap. 12. nu. 8. & 16. & in l. fin. tit. 4. part. 5.*

3 Ibi: *De no la reuocar.* b Y assi digo, que para que esta dicha donacion reuiua, y siga el natural irreuocable inter viuos, serà bien que sea ordenada con aquellas palabras, diziendo: *El qual dicho otorgante se obligò, y prometiò de no la reuocar en ningun tiempo, por razon ni causa alguna: y si la reuocare, por el mismo hecho quede valida y perfecta, vt ita probatur in l. vbi ita donatur, & in l. si alienam, §. Marcell. in fin. & in l. Senatus §. Mortis causa in fin. ff de mortis causa donat. Ant. Gom. 2. tomo var. res. cap. 4. num. 22. Molina lib. 4. de primog. cap. 2. num. 40. & 45.*

4 La qual donacion estando presente el donatario, no es necessario expressa aceptacion; porque basta el tacito consentimiento del donatario, y siendo ausente, basta la noticia por carta, ò mēsajero, o por aceptacion del Escriuano: y por otras muchas razones que refiere *Molina de iustitia & iure, 2. tract. disp. 244. 254. 255. & 263.*

5 Y si la dicha clausula fuere generalmente ordenada, y accessorie al dicho contrato de donacion, vt supra diximus, y no constare ser ordenada de voluntad, y cōsentimiēto del testador, y otorgante; se colige estar mas escrita por el comun estilo de los Escriuanos, que de voluntad del dicho otorgāte, como se prueba, y colige de la dicha *ley fin. tit. 4. par. 5.* adonde dize, que estas dichas donaciones son reuocables, *vt* ibi: *E dezimos, que la donacion que ome faze de su voluntad estando enfermo, temiendose de la muerte, ò de otro peligro, que vale; pero tal donacion como esta pueleser reuocada en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel a 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, porque se mouia a fazer 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 adquiera su dominio; por cuya causa no se puede reuocar, sino es en caso que constare que fue con tacita condicion, ò expressa, q̄ el dicho donatario no adquiriesse el dicho su dominio, aunq̄ la cosa le fue entregada, hasta que el donante muriesse, *vt in l.*

dotis

dotis fructus. §. vlt ff. de iure dotium, & in l. si mortis causa res, ff. de mortis causa donat.

Ibi: *Y juro a Dios.* c Y para que cessen estas dichas dos diferencias, serà lo mas seguro, q̃ este contrato de donacion sea jurado en la forma desta dicha clausula, y assi serà irreuocable lo que de su naturaleza no lo era, *vt ita responsum dederunt, Tell. Fernand. in l. 17. Tauri, num. 99. Matienç. in l. 17. gloss. 1. num. 21. tit. 10. lib. 5. nouæ Collect. Couarr. in Rub. de test. 2. part. num. 11. Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. nu. 46.* 7

CAPITVLO XXVI. Sobre las donaciones otorgadas entre marido, y muger, y adonde por el tenor de las palabras mas notables de cierta clausula, con que deuen ser ordenadas y otorgadas todas, y qualesquier escrituras de las dichas donaciones, se notan, y traen a la memoria los casos mas notables que ay en el Derecho, tocantes a la dicha materia.

SVMARIO.

1 *Donacion entre marido, y muger, constante el matrimonio, si es valida, y si se confirma con la muerte del donante, y debaxo de que clausula.*

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

3 *Si aurà 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 podrà reuocar 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 reuocar, 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, seran irreuocables, siendo otorgadas con condicion, que a dia cierto lo aya, y goze otro tercero.*

9 Pagando el marido las deudas de su muger por causa de donacion, si serà valida, è irreuocable, 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 alcançar algun oficio, ò otra qualquier pretension, serà irreuocable.

12 Y si por hazerse mas pobre el donante, por causa de la dicha donacion, podrà justamente reuocarse, y en que casos se entenderà esta pobreça, 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 num. 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 perjuizio de acreedores, aora sean otorgadas antes, ò despues del dicho matrimonio.

19 Y si en caso que la muger sea preferida, si se ha de entender a los acreedores hipotecarios, ò tan solamente a 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 abintestato, ò que el heredero no quiera aceptar la herencia.

21 Y si se confirmarà, aunque el dicho donante muera ciuilmente.

22 Y si serà valida auiendose otorgado con temor de incurrir en alguna pena, de que por ella el donante huuiesse de incurrir en cõfiscacion de sus bienes.

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

24 Donacion otorgada por el hijo con voluntad de su padre, en fauor de su madre, si serà irreuocable

25 Muriendo marido, y muger juntos por desgracia, y caso fortuito, qual dellos se presume auer muerto antes.

26 Si por auer hipotecado el donante la cosa donada, fue visto reuocar la dicha donacion.

27 Manda general, si deroga a la especial.

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

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

30 Con que palabras deuen ser confirmadas las dichas donaciones,

para

para que no se juzguen por legados, ni fideicommissos.

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

32 Y si es necessario, que para que estas dichas donaciones queden confirmadas, precedan actos de tradicion, y possession, y porque casos se colligen estos dichos actos ibi num 33. & 34.

35 Y si por el juramento interpuesto al dicho contrato de donaciõ, se haze, y queda irreuocable.

36 Y si estas dichas donaciones pueden antes de la muerte del donante ser tacita, ò expressamente reuocadas; y si por muerte del donatario, ipso iure, quedaràn reuocadas, ibi num 37.

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

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

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

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

44 Y si se reuocarà assimismo por auer echado el marido a la muger de su casa.

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

46 Si por la defensa del donatario quedarà assimismo reuocada esta dicha donacion.

47 Y si por la deshonestidad de la muger, ipso iure, queda reuocada.

48 Y si por hallar a la muger en parte oculta, y sospechosa, es reuocada esta dicha donacion.

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

50 Y si por causas de ingratitud, ipso iure, quedan reuocadas estas dichas donaciones.

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

52 Y si el dicho donatario de su misma voluntad, sin ser apremiado, jurò contra el dicho donãte, en qualquier causa, y pleyto, assimismo serà causa para ser visto auerse reuocado la dicha donaciõ.

53 *Y si las dichas donaciones quedaràn, ipso iure, reuocadas, muriendo el dicho donante con ignorancia de algunas de las dichas causas.*

1 VTRVM, Si la donaciõ otorgada entre marido, y muger, antes, ò despues de contraydo el matrimonio, para ser valida, es necessario que se confirme con la muerte del donante? Y aunque es verdad, que regularmente hablando, estas dichas donaciones son invalidas, y de derecho reprobadas pero con todo esso es regla que padece varias excepciones, assi en la confirmacion, como en la reuocacion de las dichas donaciones, las queles son singulares, y dignas de tener en la memoria, que por el tenor de las palabras de la clausula siguiente iràn aduertidas, y declaradas, scilicet: *Y por el mucho amor que yo he tenido, y tengo a vos fulano mi legitimo marido, a y he recibido de vos muy buenas obras; por lo qual, y porque es mi voluntad determinada, otorgo, y conozco, que en todo acontecimiento hago gracia, y donacion, buena, pura, y perfeta, irreuocable, que el Derecho llama entre viuos, dada de mi mano a vos el dicho mi marido, para vos, y para vuestros herederos, y sucessores, y para los que de vos, ò dellos huuieren causa, y titulo, conuiene a saber de tal heredad, ò possession que yo tengo, y posseo en tal parte: y assimismo os hago gracia, y donacion de todas las ganancias, y mejoras, b que constante el nuestro matrimonio huuieremos ganado, que de derecho, y leyes Reales deste Reyno me deuian 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 ganaciales, os doy, y entrego de mi mano a la vuestra esta escritura, en presencia del presente Escriuano, y de los testigos de yusso escritos, de cuyo entrego yo el presente Escriuano doy fee, y juro a Dios, d y a su santissima † de no reuocar e esta dicha donacion, ni por razon alguna venir contra ella, &c.*

Formatur alia clausula.

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 conuenido, y tratado entre los dichos contrayentes, *vt in leg. 1. vers. Igitur, ff. de donationibus inter virum, & vxorem.* Y en caso que el dicho matrimonio se siguiesse, aunque conuenido, y tratado no fuesse entre los dichos esposos con el dicho efeto del matrimonio, queda valida, y perfecta,

fecta, è irreuocable la dicha donacion, segun otro texto del Derecho, scilicèt, *l. cum veterum, Cod. de donationib. ante nuptias*, aunque en este caso, no teniendo efeto el dicho matrimonio, queda reuocable la dicha donaciõ, y luego ipso iure, buelue al donante, y otorgante, sino es en la forma que dicho es, segun otro *text. Real l. 52. Tauri, hodie l. 4. tit. 2. lib. 5. nouæ Recop.* la qual habla en especial en las arras, y joyas, como mas largamente diremos en el libro segundo, en el cap. 11. §. arras, y joyas.

Y todo lo que dicho es en los esposos de futuro, assimismo ha lugar, y se estiende a los esposos de presente, id est, casados in facie Matris Ecclesiæ; no auiendose seguido la copula carnal, ò auiendo habitado juntos, aora fuesse en casa del mismo esposo, ò esposa, y por lo menos bastara el auer habitado en casa del dicho esposo, aunque no la aya conocido carnalmente: y assi en el primer caso seràn validas 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, o habitacion, y en el segundo no valdràn, ni seguiràn su efeto, pues cõ 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, ò habitacion. Y es la razon, porque la copula carnal en este caso haze que los desposorios contrahidos con palabras de futuro, passen en matrimonio de presente; *vt ita notat Palac. Rub. in repetit. Rubric. de donationibus inter virum, & vxorem, §. 4. nu. 1. & in §. 56. num. 1. & 2.* Todo lo qual, y con la misma distincion se deue entender en lo que el esposo huuiere dado a su esposa antes de la dicha copula, ò habitacion, assi como si fuessen 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 auiendo arras, y assimismo que no exceda de la otaua parte de lo que traxere la esposa en dote, como assimismo no sea mayor cantidad de la dezima parte de los bienes del dicho esposo, segun diximos en el cap. 11. del segundo libro, en el §. Arras, y joyas: *Et ita notat Anton. Gomez in l. 52. Tauri, num. 4. & 5. Palac. Rub. vbi sup. d. §. 4. num. 2. & in §. 6. in fin. Matien. in l. 1. tit. 2. 5. Recop. in glos. 6. Casti. in l. 52. Tauri, verb. Sea precioso, & ibi Gomez Arias, num. 26. Villalob. in Antinomia*

3

iuris verb. Donation. 25. Spin. in suo Specul. glos 18. in princ nu. 155 contra Gregor. Lopez in l. 23. tit. 11. part. 4 glos. magn. De que todos concluyen, que si esta promessa, ò entrego de joyas, fue despues de la copula, no valdrà, por presumirse antes donacion entre marido, y muger, que donacion proter nuptias, *vt ita notat Gomez Arias, vbi sup. nu. 20. Gregor. Lopez in l. 3. verb. Besado, tit. 11. part. 4. Palac. Rub. in l. 52 Tauri, num. 14. in fin. Matienç. in l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 3. num 2. & ibi Azeued. num 26. Gutierrez in allegat. 11. n. 5. lib. 1. contra Anton. Gomez vbi sup. num. 6.* De aqui se sigue, que si esta donacion fue otorgada entre los dichos esposos, refiriendose para quando el matrimonio se siguiesse, y cōsumasse, que de ninguna manera serà perfecta Y es la razon, porque esta dicha condicion es igual a lo que se otorga constante el matrimonio, la qual se viene a perficionar en tiempo prohibido, y que no se puede, *vt in l. quod sponsæ, Cod. de donation. ante nupt. & ibi Bart. & Palacios Rub. in dicta Rub. §. 30. num. 3 & in §. 32. num. 7.*

4 Todo lo qual se deue limitar en caso que esta donacion se huuiesse prometido por aumento de dote, concurriendo pobreça de parte del donatario. Y assimismo se deue limitar por causa de remuneracion, por concurrir desigualdad de parte del donante, en sangre, o vejez, y ser mas rico; y de parte del donatario auer mas calidad en sangre, mocedad, ò hermosura, la qual queda irreuocable, *vt ita notat Palac. Rub. vbi sup.* Con tāto, que esta dicha donacion no ha de exceder auiendo hijos del primero, ò segundo matrimonio del quinto de los bienes del donante, y otorgante, *vt in l. 10. tit. 6. lib 5. Recop. & in l. si constante matrimonio, §. Legitima, C. de donationib. ante nuptias.* Y si el dicho donante tuuiere ascendientes, no podrà exceder la dicha donacion del tercio de los dichos sus bienes, *vt in l. 6. Tauri, hodie l. 1. tit. 18. lib. 5. Recop.*

5 En la qual dote se pueden poner todas, 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 glos.* Y assi se concluye en este caso, que si el esposo de presēte, antes que su esposa saliesse del poder, y casa de los dichos sus padres, le hizo donacion de alguna cosa, es valida, y perfecta, y no se puede reuocar, saluo si antes de las velaciones estauan, y habitauan juntos, que entonces se podrà reuocar, assi como donacion otorgada entre marido,

rido y muger, constante su matrimonio, sino es por el dicho aumento de dote, por el premio de la nobleza, y demas causas de remuneracion, como dicho es, para cuyo efecto es necessario, que en las dichas escrituras de dote, y capitulaciones se haga mencion de las dichas causas, de forma, que no se entiẽdan ser donaciones simples, *vt in l. cum ante, & in l. fin. vers. fin. & in Autentic. los dava, C. de donationib. ante nupt. & in l. pen. ff. de donationib. inter virum, & vxorem.*

6 Y todas las vezes 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 hijodalgo; y por el cõtrario, siendo el donante viejo, y rico, y la dicha su esposa fuesse muy hermosa, y bien nacida, demas de que las dichas donaciones son validas, y perfectas, no se pueden reuocar 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 deue juzgar por las demas reglas comunes, segun vn elegante *text. l. Aquilius Regulus, ff. de donation. & ibi gloss. & communis Doctorum sententia.* Pero hase de aduertir, que esta remuneraciõ deue ser cierta, y verdadera, y no fingida, porque de no serlo, siguiera la naturaleza, y reglas comunes de las donaciones otorgadas entre marido, y muger *ex l. 1. & pen. C. plus vaier. quod ag. & Phil. Corn. in l. donatione, 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 huuiesse, y gozasse otro tercero assimismo, sin embargo desta dicha condicion, se podrà reuocar por el dicho otorgante, hasta la hora de su muerte, y esto procede, aunque el tercero fuesse descendiente, ò ascendiente legitimo, o natural, que de derecho tenia el dicho donatario obligacion de alimentar, supuesto que por la dicha donacion se haze mas rico; pues de su hazienda era fuerça sustentar, y alimentar a los dichos sus descendientes, ò ascendientes, *vt ita probat Palacios Rub. in cap. per vestras, de donationib. inter virum, & vxorem, §. 49. num. 3. vers. Ex prædictis.*

9 Y si el marido pagasse lo que la muger deuia, antes de contraer aquel matrimonio, por euitar mayores daños, valdria esta donacion, pero no se ha de entender siendo dado, y entre

gado

gado con malicia, y en fraude de la dicha donacion, *vt idem Palac. Rub. vbi sup. §. 52.*

10 Lo qual asimismo procede en lo que el esposo, ò la esposa huuiere gastado en leuantar, y reedificar la casa quemada con intencion de hazerle gracia dello a cuya es la dicha casa, *vt in l. quod si vir, ff. de donat. inter virum, & vxorem.*

11 Demas de todo lo susodicho, se cōfirma la dicha donaciō, y es irreuocable quando el vno de los casados otorga donaciō en fauor del otro, con intencion de que alcance, y pretenda alguna Dignidad, *vt in l. adipiscendæ, & duab. seqq. ff. de donat. inter virum, & vxorem.*

12 Y quando de la dicha donacion el dicho donante no se haze mas pobre por aquella enagenacion, es valida, e irreuocable la dicha donacion, aunque el donatario se haga mas rico, ò quando el dicho donatario no se haze mas rico, aunque el dicho donante se haga mas pobre, *vt ita habetur in cap. vlt. de donationibus inter virum, & vxorem, & in l. 4. 5. & 6. tit. 11. part. 4.*

13 Y dizese no hazerse mas pobre el donante por causa de la dicha donacion, quando tiene derecho de adquirir alguna cosa, y lo renuncia en fauor del donatario, lo qual no valdria, si antes de auerlo renunciado, lo huuiesse aceptado para si, porque entonces no se confirma, sino es con la muerte del dicho donante, *vt habetur in l. 2. §. vlt. ff. de donationibus inter virum, & vxorem.*

14 Y si el esposo, ò marido, antes, ò despues del dicho matrimonio en las escrituras de dote, y capitulacion, ò en otra escritura particular, ò ante testigos confessare auer 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 podrà el dicho marido, y esposo proponer la excepcion de la non numerata, y confessada dote, hasta vn año, que el dicho matrimonio fue dissuelto, y si passaron mas de los dichos dos años, hasta diez, y si dentro de todo aquel tiempo muriesse el dicho marido, y esposo, se le cōceden 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 a la muger, ò a 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 con-

confession de la dicha dote, porque por ventura passaron mas de diez años, le incumbe la prueba al dicho su marido, o herederos, y està por ellos, el probar no auerse 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, saluo si el dicho su marido, o herederos fuessen menores de veinte y cinco años, todo el dicho tiempo, por la restitucion in integrum, que pueden pedir: y assimismo les incumbe la prueba, si en el instrumento ay fee de la paga del mismo Escriuano, ò si despues de auerla confessado, ex interualo, assimismo confessò auerla recibido dos, o mas vezes; porque sin embargo desta dicha excepcion se deue pagar, sino es en caso que con suficiente prueba de testigos se auerigue lo contrario, porque de equidad se deue admitir, *vt hæc omnia probantur in authent. quod locum, C. de dote causa, & non numerata, & ibi Bart. & Bald. & comm. DD. Ant. Gom. in l. 51. Taur. num. 52. Alu. Val. consult. 5. n. 5. Molin. de iust. & iur. & 2. tract. disp. 439. num. 2.*

Y procede en tanta forma la doctrina supra referida, que aunque la escritura de dote sea jurada, se podrà oponer la dicha excepcion, probando, como dicho es, el marido, ò sus herederos no auerle sido entregada numerada, pidiendo primero relaxacion ad effectum agēdi, & 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 dicho juramento fue promissorio, prometiēdo de dar, y pagar la dote confessada, y no numerada, *vt in l. vlt. C. de non numerat. pecun.* Lo qual assimismo aurà lugar en el juramento confirmatorio, con peligro de pecar mortalmēte, por jurar lo que no se ha recibido: *Vt ita docet idem Aluar. vbi sup. consult. 5. & idem Molina. vbi sup. disp. 439. num. 8.* Aunque si el juramento es promissorio de pagar aquella dote, no le incumbe al marido la prueba de lo contrario, y aunque se aya passado el tiempo supra dicho, por presumirse auerse hecho el dicho juramento con esperança, que primero se le auia de entregar la dicha dote: *Vt iterum notat idem Molina in disp. 303. num. 11.* 15

De donde se sigue, que destas dichas confessiones no se puede presumir son donaciones otorgadas entre marido, y muger, en especial reuocando el marido aquella dicha confes- 16

sion,

sion, ò donacion en el tiempo, y con la distincion que queda dicho, saluo si el dicho matrimonio fuere disuelto por fin, y muerte del marido, y no dexare reuocada la dicha su confession, porque entonces es visto confirmarla, de que se presume donacion entre marido, y muger, y esto sin dar lugar a que los herederos lo contradigan, sino es que fueren descendientes, ò ascendientes, por lo que les puede perjudicar en su legitima, de que aurà lugar de oponer esta excepcion, haziendose en el tiempo q̃ dicho es: *vt ita notat Bart. in l si diuortio, ff. solut. matrim. & in l. assi luis, C. qui pot in pign. hab.* el qual dixo con Alexandro, y otros, que aura lugar la supra referida doctrina, aora sea antes, ò constante el dicho matrimonio, confessada la dicha dote, de que se sigue lo que Zeuallos afirmò por comun, en que dixo, que si la dote le fue prohibida al marido antes de el matrimonio, y la confessò constante èl, que se presume donacion entre marido, y muger, a que yo añado, y digo se ha de entender debaxo de las condiciones, y natural que las demas, id est, que se podrà reuocar, segun, y de la forma que dicho es, *Zeuall. lib. 1. comm. 432.*

17 Aduirtiendo, que en todos los casos que estas dichas donaciones se confirmaren por las causas supra dichas, no es necessario vera, ni ficta possession, porque sin ella queda valida, y perfecta de su misma naturaleza, por ser en fauor de dote, lo qual es al contrario en las demas donaciones otorgadas entre marido y muger, *vt in l. 2. C. de donat. & caut. non num. Alu. vbi sup. num. 16. Couar. vbi sup. num. 5.*

18 Todo lo qual se deue entender sin perjuizio de los acreedores del donante, aora sean personales, ò hipotecarios, porque oponiendo la excepcion que al dicho donante deudor le competia en el mismo tiempo, y de la forma que dicho es, hà de ser primeramente pagados, y se dà por nula la dicha confession, *vt ita probatur in l. si cui, C. de non numer. pec. Couar. vbi sup. n. 7. Ant. Gom in l. 51. n. 52. vers. 6. limita.* Saluo 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 iuxta causa, &c. *vt ita docet Ant. Gom. vbi sup. nu. 52. Molin. vbi sup. disp. 440. num. 4.*

19 Y si la dicha dote fuere confessada, constante el matrimonio, aunque los dichos tiempos sean passados, y el dicho esposo, ò marido aya renunciado la dicha excepcion de la non numerata pecunia, seràn preferidos los dichos acreedores, por ra-

razon de sus deudas, saluo si la muger, ò sus herederos probaren el dicho entrego, *vt ita sequitur Couarr. vbi sup. cap. 7. n. 7. Ant. Gom. vbi sup. num. 52 Aluar. Valasc consult. 5. num. 11. & vide infra lib. 2. §. Dotes, cap. 11. num. 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 a los acreedores posteriores, con expressa, y especial hipoteca, ò anteriores, que la tienen tacita tan solamente, menos priuilegiada, porque si son anteriores expressas, ò tacitas tan priuilegiadas, lo contrario se ha de dezir, pues quando constara de verdadera remuneracion, auian de ser preferidos por la anterioridad, como se colige, y prueba *ex doctrina Ant. Gom. vbi sup. n. 52. prop. fin.* Y esto se ha de entender en quanto los bienes no conocidos, ò dineros q̃ el esposo confessò auer recibido, porque si son conocidos, serà en ellos preferida, probando que son suyos, *vt ita tenet Couar. vbi sup. dict. num. 7.* Y assimismo sera preferida sin obligarse a la prueba, constando la prueba por testimonio, y fee del Escriuano, por instrumento anterior, *vt in lib. 2. cap. fin. §. Dotes,* diremos.

21 Y es a saber, que todas las vezes que estas dichas donaciones se confirman con la muerte del donante, no impide que muera abintestato, o que el heredero no quiera aceptar la herencia segun el Emperador, *Ant. in l. 1. C. de donationibus inter virum, & vxorem.* Y segun assimismo el Emperador Paulo *en la l. si quis, ff. de leg. 2.* y los Christianissimos Reyes don Alfonso, y Felipe II. *en la ley 1. tit. 4. lib 5. nouæ Collect.*

22 Y assimismo se confirma la dicha donacion, aunque el dicho donante muera ciuilmente, mientras no reuocare por su testamento (pudiendo testar) la dicha donacion, y aunq̃ fuesse condenado a galeras, o desterrado para siempre, como assi lo dize el *Iurisconsulto Vlpiano in l. sed si mors, ff. de donat. inter virum, & vxorem.*

23 Cuya doctrina assimismo procede, segun el mismo Iurisconsulto, en la donacion otorgada por el temor, y peligro de la muerte, y aunque el marido la aya otorgado con temor de incurrir en algun delito, que por su culpa, y pena huuiesse de perder sus bienes, y en este caso ha de ser preferida en los dichos bienes, aunq̃ por el dicho delito los huuiesse perdido todos, *vt notat Bald. in l. executorem 9. C. de execut. rei iudicat.* en cuya ley nota Bartulo, y dize, que aunque es verdad que las di

chas donaciones se confirmã con la muerte del dicho donante, puede el marido reuocar la dicha donacion, hasta aquella hora.

24 Demas de todo lo dicho se confirma esta dicha donacion por el estado de la Religion del donante, segun el Emperador Iustiniano *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, *vt affirmat gloss. in cap. decreta legalia 27. q. 2. verb. Damno, & in d. l. Deo nobis.*

25 Y si el hijo con voluntad de su padre huuiere otorgado alguna donacion en fauor de su madre, assimismo se confirma antes de ser reuocada por la muerte del dicho su hijo donante, *vt in l. nec fratris sui, & ibi glos. & communiter DD. C. de donat. causa mortis, & in l. tamis, §. Filius, ff. de donat. inter virum, & vxorem.*

26 Considerase assimismo, que muriendo marido, y muger juntamente por alguna desgracia, y caso fortuito, y no se puede aueriguar, ni prouar, quien de los dos murio antes, se confirmarà esta dicha donacion en fauor del marido, y sus herederos, por presumirse morir antes la muger, si otorgò la dicha donacion por la fragilidad del animo, *vt ita probatur in l. 12. tit fin. part 7.*

27 Y aunque el dicho donante despues de auer otorgado la dicha donacion en fauor de su muger huuiere hipotecado, y obligado todos sus bienes, assimismo se confirma la dicha donacion, especialmente posseyẽdo el dicho donatario ficte, auerè la dicha donacion, segun el Iurisconsulto Vlpiano *in l. cũ hic status, ff. de donat. inter virum, & vxorem.* Lo qual se ha de entender, segun otros Iurisconsultos, quãdo estos bienes hipotecados, y obligados son de mayor estimacion, y valor de la deuda porque fueron obligados, *vt in l. legata ff. de supellect. legat. in fin. & ibi comm. DD.*

28 Y es de notar, que si la esposa antes de contraer el matrimonio, en su testamẽto, y vltima voluntad, ò por contrato entre viuos, huuiesse mãdado, y hecho donaciõ a 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, ò por el contrario, todos sus bienes; no por esso es visto reuocar la primera manda, y legado, sino antes se confirma, atento que la especial no se deroga por la manda general,

sino

sino es reuocandola especialmente por otro testamento, y vltima volũtad, o auerla enagenado, y entregado por otro qual quier contrato entre viuos, ò en caso que assimismo la primera manda fuesse de todos los bienes generalmente, *vt ita sequitur Alexand. in cons. 31. vol. 3.*

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 dellas, y entrego ò possession fictè, aut verè constare auer gozado el donante, segun el Emperador Iustiniano *in l. donationes, C. de donat. inter virũ, & vxorem, & ibi commun. DD.* 29

Demas de lo qual se considera, que estas dichas donaciones no han de exceder del quinto de los bienes, teniendo el donante descendientes legitimos, o tercio teniendo ascendientes, como arriba queda dicho. Y assimismo se requiere q̃ estas dichas donaciones sean insinuadas, para q̃ valgan en el excesso de los quinientos marauedis de oro, sino es en caso q̃ el donante la confirma en su testamento, *vt in d. l. donationes, Cod de donat. inter virum, & vxorem.* Y es la razon, porque entonces no se confirma como donacion, sino antes es visto, segun la voluntad del testador, conuertirse 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 cõsidera el tiempo del entrego de la possession vere, 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 ordenado por el Iurisconsulto Africano *in l. si quando, ff. de legat. 1. & in glos. l. donationes citata, verb. Referatur.* 30

Para lo qual se han de considerar, y notar las palabras con q̃ el testador confirma, ò manda esta dicha donacion, porque si dixo: *Mandole al dicho mi marido ò a mi muger la donacion que en su fauor otorguè*, procederà la doctrina supra referida, y si dixesse: *Confirmo la donacion que yo otorguè en fauor del dicho mi marido, ò de la dicha mi muger*, entonces se han de considerar los frutos desde el dia que se otorgò la dicha donacion, siendo entregada su possession verè, aut fictè, porque sino lo fue, tan solamente se consideraràn desde el dia que por el dicho testamento se confirma la dicha donacion. 31 *Formatur alia clausula extra ordinem*

Ibi: *De todas las ganancias, y mejoras.* b Y solo se aduierte en esta segunda parte, que supuesto, que el matrimonio se cele- *Formatur alia clausula extra ordinem* 32

celebra en muchas, ò las mas partes destos Reynos, debaxo de adquirir la mitad de los bienes, que constante el dicho matrimonio se ganaren, es cierto, que por ser estimables, y dellos se puede hazer mas rico el donatario, y mas pobre el donante, que de ninguna manera valdrà la dicha donacion, sino es confirmandose con la muerte, como las demas, y sujetãdose a las demas reglas comunes del Derecho, que en este caso hablan, y arriba dicho queda, *vt ita tenet Greg. Lop. in l. 5. glos. vlt. tit. 11. part. 4. Molin de iustitia & iure, 2. tract. disput. 389. num. 18 contra Ant. Gom in l. 50. Tauri, num. 66. & in 2. tome. var. res. cap. 4. n. 24.* Y en quanto a la renunciacion que se haze en fraude de acreedores, diremos en el *cap. fin. §. Renunciat. lib. 2.*

33 Ibi: *La possession.* c Por manera, que para que se confirmẽ estas dichas donaciones, es necessario que precedan actos de tradicion, y possession, como assi lo enseña el Iurisconsulto Vlpiano *in l. Papinianus, ff. de donationib. inter virum, & vxorem.*

34 Cuya tradicion se colige por los casos siguientes. Primeramẽte por la clausula constituti, ò por la vera, ò ficta-possessiõ de la cosa donada, o por el entrego de las llaues, ò por el entrego del instrumento de la dicha donacion, ò por la facultad, y poder que el dicho donante dà, y concede al donatario, para que de su propia autoridad tome, y entre en la possession de la dicha donacion, y bienes donados, *vt est glossa singularis in l. cũ creditor ff. de fiun.* O por auerle otorgado por causa onerosa, y con condicion que a dia cierto la gozasse otro tercero, porq̃ luego que muere el donante, se transfiere la possessiõ, y dominio en el donatario, segun el doctissimo *Couar. 1. tom. var. res. cap. 14. num. 5. & est text. reg. in l. 7. tit. 4. part. 5.*

35 Finalmente se transfiere el dicho dominio, y possession, quando el dicho donante, y otorgante reseruò en si el vsufruto de la dicha donacion, hasta su muerte, ò tiempo limitado, *vt ita affirmat idem Couar. vbi sup. num. 2.*

36 Ibi: *Y juro a Dios.* d Y es de tanta consideracion el juramẽte en estos dichos cõtratos de donacion, que por su fuerça las confirma, y hazen irreuocables, lo qual no lo fueran, sino cõfirmandose con la muerte del donante, segun, y de la forma q̃ dicho queda; y es la razon, que estas dichas donaciones no son contra buenas costumbres naturales, ni son prohibidas de Derecho positiuo, sino tan solamente de Derecho humano, depẽ

dien-

dientes de la muerte del donante, y otorgante, con voluntad de reuocarla, hasta la hora de su muerte, lo qual cessa luego q̃ se confirmaron con el dicho juramẽto, assi por el temor de la pena, y culpa mortal, como porque en si no es cõtrato ilicito, sino tan solamẽte por Derecho humano prohibido, que por el juramento se confirma, y queda valido, *vt cum Bart. & Pan. & communi Doctorum sententia, quam referunt, & sequuntur Couarr. in Rubr. 2. part. num. 1. Iul. Clar. lib. 4 sent. §. Donat. quæst. 9. num. 3. Ant. Gom. ad l. 50. Tauri, num. 66. Gutier. cap. 3. de iurament. confirmat. num. 7.*

Ibi: *De no reuocar.* e Y segun el Iurisconsulto Vlpiano, se ha de considerar, que por irreuocables que sean las dichas donaciones, no son tan perfetas, q̃ tacita, ò expressamente no puedan ser, y quedar reuocadas, *vt in l. cum hic status, §. Pœnitentiam, ff. de donat. inter virum, & vxorem.* 37

Y quanto lo primero, estas dichas donaciones son reuocadas por fin, y muerte del donatario, segun el Emperador Diocleciano, y Alexandro *in l. etiam, & in l. à marito, C. de donat. inter virum, & vxorem* Saluo si fueron confirmadas con el dicho juramento. 38

Y segun el Emperador Gordiano, y el Iurisconsulto Vlpiano, se reuoca 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 auia otorgado en fauor de su esposa, ò muger, ò por el contrario, lo qual assimismo procede siendo mandada, ò especialmente hipotecada, ò obligada, *vt in l. si maritus 2. C. eod. & in l. cum hic status, §. Si maritus, ff. eodem.* 39

Cuya dotrina no se ha de entender en la institucio̅ general, ni assimismo en la especial, ni general obligacion, dada, ò prometida por el dicho contrato de obligacion, especialmente si era de mayor precio, y estimacion que la deuda a que se obligò, è hipotecò, como arriba diximos; y assi lo prueba la comun de los Doctores en la *ley 3. C. de legat.* 40

Dize assimismo el Iurisconsulto Vlpiano, que estas dichas donaciones se reuocan por la desesperacion del donante, assi como por auerse ahorcado, ò auerse echado en algun poço, ò auerse muerto con espada, ò daga, ò otra qualquier arma, ò instrumento, *vt in l. cum hic status citata ff. de donationib. inter virum, & vxorem.* Aunque segun el Emperador Diocleciano, no se reuoca por la muerte natural, ni violenta, assi como por 41

auerle muerto, *vt ita affirmat, & docet in l. si tibi, C. de donat. inter virum, & vxorem.*

42 Assimismo se reuocan estas dichas donaciones, matando, ò hiriendo el marido a su muger, aunq̃ sea por causa, y razon de adulterio. Porque segun los Christianissimos Reyes D. Fernando, y Doña Iuana *en la ley 82. de Toro, hodie l. 5. tit. 20. lib. 5. de la nueua Recopilacion*, matãdo el marido a su muger adultera por su propia autoridad, ordenaron, e mandaron no ganasse, ni gozasse la dote, y donaciones, ni los demas bienes, sino es en caso, que por autoridad de justicia fue castigada, salvo si la dicha su muger hasta entonces la reuocasse, que podrà justamente hasta que muera.

43 De aqui se sigue, que el que matare a su muger violentamẽte, no ganarà, ni gozarà de la dicha donacion, porque aora sea con causa, ò sin ella, ipso iure es reuocada, segun el Iurisconsulto Vlpiano, *in l. ab hostibus, §. Si vir, ff. de solut. matrim.*

44 Y dize Baldo, que si en la enfermedad de la muger maliciosamente no permitiere, y consintiere, no assista Medico, ò Cirujano, solo a fin para que sin remedios se muera, que luego q̃ es probado, se reuoca, y da por ninguna la dicha donacion: y esto procede, y ha lugar en todas las demas donaciones de qualquier calidad, por ser causa de ingratitud, atento que el matar, ò ser causa q̃ el otro se muera, interficere est, *vt ita notat idem Bald. in d. l. ab hostibus, §. Vir, & est text. vnicus in l. si seruum. 91. ff de verb. obligat.*

45 Y si el marido sin causa justa echò a su muger de su casa, por aquella afrenta, y menosprecio se reuocarà assimismo la donacion que tenia otorgada en fauor del dicho su marido, sino es confirmandola despues, la qual dotrina 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 reuoca ipso iure la dicha donacion, q̃ la dicha auia otorgado en fauor del dicho su marido: y assimismo procede, si otra persona pusiere manos en ella por mãdado del dicho su marido, *vt 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 fauor del dicho su marido, es remuneratoria, por el aficion, y buenas obras, y tratamientos que del dicho su marido espera tener: y pues se mudã las costumbres del donatario, justo serà, y conforme a derecho, que se mude la vo-

lun-

luntad del donante, *vt in l. 3. ff. de adimend. leg. & in l. cum quis in fin. & in l. si cum Cornelius. ff. de solut.*

Pero hase de aduertir, que si el donatario por defenderse del donante, le hiriesse de manera, que si no fuesse por su defensa, fuera causa para que tacitamente se reuocasse la dicha donacion, que no por esso es visto reuocarse, pues la defensa es natural, y a todos permetida, *vt in l. vt vim, ff. de iustit. & iur. & Imperator Diocletianus in l. 1. C. vnde vi.* 47

Y por el adulterio, y deshonestidad de la muger, se reuoca assimismo esta dicha donacion, lo qual procede de la misma manera en el legado, o manda que el marido dexò a su muger, viuiendo en la viudez deshonestamente, *vt ita docet Bart. in l. 3. ff. de alimentis, & cibarijs legatis.* 48

Y no solo se reuoca esta dicha donacion por el dicho adulterio, sino tambien por la intencion de ofender a su marido, aũque no se execute el intento, y copula carnal, porq̃ en este caso basta auer 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 a sus pechos, ò a las demas partes honestas, y vergonçosas, *vt 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 adulterijs, & ibi glos.* 49

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

De aqui se sigue, que si la muger fuere hallada assimismo de noche con habito indecente, assimismo pierde la dicha donacion en su fauor otorgada por el dicho su marido, *vt ita docet Angel. in §. Minores, in authent. de nuptijs, & facit text. cum glossa in verb. Foris, l. consensu, C. de nupt.* 51

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

Demas de los supra referidos casos se ha de considerar, que si el donatario siendo Letrado, y Abogado, abogasse contra el donante, por ser oficio voluntario, y no forçoso, se reuocarà la donacion otorgada en su fauor, lo qual no procede, siendo apremiado por el Juez, ò que el mismo, siendolo, sen- 53

ten-

tentiasse contra el dicho donante, por ser oficio forçoso, y no voluntario, *vt in l. post legatum, §. Aduocatum, ff. de his quibus, vt indignis, text. in l. munerum, §. Vindicandæ, ff. de muneribus, & honoribus.*

54 Y si el dicho donatario de su voluntad, y no siendo apremiado, jurò, y fue testigo en alguna causa ciuil, ò criminal, contra el dicho donante, se reuocarà esta dicha donacion, saluo si despues nueuamente fue confirmada por el dicho otorgante, *vt in cap. 1. §. Sed quid delator, tit. quæ sit prima caus. & ibi glossa.*

55 Todo lo qual se ha de entender, aunque el donante estè ignorante de alguno de los dichos casos, porque por el mismo hecho, las dichas donaciones son incontinenti reuocadas, sino es en caso que el dicho donatario, sabiendo las dichas causas, huuiere confirmado las dichas donaciones, como se infiere de lo que con notable dotrina enseña *Bartulo in l. 1. in fin. ff. de his quibus, vt indignis, & per ea quæ notantur in l. fin. Cod. de adulterijs.* Y en los demas casos fuera de los dichos y otros semejantes expressados en derecho, es necessario, que expressamente se reuoquen las dichas donaciones, y no bastan conjeturas, como lo enseña el Iurisconsulto Vlpiano, *in l. cũ hic status, §. Pœnitentiam ad fin. ff. de donationib. inter virum, & vxorem.*

CAPITVLO XXVII. Adonde se trata, si el pacto reciproco ad inuicem de succedendo entre marido, y muger, y otras personas particulares, aurà lugar, ò si de derecho serà reprobado, adonde se refieren ciertas clausulas, con que los dichos contratos deuen ser ordenados, y otorgados.

S V M A R I O.

1 *PActo reciproco ad inuicem de succedendo entre marido, y muger, y otras personas particulares, si es valido, ò de derecho reprobado, y debaxo de que clausulas deuen ser otorgados estos dichos contratos, & ibi num. 2.*

3 *Y si los dichos testamentos se podràn reuocar hasta el vltimo fin de la muerte.*

4 *Y si serà valido el que se otorga a persuasion del otro otorgante, con intencion de reuocar el suyo muriendo antes.*

5 *Y si serà irreuocable la dicha institucion ad inuicē, siendo otorgada por contrato inter viuos, & ibi num. 6.*

7 *Y dentro de que 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 el vno dellos aya 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 reuocar.*

10 *Y si aurà lugar la dicha reuocacion, siendo mejorado en el dicho testamento alguno de sus hijos.*

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

VTRVM, Si el pacto reciproco ad inuicem de succedendo, otorgado entre marido, y muger, y otras personas, ò particulares, serà licito, y de derecho permitido, ò se juzgara por nulo, ò reprobado. Para cuya conclusion se ha de cōsiderar. Lo primero, que vna cosa es institucion ad inuicem 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, scilicèt: *Por tanto en la mejor via, y forma que mas lugar aya en derecho, los dichos fulano, y fulano se obligaron en la forma siguiente; conuiene a saber. que si el dicho fulano muriere, aora sea con testamento, a ò sin èl, que el dicho fulano aya de suceder, y suceda en todos sus bienes muebles, y raizes, derechos, y acciones que se hallaren, y constaren ser del dicho difunto, y por el consiguiente, si el dicho fulano antes muriere, aya de suceder, y suceda en todos los dichos sus bienes, y segun, y de la forma que dicho es. Y debaxo desta conformidad b obligaron sus personas, y bienes.* 1 *Formatur alia clausula.*

Ibi: *Aora sea con testamento.* a Y porque diximos, que vna cosa es testamento ad inuicem de succedendo, y otra cosa es pacto ad inuicem, assimismo de succedendo. Quanto lo primero se ha de notar, que de comun consentimiento pueden dos, ò muchos en vna misma escritura, y testamento otorgar su vltima voluntad, vnos en fauor de otros; lo qual es muy recibido, y conforme a derecho, *vt affirmat Iulius Clarus, §. Testamentum, quæst. 60. Gam. decis. 258. & comm. DD. sentent. arg. text. in l. eo quod, C. si cert. petat.* 2

Y aunque es verdad, como dicho es, que serà valido, y perfecto 3

ecto el dicho testamento, y vltima voluntad, en la forma que dicho es; pero cō todo esso quedara sujeto a las reglas que los demas, supuesto que se pueden reuocar, y la dicha voluntad es de ambulatoria hasta la muerte, *vt sup. in cap. 1. dictum est, & est communis secundum Gam. decis. citata, Couar. in Rub. de test. 2. part. num. 7. & Molin. lib 4 de primog. cap. 2. num. 84.*

4 Y si con algun genero de prueba se aueriguare, que vno de los dichos obligados, herederos, ò testadores persuadio al otorgante, se conformasse con aquella voluntad ad inuicem de succedendo, con animo de adquirir los bienes agenos, muriendo antes, y reuocar su testamento, y voluntad, serà condenado a que los dichos bienes sean restituidos a los parientes mas cercanos del testador, y difunto, por el fraude, y mala voluntad que al principio tuuo, *vt ita sentit Molin. de iustitia, & iure, tract. 2. disp. 152. num. 4.*

5 Ibi: *Y debaxo desta conformidad.* b Y supuesto que la dicha sucession ad inuicem es valida debaxo de la dicha conformidad, con la voluntad libre de reuocarla: resta aora el dar a entender si esta dicha sucession aurà lugar por contrato inter viuos reciproco, de forma, que por su fuerça quede irreuocable, sin poder mudar la dicha voluntad. Y por tener algun genero aquel contrato de futura succesione, que arriba diximos, parece nos dà a entender es ipso iure nulo, y de su misma naturaleza reuocable, como admirablemente nos enseña la *ley 33. titulo 11. part. 5.* que sus palabras son las siguientes en su primera parte: *Pleyto, è promission faziendo dos omes entre si, que qualquier dellos que muriesse primero, que el otro que fincasse, que heredasse todo lo suyo, tal pleyto, nin tal promission dezimos, que non deue valer, porque ninguno dellos non aya 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 euidencia 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 inuicem, tan solamente fue otorgado en cosa particular, y no vniuersal, serà valido, 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 quedare, aya de gozar, y goze de la mitad de los bienes del que assi antes muriere; la qual obligacion es su voluntad se entienda por derecho de contrato entre viuos, y no por derecho*

Formatur alia clausula.

recho de testamento, ni vltima voluntad; y que de qualquier manera quiere en que valga en la mejor via, y forma que mas lugar aya en derecho. Para lo qual obligaron sus personas, y bienes, &c. Y aunque se suspenda la paga de la dicha obligacion por entonces, y q de ninguna manera se puede executar hasta por fin, y muerte de qualquiera de los otorgantes, no por esso se juzgara por contrato de futura sucession, sino por contrato celebrado, y otorgado inter viuos, *vt hæc omnia probantur in l. omnes, §. Lucius, ff quæ in fraudem credit. l. vnica, C. vt actio ab hæred. Alber. in l. fin. column. 1. vers. Sed quæro pulchrum, Cod. de pactis, Ioan. Andræas in Addit. ad speculat. de iustrum. edit. §. Porro, column. fin. quos refert, & sequitur Gregor. Lopez in dicta l. 33. gloss. 1. tit. 11. citato, part. 5.*

Y porque entre marido, y muger es muy vsado este dicho contrato reciproco, y que en realidad de verdad nos podia dar razon de dudar, por parecer ser en fraude de la *ley 4. y tit. 11. par. 4.* que de todo punto prohibe las donaciones entre marido, y muger; pero con todo esso, mirado, y considerado bien su natural, es contrato licito, y de derecho permitido, con tanto, que no se otorgue dentro del año del matrimonio, y casamiento: y esta es la razon de dezir de la *ley 9. titulo 6. lib. 3. Fori*, cuyas palabras son las siguientes: *Si el marido, y la muger hizieren hermandad de sus bienes, de que fuere el año passado que casaren en vno, no auiendo fijos de consuno, ni de otra parte que ayan derecho de heredar, valdrà tal hermandad; y si despues que hizieren la hermandad, ouieren fijos de consuno, no vala la hermandad, que no es derecho, que los hijos que son fechos por casamiento, sean desheredados por esta razon.* Y aunque es verdad, que por ser ley de el Fuero, para ser valida su decision, es necessario probar estar en vso, y ser vsada y guardada, nihilominus tamẽ en este caso no es necessario probar estar en el dicho vso, por no ser, y estar dispuesto lo contrario por Derecho Real, ni comun, *vt est tex. in l. vnica, §. Illo proculdubio, C. de tempor. actione, & in l. morte, C. de pactis conuent.* Y assimismo se comprueba por la *ley 23. tit. 11. part. 4.* ibi: *E la que es por pleyto, que ponen entre si, se faze desta guisa, como quando otorgan ambos en vno, el vno al otro, que muriendo el vno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote, ò la donacion toda, ò alguna partida della, segun lo establecieren.* 7

De aqui se sigue, que si el vno al otro se hiziere donacion de todos sus bienes, o parte dellos, y el vno consuma los bienes, 8

nes, y el otro los conserue, valdra desde luego la dicha donacion *vt in l. quod autem, §. si vir, & vxor, ff. de donationib. inter virum & vxorem, & affirmat Gam. decis. 231. num. 2. quem refert, & sequitur Molina de iustitia, & iure, 2. tract. disp. 289. num. 27. §. Tertius.*

9 Y aunque es la verdad, como arriba diximos, que otorgandose testamento ad inuicem, entre marido, y muger, ò entre otras qualesquier personas, se puede reuocar 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 expresso consentimiento suyo, no le podrà reuocar la susodicha despues de otorgado por el dicho su marido, antes ni despues de su muerte, quedandole a la muger lo suficiente para poderse alimentar, y testar, *vt ita docet Gutierr. de pactis quæst. cap. 75. lib. 3.*

10 De aqui se sigue vna notable limitacion a la ley 17. y 44. de Toro. Y es en esta forma, que si marido, y muger de comun 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 podrà la muger reuocar el dicho testamento en quanto a la dicha mejora, aunque la dicha ley parece dispone lo contrario, en que dize, que si la dicha mejora es otorgada por contrato inter viuos, ò por otra qualquier vltima voluntad, que se puede reuocar hasta la hora de la muerte del dicho otorgante, saluo, auiendole entregado la possession de los bienes contenidos en la dicha donacion, o se le entregò la escritura della ante Escriuano, ò se hizo por contrato oneroso entre viuos, 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 podrà reuocar la dicha mejora, especialmente si fue otorgada por via de mayorazgo con el dicho consentimiento: y assi aduierto lo que assimismo nota Azeuedo, que para que la muger no pueda reuocar la dicha manda, y mejora, dira el Escriuano al fin del dicho testamento, scilicet. *El qual testamento, y vltima voluntad que el dicho fulano, y la dicha fulana su muger otorgan en fauor del dicho su hijo, firmè, y signè, siendo testigos, &c. & ita affirmat idem Azeued. in l. 11. tit. 6. num. 5. lib. 5. Recop.* adonde dize assi auer sido determinado

Formatur alia clausula.

en

en vista, y reuista, mediante la dicha clausula, *& ita notat Rodrigo Xuarez in l. quoniam in prioribus, 6 ampliatione, limit. 3. num. 14. fol. 166. Couar. in 2. part. Rubricæ de testament. num. 8. fol. 5.* adonde dize, 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 Rodrig. Xuarez vbi supra, limitatione 5. num. 15.*

Y procede en tanta forma, que este dicho pacto reciproco entre marido, y muger sea valido, que si el vno al otro se huuieren nombrado por herederos, ò otorgadose donacion de alguna parte de sus bienes, que aunque el vno dellos muera, y dexe padres, y ascendientes, sucederà 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 prouecho, deuen sentir aquel daño por aquel pacto reciproco, y por aquella esperança que assimismo los dichos ascendientes pudieron tener, que el dicho su hijo sucediesse, como le sucedieron a èl, como assi afirman se ha determinado por Chancilleria, *Palac. Rub. in Rubr. de donat. inter virum, & vxorem, §. 50. num. 17. & 18. Rodrig. Xuar. in d. l. quoniam in priorib. 6. ampliat. num. 9. C. de inofficioso testamento, quos sequitur, & refert Gutierr. 1. part. de iurament. confirmat. cap. 3. num. 26.* adonde dize con el mismo Palacios Rubios, es notable limitacion la ley 6. de Toro, en que dispone, que los descendientes no puedan testar de sus bienes en perjuizio de sus ascendientes, sino es en el tercio dellos. Y assi lo notò *Zeuall. lib. 1. practic. quæst. cap. 140. num. 12.* adonde afirma auerlo assi practicado. Y es muy conforme a derecho, con tanto, que este dicho pacto ad inuicem de succedendo, 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 perjuizio de los alimentos de los dichos ascendientes, siendo tan pobres que no tengan de que sustentarse. 11

CAPITVLO XXVIII. Sobre la renunciacion del priuilegio, y excepcion de la hidalguia, y en que casos aurà lugar, y debaxo de que clausulas.

SVMA.

SVMARIO.

1 SI el hidalgo puede ser preso, especialmente renunciando su propio priuilegio, y debaxo de que clausula.

2 Conuenidos, si pueden ser los priuilegiados en mas de lo que pueden, renunciando su excepcion.

3 Priuilegio publico, si se puede renunciar en odio de los demas, & ibi num. 4.

5 Refierese la decision de la ley 14. tit. 2. lib. 6. de la nueua Recopilacion, que expressamente prohibe las dichas renunciaciones.

6 Aduertencia del Autor, de lo que los Escriuanos en estas dichas renunciaciones deuen guardar.

7 Presos, si pueden ser los hijosdalgo por defraudar, y esconder los bienes de sus acreedores; y si pueden ser sueltos debaxo de vna fiança de la haz.

1 VTRVM, Si el noble, è hidalgo en las causas que por deuda ciuil no puede ser preso, y encarcelado, lo podrà ser hasta satisfazer las deudas a sus acreedores, en caso que ayan renunciado su propio priuilegio, y excepcion, assi como los demas particulares? Y para que con mas distincion se responda a esta dicha question, se supone para su fundamento, q̃ la escritura desta 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 propio priuilegio, y excepcion, y demas leyes que hablan en su fauor: obligandose como se obliga a ser preso, y encarcelado, luego que passado el tiempo de la paga desta deuda no cumpliere con la dicha su obligacion, prometiendo como desde luego promete, de no ir, ni contrauenir 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 procediendo la dicha renũciacion, parece no ay duda, sino que se podrà defender por la parte afirmatiua, en que aura lugar, supuesto que cada vno puede renunciar su propio priuilegio, *vt est text. in l. si iudex circumuento. ff de minoribus, & in l. pactum inter hæredem, ff. de pactis, & in l. si quis in conscribendo, C. de pactis.*

Formatur alia clausula.

2 Y esto se comprueba en la obligacion de los que no pueden ser conuenidos en mas de lo que pueden, porque obligandose

insolidum, y renunciando su priuilegio, y derecho, no podrà el juez en caso de juizio apartarse de aquella conuencion, *vt notat glossa cum tex. in l. si conuenerit, in vers. Quid autem, ff. de re iudicat. & ibi communit. DD. Bar. Paul. & Alex. & Bald. in l. 1. n. 9. & 10. C. qui bon. creder. poss. text. in l. iudicem, ff. commun. diuid. l. fin. C. de testib. & ad hoc facit, quòd contractus ex partium consensu, & conuentione legem accipiunt, l. 1. §. Si conuenerit, ff. de posit.* Lo qual afirma Couarrubias auerse determinado en la Chancilleria de Granada, *in cap. quamuis pactum, de pactis in 6. p. 2. num. 5.*

3 Pero sin embargo de que sea comun opinion, y que en propios terminos se aya sentenciado, y juzgado en la dicha Chancilleria de Granada, como assi lo refiere el doctissimo Couarrubias, se ha de entender lo contrario, por lo siguiente. Lo primero, trayendo a la memoria aquella regla vulgar de derecho, que dize, que el derecho publico concedido a particulares, no se puede renunciar por pacto, ni conuenciõ, *vt in l. ius publicum, ff. de pactis, leg. testandi causa, ff. de testamentis, l. nemo potest, ff. de legat.*

4 Lo segundo, porque prohibiendo el Derecho, que el noble no pueda ser preso, no se puede renunciar, por ser en odio de todos los particulares, *vt facit doctrina Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 16. num. 50.* Y de que sea prohibitiua, consta por las palabras de la *ley 2. tit. 2. lib. 6. nouæ Recop. Establecemos, y mandamos, queriendo guardar la franqueza que han los hijos dalgo de Castilla, y de las Españas, por la gran lealtad que Dios en ellos puso, y deuen auer, que les sean guardadas todas sus libertades, franquezas, y exempciones, que han, y deuen auer por las leyes de nuestros Reynos.*

5 Y aunque es verdad, que para la primera opinion traximos la decision de la *ley si conuenerit, iuncta sua glossa, ff. de re iudicat.* y otras leyes, y autoridades para su comprobacion, tãsolamente es visto disponer las dichas leyes en quellos casos particulares, sin que de su remission, renunciacion, pactos, y condiciones a persona alguna se haga injuria, como en realidad de verdad se haze a los hidalgos, por auer regla especial que los prohiba, como assi se proueyo, y fue mandado por su Magestad en la respuesta al capitulo 18. de las Cortes del año 1598. fenecidas en el de 1601. *hodie, l. 14. titul. 2. lib. 6 nouæ Recop.* en el quaderno de lo añadido desde el año de nouẽta y ocho, hasta el de mil y seiscientos y diez, que su tenor es el siguien-

guiente: *Ordenado està, que ningũ hijodalgo pueda ser preso, ni encarcelado por deuda que deua, saluo sino fuere arrendador, ò cogedor de nuestros pechos, y derechos; porque en tal caso èl mismo quebranta su libertad: y que por deudas que deuan, no sean prendadas las casas de su morada. Las quales preeminencias, y libertades de los hijosdalgo, es nuestra voluntad que no se puedan renunciar, ni renuncien; y si lo hizieren, queremos que las tales renunciaciones no valgan y sean en si ningunas, y que el Escriuano que las pusiere en semejantes obligaciones, y escrituras, incurra en pena de diez mil marauis.*

6 Y porque no aya dificultad en estas dos dichas opiniones, se aduierte a los Escriuanos, que si en las obligaciones que ante los dichos se otorgaren, recibieren las dichas renunciaciones de los dichos hijosdalgo, incurran en la dicha pena de los dichos diez mil marauedis, saluo 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 Couauarrubias, fue antes que se determinasse por su Magestad lo contenido en la dicha ley, lo qual procede, aunque la dicha renunciacion sea jurada, *vt tenet Ant. Gom. in l. 79. Tauri, num. 3. & in 2. tom. var. resol. cap. 14. num. 24. Didac. Perez in l. 1 tit. 2. lib. 4. ordin. colum. 1367. Burg. de Paz cons. 10. num. 7. quos sequitur, & refert Azeu. in l. 2. tit. 2. lib. 6. nouæ Recop. num. 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 vna fiança de la haz, como assi refiere auerse determinado *Gutier. in dicto tractatu de iuramento confirmatorio, 1. part. capit. 16. num. 29.*

CAPITVLO XXIX. Sobre la renunciacion del capitulo Oduardus, de solutionibus, adonde se refiere cierta clausula, en virtud de la qual podràn los Clerigos ser presos, y encarcelados.

S. V. M. A. R. I. O.

1 *PResos, y conuenidos, si podrã ser los Clerigos en mas de lo que pueden, y debaxo de que clausula.*

2 De-

2 *Deuenseles guardar a los dichos Clerigos sus priuilegios, y exempciones, pues para honra de Dios fueron elegidos.*

3 *Y sin embargo que los dichos Clerigos renuncien el dicho capitulo O huardus, y demas leyes en su fauor, no podràn ser presos, ni encarcelados por deudas, y causas ciuiles.*

4 *Y si lo podràn ser, siendo especialmente jurada la dicha renunciacion.*

5 *Y si por la pena de perjuros podràn ser presos, y encarcelados.*

VTRVM, Si por deudas, y causas ciuiles justamente podràn los Clerigos, y Sacerdotes ser presos y encarcelados, hasta pagar, y satisfazer las dichas deudas; especialmente renunciando su propio priuilegio? Y en que forma, y con que clausulas deuen ser ordenadas, y otorgadas las escrituras de las dichas obligaciones, para que sin dificultad alguna, realmente, y con efeto, puedan ser compulsos, y apremiados a la paga dellas? Y assi, para que con claridad se responda a la question propuesta, se consideraran las palabras de la clausula siguiente, donde por su tenor se conocerà, si de derecho seran de efecto para que por su fuerça puedan justamente ser presos, y en mas de lo que pudieren conuenidos, cuyo tenor es el que se sigue, scilicèt: *Y para mas cumplir, y guardar todo lo cõtenido en esta dicha obligacion, y escritura; y para que por la dicha deuda pueda ser preso, y encarcelado a hasta la paga della, renuncio el capitulo O duardus, de solutionib. b y demas capitulos, y leyes en mi fauor: y para mayor firmeza juro in verbo Sacerdotis y por Dios nuestro Señor, c y su santissima, y pena de perjuro, de que no irè, ni contrauendrè contra la renunciacion del dicho capitulo, ni por otra causa, y razon alguna, ni deste dicho juramento pedirè absolucion, ni relaxacion.* 1 *Formatur alia clausula.*

Ibi. *Pueda ser preso, y encarcelado.* a Y segun la libertad que por derecho se les concede a todos los Clerigos, y Sacerdotes, parece que de ninguna manera podràn ser presos, ni conuenidos en mas de lo que pudieren, especialmente, q̃ en qualquier manera se ha de estimar, y tener respeto al dicho orden Clerical, pues del mismo Dios en suerte fueron escogidos para honra, y seruicio suyo; pues aun los Gentiles los guardaron el respeto que era justo, no solo en no quitarles sus bienes, y ser presos, pero fueron causa para que su hazienda se aumentasse. Pues el mismo Faraõ Rey de Egypto, teniendo sus Reynos tan apremiados de imposiciones, y gabelas, les guardò sus 2

priuilegios, segun el cap. 47. del Genesis; y demas de otros priuilegios que muchos Pontifices, y Reyes les concedieron, fue la prision, y la libertad de no poder ser encarcelados, ni ser couenidos en mas de lo que pudiessen, segun el capitulo Oduardus, de solutionibus.

3 Ibi: *Renuncio el capitulo Oduardus, de solutionibus.* b Y segun la dotrina supra referida consta, que las dichas renunciaciones de ninguna manera seràn de efecto, atento no ser renunciable el derecho del dicho capitulo, porque de otra manera fuera hazer agrauio a todo el orden Clerical, *vt in leg. 2. vbi Bart. quæst. 6. num. 10. ff. de iure codicillorum, Hostiens. & Ioann. Andr. in d. 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 renunciacion sea jurada en forma, de no ir, ni contrauenir contra la dicha renunciacion, ni alegar el beneficio de el dicho capitulo Oduardus; porque en virtud del dicho juramento, los dichos Clerigos podràn ser presos, y encarcelados, y couenidos hasta que satisfagan a los dichos sus acreedores, *vt ita docet Gutierrez 1. part. de iurament. confirmat. cap. 17. num. 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 pidio absolucion del dicho juramento, y le fue concedida dentro del dicho termino, *vt ita etiam affirmat idem Gutierr. vbi sup. num. 38. ver. Matthæus tamen,* adonde dize, que vltra de el dicho juramento, quedarà obligado el Clerigo, si la escritura de la dicha obligacion fue ordenada in forma Cameræ, en la qual se obliga, que por la dicha deuda pueda ser preso, y encarcelado, *vt ad propositum tradit Anton. Messa de Camerali obligatione, in 3. part. quæst. 4. 5. & 6.*

CAPITVLO XXX. Sobre la pena conuencional, y donde se refiere vna notable clausula, por cuya fuerça se puede pedir, y executar por la dicha pena, aunque el contrato de su misma naturaleza en lo principal sea nulo.

SVMARIO.

1 PEna conuencional, si es permitida, ò de derecho reprobada, y debaxo de que clausula se podrà pedir, y executar por el dicho su interes.

2 Y si estas dichas penas auràn 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, serà valido en lo necessario, è interes de la dicha pena.

4 Pena conuencional en quanto a los salarios, y costas de la cobrança, si aurà oy lugar segun la nueua prematica.

5 Y si las dichas penas conuencionales se deuen executar, juntamente con el interes principal en los contratos bonæ fidei.

6 Y que clausula se requiere, para que el vno, y otro interes se pueda pedir, y executar.

7 Y de que efecto serà en estas dichas promissiones la renunciacion de la ley 34. y 35. tit. 11. part. 5.

8 Si por causa de ser juradas las dichas penas, indistintamente se deuen pagar los dichos sus interesses, y si aurà lugar en los contratos vsurarios, y si se deuerà en conciencia, num. 9.

VTRVM, Si la pena conuencional, consentida, y permitida por las partes litigantes, y otorgantes, para mas cumplir, y guardar el interes, y principal de sus contratos licitamente, sin temor de vsura, se podrà pedir, y cobrar, aunque por alguna causa, y razon resulte ser de derecho los dichos contratos nulos? Y porque estas dichas penas cõuencionales son propuestas, y otorgadas en diferentes contratos, y cada vno sigue su natural, se notaràn, y aduertiràn las palabras de la clausula siguiente, por cuyo tenor se conocerà, si las dichas penas seràn justas, ò reprobadas con distincion de los dichos contratos, que su tenor es el siguiente. 1

Y el que fuere contra qualquiera de las cosas contenidas en esta dicha escritura, è no le valga, ni aproueche, y por el mismo hecho incurra en pena a de treinta mil marauedis, la mitad para la Camara de su Magestad, y la otra mitad para la parte obediente, demas de le pagar todos los daños, interesses, y costas, que por la dicha razon a qualquiera de los dichos otorgantes, y estipulantes se les siguieren, y recrecieren, la qual pena se aya de pagar, y pague tantas Formatur alia clausula.

quantas vezes las dichas partes fuerẽn contra lo dicho, y contenido en esta dicha escritura, aunque de su misma naturaleza lo principal della sea nulo, b y de derecho reprobado, y de no serlo, toda via quieren que se cumpla, y guarde, assi el principal interes, como la dicha pena, obligandose como se obligà a 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 haze, y hazer puede en su fauor. Y para mayor firmeza juraron a Dios, e y a su santissima †, y pena de perjuros, que no iràn, ni contrauendràn contra lo dicho, y contenido en esta dicha escritura, y obligacion, ni del dicho juramento pediràn absolucion, ni relaxacion &c.

2 Ibi: *Incurra en pena.* a Y en quanto a lo primero se ha de notar, q̃ muchas vezes estas penas conuencionales son consentidas, y otorgadas en contratos ilicitos, y de derecho reprobados, y otras en contratos ilicitos, y permitidos; y es cosa clara, y llana, que si el contrato principal es nulo, que tambien lo serà lo accessorio, *iuxta regulam iuris, accessorium in 6 de regulis iuris, & in l. cum principalis, ff eodem.* Y esto se ha de entender, quando los contratos son de derecho vsurarios, y contra buenas costumbres reprobados; pero no se ha de entender en los cõtratos, que aunque por alguna causa son nulos en lo principal, lo han de ser en lo accessorio, *vt in gloss. l. si patronus, verb. Fabiana, ff. si quid in fraud. patr. & eam sequuntur Doctor. varijs in locis, & est communis, vt dixit Gutierrez in repet. l. nemo potest, n. 400. ff. de legat. 1. Iasson in l. certi conditio, §. Si numos, col. 6. n. 36 ff. si cert. pet. & eam sequuntur Ant Gom in l. 16. Tauri, num. 15 & in l. 45. num. 30. Couar. de pactis in 6 part. 2. § 4. nu. 4. & est text. notabilis in l. 38. tit. 11. par. 5.* ibi: *Poniendo pena algunos omes entre si sobre promission que fiziessen, maguer la promission no sea valedera, vale la pena, y serà tenudo de la pechar el que la fizo, fueras ende, si la promission fue fecha sobre cosa que fuesse fecha contra ley, è contra buenas costumbres, &c.*

3 Ibi: *Lo principal della sea nulo.* b Y porque la materia de nuestro tratado es solo inquirir, y buscar las clausulas que por su fuerça hazen valido lo que sin ellas era nulo, se aduierte, que aunque lo principal no se pueda pedir, por resistirlo el Derecho, nihi ominus tamen se podra pedir, y cobrar la dicha pena, sin temor de vsura, quando la dicha escritura, y obligacion fue otorgada, y ordenada con las palabras de la clausula supra escrita, especialmente obligãdose los otorgantes a que

no

no iràn, ni contrauendràn contra el dicho contrato, especialmente obligandose assimismo con juramento, *vt ita sequitur Alexand. cons. 32. num. 4.*

De aqui se infiere, que si el deudor se obligo extra de la 4
suerte principal, diziendo, que si para tal dia no pagasse la dicha deuda, y cantidad, se obligaua de dar, y pagar lo que el dicho su acreedor gastasse por razon de la dicha cobrança, defiriendolo, como lo defiere en su juramento; no ay duda sino que se deue pagar, y cumplir en la forma que se promete, *tex. in l. 2 tit. 11. part. 3.* Y aunque es verdad, que por nueua ley, segun la prematica, y capitulos de reformacion de el año de 1623. se mando no lleuassen salarios por razon de las dichas cobranças; pero con todo esso, siendo jurada la dicha conuēcion de pagar los dichos salarios, no solo estarà obligado el otorgante a 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 dize, que los dichos contratos en otra forma ordenados, y otorgados, seran nulos, ni en el dicho capitulo consta auer clausula irritante, y anulatiua, porque tan solamente prohibe, que no se lleuen ni embien los executores de las dichas escrituras con los dichos salarios: Y assimismo, quando la dicha conuencion sea jurada, se ha de considerar no es en contra, ni en perjuizio 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, sera ir contra la conciencia, y salud eterna. Y esto procede, aunque del dicho juramento se aya pedido, y alcançado absolucion, y relaxacion, porque tan solamente seruirà ad effectum agendi, & excipiendi, saluo si se probare, ò constare ser la dicha pena en fraude de vsura, porque en tal caso auiendose concedido la dicha relaxacion, no estarà obligado el deudor a la paga de la dicha pena, *argument. text. in cap. 1. & ibi communiter Doctores de iure iurando, & probat Marc. Ant. in tract. de virib. & virtute iuramenti, num. 139. vol. 5. Petrus Anchar. cons. 146 Gutier. de iuram. confirm. 1 part. cap. 36. num. 11.*

Ibi: *Para tal dia.* c Y supuesto que la dicha pena conuen- 5
cional se deue 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 interes principal, como al interes de la dicha pena. Y de que no tenga obligacion el otorgante, y deudor a pagar mas del vno de los dichos interesses, aunque los dichos cõtratos sean otorgados a dia cierto, y señalado, cõsta euidentemente de la dicha ley 34. y 35. de la clausula del presente capitulo, que sus palabras son las siguientes, ibi: *E por ende dezimos, que maguer la pena sea puesta en la promission que es tenudo el que la faze, de pecharla, ò de fazer lo que prometio mas de lo vno tan solamente, & ibi etiã in l. 35. so cierta pena, è a dia señalado prometiendo vn ome a otro de dar, ò de fazer alguna cosa si aquel dia no quiere dalo, ò fecho lo que prometio, tenudo es de pechar la pena, ò de dar, ò de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que recibiò la promission.*

6 Y para que el dicho deudor, y otorgante aya de pagar assi el interes principal, como el interes de la dicha pena conuencional, serà buena aquella clausula, scilicet, *Que pagada, ò no pagada, ò graciosamente remitida la deuda, y suerte principal, se pagarà la dicha pena, vt 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: Fueras ende, si quando fizo la promission se obligò, diziendo que fuesse tenudo a todo, a pechar la pena è a cumplir la promission.*

Formatur alia clausula extraordinem

d Y para que mas cumplidamẽte se execute todo lo contenido en las dichas escrituras, y obligaciones, y que la dicha clausula tenga el vno y otro efecto, sera buena aduertencia la que diximos en la clausula principal del dicho nuestro capitulo, ibi: *Y de no serlo toda via quieren que se cumpla, y guarde, assi el principal interes, como la dicha pena, obligandose, como se obliga a 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 dizen, que pagado qualquiera de los dos interesses, pena, ò interes principal, quede libre de lo demas, *& sic est, quia per dictam clausulam non solum tenetur ad vnum, sed etiam ad vtrumque, & per purgationem moræ debitor, non liberabitur ab interesse, vt est text. in l. 2. in lectura, Cod. de iure emphyt. column. 3. vers. Quæro an dominus, & nota etiam, quòd hæc pœna non potest sæpius exigi, quam semel ex vigore huius clausulæ, vt ita affirmat Greg. Lopez in d. l. 34. gloss. 3.*

7

Aze-

Azeued. in l. 4. tit. 21. num. 51. cum plurib. sequentib. lib. 4. nouæ Recopilat.

Ibi: *Iuraron a Dios.* c. Y aunque es verdad, que de rigor de 8
derecho las dichas penas conuencionales 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, e interes, que por razon de no cumplir lo principal se le ha seguido al acreedor; lo qual ha de constar por legitima prueba, *vt ita affirmat Matth. de Affict. decis. Neap. 135. Azeued. in l. 4. num. 57. cum seqq. tit. 21. lib. 4. Recop.* saluo si el dicho contrato, en quanto a la paga de la dicha pena, fue jurado: porque en tal caso no solo se deue, y ha de executar por el principal, pero tambien por el interes de la dicha pena *per text. in l. si quis maior, Cod. de transact.* ibi: *Deierans tenetur ad pœnam, & interesse, cap. statuimus 16. quæst. 1. Marc. Ant. in tract. de virt. & virib. iuramenti, num. 139. volum. 5. tractat. diuersor. Doctorum, fol. 25. ad finem, vbi temperat hoc procedere, dum tamen talis pœna non excedat quadruplum ver. e sortis secundum Ancharr. in consil. 146. quos sequitur, & refert Gutier. 1. part. de iurament. confirm. cap. 36. num. 11.*

Y no solo aurà lugar la dicha pena por causa de el 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, *vt in cap. debitores de iure iurando, cum similibus.* Saluo si antes de la paga el dicho deudor pidio absolucion del dicho juramento; porque en tal caso auiendo se concedido antes de el termino de la dicha paga, no tendrà obligacion a pagar la pena siendo vsuraria, aunque especialmente aya jurado pagarla, *argum. text. in cap. 1. & quæ ibi notant Doctores, de iure iurando.*

Finalmente se ha de notar, que todas las vezes que esta pena conuencional fuere justa, y no fuere contra derecho, y 9.
ley, siendo pedida por el acreedor, tiene obligacion el dicho deudor a pagarla, assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia, saluo sino le fuere pedida; porque entonces, aunque se aya incurrido en ella, se puede retener con buena, y segura conciencia, *vt testatur Couar. in 4. desponsalib. 2. part. cap. 6. §. 8. num. 11. & 12. Nouar. in Manuali, cap. 23. num. 57. in postrema editione.*

CAPI-

CAPITVLO 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 vtil en esta materia de clausulas al proposito del dicho capitulo, y question.

SVMARIO.

1 SI serà licito el contrato de compromisso, y quales clausulas se diràn licitas, y a derecho conformes.

2 Y si por la fuerça del contrato siendo comprometidas las causas en juezes arbitros iuris, tendràn obligacion a seguir el estilo, y orden de el juizio ordinario, y juzgar conforme a derecho.

3 Y si dandoles poder, como juezes arbitros, y arbitradores, se les concede eleccion en la dicha forma, y orden de proceder: y si tienen obligacion a guardar el rigor del Derecho, ibi n.4.

5 Si la sentencia de los dichos juezes arbitros se deue executar sin embargo de apelacion, nulidad, ò otro recurso alguno.

6 Reducion a aluedrio de buen varon, en que tiempo, y ante que juez se deue pedir.

7 Y si de la dicha sententia se puede pedir nulidad, y ante que juez, y si su efecto es suspensiuo, ò deuolutiuo.

8 Si pagando la pena del compromisso tendrà efecto suspensiuo la dicha sentencia.

9 Y si se deue pagar, siendo la dicha sentencia confirmada, ò reuocada por lo nueuamente alegado, y probado.

10 Y si por causa del juramento interpuesto al dicho contrato de compromisso, se podrà pedir esta reducion a aluedrio de buen varon.

11 Y si la dicha pena se deue pagar, siendo la sentencia de los dichos juezes arbitros arbitradores dada por nula, por los dichos primeros autos del processo.

12 Y si vna vez confirmada la dicha primera sentencia, se podrà apelar, ò suplicar della.

13 Porque causas se acaban, y fenecen los oficios de los dichos juezes arbitros, ò arbitradores, y que remedio se tenga, para que por fin, y muerte de alguno dellos, ò por alguna de las partes, no se acabe.

VTRVM, Si serà licito, y a Derecho conforme, el dar lugar a que los pleytos, y causas se comprometa en juezes arbitros, ò arbitradores, y amigos componedores, dandoles, y concediendoles plena potestad, y jurisdicion para la determinacion de los dichos pleitos, y causas? y trayendo el simil de los juezes ordinarios, y delegados, parece q̃ no ha lugar que los particulares puedan conceder, y dar esta potestad, especialmente en lo que de derecho es permitido, que es renunciar, ò remitir el estilo, y forma del juizio, *vt 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 euitar pleytos en la Replublica, *vt cum Ioann. Bapt. lib. 8. de arbitr. cap. 7. & cũ communi Doctorum sententia affirmat, & probat, l. diem proferre, §. si quis litigatorum, ff de receptis arbitris, in illis verbis, nisi in cõpromisso, hoc specialiter expressũ sit, & in l. 4. tit. 21. lib. 4 nouæ Recop.* ibi: *Por bien de paz, y concordia, y por euitar pleytos.* Siẽdo pues las principales causas, por las quales los dichos arbitros amigables coponedores son nõbrados, y elegidos, resta aora manifestar, si los dichos juezes deuen proceder por el estilo, y forma del Derecho, ò si bastara proceder en la dicha causa, pretermisso el dicho orden, y estilo. Para cuyo fundamento se notaran; lo primero, las palabras de la clausula que se seguiràn, por el tenor de las quales breuemente se resumirà su conclusion, sin traer a la memoria mas de aquello que haze a nuestro proposito, declarando assimismo otras clausulas, conque ordinariamẽte las escrituras de los dichos compromissos se suelen ordenar, y otorgar, cuyo tenor de la primera, es el siguiente, scilcèt:

Y por lo que determinaren, aunque en el proceder, y orden no guardẽn la forma del Derecho, a *estaràn, y passaràn, y dello no apelaràn,* b *ni reclamaràn à aluedrio de buen varon,* c *ni diràn cosa de nulidad, ni entenderàn otro remedio, ni recurso alguno.* Formatur alia clausula.

Ibi: *La forma del Derecho.* a Y quanto a lo primero, se ha de notar, que todas las vezes que las dichas causas, y pleytos se comprometen en juezes arbitros iuris, tienen obligacion ex vi compromissi a juzgar, y determinar las dichas causas, no solo guardando la forma, y estilo del Derecho, pero tambien tienen obligacion a juzgar, segun lo alegado, y probado,

bado, sin quitar a nadie su justicia, *iuxta l. 1 ff. de receptis arbitris, & in l. 23. tit. 4. part 3.* ibi: *La vna es, quando los omes ponen sus pleytos, è sus contiendas en manos dellos, que los ayan, è los libren, segun derecho. E estonce dezimos, que tales auenidores, como estos, desque recibieren, è otorgaren de librarlos assi, que deuen andar adelante por el pleyto, tambien como si fuessen juezes ordinarios, faziendolos començar el pleyto ante si, por demanda, è por respuesta, è oyendo, è recibiendo las pruebas, è las razones, è las defensiones que ponen cada vna de las partes.* Por manera, que si las dichas partes no dieron poder mas de como arbitros, diziendo: *Y por la presente comprometieron los dichos pleytos, y diferencias en manos, y poder de fulano, y fulano, a los quales eligieron por sus juezes arbitros, para que como tales vean, y determinen esta dicha causa,* no ay duda, sino que de ninguna manera pueden quitar de vna parte por darsela a la otra, sino que se han de justificar con la verdad del caso, que consistiere en derecho, y adjudicar a cada vna de las dichas partes, lo que assimismo estuuiere probado como assi se colige de la dicha *ley 4 tit. 21. lib. 4. Recop.* ibi: *Para que determinen conforme a derecho, & ita notat Azeu ibid. num. 26.*

Formatur alia clausula.

3 Y si el poder que se les diò, fue como juezes arbitros, y arbitradores, y amigables componedores, sin declarar por la forma que han de proceder, es visto auerlo dexado en su eleccion, y assi por el orden de proceder, se conocerà por qual dellas 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 demas equidad, por no quitar la reduccion a aluedrio de buen varon, que sentenciada la causa, se pide de los agrauios, *vt hæc omnia probant Bart. in l. sociteratem, §. Arbitrorum num. 13 ff. pro socio, Abb. in cap. quinta vallis, num. 42. de iure iurando, Felin. in cap. cum ex officij, col. pen. de præscrip. Mexia in l. Tolleri in 12. fundam. 1. p. nu. 5. Molin. de iust. & iur. 5. tract. disp. 33. num. 2.*

4 Y en caso que los dichos arbitradores, y amigos componedores procedan en las dichas causas, no estàn obligados a guardar el estilo, y orden del juizio ordinario, ni assimismo tienen obligacion a juzgar, conforme a derecho, sino dar a cada vno lo que les pareciere que es justo, segun de lo que se huuieren informado, considerando los memoriales, y escrituras que las dichas partes presentaren. *Secundum Ioan. Baptist. in d. tract. de arbitr. 1. part. cap. 3. num. 2. & in d. l. 23. tit. 4. par. 3.* ibi:

La otra manera de juezes de auenencia, es, a que llaman en Latin arbitradores, que quieren tanto dezir como aluedriadores, è comunales amigos, que son escogidos por auenencia de ambas las partes, para auenir, è librar las contiendas que ouieron entre si, en qualquier manera que ellos touieren por bien. Estos a tales, despues que fueren escogidos, è ouieren recibido los pleytos, è las contiendas desta guisa en su mano, han de poder oir las razones de ambas las partes, è de auenirlas en qualquier manera q̃ quisieren. E maguer non fiziessen ante si començar los pleytos por demanda, è por respuesta, è non catassen aquellas cosas, que los otros juezes son tenudos de guardar, con todo esso valdria el juizio ò la aueniencia que ellos fiziessen entrambas las partes, solo que sea fecho a buena fee, y sin engaño. De donde se concluye, que si la dicha escritura de compromisso esta otorgada, como juezes arbitros, y arbitradores, podran proceder en la forma que quisierẽ, sino es que el poder que se le dà, es limitado, diziendo, que han de proceder, conforme el estilo, y orden del juizio ordinario, guardandole su justicia a cada vna de las dichas partes, o si se diesse con condicion, q̃ en el dicho proceder no se guarde, ni tengã obligacion a guardar el dicho estilo, sino que en la dicha causa procedan sin estrepitu, y figura de juizio, y siempre es visto otorgarse estas dichas escrituras con estas dichas condiciones, y clausulas, especialmente si fue ordenada con la clausula siguiente: *A los quales eligieron por sus juezes arbitros arbitradores, y prorrogaron en ellos cumplida jurisdicion, para que arbitrando, y componiendo, y quitando del derecho de la vna parte, y dandolo a la otra, y de la otra a la otra, en poca, ò en mucha cantidad, vean, y determinen los dichos pleytos, y diferencias dentro de tantos dias primeros, con facultad, que ellos, ò qualquier dellos, sin lo comunicar con las partes, y aunque la vna lo contradiga, lo puedan prorrogar, y alargar vna, ò muchas vezes, aunque sean tres, ò mas, y cada termino exceda al primero.* Y assi parece nos lo quiso dar a entender la dicha *ley 4. titul. 21. lib. 5. nouæ Recopilat.* ibi: *O de juezes amigos arbitros arbitradores, & ibi Azeued. num. 29. cum pluribus sequentibus.*

Formatur alia clausula.

Ibi: *Y a ello no apelaràn.* b Y hase de notar assimismo, que aora sea la sentencia de juezes arbitros iuris, ò aora sea pronunciada por arbitradores, y amigables componedores, constado della, y del compromisso publico, y de ser dada en el termino, y sobre lo que se cõprometia, se ha de executar sin embargo de apelacion, ni reducion a aluedrio de buen varõ, nulidad,

5

lidad, ni otro recurso alguno, que contra la dicha sentencia se aya interpuesto. Y en este caso se ha de obligar la parte, en cuyo fauor se diò la sentencia de boluer lo que por causa della le fuere entregado, dando fianças de boluerlo con los frutos, y rentas de lo que assi recibiere, y de la forma que le fuere mandado, siendo reuocada la dicha sentencia, como assi se prueba en la dicha *ley 4. tit. 21. lib. 4 nouæ Recop* ibi: *Haziendo obligacion, y dando fianças llanas, y abonadas ante el juez, ò juezes, ante quien se pidiere, ò ouiere de executar la sentencia, de tornar, y restituir lo que huuiere recibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos, y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere reuocada.*

6 Ibi: *Ni reclamaràn à aluedrio de buen varon.* c Y siẽdo la sentencia dada, y pronunciada por los juezes arbitros iuris, de que en el proceder han guardado el estilo, y orden del juizio ordinario; entonces ay obligacion de apelar de aquella sentencia al juez superior de los dichos juezes arbitros, executãdose primero en la forma que queda dicho, por ser su efeto deuolutiuo, y no suspensiuo. Y si en la dicha causa se procedio, como abitradores, y amigables componedores, se ha de pedir reduccion a aluedrio de buen varon ante el juez, en fauor de quien se diò, y pronunciò la dicha sentencia, sino es que assimismo el dicho juez fue nombrado por arbitrador, que entõces se deue apelar, y pedir esta reduccion ante el superirior de aquel juez, *secundum Rebuf. 3. tom. tit. de arbitr. art. 2. glos. 10. num. 1. & 2. Couar. lib. 2. var. res. cap. 12. num. 12.* Y si vno de los dichos arbitros, ò arbitradores es Clerigo, ha de ser ante el superior del dicho Clerigo, porque el mas digno, trae a si el menos digno, como assi lo nota *Couar. vbi sup. cap. 12. num. 1. & Azeu. in l. 1. num. 24. tit. 18. & in d. l. 4. tit. 21. lib 4. num. 42. & 149. lib. 4. nouæ Recop.* Y esto procede despues de auerse executado la sentencia.

7 De cuya sentencia assimismo se puede pedir nulidad, auiẽdose primero executado, segun, y como dicho es, saluo siẽdo la dicha nulidad por causa de no auer dado, y pronunciado la dicha sentencia dentro del termino del compromisso, ò por no auerse determinado sobre las cosas que fueron comprometidas, que entõces tendrà su efeto suspensiuo, y no se deue executar por no auerse 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 com-*

comprometido. Todo lo qual procede sin embargo de renunciacion, y cautela, por la qual se remite este derecho de poder apelar, y pedir reduccion, porque aunque es verdad, que se puede renunciar, *segun Padilla in l. 1. num 38. de legat. 2. & Azeu. in d. l. 4. num. 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 excesso, porque entonces, aunq̃ sea jurada, no ha lugar, respeto de que en remitirlo a su arbitrio, es con esperança de que justa, y no inconsiderablemente 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 a que se interpone, *vt in l. si libertus ita iurauerit ff. de operis libertorum, & ita notat Bolañ in commercio terrestre y naual, lib. 2. cap. 14. numer. 27. & tenet glos. in l. quidam cum filium, ff. de verbor. obligat. & ibi Iason, vbi inquit, vt ita tenet communiter legistæ, & Canonistæ, Gutierrez 1. part. de iuramento confirmatorio, cap. 37. nu. 15. cum alijs sequentibus.*

Y procede la dicha execucion, aora en el dicho compromisso sea puesta pena, ò no, aunque si precediò en la dicha escritura, pagandola, se libra el condenado de su execucion, sino es que esta ordenada con clausula de rato manente pacto, assi como si se dixesse. *Y la pena pagada, ò no pagada ò graciosamente remitida, que todavia y en todo tiempo sean obligadas las dichas partes, a estar y passar por este compromisso, y por lo en èl contenido, y por lo que los juezes arbitros, y arbitradores sentenciaren, y determinaren.* Y assi pagando el interès, no se libra el que pide reducion, y apela de esta sentencia de pagar esta dicha pena, sino es que se reuocò, o se moderò la dicha sentencia en grado de apelaciõ, que en tal caso no se deue pagar, *vt ita tenet Montal. in l. 4. tit. 7. lib. 1. Fori glos. magna ad fin. & Rebuf. in 3. tom. tit. de arbitr. art. 1. glos. 11. num. 10. quos sequitur, & refert Azeu. in d. l. 4. tit. 21. num. 69. cum alijs seqq.* 8 *Formatur alia clausula.*

La qual pena no se deue pagar, si por lo nueuamente alegado, se confirmò la sentencia primera, de q̃ dize el mismo Azeuedo es necessario que el juez declare porque autos del dicho processo, y meritos dèl, confirma, ò reuoca la dicha sentencia, ò modera su cãtidad, *vt ita affirmat in d. l. 4. n. 73. qui sequitur, & refert Rebuf. d. art. 1. glos. 10. num. 17.* 9

Y si el dicho compromisso fuere jurado, no se puede pedir reduccion a aluedrio de buen varon, ni apelar de la dicha sen- 10

ten-

tencia, sino es probando enormissima lesion, aũque dixo Bartulo, que para juzgarse por enorme lesion para esta dicha reduccion, basta probar auer sido lesa la parte agrauiada en la sexta parte de lo que le deuia pertenecer, cuya opinion dize ser verissima Padilla, refiriendo otra que assimismo dize ser comun opinion, que dize q̃ esso quede a arbitrio de buen varon, *quos poteris videre in l societatem. §. Arbitrorum ff. pro socio, num. 25. Padil. in l. 1. num. 4. ff de leg. 2, quos refert Gutier. 1. par. de iuram. confirm. cap. 37. num. 22.*

11 Y si la dicha sentencia se diere por nula por los autos del processo, assimismo no se deue pagar esta pena, por auer pedido reduccion, o auer apelado della, *vt idem Azeued. in dict. l. 4. tit. 21. num. 69.* adonde en el numero 143. & 144. dize, que esto se ha de entender apelando dentro de diez dias de como se apelò, y no despues, porque passados, no se haziendo, queda firme, segun la *l. 23 y 25. tit. 4 p. 3.* no obstante que por ley del Reyno se deue 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. 1. p. §. 2. n. 8. & 24.* Y si se tratare de la nulidad della, ha de ser dentro de sesenta dias de como se notificò, como las demas, la qual se ha de pedir ante el juez que se apelare, ò se pidiere la dicha reduccion, *vt in l. 2. tit. 17. lib 4. Recop. & ibi idem Azeu. & iterum in d. l. 4. num. 165. tit. 21. lib. 4 nouæ Collect.*

12 Y dize la dicha *ley. 4. tit. 21. lib. 4. de la nueua Recopilacion*, que si la sentencia dada, y pronunciada por los dichos juezes arbitros ò arbitradores ò por el juez inferior, que conocio en grado de apelacion, si la reduccion a aluedrio de buen varon fuere confirmada en las Audiencias, y Chancillerias Reales, que se deue executar en virtud de su Real executoria, que para lo susodicho se da, por no auer suplicacion, ni otro remedio alguno, salvo si fuere reuocada, que entonces bien se puede suplicar.

13 Finalmente se concluye, que para que el poder, y compromisso no acabe por muerte de alguna de las dichas partes, ò por fin de alguno de los dichos juezes arbitros, se diga, y expresse en la escritura de compromisso: *Que las dichas partes estaràn, y passaràn por lo que la mayor parte de los dichos juezes arbitros juzgaren, y sentenciaren, sin embargo de que alguna de las dichas partes, ò juezes por algun acontecimiento muera, ò falte, vt in l. 27. & 28. d. tit. 4 part. 3. & ibi Gregor.*

Formatur alia clausula.

CAPI-

CAPITVLO XXXII. Adonde se refieren todas, ò las mas clausulas, y condiciones que de derecho se juzgan por ilicitas, y vsurarias, en todos, y qualesquier cõtratos de censos, con muchas, y notables aduertencias tocantes a la dicha materia.

SVMARIO.

1 *ADuiertense los inconuenientes, que resultan de otorgar contratos de censo, con clausulas ilicitas, y vsurarias.*

2 *Si los dichos censos se pueden cargar, è imponer sobre bienes muebles, y semouientes.*

3 *Renunciarsi se puede la paga de los dichos censos, ò si ha de ser presente con testimonio, y fee del Escriuano.*

4 *Y si se pueden vender sobre deudas passadas, y antes del dicho censo celebradas.*

5 *Si destruidos los bienes hipotecados, tendrà obligacion el vẽdedor a la paga de los reditos del dicho censo.*

6 *De que efecto serà en estos dichos contratos la clausula de non alienando.*

7 *Y si es necessario estando los bienes hipotecados, enagenados en tercero posseedor, hazer primero excursion en los bienes del principal deudor, que executar al dicho posseedor.*

8 *Concluyese, que en virtud de la dicha clausula de non alienando, sin hazer la dicha excursion, se podrà derechamente executar al dicho tercero posseedor.*

9 *Y si procederà la dicha dotrina, aunque los dichos terceros posseedores sean Clerigos.*

10 *Y si se podràn pedir por entero los dichos censos a qualquiera de los herederos de la cosa hipotecada entre los dichos diuidida.*

11 *Y si se podrà executar en los bienes generalmente obligados en perjuizio de otros acreedores, oponiendo esta excepcion.*

12 *Y si esta dicha excepcion se puede oponer por otro estraño posseedor 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 posseedor de alguna parte de la cosa hipotecada a reconocer el dicho censo, aunque la tenga mejorada.*

15. Compensar si se deuen las mejoras con los arrendamientos, en caso que el tercero posseedor aya posseido con buena fe.

16. Y si el tercero posseedor cumplirà con pagar el valor de la cosa que possee estando mejorada, considerando el tiempo de la enagenacion y venta.

17. Y si se que tiempo tiene obligacion el tercero posseedor a pagar frutos de la cosa que possee.

18. Quarto, ò quinto posseedor de la cosa, especialmente hipotecada, si puede derechamente ser executado, & ibi num. 19.

20. Tercero posseedor, si puede ser executado, y desposseido de la cosa, especialmente hipotecada, sin ser citado, oido, y en juizio vencido.

21. Y si el despojado deue ser restituido, aunque el despojador pruebe incontinenti de su derecho, por instrumento publico, confession de parte, prueba, ò sentencia antes del dicho despojo.

22. Y si el tercero opositor, que de derecho pretende a la dicha possession, puede impedir la dicha restitucion.

23. De que efecto serà en el auto de estas dichas possessiones aquella clausula, sin perjuizio de otro mejor posseedor, que derecho tenga a los dichos bienes.

24. Reconuencion de otro despojo sobre la misma cosa, si impide la dicha restitucion.

25. Si los interesses, y reditos del censo se pueden incorporar con el principal, para que dellos 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, a dar su precio en moneda de mejor valor que por la que se vendio.

27. Redimir si se deue en todo, ò en parte el dicho censo, y si serà licita la condicion, y clausula de lo contrario a 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 aurà lugar en estos dichos contratos, especialmente siendo redimibles.

30. Y si la dicha pena se deue entender en los censos perpetuos, impuestos sobre propias heredades.

31. Condicion, que podais sacar la cosa por el tanto, si se juzga en estos dichos contratos por licita, ò injusta.

32. Quando, y en que forma se deuen juzgar estos dichos contratos por nulos, y vsurarios, assi en el principal, como en lo accessorio, y quando no.

VTRVM, Y considerando, y teniendo atencion, que el natural, y calidad de los contratos de censos es materia dificultosa, y peligrosa a la conciencia, y biẽ del alma, me parecio (sin dar lugar a cautelas en materia tan importante en estos Reynos) para que no dexen de tener la seguridad, y efectos que conuiene, preuenir sus daños, y dar remedio conueniente, para que con claridad se conozca sus condiciones; supuesto que la malicia ha inuentado muchos fraudes en su contrauencion, con aumento de los dichos daños, y peligro de conciencia, de que en particular es causa la fuerça de la necessidad a que obliga, que los particulares por remediarla se sugeten a otorgar los dichos contratos con las condiciones injustas, è vsurarias, que sus acreedores quieren, sin que se les ponga delante el temor de Dios. Y assi, para que los Escriuanos no tengan ocasion a recibir contratos, pactos, y condiciones injustas, sino que estèn aduertidos dellas para desengaño de las partes otorgantes, se notaran las condiciones que por derecho se juzgan por vsurarias, è injustas en los dichos contratos de censos, por el orden de las clausulas siguientes. 1

Primeramente se duda, si los dichos censos se podràn imponer debaxo de la clausula siguiente, scilicet: *Los quales marauedis, que assi me obligo a dar, y pagar de censo en cada vn año, los vendo, fundo, y cargo sobre todos mis bienes muebles, è inmuebles; especialmente sobre vn hato de carneros, que al presente tengo, y posseo.* Y segun parece, y suenan las palabras, ibi: *Los vendo*, por ser verdaderamẽte venta, se sigue, que el dicho censo se podrà imponer sobre qualesquier bienes muebles è inmuebles. Pero dexando razones, y argumentos de contrario sentido, atẽto a 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 frutifera, la qual ha de ser para el dicho efeto determinada, hipotecandola especialmente para la paga del dicho censo, no sera suficiente la general hipoteca de los bienes del vendedor, y deudor del dicho censo, *vt ita notat Azeued. in l. 1. tit. 15. lib. 5 nouæ Recop. & ita iussit Summus Pontifex Pius V. in prima conditione suæ Bullæ*, ibi: *Nisi in re immobili; aut quæ pro immobili habeatur, & de sua natura fructifera, & ita affirmat Couar. var. res. lib. 3. cap. 7. n. 5. Nauar. in Manuali in commentario de vsuris cap 1. 14. quæst. 3. n. 83. & ita constat etiã ex prima conditione, aut clausula Bullæ Martini, & Callisti.* 2 *Formatur alia clausula.*

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 marauedis os vendo por precio de tantos marauedis, que confiesso recibi de vos el dicho fulano, de los quales me otorgo por contento, y entregado a mi voluntad, sobre lo qual renuncio las leyes de la entrega, y paga y excepciõ de la non numerata pecunia como en ellas se contiene.* Por manera, que segun las palabras de la dicha clausula, basta, y es suficiente, que el vendedor confiesse auer recibido la paga de la venta del dicho censo, sin que sea necessaria fe de Escriuano, ni otra prueba, ni solemnidad, porque basta que el cõprador tenga dado, y entregado el dinero, y precio anticipado, y antes que se celebre la dicha venta, como assi nos quiso dar a entender *Ant. Gom. de censib. num. 14. vers. Quare ergo, & etiam Salaçar de vsu. & cons. cap. 8. num. 45. quos sequitur, & refert Azeued. in l. 10. tit. 15. n. 2. & 3. Recop.* Pero sin embargo de lo susodicho, segun nueuo 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 Escriuano aya de dar, y de fe de su entrego en presencia de los mismos testigos, y de otra manera las dichas escrituras no hazẽ fe en iuizio, ni fuera dèl, y q̃ en ninguna manera proceda, ni el dicho censo se otorgue por causa de mercaderia, que antes se aya dado, ni al presente se diere, pena, que demas de que los dichos censos se daràn por ningunos, incurrirà el Escriuano ante quien se otorgaren las dichas escrituras en pena de cincuenta mil marauedis para la Camara de su Magestad, y priuacion de su oficio, *vt ita probatur in l. 8. añadida en el nueuo quaderno al tit. 15. lib. 5. nouæ Rec. & ita colligitur ex secunda clausula Bullæ Pij V.* ibi: *Rursum non nisi verè in pecunia numerata præsentibus testibus, ac Notario.*

Formatur alia clausula.

4 Y assimismo sera condicion injusta la cõdicion de adelantada la paga del dicho censo, assi como si dixesse: *Los quales marauedis, que el dicho fulano ha de pagar en cada vn año, por razon, y causa del dicho censo, es condicion que siempre aya de pagar vn tercio adelantado.* Y segun la costũbre que oy se tiene en muchas partes destos Reynos, no se juzga esta dicha condicion por ilicita, ni reprobada, en particular en los contratos de arrendamiento, porq̃ si bien se considera, no es otra cosa, sino assegurar la paga de los dichos contratos, demas que parece se comprueba por razon, y causa de no tener labe de vsura, que es

Formatur alia clausula.

es lo que se considera en estos dichos censos, y faltando, se han de guardar, y executar todos sus pactos, y condiciones, *vt in l. 68. Tauri, hodie l. 1. tit. 15. lib. 5. nouæ Recop. & in l. stipulatio ista, §. vlt. ff. de verb obligat. text. in l. si dictum, ff de euictionib. 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 reditos de el dicho censo, no se deue juzgar por valida, ni perfeta 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.*

Y demas de las dichas condiciones, serà injusta assimismo la que se sigue, scilicèt: *Iten, que el dicho fulano tenga obligacion a pagar enteramente el precio del dicho censo, aunque los dichos bienes, sobre que està impuesto el dicho censo, perezcan, y se destruigan por casos fortuitos, y de raro contigentes.* Y sin duda parece contra derecho esta dicha clausula, como dicho es, pues siendo el natural de el censo equiparado a los contratos de arrendamiento, como se prueba en la *ley 28. tit. 8. part. 5.* ibi: *E porque este pleyto es semejante mas a los logreros que a otro contrato alguno* no es justo que pereciendo la casa, ò heredad impuesta al dicho censo, por algun caso fortuito, tenga obligacion el vendedor a pagar cosa alguna del dicho censo; porque si la dicha condicion se huuiera de guardar, fuera dar vn absurdo contra el precepto de las leyes, que disponen lo contrario, segun la dicha ley 28. ibi: *E dezimos, que si la cosa que assi es dada a 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 señor de ella, è non al otro que la ouiesse assi recibido de aquel dia en adelante, & ibi Gregorio Lopez, glossa 9. 10 & 11.* Aunque en este caso se deue aduertir conforme la dicha ley, que segun la cosa quedare, que a esse respeto se deuan pagar los dichos reditos, *vt ita affirmat. Nauarr. in Manuali in commentario de vsuris, supra capitul. 1. num. 47. & 48. & ita constat, ex dicta Bulla Pij V.* ibi: *obligantes ad casus fortuitos eum, qui aliàs ex natura contractus non teneatur, & etiam est text. in leg. 1. Cod. de periculo, & commun. rei vendit.* Todo lo qual se deue entender en los censos, y contratos emphyteuticos, que son los que se otorgan, y celebran sobre las heredades de los señores de los censos,

5 Formatur alia clausula.

Couarr. vbi sup. n. 6. vers. Hinc etiam, Rodr. lib. 2. de ann. reddit. quæst. 9. num. 56.

9. Mas se aduierte, que aunque el tercero posseedor sea Sacerdote, que podrà muy bien el dicho acreedor pedir execucion en ellos ante juez seglar, teniendo la dicha escritura la dicha clausula de non alienando, pidiẽdo defensor en los dichos bienes, con quien se sigan los autos, porque para esto, y para obligarle a que reconozca, ò dexe, es menester que sea ante su juez, *vide Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. part. §. 1. n. 11. in fin. & alios quos Villadieg. citat. vbi sup. fol. 284.* Y esto de ser conuenido ante juez seglar, ha lugar todas las vezes, que es heredero de lego, con quien se contestò la demanda, *secundum legem 57. tit. 6. part. 1. & ibi gloss. 5. Couarru. de practicis quæst. cap. 8. n. 2. 3. & 4.* por cuya causa los dichos terceros posseedores estàn sugetos a restituir la dicha heredad, ò cosa hipotecada, y pagar por entero todos los reditos della, siendo hipotecada por causa, y titulo de algun censo, siendo reconocido, como dicho es, porque no queriendo reconocerle, y dexando la dicha cosa hipotecada, no tendràn obligacion a pagar reditos algunos posseyẽdola, y teniendo con la buena fe. Y assi se aduierte, 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. Couarr. var. res. cap. 7. n. 5. Ioan. Gutier. lib. 2. de practic. quæst. quæst. 177. num. 4. & 5. Azeued. in l. 1. tit. 15. lib. 5. num. 8. nouæ Recop.*

10 Lo qual assimismo procede, aunque la cosa especialmente hipocada, sea diuidida entre dos, ò muchos herederos, sin ser necessario hazer mas aueriguacion; porque basta para este caso, que tan solamente estè la dicha cosa especialmẽte hipotecada para pedir por entero todos los reditos del dicho censo, sino es dexandola el heredero, que podrà con cession de acciones, para pedir a los demas herederos lo que le pudiere pertenecer de la dicha hazienda, respeto de auer pagado lo que el hazienda, y testador della deuia, *ex leg. 1. & 2. Cod. si vnus ex pluribus, & notat gloss. verb. Ex parte, l. 2. §. fin. ff. de Prætor. stipulat. & facit text. cum materia in leg. cum à matre, Cod. de rei vendication. & in l. legati, de pignoribus, & ex doctrina, Parlador. lib. 2. rerum quotidianar. 4. part. §. 1. numer. 21. & in l. cum possessor, de censibus.* Por manera, que el dicho tercero posseedor, ò heredero, no puede ser obligado a pagar mas de aquello que tiene, y possee, aunque el deudor principal se

aya

aya obligado debaxo de la clausula, y condicion siguiente, scilicet. *Con condicion, que podais pedir el dicho censo a qualquiera de mis herederos, y successores, insolidum, ò al que vos mas quisieredes, y para ello le podais hazer execucion.* Y donde mas dificultad se pudiera ofrecer, era en los herederos estraños, porque en los legitimos no ay duda, sino que no pueden ser grauados, mas de lo que reciben, que les pertenecio por razon de su legitima, *vt in l. quoniam in prioribus, Cod. de inofficios. testament.* Y assi se concluye, que sin embargo de la dicha clausula, no es obligado el posseedor de la cosa, especialmente hipotecada, aora sea heredero estraño, ò forçoso, mas de tan solamente a lo que possee con el derecho de la dicha cession de acciones, para que la paguen por rata lo que assi diere, y pagare, *secundum leg. fin. Cod. de iure deliberandi, & in l. 7. tit. 6. part. 6. & ibi Greg. Lopez. gloss. Que las deudas, & ita affirmat Rodrig. Amat. in tractatu de executionib. cap. 4. num. 13. per totum.* *Formatur alia clausula.*

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 tuuiere aquella clausula, scilicet. *No derogando lo especial a lo general, y lo general a lo especial,* no podrà en perjuizio de otro acreedor, aunque sea menos anterior, trauar la dicha execucion en los bienes generalmente hipotecados de su deudor, sino es haziendo primero excursion en los bienes especialmente hipotecados, por presumirse han de ser suficientes para la paga de la dicha deuda, *secundum l. 2. C. de pign. Molin. de primog. lib. 4. cap. 7. n. 21. Couar. lib. 3. var. res. cap. 18. num. 3. in fin.* 11 *Formatur alia clausula.*

La qual excepcion tan solamente ha lugar, y se puede oponer por otro acreedor, è interessado a los bienes de su deudor, que tenga en ellos general, ò especial hipoteca, como dicho es. Pero no se estiende, ni ha lugar el oponerla por otro posseedor estraño de la cosa hipotecada, sino es en caso que posseyẽdola ex titulo, & persona del mismo deudor, a su seguridad en la escritura de la venta se hipotecaron, y obligaron sus bienes; pues por esta obligacion se hizo acreedor por la eniccion, *vt ita docet Negus. de pignorib. 2. membr. 8. part. num. 21. quem sequitur, & refert Rodrig. Amat. vbi sup. cap. 4. num. 53. in fin.* 12

Y en los casos que lugar huuiera la dicha excepciõ se ha de entender assimismo, estando los dichos bienes especialmente hipotecados en tercero posseedor, segun dicho es, pero no si 13

estu-

estuuieren enpoder del mismo deudor, ò en sus herederos por titulo vniuersal, y no por titulo particular de donaciõ, o legado, *vt constat ex doctrin. Greg. Lop. in l. 70 tit. 18. gl. ſ 9 par. 3. Petr. Surd. deciſ. 250. ex d. l. 2. C. de pign. Couar. lib. 3. var. reſ. cap. 18. Molin. de prim. lib. 4 cap. 7. num. 23. cum alijs ſequentibus.*

14 Pero lo que se puede dudar en esta materia, es, si teniendo el dicho posseedor alguna pequeña parte apartada, y diuidida de la casa que estaua especialmente hipotecada a algun censo, y en ella huuiesse labrado algun quarto, ò otro edificio, si podra ser obligado a reconocer el dicho censo por entero, ò dexar la dicha parte con aquellas mejoras. Y quanto a lo primero responde *Gutier. in allegat. ſeptima*, que si la parte que asi fue enagenada, es de poco valor, asi como vna parte de traspuesta, ò huerto, y de su valor se siguiò prouecho a la cosa principal hipotecada, porque acaso se gastò en repararla, ò cercarla por la parte que se diuidiò, serà valida, y perfeta la dicha venta, y no podrà ser apremiado a reconocer el dicho censo, ni parte del, ni dar su estimacion segunda vez. Y quanto a lo segundo, se pudiera responder, no auer lugar la referida dotrina, *ſegun la deciſion de la ley 15. tit. 13. par. 5.* pues por ella consta, que de qualquier manera que la cosa hipotecada estè mejorada en tercero posseedor, queda hipotecada, como si en realidad de verdad al principio lo estuuiera, aora sea el posseedor heredero por titulo vniuersal, ò particular delegado, ò donacion, ò de venta, aunque si es por el dicho titulo particular, y tuuiere buen titulo, y fe, no le pueden quitar la dicha cosa hipotecada hasta que se las paguen, siendo obras necessarias, y vtiles, y no voluntarias, como diximos en el cap. 15. deste libro num. 4. 5. y 6.

15 Pero deuese notar en este caso, que pagando el dicho acreedor el interes, y valor de las dichas mejoras, se deuen compensar con los frutos que huuiere della gozado, aũque sea posseedor de buena fe, *vt in l. 41. tit. 28. par. 3. & ibi Greg.*

16 Lo qual procede todas las vezes que el dicho tercero posseedor quiere dexar la cosa en la forma dicha, pero bien puede, y tiene eleccio en este caso de dar, pagar, y entregar lo que valia la casa al tiempo que se hipotecò, ò al tiempo que se vendio al dicho tercero posseedor, con lo qual quedarà libre del censo, y deuda, *ſegun Greg. Lopez in dict. l. 15. gloſ. 3. Couarrub. lib. 1. var. reſolut. cap. 8. num. 2.* adonde dize asi estar recibido en practica, y en esta conformidad auerse determinado

mu-

muchas vezes en la Chancilleria de Granada, aunque a el le parece es lo contrario lo mas juridico, *& ita etiam notat Ioan. Garc. de expens. cap. 18. ex num. 77. Molina de iustitia & iure, 2 tractat. disput. 533. num. 1. qui sequitur Greg. vbi supra per l. 2. C. de præd. & omn. re nauicul. lib. 11. vbi Bart. & communiter DD.* Lo qual assimismo se entiende a los bienes enagenados por el marido, por la tacita hipoteca 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, ò de venta, que despues fueron enagenados; aũque en este caso no es necessario que estos bienes estẽ mejorados, para quedarse con ellos el tercero posseedor ofreciẽdo 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 demas dotales recibidos inestimados por el marido; porque entonces siendo enagenados, le compete a la muger accion directa para reivẽdicarlos de qualquier tercero possedor sin hazer excursion; y aunque esten mejorados, pues trata del dominio de su misma cosa, y no sobre deuda sobre ellos, porq̃ en esto no ha lugar, sino es quando el marido recibiò estos bienes dotales, estimados con aquella estimacion que de derecho hizo venta, pues el marido no està obligado a mas, q̃ ofrecer su precio, haziẽdo primero la dicha excursion, *vt notat Ioan. Garc. vbi sup. num. 80. & 81. Gutier de iuram. confirm. lib. 1. cap. 1. n. 9. & 10. per l. 7. tit. 11. p. 4.* y en quanto los hijos, *vide infra lib. 2. cap. fin. §. Fianças, num. 125.*

Y en caso que el tercero posseedor quiera dexar la cosa q̃ le piden, ha de ser, no solo cõ los frutos de la contestaciõ pero los que estauan pendientes al tiempo de la enagenacion, ò los pendientes al tiempo de la possession, ò sentencia, *vt in l. 16. tit. 13. part. 5. & ibi Greg.* Y esto se deue entender, aunque de mano del posseedor estèn arrendados, y por entonces estèn pendientes, *vt supra cap. 3. num. 8.* Aunque en este caso se deue entender tan solamente, quando se trata de la reivendicaciõ, id est, del dominio de la misma cosa; porque fuera lo contrario, si se tratara de la hipotecaria, id est, por la deuda que sobre ella se deue; porque entonces estarà obligado el acreedor a estar, y passar por aquel arrendamiẽto pagandole su pension, pues tan solamente trata de cobrar su deuda, y si es censo de co- 17

cobrar de veinte y vno, como admirablemente lo considerò *Felician. Solis lib.3.2.tom.de censib.cap.4.aduers.Parl.lib.2.rer. quot.cap.vlt.1.par.§.5.num.13.*

18 Y para auer lugar execucion contra quarto posseedor, se ha de entender quando el tal tuuo titulo, y causa de aquel contra quiē principalmente competia el derecho executiuo; y lo mismo se entiende teniendo esta causa de otros que la tuuieron principal, ò probando que en aquel tiempo la posseia el dicho deudor, *vt ita probat Parl. vbi supra cap. fin.§.5.num.19. & 20.*

19 Cuyos bienes se prescriben estando el tercero posseedor diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunq̄ la hipoteca este con clausula de no poderse enagenar, pues el acreedor notrata del dominio dellos. Y esto se entiende, aunque las deudas sean de menores, ò de Iglesias, y aunque sean arrendamientos, ò emphyteosis, enagenados en tercero posseedor, *segun la ley 27.titulo 29.part.3.& in l.39.tit.13.part.5.Molin. de iustitia, & iure, 2.tract.disp.70.num.1.& 2.* No obstāte, que sus mismas cosas, adonde tienen dominio, no se prescribē por treinta, ò quarenta años, *segun el mismo Molina ibi disputacion. 79.* saluo si el dicho arrendamiento se hizo cō la dicha clausula de non alienando, ò si mientras que se posseian los dichos bienes, pagaua el deudor parte de la deuda de reditos, ò arrēdamiento, porque entonces no corre, ignorandolo el acreedor, *vide Azeued.in l.3.tit.15.lib.4.num.12. Rodrig. de reddi- tib.lib.2.quæst.9.num.94.& 95.* Y en quanto los bienes de mayorazgo, y otros bienes sujetos a restitucion, como assimismo bienes de menores, y de Iglesia, ò de muger casada: aunq̄ es verdad que no pueden ser prescriptos, sino es por largo tiēpo; pero con todo esso aurà lugar la prescripcion en la forma que queda dicho, pero tambien la puede auer en la propiedad de la cosa, si despues de estar en poder de tercero posseedor, se hizieron desta calidad, porque por esto no se impide el derecho de la prescripcion de los dichos diez, ò veinte años saluo si fuere contra pupilos, porque entonces no aurà lugar, y assi no se puede impedir, que despues los dichos bienes sean de menores, Iglesia, ò de mayorazgo, aūque tenga clausula de non alienando, y aunque aya pacto de no poderse prescribir, porque esto no le puede dañar al tercero posseedor, aora sean, ò no bienes desta calidad, *vide Ant. Gom.in l.40.Tauri, nu. 90. quem sequitur & refert Molin. Theol. de iustit. & iure, 2. tract.*

disput.

disput. 39. num. 9. Molin. de primog. lib. 4. cap. 10 n. 40. Gutierr. in l. nemo potest ff. de legat. 1. num. 478. 479.

Mas se aduierte en esta materia de censos, que aunque la escritura estè otorgada con clausula que diga: *Y que podais de vuestra autoridad tomar, y aprehender la possession de los dichos bienes especialmente hipotecados*, se podrà executar derechamẽte contra el tercero posseedor, sin que sea necessario hazer excursion; y serà sin duda, si juntamente concurrio la clausula constituti, *vt supra cap. 14. num. 5.* como assi dize auerse determinado en la Chancilleria de Valladolid, *Gutier. vbi sup. num. 39. Matienç in l. 1. glos. 3. nu. 47. tit. 17. lib. 5. Recop.* aunque lo contrario, y por mas verdadero tuuo *Rodrig. vbi sup. cap. 7. ex num. 16. tucogita.* 20 *Formatur alia clausula.*

Y aunque es verdad que esto procede assi, pero con todo esso no deue ser sin citacion del tercero posseedor. Porq̃ aunque es verdad, segun opinion de muchos Doctores, q̃ constãdo de instrumento publico, sentencia, ò prueba de la propiedad, que el acreedor actor tenia antes de tomar la possession, de su misma autoridad, ò con la del juez se deue confirmar aquella possession. Hase de entender quando el despojado intenta 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 aduierta, que en este caso no se intenten estos interdictos, sino tan solamente el beneficio de la restitucion; y que el despojado sea puesto en el estado que antes estaua, dentro del termino de los tres dias de las *leyes 1. & 2. tit. 13. lib. 4. Recop. & ita notat Parl. lib. 2. rerum quot. cap. 10.* adonde en el numero 10. dize, que esta possession se puede, y deue confirmar, y es quãdo despues de auer pedido el acreedor al deudor, y seguidose los autos con èl hasta la sentencia difinitiua, o de remate, en virtud della se tomò la possession de la cosa especialmente hipotecada, enagenada en tercero posseedor sin su citaciõ, pues del mismo efecto fuera quando le citaran, y assimismo huuiera lugar el confirmar aquella possession, quando el despojado tenia la cosa por titulo de arrendamiento, commodato, ò deposito. Y aun entonces implorando el oficio del juez, deuen ser restituidos in sua detentatione, *secundum Anton. Gom. vbi sup. num. 12. cum seqq.* 21

La qual restitucion, no solo se deue hazer en la forma dicha, pero tambien aunque otro tercero se oponga a la misma 22

cosa

cosa por derecho que a ella tenga. Y assi, con solo hazer vna sumaria informacion, de como por entonces la posseia con buen titulo, y fe, sera restituido en el a, y se recibe a prueba sobre la propiedad, segun las dichas leyes del Reyno, *& ibi Azeued.* porque lo que de hecho se haze es derecho que de hecho se reseinda, como assi dize se deue pedir, *Gutier. lib. 3. de conf. 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 siẽdo en perjuizio de tercero, como muchas vezes se suele dezir en estos autos. *Y assi deuia mandar, y mandò se le dè la possession por su parte pedida, y esto sin perjuizio de otro mejor posseedor que derecho tenga a la dicha possession.* Por cuya causa es visto no auerse dado la dicha possessiõ, supuesto que se da sin perjuizio del otro que la estaua posseyendo, *vt ita etiam sequitur Parl. vbi sup. lib. 2. cap. 6. ver. quot. & in cap. 10. per tot.*

24 Y solo en vn caso se suele recibir a prueba sobre el despojo; y es quando el despojador recõuiene al despojado de otro despojo precedente sobre la misma cosa, probandolo, y constando incontinenti del dicho primer despojo. Y entõces se ha de admitir la dicha oposicion, y se impide la dicha restituciõ del segundo despojo, hasta que vista la causa del vno, y otro se determine, segun las pruebas, qual ha de ser restituido, *vt ita notat Cœpol cons. 60. col. 3. Celso, cons. 119. n. 6. quos sequitur, & refert Gutier. lib. 3. num. 2. de iuram. confirm.* Y assi lo he visto determinado vna, y muchas vezes en el vno, y otro caso por el Doctor Alonso Gutierrez, Abogado en la villa de Mora y Relator que ha sido en la Chancilleria de Granada, a quiẽ todos seguimos en su doctrina, y opinion, como mas docto, y experimentado.

25 Y tornando a nuestra materia, y contratos de censos, digo, que sera injusto, y reprobado el instrumẽto de los dichos censos, que fuere ordenado, y otorgado con las palabras de la clausula siguiente, scilicet, *Iten con condicion, que si el dicho fulano fuere en mora, y tardança de pagar los reditos del dicho censo, que por el mismo hecho tenga obligacion a pagar el interes de lo que assi no pagare, y que dello rinda reditos, como de la suerte principal.* Y no ay duda, sino que en todo se deue juzgar por vsuraria la fuerça desta dicha clausula, pues es notorio, segun la dicha Bula de Pio Quinto, que las escrituras de los dichos censos no pueden ser otorgadas, y ordenadas con pacto, y

Formatur alia clausula.

clau-

clausulas, que por la dicha mora, y tardança tenga obligaciõ el dicho vendedor a pagar el interes del lucro cessante, ò el interes de cambio, ò otras expensas, o salarios inmoderados, aunque su liquidacion se difiera en el juramento de el acreedor: porque por el mismo hecho, siendo otorgados los dichos contratos de censo debaxo destas dichas condiciones, ò otras semejantes, como incurrir en alguna pena, ò perder parte de la cosa especialmente hipotecada, ò que queden aumentados los dichos censos, o criandolos de nueuo sobre la misma cosa, ò otra qualquiera, que por razon de lo susodicho quede hipotecada, seran nulos todos, y qualesquier contratos que desta 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 interesses dellos entren en la suerte principal como fueren corriendo, pues de derecho no se deuen interesses de interesses, *vt ex text. in l. eis, C. de vsuris, & in pragmatica de 21. de Iulio del año de 1598. publicada en 24. dèl*, sino es a menores, *vt inf. à cap. 42. num. 32.*

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: *Iten, que al tiempo, y quando redimieredes este dicho censo, tengais obligacion de pagar el dicho precio en plata.* Cuya cõdicion con manifiestas palabras nos enseña lo que en los dichos censos se procura saber, que es el euitar la vsura, que por la mayor parte en semejantes contratos simuladamente suele interuenir: y es precepto de la Bula de Pio V. y de Martino, y Calisto, 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 Callisti, & Martini*, ibi: *Pro eodem pretio redimendi.* Y conforme a esto no es licito, q̃ dando el comprador por la venta del dicho censo moneda de vellon, q̃ tenga obligacion el vendedor a dar el dicho precio en plata, ò oro, especialmente valiendo mas que la demas moneda de vellon, como lo vemos en nuestros tiempos, pues valen mas ciento en plata, que ciento y doze en quartos, *vt sup. in cap. 11. num. 3. queda dicho.* Y aunque el dicho censo se aya impuesto en plata, ò oro, con condicion que se redima en la misma moneda, valiendo mas al tiempo de la dicha redencion la dicha plata,

26 *Formatur alia clausula.*

que.

que quando se impuso el dicho censo, se le ha de baxar aquel mas valor que costare mas por el trueco, como se colige del contrato de el empréstido, que no se puede prestar la moneda baxa, porque se buelua en otra mejor, siendo de mayor estimacion, *vt ita affirmat Host. in summa de vsuris, §. An aliquo sub fin. Nauar. in Manuali, cap. 17. num. 225. Molin. de iust. & iure, 2. tract. disp. 312.*

27 Y demas 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, aya de ser en toda la cantidad, y no en parte della, y que sin embargo que della se haga consignacion en publica forma, toda via se ayan 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 sustancia no trae labe de vsura, se deue, y ha de cumplir, como en la dicha clausula se contiene. Pero sin embargo de todo lo dicho aduierto, que ningun Escriuano sea causa para que las escrituras de los dichos censos sean ordenadas, y otorgadas con las dichas clausulas, y condiciones: porque demas de las supra referidas condiciones de Martino, y Calisto, es tambien condicion, y precepto, que el vendedor pueda redimir el dicho censo en todo, o en parte proporcional del que corresponde al dinero que se da, *vt ita notat Nauar. in Manuali, cap. 17. nu. 234. & 235. Alborn. lib. 3. de los contratos, tit. 2. fol. 11. col. 2. & 3. Sol. de censib. cap. 8. num. 16. lib. 1.*

Formatur alia clausula.

28 Y para que los dichos contratos se juzguen por licitos, y no se entienda ser en fraude de vsura, sera buena limitacion a las dichas Extrauagantes, que si los dichos censos se impusieren a razon de a veinte, segun la nueua prematica, que se impongan a razon de a veinte y vno, ò veinte y dos mil por cada millar, y desta forma se guardaràn, y seguiràn su efeto las dichas condiciones, y clausulas, no se podràn redimir los dichos censos por partes, sino es que en todo se redimieren, *vt ita affimat Nauar. vbi sup. cap. 1. & 14. quæst. 3. num. 85 & 86. Soto de iustitia, & iure, lib. 6. quæst. 5. articul. 3. ad fin. 4. conclus. pagin. 559.*

29 Y assimismo se puede dudar, si en estos censos aurà lugar la pena del comisso, assi como si el dicho instrumento del censo fuesse otorgado con la condicion, y clausula siguiente. *Item con condicion, que aueis de redimir el dicho censo dentro de tanto tiempo, y de no redimirle, por el mismo hecho cayga en comisso.* Y

Formatur alia clausula.

no

no hay duda, sino q̃ assimismo se deue juzgar esta dicha clausula, y condicion por ilicita, 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 a los vendedores a que los puedan redimir en el tiempo que quisieren, segun las dichas Extrauagantes de Martino y Calisto, ibi: *Sed liber semper maneat ab obligatione illum redimendi, & ita tenet Couar. var. resol. lib. 3. cap. 8. num. 7. in fin. Soto de iustitia, & iure, lib. 6. quæst. 5. art. 2. col. pen. Matien. in l. 1. tit. 15. lib. 5. glos. 1. n. fin. noua Collect. quos refert, & sequitur Azeued. in dict. l. 1. num. 5.*

Y aunque es verdad, que segun la *ley 68. de Toro hodie, l. 1. tit. 15 lib 5. Recop.* se deuen guardar todas, y qualesquier condiciones con que fueren ordenados, y otorgados los dichos contratos de censos, *vt ita se habet. Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condicion que sino pagare a ciertos plaços, 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 imponẽ sobre sus mismas heredades, para que en cada vn año, segun la estimacion de las dichas heredades le paguen sus reditos a como valieren; y no se ha de entender en los contratos de censos redimibles; porque aunq̃ en estos se aya otorgado cõ la dicha pena, y comisso, siempre se ha de juzgar assi como contrato redimible, como assi se ha practicado en los Tribunales supremos, *vt ita affirmat Couar. lib. 3. var. res. cap. 7. col. 2. ad fin. nu. 4. Olan. in sua concordia iuris litera A. num. 97. fol. 23. Aluar. de iure emphyt. quæst. 31. num. 31. Azeued. in l. 1. tit. 15. num. 10. lib. 5. Recopilat.* Y assi indistintamente cessa la diferencia de *Monterroso, in tract. 7. folio* 134 segun vna prematica nueua en que prohibe los censos perpetuos. 30

Finalmente en esta dicha materia de censos se puede dudar, si aurà lugar el retracto, assi como si la escritura fuesse ordenada con la clausula siguiente, scilicet, *Que podais sacar, y hazer por el tanto la dicha heredad quando se huuiere de vender, y que seais obligado el tiempo de la venta, y enagenacion della, a requerirme para si la quisiere por el tanto.* Y aunque por la parte negatiua se pudiera defender, no auia lugar la dicha condiciõ y clausula por via de retracto, despues de la tradicion de la cosa enagenada en el tercero posseedor; pero con todo esso in 31

Formatur alia clausula.

iu licando, & consulendo se ha de responder por la parte afirmatiua: y assi se concluye, que en virtud de la dicha clausula aurà lugar el retracto de la heredad, o casa especialmente hipotecada, pues por su fuerça se impide la possession, y translacion de su dominio, *vt ita docet Couar. lib. 3. var. resq. cap. 7. nu. 6. Ioann. Faber in §. item Seruiana, inst. de actionib. num. 34. Gutierrez lib. 2. de pract. quæst. quæst. 267. num. 4. contra Auendañ. in 12. respons. Azeued. in l. 13. num. 2. tit. 11. lib. 5. nouæ Recop. Ant. Gom. de censib. 5. concl. cap. 3. num. 29.*

32 Y hase de notar, que todos los contratos de censos que en otra manera fueren celebrados, de como dicho es, no aurà duda sino que se juzgaran por reprouados y vsurarios, de forma que por el mismo hecho, los dichos contrayentes tienen perdido todo aquello que por razon de los dichos contratos fuere dado y entregado, y serà aplicado al Fisco, a quien por precepto de Pio V. se le dà facultad para poderlo repetir. Y no solo se ha de juzgar por vsurario lo que se hallare contrario a lo dispuesto por las clausulas, y condiciones de la dicha Bula de Pio V. sino tambien el contrato principal. Aunque en quanto a esto se ha de notar, que si el contrato de su misma naturaleza fuere vsurario, se ha de juzgar por nulo, assi en lo principal, como en lo accessorio. Pero en lo demas que no lo fueren, aunque sean otorgados con algunas de las dichas clausulas que fueren contrarias al natural de los dichos censos, no se juzgaran por nulos, sino tan solamente se juzgaràn por no escritas, y ordenadas las dichas clausulas. Y assi parece nos dio a entẽder *Gutier. lib. 2. de pract. quæst. quæst. 176. & ita docet Olan. in concordia Antynom. litera A. n. 100. cum alijs seqq. Couar. vbi sup. cap. 8. nu. 7. in fin. quos refert, & sequitur Azeued. in dict. l. 1. tit. 15. num. 6. lib. 5. nouæ Recop.*

CAPITVLO XXXIII. Sobre la condicion, y clausula de retrovendendo, y pacto legis commissoriæ, & adiectionis in diem, con las quales condiciones, y clausulas muchas vezes se suelen celebrar, y otorgar los contratos de venta, y otras enagenaciones.

S V M A R I O.

1 *PActo de retrovendendo, si es licito, y debaxo de que clausula se deua otorgar.*

2 Que

2 Que tiempo deue durar esta dicha accion, siendo condicion, Ad perpetuum.

3 Si passado el dicho termino, que entre los otorgantes fue conuenido, aurà lugar purgar la mora.

4 Y si aurà lugar la dicha dotrina quando los herederos del vendedor fueron menores, è ignoraron la dicha condicion, y pacto.

5 Y si precisamente tiene obligacion el comprador a entregar la misma cosa, ò si cumplirà con entregar su interes.

6 Enagenada siendo la cosa vendida en tercero posseedor, si se le podrà pedir por la rei vendicacion.

7 Frutos desta heredad, ò casa vendida, en el tiempo de la venta a quien pertenece, y se deuen entregar.

8 Pacto de lege commissoria, si es licito y con que clausula se ha de otorgar.

9 Si por no auer entregado el precio de la cosa vendida dentro del termino conuenido, quedarà la venta por nula.

10 Si por no auer cumplido el comprador el contrato por su parte, ganarà el vendedor la señal, ò parte del precio.

11 Alegar, y dezir de nulidad sobre el mismo contrato, si puede el dicho vendedor despues de auer pedido el valor, y precio de la dicha venta.

12 A quien le pertenecen los frutos del tiempo conuenido entre las dichas partes, quando se anulò la dicha venta.

13 Pacto, y condicion in diem adiectionis, si es licito, y en que forma se deue otorgar.

14 Verdadero, y no fingido, si deue ser el segundo comprador para que tengan efeto el natural deste dicho contrato. Y si deue ser requerido el dicho primer comprador, in num. 15.

16 Apremiado si deue ser el comprador al cumplimiento de la dicha venta, ofreciendo otro mayor precio por la cosa vendida: y si es necessario que para que tenga efeto, el dicho vendedor, ò sus herederos la acepten, ibi num. 17.

18 Frutos desta dicha venta, en caso que el dicho contrato se dissuelua, a quien pertenecen.

19 Si se puede vencer la cosa vendida siendo enagenada en tercero posseedor.

VTRVM, Si el pacto, y condicion de tercero vendedor, y pacto, y condicion legis commissoriæ, y condiciō adiectionis in diem en los contratos de venta, y otras enagenaciones seràn licitas, y permitidas, ò se juzgaran por dere- 1

cho reprouadas. Y para que cõ euidencia, y claridad se conozca el natural de cada vna destas dichas condiciones, supongamos lo primero, que la venta, y enagenacion fue celebrada cõ la condicion, y clausula siguiente; scilicet. *La qual heredad os vendo, con condicion que en qualquier tiempo a que os fuere entregado el precio que recibo della, me la aueis de entregar, y restituir bien la misma forma que os le vendo, y entrego, y que de ninguna manera la podais vender, ni enagenar a persona alguna, y que por el mismo hecho la dicha enagenacion, y venta sea en si ninguna, y de ningun valor, y efeto.*

Formatur alia clausula.

2 Ibi: *Que en qualquier tiempo.* a En los quales contratos muchas vezes de consentimiento de los otorgantes se suele señalar tiempo determinado para cumplir esta condicion, y pacto de retrovendendo, 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 deue durar mas de treinta años, por resultar deste pacto accion personal, la qual no dura mas del dicho tiempo de los dichos treinta años, *vt in l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem.* Aunque de Derecho Real durara menos esta accion, segun la *ley 6. tit. 15. lib. 4. de la nueua Recopilacion*, en que dize, y dispone, que el derecho de executar por obligacion personal se prescriua por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriua por veinte años, y no menos, *& ita notauit Gregorius Lopez in leg. 24. titul. 5. glossa 1. in medio part. 5.* adonde dize se ha de limitar, saluo si entre las dichas partes fue señalado mayor tiempo, dentro del qual auia de tener obligacion a redimir la dicha venta, y enagenacion. Aunque lo contrario tuuo en el primer nuestro caso *Antonio Gomez in 2. tomo, cap. 2. num. 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 tex. in l. quod si nollit, §. si quid ita, ff. de edilit. edict. & per tex. in l. hec conditio, la 2. ff. de conditionibus, & demonstrat. & ibi Bart. & communiter DD.* Y porque en estas dicciones, Quandocumque, & comodocumque, ha auido diuersas opiniones, diremos lo que se resuelue en el capitulo 35. infra en el numero 21.

3 Y si la dicha condicion, y pacto fue con tiempo determinado, y señalado, se deue ofrecer, y hazer consignacion del pre

cio

cio dentro del dicho termino, porque de otra manera no tendra accion el vendedor a la cosa vendida, por quedar incontinenti perfeta, y celebrada la dicha venta, sin que de ninguna manera se le conceda termino para purgar la mora, *vt in l. si ita quis, §. Seia ff. de verb. obligat. & ibi DD. text. in l. traiectitie, §. De illo, ff. de actionib. & obligationib. Bar. in l. insulam, 4. opposit. ff. de verb. obligat.*

Y procede en tanta forma la dotrina supra referida, que aunque el vendedor aya muerto, y sus herederos fuessen menores, toda via se ha de juzgar por valida, y perfeta, sin que aya obligacion a concederles restitucio in integrum, por ser prescripcion conuencional, y no legal, por cuya causa siempre corre esta dicha prescripcion sin el beneficio de la dicha restitucion, *vt in l. Æmilus, & ibi Bart. & communiter Doctores, ff. de minorib. idem Bart. in l. 2. C. si aduers. vendit. pignor. & ibi Bald. Salicetus, & communiter Doctores, Paul. de Cast. in l. fin. C. in quibus rest. integ. non est necess.* Lo qual se limita en caso que los dichos herederos, aora sean menores, ò no lo sean, ignoraron el dicho pacto, y condicion, otorgado por el difunto, y testador, porque entonces deuen ser restituidos, ex clausula generali, *Si qua mihi iusta causa videbitur, argument. tex. in l. 1. ff. ex quib. caus. maior. & confirmatur per text. in l. 1. §. Si quis propter, ff. de itiner. actuq; priuat. & per tex. in l. Pomponius ff. de acquir. hæredit.* 4

Ibi: *Me laueis de entregar, y restituir.* b Y en todo acontecimiento tiene obligacion el comprador a dar, y restituir la cosa vendida en la misma forma que la recibio, en virtud, y fuerça del dicho contrato, y no se libra estando en su poder, de pagar el interes, y daños, sino que precisamente ha de entregar la misma cosa, *vt ita docet Gregor. Lopez per dictam legem 42. tit. 5. part. 5.* ibi: *Dezimos, que si tal pleyto fuere puesto en la vendida, que deue ser guardado.* 5

Ibi: *Vender, ni enagenar.* c Por cuya causa se impide la translacion de su dominio, aunque se venda, y enagene en qualquier tercero posseedor, *vt ita docet Rodr. Xuarez in Rep. l. post rem iudicatam, fol. 129. col. 2. cum sequentibus, quem sequitur & refert Anton Gomez in 2. tom. var. resol. cap. 2. nu. 29. ante fin.* Y fuera lo contrario, si faltasse la dicha clausula de nō alienando, ò clausula constituti, como en otras partes deste libro queda dicho, *vt ita docet idem Anton. Gomez vbi supra in dicto numero 29. & in l. 42 supra citata, tit. 5. part. 5.* ibi: *E si* 6

pena non fuesse puesta en el pleyto, entonce el comprador es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder, è si en su poder no es, deue pechar al vendedor todos los daños, è los menescabos que le vinieron, porque no tornò aquella cosa, que assi auia vendida.

7 Y todos los frutos que se huuieren 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, *vt in l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem, & ibi glos. Ordin. & communiter Doctores.*

8 Y quando a 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, scilicèt: *Con condicion, que si para tal dia no me dieredes, y pagaredes el precio de la dicha heredad, que por el mismo hecho quede la dicha venta por nula, a sin tener obligacion a dar, ni restituir las arras, y señal.* b.

Formatur alia clausula.

9 Ibi: *Por nula.* a Y es de tal natural este dicho contrato, que si para el dia señalado no se consignare, y entregare el precio, quedarà por nulo el dicho contrato, como si verdaderamente no se huuiesse celebrado, *vt est text. in l. 1. & per totum, ff. de lege commissoria, text. in l. commissoriæ, Cod. de pactis inter emptorem, & venditorem, & ita disponit, l. 38. dict. tit. 5 part. 5.* ibi: *Otrosi dezimos, que si el vendedor, è comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio a dia señalado, è sino 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 vẽdida en el comprador, hasta que de su parte cumpla lo que prometio, y assi no se prefieren los demas acreedores del comprador en esta dicha heredad, o cosa vendida, *vt in l. traditionib. C. de pactis, in glos. fin. & ibi Bald. & communiter Doctores.*

10 Ibi: *Las arras, y señal.* b Y si el vendedor quisiere obligar al comprador q̃ passe por la venta, ha de ser apremiado a ello, por darsele eleccion en este caso al dicho vendedor; y aunque aya elegido, en que el dicho contrato se rescinda, ganarà assimismo el dicho vendedor la señal que el comprador huuiere dado, aunque desta pena, ò obligacion en el dicho cõtrato no se huuiesse tratado, *vt in l. de leg. ff. de leg. commis. & notat gloss. in l. si fundus in princip. supra verb. Perdidit eo titulo, & in d. l. 38.*

ibi:

ibi: *E gana por ende el vendedor la señal, ò la otra parte del precio que le fue dado, si al plaço no le fue fecha la paga, toda, ò la mayor parte della, ò desfazerse la vendida; pero con todo esto en su escogencia es del vendedor, demandar todo el precio, è fazer que vala la vendida, ò de reuocarla, teniendo para si la señal, ò la parte del precio, segun que de suso es dicho.*

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, *vt in l. post diem, ff. de lege commiss. & in dicta lege 38.* ibi: *E despues que ouiere escogido vna de estas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, demanera, que dexe aquella por auer la otra.* 11

Finalmente se concluye en este segundo pacto, y condicion, que todos los frutos que huuiere 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, *vt in dict. l. 38.* ibi: *Otrosi dezimos, que si el comprador ouiesse recibido algunos frutos de la cosa, que assi ouiesse comprado, que los deue tornar al vendedor, fueras ende, si aquel que la vendio non quisiesse tornar la señal, ò la parte del precio que ouiesse recibido; ca estonce non deue auer los frutos: pero si el vendedor quisiere los frutos, tenudo es de dar al comprador las despensas que ouiesse fechas en cogerlos. Otrosi dezimos, que si la vendida se desfiziesse, è la cosa fuesse empeorada por culpa del comprador de mientra que la èl tuuo, que es tenudo de mejorar al vendedor el empeoramiento.* 12

Y quanto al tercer pacto, y condicion adiectionis in diem, se ha de notar assimismo ser contrato licito, y de derecho aprobado, verbi gratia. 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 a la cosa en esta dicha forma vendida, se rescinde, y anula la dicha primera venta, como se prueba en la *ley 1. & 2. & l. cum qui in princip. & in l. Sabinus, ff. de in diem adiection. & in l. 40. tit. 5. part. 5.* 13 *Formatur alia clausula.*

14 Y es necessario, que para que esta dicha venta se dè por nula, que sea verdadero el segũdo comprador, y no fingido, porque no se cumplirà la dicha condicion, *vt habetur in l. cum qui, §. Cum igitur, ff de in diem adiection. & in l. 40. citata, tit. 5. part. 5.* ibi: *O otro que fiziesse engañosamente por su consejo, estonce nõ seria tenudo el comprador de tornarla, nin de guardar el pleyto.* Y dize la misma ley, que si el hijo, ò sieruo del vendedor ofrecierẽ mayor precio, que assimismo se presume engaño, y no se deue admitir la dicha mejora, ibi: *Pero si el que pujasse el precio, assi como sobredicho es fuesse fijo, ò sieruo de aquel que vendio la cosa, & idem disponitur, l. si venditor, §. Sed si pupillus, ff. adiectionis in diem.* Y dize Gregorio Lopez en la dicha ley 40. gloss. 3. que aunque el segundo comprador no haga consignacion del precio, porque entonces no lo tenga, basta que el dicho vendedor le apruebe, y assegure, como no sea con fraude, *per text. in l. si venditor, vers. Sed si neuter, ff. de in diem adiection.*

15 Y dize mas la dicha ley 40. que tiene obligacion el vendedor a requerir al primer comprador, si quiere por el tanto la heredad, ò viña que assi comprò, supuesto que ay otro comprador que mayor precio ofrezca, por razon de la dicha venta, ibi: *E dezimos, que si la vendida fuesse fecha desta guisa, è el vẽdedor fallasse fasta aquel dia quien le diesse mayor precio por la viña, ò que le mostrasse alguna otra mejora, que el otro le prometia a dar en la compra: deue esto fazer saber al primero comprador, quanta es la mejoria que el otro le prometia a dar. E si èl le cumpliere aquella mejoria, deuela recibir dèl, è dexarle la viña, dandole el precio sobredicho con la mejoria.* Por manera, que de qualquier suerte que se mejore, se rescinde el dicho primer contrato de venta, sino es que el dicho primer comprador ofrezca el dicho mayor precio como 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 aumento por razon de otra cosa diuersa accessoria a la dicha viña, ò heredad, assi como por tener frutos pendientes al tiempo de la dicha segunda venta; ò si fue esclaua, y en el mismo tiempo estaua parida: que por estas razones, y otras semejantes no se dissuelue el dicho primer 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 diuersa, y accessoria, *vt ita habetur in l. si res, ff. de in diem adiection.*

16 Y vna vez elegido el dicho comprador, que mas ofrece por

la dicha viña, ò heredad, no puede despues compeler al primer comprador a que passe, y estè por la dicha venta, *vt in l. Sabinus, ff. de in diem adictiction.*

Y si al tiempo que el segundo comprador ofrece mayor precio por la dicha viña, o heredad huuiere muerto el dicho vendedor, y no dexasse herederos que huuiessen aceptado su hazienda, quedarà por valida, y perfeta la dicha primer venta. Y es la razon, porque aquel pacto, y condicion se ha de entender, si dentro del dicho tiempo huuiere persona que legitimamente pudiere aceptar, y recibir la dicha mejora, *vt ita habetur in l. si prædio ff. de in diem adiection.* 17

Demas de todo lo dicho se deue considerar, que todas las vezes que se dissoluiere la dicha primera venta, se ha de entender con los frutos, y todo en la forma que diximos en la segunda condicion, y pacto, *legis commissoriæ, per text. in l. si fundus in principio, ff. de legat. commiss. & per leg. 38. tit. 5. part. 5.* 18

Finalmente se concluye, que aunque en el dicho tiempo el primer comprador aya vendido, y enagenado la dicha viña, ò heredad a otro tercero, que no por esso perderà el segundo comprador el derecho que tiene a ella, respeto de no auer passado con el dominio que la tenia el primer vendedor, y siempre ser visto auerse vendido con aquella condicion, sin transferirse el dicho su dominio, *vt in l. si quis hac in princip. ff. de rei vendic. & idem colligitur ex l. si ex duobus, §. Sed, & Marcellus, & in l. 2. ff. de in diem adiection.* Y assi, para que el tercero posseedor sea conuenido executiuamente, serà bueno que la dicha condicion sea ordenada con la clausula de non alienando, que arriba diximos, cap. 4. 19

CAPITVLO XXXIIII. Sobre el accion redhibitoria, y quanto minoris, y adonde se declara, porque vicios, defetos, y enfermedades de la cosa vendida se podràn intentar estas dichas acciones, y debaxo de que clausulas no auran lugar las dichas acciones, y remedio de redhibir.

S V M A R I O.

1 *SI por vicio, ò defeto de la cosa vendida se podrà redhibir, y rescindir el contrato, y obligacion de la cosa vendida.*

2 En

2 *En que se difieren el accion redhibitoria, y accion quantominoris.*

3 *Si auiendo intentado el comprador vna destas dichas acciones, podrà intentar la otra.*

4 *Si estas dichas acciones se pueden dar, quando el vicio no solo consiste en sustancia, pero tambien en calidad y cantidad.*

5 *Si por no manifestar el vendedor el vicio de la cosa vendida, tendrà obligacion a los daños, è interesses del comprador, & ibi num. 6.*

7 *Y si estas dichas acciones auràn lugar en los bienes inmuebles, y rayzes.*

8 *Y si en los bienes semouientes se podràn intentar estas dos dichas acciones en vn mismo libelo.*

9 *Refierense varios defetos, vicios, y enfermedades, que por qualquiera dellas se pueden redhibir, y rescindir los dichos contratos de venta, vide num 10.11.12.13.14.15.& 16.*

17 *Y si por qualquier defeto, aunque sea pequeño, se podràn intentar estas dichas acciones.*

18 *Y si es necessario, para que ayan lugar estas dichas acciones, que vicio naciesse antes de la venta, y no despues, y que tiempo se ha de considerar, para que esto se verifique.*

19 *Y si manifestandose de presente el vicio de la cosa vendida, aurã lugar estas dichas dos acciones, y si bastarà en este caso general relacion de todos los vicios, ibi num. 20.*

21 *Dentro de que tiempo se deuen intentar estas dichas acciones, para que aya lugar su remedio.*

22 *Si por la especial renunciacion destos defetos, y enfermedades se podràn intentar estas dichas acciones.*

23 *Remedio de el engaño, vltra de la mitad mas de el justo valor, y precio de la cosa vendida, si aurà 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 interesses, y menoscabos.*

25 *Retener, si puede en si el comprador la cosa viciosa contra la voluntad del vendedor.*

1 VTRVM, Si por defeto, y vicio de la cosa vendida, podrà el comprador tratar de la accion, quanto minoris, ò del accion redhibitoria, para rescindir, y retractar el dicho contrato de venta? Y porque la materia del presente ca-

capitulo tiene en si notables dificultades, serà bueno que demas de manifestar las palabras con que deuen, y han de ser otorgadas, y ordenadas las escrituras de los dichos contratos de venta, que por su orden se aduierran los puntos mas notables, y platicos, 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 pretenderà, ni intentarà accion ninguna* a *contra el dicho fulano, por razon de vicio,* b *defeto ò enfermedad que el dicho cauallo pareciere tener oculto, y manifiesto,* c *demas del que de presente se manifiesta,* d *y que confiessa tener el dicho fulano vendedor. Y si en alguna otra manera, en qualquier tiempo* e *constàre alguno otro qualquier vicio,* d *defeto, ò enfermedad, para mayor firmeza desde luego renuncia todo el derecho, y leyes introducidas en su fauor; y en especial renuncia* f *el accion quanto minoris, y redhibitoria, como en ellas se contienen.* *Formatur alia clausula.*

Ibi: *Accion ninguna* a Y ante todas cosas se ha de notar, que 2
vna cosa es accion redhibitoria, y otra accion que el Derecho llama quanto minoris, que es quando el comprador pretende le bueluan lo que por vicio, ò enfermedad, vale menos el cauallo, macho, o mula, que compro, y la accion redhibitoria, es, quando de todo punto pretende el comprador se buelua su precio, y dinero, rescindiendose el dicho cõtrato de venta, *vt in l. 1. & per tot. tit. ff de ædil. edict. & in l. 65. tit. 5. part. 5. & ibi Greg. Lopez.*

De que se sigue, que auiendo intentado el comprador vna 3
destas dos dichas acciones, no podra intentar, y tratar de la otra especialmente, siendo condenado el dicho comprador por defeto de prueba, saluo si fue condenado por no auer pedido en tiempo, porque entonces puede intentar la otra, siendo assimismo en tiempo, por no obstarle en este caso la excepciõ de la cosa juzgada, *vt hæc omnia probantur in l. cum quæritur, cum l. sequent. ff. de ædil. edict. glos. in l. si hominem, §. Non nocebitur, vbi sup. Cœpol. num. 1. 2. 3. ff. de ædil. edict.*

Ibi: *Por razon de vicio* b Y quanto lo segundo, se ha de con 4
siderar, que el vicio, ò defeto de la cosa, algunas vezes consiste en sustancia, assi como vender açofar por oro; y otras consisten en cantidad, assi como en engaño que se haze en el peso, y medida de las cosas que se venden, y otras muchas, en calidad, assi como vender el esclauo, ò animal con algun vicio, defeto,

o en-

ò enfermedad, que es de lo que pretendemos tratar en este dicho capitulo, por las conclusiones siguientes.

5 Lo primero, que si el vicio no era manifiesto, y el comprador le ignoraua, y no se le escondia al vendedor, y de malicia no le reuelò, siendo notable el dicho vicio, quedara obligado a todo el daño, que por razon de ocultar el dicho vicio, ò enfermedad al dicho comprador se le huuiere seguido, assi como si fuesse ganado enfermo, y por la dicha causa huuiesse inficionado el mas ganado que a la sazon tenia el dicho comprador, ò si fuesse esclauo, y siẽdo ladron, se ocultasse aquel vicio, de que sucediesse hurtar alguna cosa al dicho comprador, que por qualquiera destas dichas causas, ò otras semejantes, no solo tendrà obligacion el dicho vendedor a boluer el precio de la cosa vendida, pero tambien a los dichos daños, aunque si el dicho vicio ignoraua, tan solamente estarà obligado a boluer el dicho precio, y estimacion, *vt hæc omnia probantur in l. Iulianus in princip ff. de actionib. empt. l. si vina 2. vers. Plane, ff. de pericul & comm. rei vendit. l. 1. C. de ædil. actionib. l. 63. & 64. tit. 5. part. 5.*

6 Lo segundo, que aunque es verdad, que la ignorancia le escusa al vendedor el daño que interuino, y se causa por razõ, y causa de la cosa enferma, ò viciosa, pero cõ todo esso no se libra de dar, y restituir el precio de la cosa vendida, no siendo el vicio pequeño, porque entonces bastarà entregar el menos valor, intentãdose por la dicha accion quanto minoris, *vt hæc omnia probantur in d. l. Iulianus, & in l. 1. §. Proinde, & in l. euidens, ff. de ædil. edict. & consentit, l. tenetur, ff. de action. empt. & ibi glos. Couar. reg. possess 2. part. §. 11. num. 11.*

7 Lo tercero, que no solo estas dichas acciones competẽ por defetos en bienes inmuebles, pero tambien en los bienes rayzes, assi como si la heredad que se vendiò, ò arrendò tenia malas yeruas, *vt in l. 1. vbi glos. & ibi communiter DD. & in l. 63. 64. & 65.*

8 Y en quanto a los bienes semouientes, de que por sus vicios se puede redhibir, se notaràn los siguientes, que por cada vno dellos se puede intentar qualquiera de las dichas acciones, o en trambas en vn mismo libelo alternatiuo, *vt in glos. sa in l. sciendum, §. Dictum, ff. de ædilit. edict. vbi Cæpola, numer. 9. & 12.*

9 Primeramente se redhibe este contrato, por ser el esclauo mudo, ò sordo, ò ciego, ò siendo tuerto, que no tiene mas de

vn

vn ojo, mas no se ha de entẽder quando tiene vno mayor que otro, o que sea vizco, si por la dicha causa no se impide el vso corporal, *vt hæc omnia probantur in l. vt in l. si cui lingua, & in l. mutum, & in §. sed sciendum, de leg. 1. & in §. Idẽ, de l. Osilius, ff. de ædil. edict.*

Siguese mas, que por ser el esclauo capado, que no tiene ningun testiculo, ni verga, se podra intentar qualquiera de las dichas acciones, pero no sera causa bastante, siendo ciclan, que tan solamẽte tiene vn testiculo para intentar estas dichas acciones; pero si el dicho esclauo tuuiere cortado algun miẽbro, o fuere manco, o tuuiere muchos, ò pocos dedos, o si los tuuiere pegados, si por la dicha causa tuuiere algũ impedimẽto para el vso dellos, que por qualquiera destas dichas causas se pueden intentar estas dichas acciones: y lo mismo se ha de dezir, y con la misma distincion, siendo zurdo, ò no teniendo dientes, que por su falta no puede comer, o si tiene alguna herida, que causa deformidad, o mal olor, deforma, que por la dicha causa se impida el dicho vso, *vt hæc omnia habentur in l. euidens §. Qui clauum, & in l. Pomponius, §. Spadonẽ, ff. de ædil. edict. & in l. idem Osilius, & in l. qui rẽ, §. si quis, & in §. Si quis natura ff. de ædil. edict.* 10

De aqui se sigue poderse intentar estas dichas acciones por defeto de tercianas, ò quartanas, o otra enfermedad, como hidropesia, gota, o dolor de hijada, o mal de orina, o que se orine en la cama, y por el mal olor 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 auran lugar las dichas acciones, *vt in l. 54. & 55. tit. 5. p. 5. & in l. 1. §. Sed sciendum, vers. Proinde & in l. ob quæ vitia, §. fin. & in l. qui tertiam, & in l. idem Osilius, §. Idem, & in l. quæritur, §. Itẽ dicta, l. euidens, §. Qui clauum ff. de ædil. edict.* 11

Siguese tambien auer lugar las dichas acciones por el defeto corporal de la esclaua de baxarle, y purgarle su menstruo, y costumbre ordinaria dos vezes cada vn mes, o por no baxarle ninguna, sino es que es muy moça, o muy vieja, o estar preñada, o por causa de no poder tener con ella accesso, y copula carnal, por tener el vaso tan abierto, o cerrado, que por la dicha causa no pueda parir, o ya que pare, pare los hijos muertos, o si es esteril por vicio de su cuerpo, pero no si lo es de su misma naturaleza, *vt hæc omnia habentur in l. quibus in mense, & in l. quæritur, §. Item, & in dicta l. quæritur, ff. de ædil. edict.* 12

Demas

13 Demas de todo lo susodicho se podràn intentar estas dichas acciones, quando consta que el esclauo es ladron, y procede, aunque tan solamente aya hecho vn solo hurto, saluo auiendole dicho a su señor, sino es que asseguro que no era ladron: y assimismo es causa bastante para intentar estas dos dichas acciones, quando el esclauo es fugitiuo, huyendose con animo de no boluer, mas no huyendo sin èl, boluiẽdo luego, o huyendose por crueldad, ò temor de su señor, *vt hæc omnia probantur in l. 64. tit. 5. part. 5. Bald. in l. 1. C. de ædil. edict. & in l quod si nollit, §. Si venditor, & in l. furtum ff. de ædil. edict.*

14 Assimismo auràn lugar estas dos dichas acciones, siendo el esclauo hipocrita, ò que finge tener enfermedad, ò iracũdo, ò soberuio, ò furioso, ò contumaz, ò inobediente a su señor, o jugador, ò borracho, ò goloso de vicio de gula, ò mentiroso, litigioso, inquieto, timido, ò pereçoso, ò holgaçã, ò acostumbrado a ello por lo menos tres vezes, ò siẽdo simple, bobo, sin entẽdimiento; mas no el tenerle corto, como todo se prueba *in l. 1. §. Exempli, & in §. Interdum, & in §. Idem Iulianus, & in l. ob quæ vitia, §. Idem Pomponius, ff. de ædil. edict.*

15 Y si el esclauo se vende por de diferente tierra de donde naciò, se podran assimismo entender estas dichas dos acciones, supuesto, que por venderse por de buena tierra, y parte, se dà mayor precio, q̃ si se manifestara que era de mala parte, y por el consiguiẽte vẽdiendo el esclauo veterano, ò ladino, por boçal, ò nouicio, porq̃ este vale mas que el veterano, o ladino, respeto de ser mas docil, y reducible a la voluntad, y costumbre del señor. Y notese, que el ladino es el que ha vn año q̃ està en la tierra, y el boçal el que ha menos, *vt probantur hæc omnia in l. quod si nollit, §. Qui mancipia, & in l. præcipuũ, ff. de ædil. edict. & in l. fin. §. Quoties, ff de pub. & vect.*

16 Cuyas acciones assimismo se estienden en los cauallos, mulas, jumentos, bueyes, y otros animales, por vicio, y enfermedad, como por defeto corperal, y del animo, assi como por turbarse, y espãtarse sin causa, ò por ser brauos, ò timidos, ò otros defetos semejantes; y lo mismo es por no dexarse vnir con el yugo, si es natural en ellos, mas no si es por algun accidente, ò por no dexarse vnir el vno, sino es a la mano derecha, ò izquierda del otro, *segun vn texto, vt in l. bouem, ff. de ædil. edict. Bald. in l. 1. col. 4. C. de ædil. edict.*

17 Ibi: *Oculto, ò manifiesto.* c Y tambien han lugar las dichas acciones redhibitoria, y quanto minoris, en otro qualquier de-

defeto de la cosa que el vendedor prometa, ò asegure no tener, aunque no se ha de entender en sumo grado, saluo si el dicho vendedor se obligare a èl, sino moderadamente, sino es que es bastante impedimento para el vso a que se compra: lo qual se entiende, quando esta dicha obligacion, y seguridad es en particular de algun defeto, o enfermedad, que especialmente se nombra, pero no se deue entender generalmente, aunq̃ diga generalmente de todos, *vt habetur in l. si quis venditor, §. De edil. edict. & in l. 65. tit. 18. part. 3. & in l. 66. tit. 5. part. 5.*

Y para auer lugar estas dichas acciones, ha de ser el vicio, 18
ò enfermedad, en que el comprador se funda, nacido antes de la venta y no despues, sino es que le lleuaua encubierto, y despues pareciò. y assi, si dentro de tres dias muriò el esclauo, ò animal de como la venta se celebrò, y se le entregò al dicho comprador, se podràn intentar estas dichas acciones, por presumirse tenia la enfermedad encubierta, antes que se vendiesse, *vt in l. actioni, ff. de ædil. edict. vbi Capola, nu. 1. 2. Iacob. Nouell. 226. Boerius decis. 323. n. 22. Iosph. Ludou. decis. Perus. 118. Gomez de Leon, centur. & respons. 40.*

Ibi: *Demas del que de presente se manifiesta.* d Y manifestando, y declarando el vendedor el vicio, ò enfermedad, que la 19
cosa tiene al tiẽpo de la dicha venta, y contentandose el comprador della, no aurà lugar para intentar estas dichas acciones: y lo propio es si el dicho comprador sabia el vicio de la cosa que compraua, ò era publico, ò aparente, como faltarle vn dedo, ò mano, ò vn braço, ò vn ojo, ò vna pierna, *vt in l. 1. §. Si intelligatur, ff. ædil. edict. l. 66. tit. 5. p. 5. l. 65. tit. 18. part. 3.*

Pero si confussa, ò generalmente le huuiesse manifestado 20
el dicho vendedor todos los vicios, nombrando los que puede tener vn animal, ò esclauo, y en ellos huuiesse hecho relacion del q̃ tenia, toda via se podràn intentar estas dichas acciones, por auerle expressado con otros que no tenia, sino es que el dicho cõprador se huuiesse dado por contento de aquellos vicios, ò enfermedades, siẽdo especiales, y verdaderas, como assi se prueba en la dicha *l. 66. tit. 5. part. 5.*

Ibi: *En qualquier tiempo.* e Y en todos los casos que por de- 21
recho huuiere lugar el intentar estas dichas dos acciones, se deuẽ pedir en tiẽpo, assi como si fuesse la accion redhibitoria que se deue intentar dentro de seis meses, y dentro de vn año,

si fuere el accion quanto minoris, desde el dia de la fecha de la venta, *vt in l. 65. d. tit. 5. p. 5.* adonde dize Gregorio Lopez, q̃ 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 terminos, hasta que se tenga ciencia, y noticia de la cosa, *vt in l. 2. C. de ædil. edict.* la qual ciẽcia no se presume, sino se prueba, *vt in l. verius, ff. de probat. l. pen. C. de is qui sibi ascribunt in testament.* Y siendo la venta condicional, no corre hasta que la dicha condicion se cumpla, ni corre assimismo al impedido, mientras lo estuuiesse por su persona, o hecho del vendedor, ò juez, *secundum l. bouem, §. Qui sub conditione, ff. de ædil. edict. glos. in Rub ff de diuers. & temp. præscr.* Las quales acciones se perpetuan por la contestacion de la demanda, *secundum Bald. in l. cum proponas, C. de ædil. edict. Accur. per leg omnis act. ff. de reg. iur.* Lo qual ha lugar assimismo, aũ despues de muerta, y perecida la cosa, porque se tienen para recuperar el precio, siendo en el mismo tiempo, y con la misma distincion q̃ dicho es, y lo mismo despues de la muerte del esclauo, ò animal que sucedio sin culpa del comprador, aunque sea leuissima, *vt in l. ædilis, §. 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 a intentar estas dichas dos acciones, es buena aduertencia, que el dicho vẽdedor haga que el comprador renuncie este derecho, y accion redhibitoria, y quãto minoris, ò que se diga en la carta de venta, que por tacha que tuuiere la cosa vendida, no la pedirà, aunque la ignore, *segun se prueba en la ley 65 tit. 18. par. 3.* ibi. *E otrosi, el comprador en esta manera recibiò, è comprò el cauallo por tal qual era assi como sobre dicho es, otorgando, è diziendo, que el vendedor non le fuesse tenudo de le responder de alli adelante, por tacha que el cauallo ouiesse dentro ò fuera, quier pareciesse, ò non. Et est ratio, nam remittentibus actiones suas, non est ad eas dandus regressus, vt in l. quæritur, §. Vendit. ff. de ædil. edict. & etiã in l 66. tit. 5. p. 5.* ibi: *Esso mismo dezimos que seria, si se auiniessen en el precio ambos a dos, è fuesse fecha la vendida en tal manera, que por tacha que ouisse la bestia, non la pudiesse desechar el comprador, & ibi Greg. Lopez glos. 2.* adonde dize, que esto se ha de entẽder, ignorando lo el vendedor, pero no si lo sabia, *per l. tenetur in fin. & per l. quæro, ff de act. empt.*

Formatur alia clausula extra ordinem

23 Y de qualquier manera que sea, se le dà acciõ al comprador con-

contra el vendedor por el remedio del egaño o en mas de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vedida, *ex l. 1. §. Si intelligatur, & ex l. si tamen, §. Ei qui, ff. de ædil. edict.*

24 Y todas las vezes, que por causa de las dichas acciones se redhibiere la cosa, se ha de entender con el valor que tuuiere menos, o con lo que tuuiere de aumẽto, y accessiones, frutos, partos, y reditos, y alquileres causados despues de la venta, o todo lo demas que por ella huuiere adquirido el cõprador, al qual se le ha de boluer el precio que dio por ella con sus interesses, y mas la costa que constare auer hecho en la cosa vendida, y por ello le compete retencion della, porque el vendedor, y el comprador sobre esta causa, y derecho han de estar en el mismo estado, que antes estauan, por ser la redhibitoria vna restitucion in intregum, que a los dichos contrayentes les cõpete, *vt hæc probantur in l. 1. §. Aiunt ædiles, & l. cum autem, §. Iubent ædiles, & §. Iulianus ait, & §. Cum redhibetur & l. ædiles, & l. redhibere in princip & l. facta, & l. illud sciendum, §. Condẽnatio, & l. debet autem ff. de ædil. edict.* Y se han de boluer el cõprador, y el vendedor el vno al otro el corretage de corredor, y demas derechos, y alcaualas, que por razon de la dicha venta huuieren pagado, *vt in l. debet autem ff. de ædil. edict.* 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 interesses del dinero, *vt in l. item si serui, §. Quas impensas, ff. de ædil. edict.*

25 Finalmente se ha de notar en esta materia, que si el comprador quisiere retener en si la cosa viciosa, lo puede hazer cõtra la voluntad del vendedor, y procede aunque el vendedor estè yà condenado por sentencia passada en cosa juzgada, por ser remedio introduzido en fauor del comprador cõtra el vẽdedor, *vt in l. si hominem, §. Audiendus & ibi glos. & ibi Cæpola, n. 2. & in l. illud, §. Condemnatio, & ibi glos. & Cæpola, n. 7 ff. de ædil. edict. l. 1. §. Causa. ff. eod.*

CAPITVLO XXXV. Adonde se notan ciertas clausulas en limitacion de la ley 63. de Toro, hodie l. 6. tit. 15. libr. 4. de la nueua Recopilacion, por cuya fuerça no se prescriue el derecho de executar por tiempo ningnno.

SVMARIO.

1 Derecho de executar porque tiempo se prescriue, y si se perpetua por el juramento decissorio.

2 Si por la clausula que en fin de cada nueue años sea visto renouarse 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 donaciones Quomodocunque, & Qualitercunque, & Quocumque, es visto renunciar este derecho de prescripcion.

1 VTRVM, Y porque muchas vezes por el lapso del tiempo de diez años, se prescriue el derecho de executar, por no pedirse la deuda dentro del dicho tiempo, aora proceda sobre accion personal, ò real, en quanto el dicho derecho de executar, y en quanto a la misma accion, siendo personal, y la executoria dada sobre ella, por tiempo de veinte años; y siendo mista, assi como real, y personal, ò hipotecaria, por tiempo, y espacio de treinta años, segun la decision de la ley 63. de Toro, ibi: *Se duda si la dicha* ley podrà padecer sus excepciones, y si se le podràn dar sus limitaciones, para que assi el derecho de executar, como la misma accion no se prescriua por ningun tiempo, y sean perpetuas. Y de que en ciertos casos aurà lugar darle ciertas limitaciones, como a las demas leyes, no aura duda, como adelante se verà; principalmente teniendo atencion a las palabras de la clausula siguiente. *Y porque en el discurso, y lapso del tiempo deste 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 demas de su liquidacion, el dicho fulano deudor defirio en el juramento del dicho fulano su acreedor, ò de quien del susodicho huuiere su poder, titulo, ò causa, conuiene a saber, toda la liquidacion de los daños, è interesses de la cosa sobre que procede la deuda y sea bastante aueriguacion el dicho su juramento para ser creido, assi en juizio, como fuera dèl, y en qualquier tiẽpo, que lo quiera pedir, y demandar, pidiendo, como desde luego pide el dicho fulano deu-*

Forma tur alia clausula.

deudor, que assi lo difiere a qualquier juez, reciba, y tome el dicho su juramento del dicho fulano su acreedor, que desde luego acepto. Y desta forma se perpetua esta dicha accion, assi en el derecho de executar, como en la misma accion por quarenta años, por tener fuerça de contestacion: lo qual procede en juramentos decissorios, y no cõfirmatorios, *vt ita notat Gutier 3. p. de iur. conf cap. 1. num. 7. text. in l. 2 & 14. & ibi Greg. tit 11. p 3.* cuya liquidacion de los daños, è interesses, siendo excessiua, se ha de moderar por el juez en la sentencia de remate, segun las circunstancias, y meritos de la causa *vt ita notat Auend. 2 p. cap. 29 prec. nu 4. Manuel Xuarez in Thesau. recep sent. verbo Interesse.* Lo qual assimismo procede en la conuencion y pacto de estar, y passar por lo que dixere el administrador, o señor del entrego de alguna cosa, siendo declarado en juramento, *segun Bart. in l 3. ff. de iure iurando, a quien sigue Rod. ig. Xuarez in l. postremi iudicat. notab. 2 num. 7. per tot f. l 241.* Y assi lo he visto determinado por acuerdo del Licenciado Zeuallos, Autor de las comunes contra comunes, aũque lo contrario tuuo *Escobar de rariocin cap. 10. ex num. 13.* con otros que cita, de q̃ en caso de duda no siguiera su opinion, ni mandara se liquidara por via de cuentas, por ser mas probable Bartulo en su opinion.

Lo segundo, se limita la dicha ley, como si dixesse. Y que en fin de cada nueue años sea visto ser inuocado este dicho contrato, *vt tenet Parlador. lib. 1. rerum quot. cap. 1. §. 13. num. 43. 44.* 2

Assimismo se limita la dicha ley, renunciando la dicha prescripcion, conuiene a saber. *Y para que por la dicha deuda podais executar en qualquier tiempo, sin que de mi parte se pueda alegar prescripcion, ni lapso de tiempo, renuncio la 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 executiua, como por via ordinaria, no alegarè prescripcion, ni otro remedio alguno.* Y desta forma quedarà perpetua esta dicha accion, y se podra pedir, y executar en qualquier tiempo, *vt ita docet Gutierrez in l nemo potest, nu. 204 cum alijs sequentibus ff. de legat. 1. & idem Gutier. in tract. de iurament. confirmat. 3 par. cap. 1. num. 10. in fin.* 3 *Formatur alia clausula.*

Y porque ha auido diuersidad de opiniones acerca de las dicciones, Quomodocumq; & Qualitercumque, & Quocũque, en que en virtud dellas conuienen muchos, no se prescriue el derecho de executar, se aduierte, que para quitar 4

estas diuersas, y contrarias opiniones, que las dichas diciones sean escritas, y ordenadas en parte a 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 pretention de la deuda, è interès. Y esto se exemplifica, assi como si dixesse: *Y doy poder a todos, y qualesquier juezes, y justicias de su Magestad de sus Reynos, y Señorios, y de otras qualesquier partes fuera dellos, para agora, y en todo tiempo, y para siempre jamas, ò cada, y quando que ante ellos fuere pedido, para que por todo rigor, y remedio de derecho, y via mas executiua, me hagan pagar, cumplir, y guardar todo lo sobredicho, como si lo que dicho es fuesse juzgado, y difinitiuamente sentenciado &c.* Por manera, que si las escrituras de semejantes obligaciones fueren otorgadas, y ordenadas con las dichas palabras: *Para agora, y en todo tiempo, y para siempre, juntamente con la clausula guarẽtigia*, serà visto renunciar la dicha prescripcion, y si en otra parte fueren escritas, y ordenadas antes, se presume ser mas por abundancia de palabras, que por consentimiento de las dichas partes otorgantes. Y es de notar, que esta dicha prescripcion no dura para siẽpre, sino tan solamente el tiempo que puede durar el accion principal, por manera, que si el accion es personal, tan solamente puede durar lo que el Derecho permite, que son veinte años, que hasta entonces aurà lugar la via executiua en virtud de las dichas palabras, y si fuere hipotecaria la dicha accion, durarà por tiempo, y espacio de treinta años, y hasta entonces es visto durar la via executiua, y passado queda prescripto, assi el derecho executiuo, como la via ordinaria, *vt ita docet Azeued. in l. 6. tit. 15. num. 31. cum aliijs, libro 4. Recopil. Gutier. 3. part. cap. 1. num. 9. & 10. de iuramento confirmatorio, & idem tenet Tiraquel. de vtroque retractu, tit. 2. §. 1. glos. 2. n. 8. pag. 278. & idem in num. 10. vbi expresse loquitur in nostris terminis Covarrubias lib. 1. var. resol. cap. 9. num. 4.*

Formatur alia clausula.

CAPITVLO XXXVI. Sobre la clausula general, con que todos, y qualesquier poderes son otorgados, ordenados, y celebrados, adonde se aduierten otros puntos necessarios, tocantes a esta materia.

SVMARIO.

1 ORdenar, 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.

4 Si por el orden de los poderes conocerse puede a lo que se pueden estender los dichos procuradores.

5 Poder especial si es necessario para que el procurador responda a las posiciones de la parte contraria.

6 Confessar si puede el procurador en perjuizio del señor, auer 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 reuocado el poder, si serà bien hecha.

9 Si por el ausencia larga del acreedor serà bien hecha la paga a su administrador, y porque tiempo es visto reuocarse este poder.

10 Muger, si puede ser administradora de los bienes del ausente.

VTRVM, Si contra la voluntad, y consentimiento de las partes otorgantes, licitamente podràn los Escriuanos 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 podrà hazer, assi como si dixessen: *Y le doy poder a con libre, y general administracion, y assimismo para hazer todo aquello que yo podia presente siendo.* 1

Ibi: *Y le doy poder.* a Y es cosa muy ordinaria para los Escriuanos ordenar las dichas cartas de poderes con las dichas clausulas generales, por cuya causa es visto, segun la fuerça de las dichas palabras, hazer general lo que por ventura no lo es, como muchas vezes sucede ser contra el consentimiento, y voluntad de las dichas partes otorgantes. Para lo qual se deue aduertir, que las dichas clausulas no deuen ser escritas, ni ordenadas, sin que primeramente se les haga notorio a los dichos otorgantes, porque de otra manera se les 2

Formatur alia clausula.

puede hazer notable perjuizio, y agrauio; puesto que por virtud dellas se puede remitir la deuda, y recibir la paga, *segun nos enseña la ley 7. titul. 14. part. 5. ibi: Pero si en la carta de personeria le fuesse otorgado, libre, è llenero poder en demandar, è recaudar la deuda, è fazer todas las otras cosas, que el señor podria fazer, si fuesse presente, entonce bien podria recibir la paga, è quitar 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, poura muy bien el procurador hazer las dichas esperas, y remitir la dicha deuda, o hazer donacion della, *vt probat text in l. nõ absoluti, & ibi glos. fin. C. de nouation. & 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 practica 7. tractatu, fol. 124.*

3 Y aunque es verdad, que esto proceda assi de rigor de derecho, se han, y deuen limitar las dichas leyes de Partida; para que no se dè lugar a la ignorancia, o malicia de los dichos Escriuanos. Y assi sin embargo de las dichas clausulas generales, el dicho Procurador en virtud dellas no podrà en ninguna manera perjudicar al señor, sino tan solamẽte en aquello de q̃ no se pueda seguir gran daño al dicho otorgante, assi como dar espera moderada al deudor, para q̃ pueda pagar, ò tomar en pago de la dicha deuda alguna otra cosa, pues de derecho el señor puede ser compulso y apremiado a recibirla: pero en quanto al remitirle la deuda, o hazerle donacion della, de ninguna manera se darà lugar a su liberacion, sino es en caso que para cada vno de los dichos casos se le diò especial poder, *vt ita docet Greg. Lopez in dict. l. 19. Glos. magna, ad fin. & in Gl. sequenti, Couarrub. in Rub. de testam. 2. part. num. 14. fol. 8. Ant. Qu. sad. qu. est. 31. num. 17. lib. 1. diuers. quæst. iuris, Matienz. in glos. 2. num. 4. tit. 3. lib. 5. nouæ Recopil.*

4 Y aunque por el orden de los dichos poderes parece no ay diferencia, por ser generales, assi para negocios de administracion, como para pleytos, y otras causas. 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 que efeto 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 dan para pleytos, que su tenor es el siguiente, *Y para que sobre lo susodicho podais entrar, y entreis en juizio, y hagais*

gais todos los autos, diligencias pedimientos, execuciones, requiri mientos, y protestaciones, como para ello os d y todo mi poder cumplido, con libre, y general administracion, y para que hagais todo aquello q̃ yo haria, y hazer podria, como si fuesse presente. De cuyo orden se conoce euidentemente, fue otorgado este dicho poder para en quanto aquella causa, y no para lo demas que el señor podia hazer, porque no impide la dicha clausula general, sino es que especialmente se da, y concede, assi como para cobrar la deuda, como para lo demas q̃ dicho es. Y de qualquier manera podra muy bien el dicho procurador prorrogar la paga, y tomar en pago otra qualquier cosa, *vt supra dictum est, & ita probat Bart. Paul. & Iason, & communiter DD. in l. qui Romæ, §. Calimachus ff. de verb. obligat.* Formatur alia clausula.

5 Y de aqui se sigue, que para responder el procurador a las posiciones de la parte contraria, se requiere especial poder, especificando en el lo que ha de jurar, y deponer, porque de otra manera fuera perjudicar al señor, *vt in l. 23. in fin tit. 11. part. 3. & in l. 2. tit. 2. lib. 4. nouæ Recopilat. vbi Azeued. num. 6. & est text. expres. in l. 2. tit. 7. dict. lib. 4. Recopil.* Y assimismo el procurador no puede jurar de calumnia sino con especial poder que para ello tenga, sauo 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, *secundum Azeued. in l. 8 tit. 11. num 19 lib 5. Recop.*

6 De adonde se sigue, que por general que sea el poder para pleytos, no puede el procurador en perjuizio del señor confessar auer recibido la paga, *vt ita tenet Didacus Perez in l. 1. titul. 4. lib. 3 Ordin.* Y esto procede, aunque para lo susodicho tenga el dicho poder clausula especial, sino constare de verdadera paga. *vt ita concludit Bart. in l. 2. §. fin. numer 6 ff si certum petatur, Castrens. consil 337. numer. 11. volumin. 1. Ant. de Butr. in cap. si cautio, de fide instrum. Faquin. lib. 2. controuers. iuris, cap. 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 no estar otorgados con especial clausula de recibir las deudas, aunque sea general pagaran mal; y aunque sea con buena fe, creyendo podian recibir los dichos procuradores las dichas pagas, *vt 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 del dicho procurador huuiesse cobrado algunas deudas, y despues de reuocado el dicho poder alguno de sus deudores pagasse con buena fe alguna deuda al procurador que antes tenia el dicho poder; no ay duda, sino que por aquella buena fe, creyendo que no estaua reuocado el dicho poder, se juzgarà por bien pagada, *vt in §. Si debitorem, l. cum quis, ff de solutionib. expressè probatur, & in d. l. 5. tit. 14. glos. 3. in fin. notat Greg. Lopez cum Bar. in l si procurator falso, col. 2. ff. de con l. ob caus.*

9 De donde se puede dudar, si por el ausencia larga del acreedor serà bien hecha la paga a su procurador tutor, ò curador, de forma que no tenga obligacion a pagarla otra vez. Para cuya conclusion se ha de notar lo primero, que aunque es verdad, que por el ausencia de diez años, juntamente con la fama publica de la muerte del ausente, es suficiente para que sus bienes se diuidan entre sus herederos dando fianças, *vt in l. 14. tit. 14. part. 3.* pero con todo esso, auiendo dexado poder para cobrar, y administrar su hazienda, no se deuen diuidir estos dichos bienes entre los dichos sus herederos, sino que se han de estar en la dicha administraciõ, saluo sino es probando auerle muerto, ò ausẽcia larga, como de veinte, ò treinta años, porq̃ en este caso, aunque los dichos bienes estèn en poder de tutores, o curadores, ò administradores, ò procuradores se han de diuidir entre los dichos sus herederos, dãdo fianças insolidũ, como dicho es, *vt ita tenet Caualcan. de tutorib. n. 334. quem sequitur & refert Escobar de ratiocinijs, c. 6. n. 50. 51. vers. Ego tamen.* De donde yo saco, e infiero serà bien hecha la paga de los dichos deudores a los dichos tutores, y administradores, antes que se diuidan los bienes entre los dichos herederos del ausente, sino es ignorandole per supra dicta.

10 Finalmente se concluye, que todas las vezes que por el ausencia de diez años se huuiere de dar curador a los bienes del dicho ausente, no se deue nõbrar a muger, ni a menor, aũque sean parientes muy cercanos a la sucession de los dichos bienes, saluo si fuere madre, ò abuela, ò en caso que por el ausencia de los dichos veinte años se deuã diuidir los dichos bienes entre los parientes mas cercanos, *vt ita concludit idem Escobar, vbi sup. nu. 51 vers. Ego tamen, qui alios, & plurimos Doctores, sequitur, & refert, & nos alibi dicemus.*

CAPI-

CAPITVLO XXXVII. Sobre la renunciacion de la excepcion de la non numerata pecunia, y sus efetos.

SVMARIO.

1 *Oponer si se puede la excepcion de la non numerata pecunia, y en que tiempo, y si se puede renunciar, y debaxo de que clausula, & ibi n. 2.*

3 *Si este derecho de oponer la dicha excepcion ha lugar en todos, y qualesquier contratos.*

4 *Si al acreedor que remitio la deuda con esperança de cobrarla se le concederà este derecho, y acciõ de oponer la dicha excepcion.*

5 *Renunciarse si se puede esta dicha excepcion, y que fuerça tenga.*

6 *Y si esta dicha excepcion se puede oponer en las causas executiuas.*

7 *Iurar si se puede esta dicha excepcion, y que efetos se sigan de su fuerça, & ibi n. 8.*

VTRVM, Si renunciando el otorgante la excepcion de la non numerata pecunia, tendra accion, y derecho dentro de los dos años de la ley a oponerla para librarse de la paga, como si dixesse: *Para cuya paga, y cumplimiento renuncia la excepcion de non numerata pecunia, a la ley 9 titul. 1. de las. part. Y para mayor firmeza, juro a Dios b, y a su santissima †, y pena de perjuro, de no alegar, ni oponer la dicha excepcion: y si la alegare y opusiere, que por el mismo hecho no valga, ni me aproueche, de cuyo juramento no pedirè absolucion, ni relaxacion, &c.* 1

Formatur alia clausula.

Ibi: *Renuncia la excepcion de la non numerata pecunia* a Y para satisfacion de nuestra question, se ha de notar lo primero, q̃ no renunciandose esta dicha excepcion en todos los cõtratos, donde al presente no interuiene paga, tiene el deudor y otorgante derecho, y accion de oponer esta excepciõ de nõ numerata pecunia, siendo dentro del termino de dos años, por cuya causa no prouandole auerle entregado el emprestido, o la paga, serà libre de la dicha obligacion, *vt hæc patent in §. vnico inst. de liter. obligat. & in l. ex conditione, & in l. si intra, & in l. assueratio, & in l. in contractib. C. de non numerata* 2

pecu-

pecunia, & in l. 9. tit. 1. p. 5. Y si passado fuere el dicho tiempo, le incumbe la prueua de lo contrario al otorgante, y no al acreedor, *vt in locis supra citatis, ita probatur.*

3 Y porq diximos en todos los contratos, se deue entender en qualquier empresstido de qualquier cosa que sea, assi como dineros, trigo, ceuada, vino, azeyte, *vt pater in dict. l in contractib. C. de non numerata pecun. & in dict. l. 9. tit. 1. p. 5.* Porque en los demas contratos, excepto en la confession de dote, *vt sup. in cap. 26. n. 14. diximus*, no ha lugar la dicha excepcion, porque luego que se confiessa perjudica al otorgante, y siempre le incumbe la prueua de lo contrario, *iuxta l. generaliter, C. de non numerata pecun.*

4 Y si el acreedor con esperança de recibir, y cobrar la deuda confessasse auerla recibido, y no opusiere esta dicha excepciõ dentro de treinta dias, desde el dia de la dicha confession, le incumbe despues la prueua, y esta por el como assi se prueua en la *ley contract. §. super cæteris, C. de non num. pecun & cum Paul. Castr. & Bald. affirmat Greg. Lop. in d. l. 9. glos. 1 tit. 1 par. 5.* Y el mismo derecho que se le concede al deudor para oponer la excepcion supra dicha, esse mismo se le concede a su acreedor, siẽdo menos antiguo, para prouar no le fue entregado al dicho su deudor el dicho mutuo, y empresstido, *vt supra in dict. num. 2. diximus.*

5 Y concluyendo con nuestra dicha question, digo, que renunciando el deudor, vt hic, la excepcion de la non numerata pecunia, no tendra accion, y derecho en ningun tiẽpo de oponerla; porque de qualquiera manera q̃ sea le incumbe la prueua al dicho deudor de lo contrario del dicho entrego, *vt in l. si ex cautione, vbi glos. C. de non numerata pecun. Roder. Xuarez in repet. l. post rem iudicatam, ff. de re iudicat. quem sequitur & refert Greg. Lopez in dict. l. 9 tit. 1. part. 5.* adonde dize, que esto se ha de entender prouandolo el dicho deudor dentro de los dichos dos años, y no despues. *Et hæc omnia probantur, & colligitur ex dict. l. 9. maximè in illis verbis, scilicet, O si el deudor que auia otorgado, q̃ auia recibido los marauedis prestados renunciasse a la defension de la pecunia non contada: ca estonces non se podria amparar por esta razon, si este renunciamiento a tal fuesse escrito en la carta.*

6 La qual excepcion en los casos que ha lugar admitirse en las causas ordinarias, tambien assimismo ha lugar en las causas executiuas, *vt ita probat Rodrig. Xuar. in l. post rem iudicat.*

dicit. vers. Sed procuidentia, Anton. Gomez 2 tom. var. resol. cap. 6 num. 3. & est communis secundum Rodrig. Amator. in tractatu 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 o pecunia no pagada, *vt ita etiam affirmat esse communem opinionem in diem, Rodrig. Amator. vbi supra nu. 15.* Pero lo que se puede dudar en este caso, es, si en la confession, o reconocimiento que se hiziere en juizio, aurà lugar la dicha excepcion de la cosa no entregada, o pecunia no contada, en el qual articulo breuemente se responde, que oponiendose dentro del dicho termino, se impedirà la dicha execucion, y assi no la trae aparejada, porque esta calidad es conjũta de la confession, o reconocimiento, que no se puede diuidir por ser indiuidua; lo qual se ha de hazer in continenti, y no despues, assi como si fuesse passado el tiempo en que se deuia oponer, que aunque se oponga in continenti, no ha lugar, *vt ita tradiuit Author Curiæ Philip. ex Parl. lib. 2. rer. quot. cap. fin. 1. par. §. 5. num. 12. 13. in 2. par. §. 6 conocimiento, nu. 4.*

Ibi: *Y juro a Dios.* b Y para que lugar no aya prueua en el vno, y otro caso, sera 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 prueua de lo contrario, porque el juramento dà fuerça a esta renunciacion, de que no admite defensa, sino que inuiolablemente se ha de executar, aũque la dicha renunciacion en alguna manera en si fuera inualida, *vt ita tenet Salicetus in l. 3. C. de non numerata pecunia, num. 25. post Bart. in l. fin. C. eo.* 7

Lo qual se ha de limitar, que si el dicho deudor en virtud del dicho juramento pago la dicha cantidad, que confessò auer recibido prestada, tendrà accion, y derecho para repartirla, prouando no auer sido la cantidad contada, ni entregada, *vt ex tex. in cap. debitores, de iure iurando, & in cap. fin. de solutionibus, Ant. Fab. vbi Hostiens. & Ioannes Andr.* 8

CAPITVLO XXXVIII. Sobre la clausula de cession de acciones, y poder en causa propia: donde assimismo se aduierte si se podrà renunciar este derecho.

SVMA-

SVMARIO.

1 *CAusa, si se requiere en la cession de acciones, y poderes en causa propia, para que se puedan executar, y sigan sus efetos.*

2 *Cession de acciones, si es por causa de donacion, si es necessario para que valga, que ayan precedido meritos del cessionario.*

3 *Reuocar si puede el cediente esta dicha cession, y quando.*

4 *Si por la renunciacion del acreedor deste derecho, de poder ceder su deuda, y accion, aurà lugar el pedirla el dicho cessonario al dicho deudor.*

1 VTRVM, Si para que las acciones, y poderes en causa propia sigan el efeto de los otorgantes, es necessario q̃ contengan causa, ò si bastara simple relacion para executar aquella accion, y derecho, segun, y de la forma que en los demas cõtratos, y obligaciones. Y para que breuemente respondamos a nuestra question, y duda, supongamos, q̃ la cession, ò poder en causa propia fue ordenado, y otorgado cõ la clausula siguiẽte, scilicet, *Y para cobrar lo susodicho, vos entrego, 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 procurador, è actor en vuestro fecho, y causa propia.* Y quanto lo primero se ha de notar, que para que estas dichas cessiones se puedan executar, es necessario siendo cõpradas, que primero el cessionario sumariamẽte liquide, y auerigue su causa, y justificacion; y si fue por precio, ha de prouar que dio lo justo, y equiualente, dandole traslado al deudor de todo lo que por parte del dicho cessionario fuere alegado, para que cada vno alegue, y prueue su causa, porque hasta entõces no se puede librar mandamiento executiuo contra el dicho deudor. Y es necessario assimismo, que el instrumẽto de la dicha cession no sea simulado, sino que se dè fè en el de la paga della, porque no es suficiente para esta liquidacion la confession del cediente, y renunciacion de la cosa no entregada, y excepcion de non numerata pecunia, porque esta dicha confession solo puede perjudicar al dicho cediente, y no al dicho deudor: cuya prueba siempre le incumbe al dicho cediente, y otor-

Formatur alia clausula.

otorgante, *vt hæc omnia probantur in l. ab Anastasio, C. mandati; Bart. in l. singularia, ff si certum petatur, Parl. lib 2. rerum quot. cap. fin. 3 par. §. 4. nn. 6. 9. Rodrig. de executionib. cap. 3. num. 24.* adonde afirman que por este fraude assimismo pierde el cediente esta accion.

Y quanto lo segundo, siendo la cession, ò poder en causa propia otorgado por causa de venta, ò donacion, es necessario que contenga causa, como dicho queda: porq̃ aunque sea por el dicho titulo de donacion, conuiene que precedan meritos del cessionario: lo qual se deue probar, no obstante que el cediente confiesse otorgar la dicha donacion por causa de compensacion, por buenas obras que ha recibido del dicho cessionario, porq̃ bien puede ser fingido, y simulado, por cuya causa se vicia, y anula la dicha cessiõ, y poder en causa propia, *vt cum Bald. in l. fin. in fin. C. de falsa causa adiect. tradit, & Probat Decius cons. 464. num. 4. & hæc omnia probantur per Ioan. de Gras. in tractatu de cessionen iurium, num. 6. & in l. qui stipendia, C. de procuratorib. & hodie est l. 64. tit. 18. part. 6.* Ibi: *Faziendole personero para demandar aquella deuda, assi como su cosa, poniendole en su lugar, è otorgarle poderio para poder demandar aquella deuda, è la pena, è los daños, è los menoscabos, assi como dize la carta sobredicha, que fue fecha contra Alfonso Perez, bien assi como el vendedor lo podria fazer en juizio, y fuera de juizio: è esta vẽdida fizo por precio de tantos marauedis, los quales el sobredicho contò, è dio al vendedor ante el Escriuano publico, è los testigos que son escritos en esta carta.* Y desta forma queda perfeto este contrato, quedando, como queda libre el dicho cediente por la dicha cession, auiendo bienes de que cobrar del deudor, porque de no auerlos, ò ya que los aya, no ser seguros, por ser agenos, ò porque no huuo ponedor en ellos en la via executiua: siempre tiene obligacion el cediente a satisfazer, y sanear, y dar ponedor a los dichos bienes. Y assi lo he visto en propios terminos sentenciado por el Doctor Andrada, Abogado y Catredatico de Prima de Canones de la Vniuersidad de la Ciudad de Toledo.

Solo resta, que en este caso se aduierta, que quando el cediente haze la cession de su mera voluntad, despues de hecha la puede reuocar, *vt in l. 3. C. de nouationib. & ibi etiã glos.* Saluo por la litis contestacion entre el deudor, y cessionario, ò por auerle empeçado a pagar parte de la deuda, ò por auerle notificado, y requerido con la dicha cession, y escritura de po

der

der en causa propia, porq̃ no basta la noticia, o requirimiento sin ella, *vt in dict. l. 3. & in l. nomen, C. quæ res pig oblig. poss. vbi glos. & Bar. & commun. DD.* Y assimismo no se podrà reuocar la dicha cession, auiendose hecho por causa necessaria de obligacion, que para ello aya, *vt in l. procurator in rẽ suam, & ibi glos. ff. de procuratoribus, & ibi DD. Paulus de Castr. in l. quæ omnia, §. planè, ff. eo. Parl. lib. 3. differ. differ. 37. §. 2. num. 5. 6. differ. 50. § 2. num. 2.*

4 Finalmente se concluye, que renunciando el acreedor esta dicha cession de acciones, ò prometiendo no ceder, ni traspassar su derecho a persona alguna, assimismo no se podra 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 demas fiadores, que auiendolas renunciado, no tendrà accion a pedirlas, ni en virtud d llas executar a los demas fiadores, *vt in glos. l. nisi hoc actum ff. de pactis, Afflict. decis. 182. num. 10 Greg. Lop. in l. 11. glos. 3. circa finem, tit. 12. par. 5. Negusan. de pignorib. 5 par. memb. 3. num. 24. & 25* Aunque no se renuncie este derecho de cession de acciones, haziendose a persona mas poderosa, no vale, sino es por testamento, ò otra qualquiera vltima voluntad, *vt l. 15 16. 17. tit. 7 par. 3.*

CAPITVLO XXXIX. Adonde se refieren ciertas clausulas, que por su fuerça ipso iure no se causa nouacion, y delegacion de la primera, y precedente obligacion, por el segundo, y nueuo contrato.

SVMARIO.

1 *SI por la nouacion, y transfusion del primero contrato en otro semejante se librarà el primero, y precedente.*

2 *Y si por causa de la dicha nouacion quedarà libre el deudor del primero, y precedente, y con que clausulas, y palabras se deue ordonar su diuersidad, para que se cause la dicha nouacion, & ibi num. 3.*

4 *Si por la diferente, y diuersa cosa de la primera, y precedente se causa la dicha nouacion.*

5 *Si por la delegacion que el deudor haze a su acreedor de otro debito, de que assimismo es acreedor, se librara de la dicha primera.*

mera obligacion, y con que clausula se deue otorgar, y ordenar, para que assi proceda.

6 *Si para auer 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 segũdo delegado, perderà el dicho acreedor la dicha deuda.*

8 *Si por la simple delegacion es visto quedar libre el dicho primer deudor, y con que clausula, y palabras se entiende ser simplemente delegado.*

9 *Y si es visto reuocarse la primera, y precedente, siendo condicional, hasta cumplida la dicha condicion.*

10 *Eleccion si tiene el marido en la dote prometida a dia cierto y si se causa nouacion executando en los bienes, que para su seguridad le hipotecaron.*

11 *Si se puede dar clausula, y regla cierta para que de ninguna manera causarse pueda nouacion, siendo voluntad de las partes otorgantes.*

VTRVM, Si por la nouacion, y delegacion del primero debito en otro disimil, o semejante se librarà el primero, y precedente, assi en quanto a la persona, prenda, e hipoteca, como de su obligacion, è interesses. Y porq̃ regularmẽte el primero, y precedẽte debito no se innoua, ni es visto delegarse por el nueuo, y segundo, *secundum tex. in l. fin. C. de nouationib. & in §. præterea, inst. quib. modis tollitur obligat.* se notaran ciertas clausulas, que por su forma se conocerà la calidad de semejantes contratos, que por la *ley 15. tit. 14. par. 5.* se coligen, y prueuan. 1

Y assi se supone, que despues de contrahida la primera obligacion, de consentimiento, y conuencion de las partes otorgantes, la conuirtieron, y mudaron su genero en otro diferente, y diuerso, por otro segundo, q̃ assimismo de su volũtad, y consentimiento de la dicha forma le otorgaron: la qual obligacion fue celebrada, y ordenada en la forma siguiente. 2

Por lo qual el dicho fulano se obliga de dar, y pagar al dicho fulano quatrocientos ducados, que por escritura publica està obligado a pagarle, que por hazerle buena obra se los prestò a sin embargo de que en la dicha primera escritura se haze mencion, procedieron de la venta de tal cosa. Formatur alia clausula.

Ibi: *Se los prestò.* a Y porque diximos, que regularmente no expressandose la causa, no es visto renouarse el dicho primer 3

mer contrato, se limita en el presente caso por ser diferente, y diuersa la vna cosa de la otra: y assi ipso iure se ha de entẽder, y juzgar, quedò inualido el dicho primer contrato, y obligacion, como assi se prueba de la dicha *ley* 15. Ibi: *Renouamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligacion principal de la deuda, bien assi como la paga. Esto seria, como si vn ome vendiesse a otro alguna cosa, è despues el comprador renouasse el pleyto en otra manera con el vendedor, obligandose a pagar el precio, como en razon de empreſtido.* Por cuyas palabras se colige, y prueba con la voluntad, y animo que los dichos contrayentes quisieron renouar el dicho primero, y precedente contrato, *vt ita etiam docet Salicetus in dict. l. fin. C. de nouationibus, & est tex. in l. si ex pretio, C. si certum petatur, & ibi glos. & in l. aduersus, C. de non numer. pecun.*

4 Cuya limitacion assimismo se estiende, quando en la segunda, y nueua obligacion se promete diferẽte, y diuersa cosa de la contenida, y expressada en la primera, y precedente, *vt est tex. in l. si ita fideiussorem, & in l. Græcæ, §. Stichum, de fideiuss.*

5 De aqui se sigue, que por la delegacion que el deudor haze en otro qualquier su deudor, aceptandola el dicho su acreedor, se librarà de la dicha primera obligacion: lo qual se ha de entẽder haziendo especial mencion en la dicha segunda escritura de como queda libre della, diziendo assi. *Por cuya causa el dicho fulano le dà por libre de la primera, y precedente obligacion, de que se le haze pago con deuda de fulano, de que el dicho fulano se dà por contento, y pagado, y la recibio por su cuenta, y riesgo.*

6 Y para auer lugar la dicha delegacion, es necessario, que la persona delegada sea deudor cierto, y verdadero del delegante, o ya que no lo sea, que se obligue, y acepte el satisfazer, y pagar aquella deuda; y desta forma se rescinde, y destruye la dicha primer deuda, y queda libre della el dicho primer deudor, como assi nos enseña la dicha ley 15. en su segunda parte que su tenor es el siguiente. *E aun dezimos, que se podria renocar en otra manera el pleyto que fuesse fecho primeramente, assi como si el deudor que deuiesse alguna cosa a otro, renouasse el pleyto otra vez, dando otro deudor, ò manero en su lugar a aquel a quien deuiesse la deuda a plazer dèl: diziendo abiertamente el deudor, que lo fazia con voluntad que el primero fuesse desatado, & ibi Greg. Lopez glos 4.* adõde dize, que para que el primer deudor quede libre de la dicha primera obligacion, es suficiente, que el acreedor prometa de assi cobrar lo que le fuere delegado, dado-

dole por libre de la dicha primera obligacion, como assimismo se prueua de la *ley segunda, titul. 16. libr. quinto nouæ Recopilat.* Y dize mas, que para que aya 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 quamuis, §. Si mulier apud, ff. de Veleian. & ibi glossa Magna, ad fin.*

Y procede en tanta forma la dotrina supra referida, que si el deudor delegado por pobreza, y trabajos no pudiesse pagar al dicho acreedor, no tendrà accion a pedir cosa alguna al dicho primer acreedor, *vt ita notat Bar. in l. singularia, ff. si certũ petatur, & in l. Paul. ff. de nouationib. & ita probatur in dict. l. 15.* Ibi: *E maguer este segundo que renouò el pleyto sobre si viniesse a probeza, de guisa que no ouiesse de que pagar la deuda: con todo esso el que la deuia auer, no ha demanda ninguna en esta razon contra el primer deudor.* 7

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 daua, y dio en su lugar tal deuda que Fulano le està deuiendo,* es cierto no aurà lugar la dicha delegacion, porque como dicho es, es necessario que se expresse, *vt in dict. leg. fin. C. de nouationibus, & ibi communiter Doctores, & etiam colligitur, & probatur ex dicta leg. 15.* Ibi: *Mas si las palabras sobredichas no dixesse el deudor quando renouasse el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que daua por deudor, ò por manero de aquella deuda a fulano, estonce por este renouamiento del pleyto no se desataria el primero, ante dezimos que se afirmaria, è fincarian obligados por la deuda tambien el vno como el otro.* 8 *Formatur alia clausula.*

Siguese mas, que si la obligacion primera fue condicional ò al dia tercero, y la segunda no, no se causarà nouacion hasta que la dicha condicion, y tiempo se aya cumplido, y por el consiguiente, si el que renueua la dicha obligacion mudare su estado antes de cumplir la dicha obligacion, de forma que no pudiesse parecer en juizio: assimismo es visto no renouarse el dicho contrato, y obligacion, *vt ita probatur in dicta leg. 15. & ibi Gregor. Lopez, glos. 6 & 7.* 9

Finalmente se ha de mirar, y aduertir en esta dicha materia, que si al esposo, y marido le fue prometida alguna dote con su esposa, y muger para tal dia, cierto, y determinado, y de no entregarsela, y pagarsela para entonces, se obliga- 10

ren, è hipotecaren a la dicha paga algunos bienes inmuebles, y rayzes, para que dello se haga pagado: sin embargo que los dichos bienes le sean obligados, è hipotecados a la seguridad de la dicha dote, y el dicho termino sea passado, siempre queda en eleccion del dicho esposo, ò marido a vna de las dos cosas, ò a pedir la cantidad de la dicha dote, o a executar en los bienes obligados, è hipotecados hasta hazerse pago della: pero si passado el dicho termino huuiesse elegido el auer executado en los dichos bienes, no podrà despues pedir la cãtidad de la dicha dote, sino q̃ de los dichos bienes se ha de hazer pagada de la dicha promessa de dote, y assi como esta distincion en el primer caso, no se causarà nouacion, y en el segundo si, *vt ita docet Decius consil. 12. quem sequitur, & refert Gregor. Lopez in dict. l. 15. glos. 6. in fine, Gutierrez lib. 1. de iuramento confirmat. cap. 63. num 9.*

11 Finalmente se concluye, que porque muchas vezes en los dichos casos, assi por no apercebir los dichos contrayentes lo que se puede ofrecer, como por no declarar el Escriuano bien su voluntad, en contraditorio juizio se suele juzgar despues lo contrario: y porque esto no proceda assi, en caso que los contrayentes no tengan voluntad de hazer nouacion del primer contrato, por el segundo, y siguiente, serà bueno, que las escrituras de semejantes contratos cõ la clausula siguiẽte, *Y quedando en su fuerça y vigor el primer contrato, y obligacion, assi en la prerogatiua antiguedad, y prelacion, como en la prenda, è hipoteca, y fiança, y sin ser visto inouar del dicho primer contrato cosa alguna se obliga el dicho fulano deudor, de darle, y pagarle la dicha cantidad, por razon de tal cosa, ò le delega tal deuda, que el dicho fulano le està deuiendo.* Por cuya fuerça le quedarà obligado el dicho deudor por la vna, y otra obligacion, sin ser visto en quanto a esto causarse la dicha nouacion, *vt est tex. in l. 3. qui pot. in pig. habeantur.*

Formatur alia clausula.

CAPITVLO XL. Donde se concluye, si el deudor, inuito creditore, cũplirà con pagar en diferente especie de la que fue obligado, y que clausula se requiere, para que esto no proceda assi.

SVMARIO.

1 SI inuito creditore cumplirà el deudor, pagando en diferente especie de la que se obligò, & ibi num. 2.

3 Y si precisamente ha de pagar en la especie prometida, hallandose en aquella Prouincia, y quando no.

4 Mayordomos, y depositarios del trigo de los lugares, si tienen obligacion a pagar en la dicha especie, auiendolo vendido ellos mismos.

5 Y si en caso de necessidad cumplirà el dicho deudor a pagar en diferente especie de la que fue obligado.

6 Y si serà apremiado a lo susodicho, auiendo renunciado el dicho deudor la ley tercera titul. 14. part. 4. que habla en su fauor. Y si este derecho se deue estender a tercero posseedor, ibi numer. 7.

8 Clausula para que el acreedor no pierda el derecho en los bienes de su fiador, y deudor, auiendole salido inciertos los bienes que le adjudicaron en pago de su deuda.

9 Clausula para que el comprador de la cosa hipotecada no pierda el mismo derecho en los bienes del deudor.

10 Si por el juramento tendrà obligacion precisa el deudor a pagar en la especie que prometio.

11 Repetir si puede el deudor la deuda dos vezes pagada por el finiquito, è instrumento de paga despues hallado.

VTRVM, Si en caso de necessidad, inuito creditore, cumplirà el deudor pagando en diferente especie, y dar insolidum de su deuda, y obligacion, ò otra qualquier cosa a su acreedor. Y de que en caso de necessidad cumplira el dicho deudor con pagar en la especie que pudiere, no aya duda, como adelante se verà, saluo si la escritura de obligacion fue otorgada, y ordenada con las palabras de la clausula siguiente, scilicet, *Por cuya causa me obligo de dar, y pagar a vos el dicho fulano la dicha cantidad en la misma especie, que de vos la recibo. Y para mayor firmeza renuncio la ley 3. del titulo 14. de la 5. Partida, y juro a Dios y a su santissima †, y pena de perjuro, de no ir, ni contrauenir 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 juramen-* 1

Formatur alia clausula.

con ninguna manera pedirè absolucion, ni relaxacion a su Santidad, ni a 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 fuerça se consideren. La primera es, que el deudor, y obligado a dar, y pagar alguna especie, assi como trigo, ceuada, vino, azeyte, puede ser compulso, y apremiado a la dicha paga, y restitucion, *per regulam quia aliud pro alio inuito creditore regulariter solui non potest, vt in leg. 2. §. Mutui datio, & ibi communiter Scribentes, ff. Si certum petatur, & in l. si se, §. ait Praetor, de re iudicata, l. si promissor. §. final. ff. de constitut. pecunia, l. item liberatur, §. Qui paratus, ff. quibus modis pign. vel hypot. soluatur.*

Lo qual se ha de limitar en la forma siguiente, scilicet,
3 que si el trigo, o ceuada, azeyte, ò vino, se pudiere hallar en aquel lugar, ò Prouincia, que entonces precisamente tendrà obligacion a pagarlo el dicho deudor en la forma que dicho es. Pero si hallar no se pudiere en el dicho lugar, y Prouincia, en tal caso cumplirà el dicho deudor a pagar su estimacion segun al precio corriente que al tiempo de la paga valieren en el lugar adonde se deuia entregar, *vt ita docet Paulus in dicto §. mutui datio, numero 6 ex tex. in l. res furtiua, de condict. furtiua.* Y lo propio se ha de entender, aunque la especie se pueda pagar valiendo muy cara, o si se trae muy lexos, de que puede resultar grande incomodidad en perjuizio del dicho deudor, *vt eleganter voluit Purpuratus in dicto §. mutui datio, numer. 97. & per tex. in l. non dubium in fine, ff de leg. 3.* Ibi: *Quòd dominus non vendat, vel in modico pretio vendat, iustam extimationem inferat, vbi glossa communiter recepta, hoc notat pro grauato de re alienare, stituenda.*

4 Cuya dotrina no se deue estender en los administradores, Alcaldes, y Regidores, y Depositarios, y Mayordomos del posito del pan de todas las ciudades, villas, y lugares deste Reyno, que han consumido, y gastado el trigo del dicho posito, extra, para los casos que estaua determinado: porque por el mismo hecho tiene obligacion a pagar su interes, y mas lo que costare fuera de aquel lugar con sus portes, *vt tenet Bobadilla in Politic. libr. 3, capit. 3. num. 73.*

Y lo segundo, que se deuia aduertir para la dicha questiõ es 5
que en caso de necessidad, como dicho queda no tendrà obligacion el dicho deudor a pagar su dicha deuda en la especie, y forma que la prometio, sino en lo que à arbitrio del juez pudiere, *segun nos enseña la ley 3. tit. 14. par. 5.* Ibi: *Pero si acaeciesse, que el deudor no pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras à bien vista del juzgador, & ibi Greg. Lopez.*

Ibi: *Renuncio la ley 3. tit. 14 par. 5.* b Y procede en tanta for- 6
ma, que el dicho deudor en caso de la dicha necessidad no puede ser apremiado a pagar en la especie que se obligo, que aunque aya renunciado la dicha ley 3. toda via quedara libre del dicho contrato, y conuencion, *vt ita probat Bart. & Abbas in Authent. hoc nisi debitor, C. de solut. Greg. in dict. l. 3 glos. 3. in fin. & tenet Baeça contra Cast. in tractatu de inope debitore, cap. 1. num. 51.* Aduirtiendo, que si el dicho deudor se obligò a pagar en cierta moneda, teniendola, ò pudiendo ser hallada, no cumplirà con pagarla en otra: sino es en caso que se presuma vsura, como arriba diximos, ò que especialmente no se aya obligado, porque entonces cumplirà en la moneda corriente, con tanto que no pierda el dicho acreedor cosa alguna, assi como por ser muy baxa, y de menos valor q̃ quando se otorgò la dicha obligacion, *vt supra est dictum, & probat Couarrubias in tractatu numismatum, cap. 7. §. vnico, num. 1. in prima conclusione & in fin. vlt. conclus. Rebuf. in 1. tom. const. Franc. tit. de literis obligat. art. 5 gloss. 1. per totam, Azeued. in l. 6. titu. 14. nu. 6 lib. 6. noua Recop. idem Azeued. in l. 5. tit. 11 n. 2. lib 5. Recopil.* Y vease lo que diximos en el cap. 11. num. 3.

El qual beneficio tan solamente procede en el deudor 7
principal, y no se ha de entender en el estraño tercero posseedor de la cosa hipotecada, aunque sea en el dicho caso de necessidad, porque de fuerça ha de pagar en la forma que el principal se obligò, ò dexar la cosa hipotecaria: porque tan solamente este dicho beneficio tiene lugar en el principal por beneficio de la ley, y no en el estraño hipotecario; porq̃ aunq̃ el dicho tercero posseedor no se aya obligado a cumplir lo que el principal està obligado en la forma que dicho es, y no en otra, inuito creditore. *vt cum Cino probat, & tenet Ferrar. in sua practica in forma respons. libelli in actione hypotecar. in vers. Satisfacere debito memorato, quos sequitur, & refert Gutierrez de iuram. confirm. cap. 29. num. 7. in prima parte.*

8 Y porque muchas vezes en caso que los acreedores reciben los bienes de su deudor en pago de sus deudas, y despues de entregados sale otro acreedor q̃ por su escritura parece tiene mejor derecho à los dichos bienes; serà buena aduertēcia, q̃ para que el acreedor a quiē le fueron primeramente entregados los dichos bienes, no pierda su deuda, y derecho, assi en los bienes de su deudor, que estuuieren en poder de sus acreedores, como en los de su fiador, sera de gran consideracion y efeto, que las escrituras de los dichos entregos sean ordenadas con la clausula siguiente. *Por cuya paga, y entrego no sea visto aparta se el dicho fulano de la primera hipoteca de los bienes del dicho su deudor, cuyos bienes que assi recibe, se entienda ser sin perjuizio del derecho que tiene, assi en los bienes del dicho su deudor, como en los de su fiador, que entregados estuuieren en los demas acreedores, ò otro qualquier tercero posseedor.* Y desta forma el dicho acreedor tendra accion a repetir los demas bienes, que estuuieren enagenados, en qualquier persona, que menos priuilegio tuuiere a los dichos bienes, *vt notat Azeud. in l. 19. titul. 21. lib. 4 numer. 134 noua Recopilat. Villad. in sua Polit. en forma de libelar, num. 23. litera A. fol. 283.*

Formatur alia clausula in ordinem.

9 De aqui se sigue otra notable aduertencia al proposito, y es assi, que todas las vezes 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, serà buena aduertencia, que para que el comprador no pierda su derecho en los demas bienes, assi del vendedor, como de su deudor, aunque ya estē entregados en otro acreedor, y tercero posseedor, que la escritura de 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 a la dicha heredad, de que en pago de su deuda le fue entregada por bienes de fulano su deudor, con todos sus derechos, y acciones, entregandole, como desde luego le cede, y entrega los titulos, y escrituras, por donde cōsta el derecho, hipoteca y prelacion, assi a la dicha heredad, como a los demas bienes del dicho fulano su deudor.* Y es de tanta consideracion la dicha clausula, que si por algun titulo le vencieren en juizio al dicho comprador, sobre la dicha heredad, que en virtud della no solo podrà pedir al vendedor, pero tambien al deudor del dicho vendedor, y los demas acreedores, y terceros posseedores, que entregados estuuieren en los demas sus bienes, sin que sea necessario hazer excursion en el dicho ven-

Formatur alia clausula.

de-

dedor, ni en su deudor, teniendo la dicha primera escritura clausula de non alienando, y siendo mas anterior, y priuilegiada, *vt hæc omnia colligũtur ex dotrin. Iacob de Aret. & post eum Cinus, & Albericus in l. 1. C. si ante credit. pig. vend. quos sequitur, & refert Greg. Lop. in l. 45. tit. 23. par. 6. glos. 2.*

Ibi: *Iuro a Dios*: c Cuyo juramento es de tanta fuerça en este caso, que si el deudor se obligare a dar, y pagar su deuda en alguna especie, precisamente tẽdra obligacion a cumplirla segun, y de la forma que en la escritura de la dicha deuda se contiene, *vt ita tenet Roland. cons. 53. n. 47: lib. 1. Baeça de inope debitore, cap. 1. n. 50. Greg. Lopez in dict. l. 3 glos. 1. vbi dicit hoc iuramentum seruandum esse in forma specifica.* 10

Finalmente se ha de notar, que si el dicho deudor huuiere pagado vna vez la deuda que deuia, en la forma que dicho es; y despues de passado algun tiempo, el acreedor, o sus herederos tornassen à pedir la dicha deuda, y por causa de auerse le perdido el finiquito, ò carta de pago al dicho deudor, le condenassen a la dicha paga, pareciendo despues el dicho finiquito, cedula, o instrumento de paga, tendrà accion el dicho deudor a repetir lo indebitamente pagado, *vt ita docet Paulus de Castr in l. Imperatores, ff de re iudicat. num. 3. & ibi Alex. nu. 7. 8. Gregor. Lop in l. 33. glos. 4. tit. 14. par 5. quos sequitur, & refert Gutier. 3. par. de iuram. confirm. cap. 7. num 9.* 11

CAPITVLO XXXXI Donde se refiere cierta clausula que por su fuerça se juzgan por licitas, y justas las arras, y señal con que muchas vezes se suelen otorgar las escrituras de los contratos de futuro matrimonio.

S V M A R I O.

1 *PEna conuencional si es licita en los contratos de futuro matrimonio prometida por los esposos.*

2 *Refierense los fundamentos, porque la dicha pena se deue juzgar por licita, ò injusta.*

3 *Refierese assimismo la diferencia que ay entre arras, y pena matrimonial. y si por su entrego se juzgarà por licita, y justa la dicha pena.*

4 *Y si las dichas arras, y señal se pueden prometer, y entregar en bienes inmueble, y raizes.*

5 *Si el menor puede ser restituido, auiendo sido obligado en la dicha forma, y entregado las dichas arras, y señal.*

6 *Y si por justo impedimiento para no poder contraher el dicho matrimonio se podràn repetir las dichas arras, y señal.*

1 VTRVM, Si en el contrato del futuro matrimonio sera licita la pena cõuencional, de forma q̃ aunque el efeto 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 consideraran las palabras de la clausula siguiẽte, por cuyo tenor segun el Derecho se conocera, si la dicha pena se podrà executar, scilicet, *Y para que todo lo dicho se cumpla, y guarde con mas entera, y cumplida execucion, el dicho fulano, padre de la dicha fulana, otorgò, y desde luego dio al dicho fulano en señal y arras tal viña, ò heredad, que està en tal parte, de la qual desde luego se desapodera, en esta forma: Que si la dicha su hija no quisiere cumplir el dicho contrato de matrimonio, como tratado es, ò el suso dicho 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 entre en la possession de la dicha viña, casa, ò heredad para siẽpre. Y luego el dicho fulano otorgò, è prometiò de su parte de recibir a 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 otorgò, y desde luego dio en nombre de señal y arras del dicho cõtrato de matrimonio al dicho fulano, padre de la dicha su sposa, conuiene a saber quatrociẽtos ducados, los quales real, y verdaderamente le entrega en plata ante mi el presente Escriuano, y testigos infra escritos, y de cuya paga, y entrego doy fee que verdaderamente le han sido dados, y entregados al dicho fulano, padre de la dicha fulana su esposa, ò le dà tal viña, ò heredad, &c de cuya possession, y dominio desde luego le apodera para aora, y para siempre, no siguiendose el dicho matrimonio.*

Formatur alia clausula.

Ibi: *No cumpla de su parte el dicho matrimonio.* a Y respeto de ser obligacion espontanea ad inuicem, parece se deuen cumplir, y executar estas dichas conuenciones, especialmẽte siendo a orden, y en fauor del matrimonio, como cosa tan importante a su frequencia, y felicidad, por cuya causa se deuia juzgar por licita esta dicha conuencion, y obligacion, y se deuia executar, ò por mejor dezir, no se deuia repetir, siẽdo dada, y entregada la arra, y señal, que para el dicho efeto fue en-

2

tregadr, en caso que el dicho matrimonio no se siguiera por la parte que no lo cumplio. Y por la otra parte parece pelea, y cõtradize con la libertad q̃ el matrimonio se deue celebrar, pues no es justo, que por miedo de pena semejantes contratos se celebren, pues en su frequẽcia, como vna misma carne se requiere grande amor, como nos enseña la decision de la *ley 39. tit. 1. p. 5.* ibi: *Onde dezimos, que si acaeciesse, que alguno dellos no quiera cumplir el casamiento, entonce, aquel que fizo la promission por el que no quiere fazer, ni cumplir, que no es tenudo de pechar la pena. Esto es, porque el casamiento no deue ser fecho por miedo de pena, mas por amor, è consentimiento de ambas las partes.* Por manera, que otorgarse semejãtes escrituras, no sirue, sino tan solamente de abundancia, y superfluidad de palabras, *vt ita probatur in l. Titia, ff. de verb. oblig. & in cap. gemma, de sponsalib. & ibi comm. DD.*

Ibi: *En nombre de señal, by arras.* Y no fuera tan superfluo, si las dichas escrituras de futuro matrimonio se ordenaran cõ las palabras de nuestra clausula. Para lo qual se ha de aduerrir la diferencia que ay entre arras, y pena matrimonial; y es a saber, que arras son las que se dan, y entregan por causa, y razon de señal de los contratos, donde interuiene interès; las quales son distintas de las arras que el esposo promete a su esposa de futuro, las quales sucedieron en lugar de donacion propter nuptias, segun comun sentencia de muchos, y muy graues Doctores, y segun se colige de la *l. 1. tit. 11. p. 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 prometio alguna cãtitad nomine pœnæ, que de ninguna manera se executarà, no cũpliendose 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 dezir, no siguiendose el dicho matrimonio, perderà la dicha señal, y arra la parte que las entregò, quedando por su parte el cũplimiento del dicho matrimonio. Por manera, que lo que de aqui se cõcluye, es, que si la dicha señal, y arra fue entregada, no se podrà despues repetir, assi como en los contratos de venta, *vt in l. 7. tit. 5. part. 5.* Y si dada, y entregada no fue, sino tan solamente prometida, entõces no aurà accion para pedirla, *vt hæc omnia probantur in l. arrhis, & in l. fin. C. de sponsalibus, & ita probat Bart. Ang. Paul.*

los dichos menores, en consequencia, y declaracion de la dicha l. 102. en su primera parte.

3 Enseñar si deuen el tutor, y curador a sus menores el oficio, ò facultad à que se inclinaren, segun su hazienda, y calidad.

4 Si tienen assimismo obligacion à darles los alimentos necessarios, de forma que no se consuman sus bienes.

5 Si los dichos menores deuen ser criados, y alimentados en casa de los dichos tutores, y curadores, que siendo tan cercanos parientes, sucederle puedan, muriendo los dichos menores abintestato, & ibi num 6.

7 Si el tutor, y curador tienen obligocion à tener mayor cuydado en los bienes de sus menores, mas que en los suyos propios.

8 Y si en caso de ruyna, y naufragio, incendio, ò fuego, deuen acudir primero al remedio de los bienes de los dichos sus meneres, q̃ à los suyos propios.

9 Y si tienen assimismo obligacion a acudir al reparo de las casas, y demas edificios de los dichos sus menores, de forma que por su descuydo, y culpa no se deterioren, y destruyan.

10 Y si deuen tener especial cuydado en el reparo de las camaras, troxes de trigo, de manera, que por causa de gotera no se corrompa el trigo de los dichos menores

11 Si tiene obligacion à cultiuar, y labrar las heredades de sus menores, y assimismo arrendar, y alquilar sus tierras, y casas, y criar sus ganados.

12 Y si tienen obligacion a vender todas las mercaderias, que sin peligro no se pudieren conseruar, y si lo deuen hazer sin decreto judicial.

13 Y si en caso que aya de vender las dichas mercaderias, las deue vender en el lugar adonde estàn.

14 Si no cumpliendo los dichos tutores, y curadores con las dichas sus obligaciones, seràn condenados a los interesses, y daños de los dichos menores.

§. Cargo.

15 Cuenta que se deue tomar a los dichos tutores, y curadores, si ha de ser con el rigor de las leyes pupilares, para quitar toda presuncion, y duda, en declaracion, y consequencia de la dicha l. 102. en su segunda parte.

16 Si

16 Si cumplido el termino, y tiempo tienen obligacion los dichos tutores a dar las dichas cuentas.

17 Si las dichas cuentas se deuen dar, y recibir en el lugar que se administrò.

18 Clerigo, tutor y curador, ante que juez tiene obligacion a dar la cuenta y si puede ser preso por el juez seglar, y apremiado para que la dè.

19 Si para aceptar el Clerigo el dicho oficio de tutor, no fue apremiado si puede ser compulso, y apremiado a que dè la dicha cuenta.

20 Solenidad que se requiere, para que el juez seglar pueda apremiar al Clerigo a que dè la dicha cuenta.

21 Si para dar esta dicha cuenta pueden todos ser apremiados, aũque conste lo contrario de voluntad del testador.

22 Y si se le ue pedir a 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 a dar la dicha cuenta y quando.

24 Si ha lugar prescripcion, para escusarse de dar esta dicha cuenta, porque tiempo se prescriue.

25 En que caso tiene obligacion el tutor a dar la cuenta de los bienes de su menor, y por que causas del dicho oficio puede ser remouido.

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 necessario que se manifieste el inuentario de los bienes, assi muebles, como rayzes.

28 Si es necessario assimismo, que conste, y se manifieste el libro, adonde tiene escrito la razon de los gastos, y aprouechamientos, por partidas claras de los bienes de su menor.

29 Si presumiendose algun engaño de las cuentas del tutor, aurà lugar el finiquito otorgado en su fauor, en declaracion de la dicha ley 102. en su 4. parte.

30 Si para auer lugar, y que se siga el efeto del dicho finiquito, y sus clausulas, es necessario ver si se le hizo cargo de los frutos, y arrendamiento de los bienes de el menor.

31 Item, ha de constar si se le hizo cargo de los interesses licitos del dinero que entrò en su poder.

32 Si por no auer empleado el dicho dinero, tiene obligacio a pagar sus interesses, y reditos dellos.

33 Den-

33 Dentro de que tiempo desde el dia que entrò el dinero en su poder, tiene obligacion a emplear, ò dar a 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, si cumplirà por auerlo empleado en algunos predios.

35 Iten, si tiene obligacion a manifestar las escrituras, y obligaciones que tenia en fauor de su menor.

36 Si por no auer vendido algunos bienes rayzes sin autoridad judicial, se le ha de hazer cargo de sus interesses.

37 Y si estos dichos bienes enagenados se podran sacar de qualquier tercero posseedor.

38 Y si se podran repetir assimismo los frutos dellos.

39 Y si estos frutos se han de entender, assi los naturales, como los industriales.

40 Si teniendo buena fè el posseedor dellos, se le podràn repetir.

41 Si en caso que aya lugar el repetir los dichos bienes del tercero posseedor, ha de ser con excursion en los bienes del vendedor.

42 Si se pueden repetir los dichos bienes enagenados, aunque estè vendidos cò solemnidad judicial, especialmẽte quando el menor fue leso en la dicha venta.

43 Si ha lugar prescripcion contra los dichos menores, y que tiempo sea necessario.

44 Iten ha de constar, para alcançar liberacion el dicho tutor, si cobrò las deudas que le estauan deuiendo a su menor.

45 Para que al dicho tutor no se le haga cargo de las casas que por caso se destruyeron, ha de tener cuydado de reparallas.

46 Si se ha de hazer cargo de los marauedis, que gastò en seguir pleytos sin consideracion.

47 Iten, si se le ha de hazer cargo de vna casa, que por su culpa se quemò, y abrasò.

48 Si assimismo se le ha de hazer cargo de los salarios, que el menor ha ganado por razon de sus soldadas.

49 Si se le ha de hazer cargo del arrendamiento de las casas, en q̃ el dicho tutor, viuio, que eran del menor.

§. Descargo.

50 Si a los dichos tutores, y curadores se les deue hazer descargo de todo lo que legitimamente constare auer gastado en vtilidad de sus menores, en declaracion de la dicha ley en su 5. parte.

51 Y si se les ha de recibir en cuenta todo lo que pareciere auer gastado en mejorar los bienes de sus menores.

52 Si assimismo se les ha de recibir en cuenta lo que huuieren gastado en alimentar a los dichos sus menores, como en lo demas necessario para vtilidad de su persona.

53 Si se les deue 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 aurà lugar el dicho descargo, quando el tutor alimẽtò a los sobrinos y muger del dicho su hermano, y assimismo à los demas 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 assimismo se le deue recibir por descargo lo que el dicho tutor huuiere gastado en reparar las casas de el dicho su menor.

57 Y si se le deuen recibir en cuenta los marauedis que huuiere cobrado, que se le deuian a su menor, ò que en su nombre huuiere pagado en declaracion de la dicha ley 102. en su 6 part.

58 Y si entre los demas descargos, serà justo que se le ponga por descargo la dezima 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 ligitimamente se le haga el dicho descargo dellos.

60 Si los reditos de los censos perpetuos, ò redimibles, se dizen frutos.

61 Y si los partos de esclauas, y lo adquirido con el dinero ganado por el menor se reputan por frutos, y si lo son assimismo las soldadas, y salarios.

62 Si de los frutos de Capellania, ò Beneficio ha de lleuar dezima el tutor.

63 Frutos pendientes al tiempo de recibir la tutela, ò quando se cumple, y toma la cuenta, de que forma se han de computar para la dezima.

64 Gastos, y expensas si se deuen sacar primero, que està dicha dezima.

65 Si para prouar lo que el tutor dà por descargo, seràn suficiẽtes criados de su casa.

66 Si por los finiquitos generales, es visto dar liberacion a los tutores de lo no expressado en declaracion de la dicha ley de Partida 102. en su 7 parte, & ibi num. 67.

68 Si

68 Si por el error de cuenta, ò por otro que consista en derecho, se puede pedir reformacion dellas, aunque en razon dellas se ayan otorgado finiquitos, & ibi num. 69.

70 Si por auer jurado el menor el finiquito otorgado en fauor de su curador, aurà lugar reformacion en el error, y engaño, en declaracion de la dicha ley 102. en su vltima parte.

§. Cuentas.

71 En que forma, y manera se deuen dar las cuentas por el tutor, ò por otro qualquier administrador, ò en virtud de executoria.

72 Si en caso de discordia se deue nombrar tercero, y si se deue executar su parecer, & ibi num. 73.

74 Si este dicho tercero se deue conformar con el voto, y parecer de vno de los dichos Contadores.

75 Fianças si deue dar el que tiene obligacion a dar cuentas de estar a derecho en caso de fuga.

76 Si el instrumento de la tutela se podrà executar sin hazer las cuentas.

77 Preso si puede ser el tutor que no quiere dar estas dichas cuentas, y si en este caso ha lugar el priuilegio de hidalgo, ò labrador, y si lo puede ser la madre, y abuela.

78 Si por las cuentas que se tomaron a los dichos tutores, ò curadores, se podràn executar a sus fiadores, aunque para ellas no ayan sido citados.

79 Si el padrastro puede ser executado por su menor, hijo de su muger, por razon de los bienes dotales, ò si se deue dar primero la cuenta.

80 Si assimismo 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 a 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 a pedir el recibo al juez que la discernio, y quando.

VTRVM, Si por la liberacion, y finiquitos otorgados por los menores en fauor de sus tutores, y curadores de las

cuen-

cuentas de la administracion que han tenido de sus bienes, se deuen juzgar ser otorgados de toda liberacion, dares, y tomares, de forma, que segun su ordẽ, y clausulas parece impossible, que los dichos menores pedir puedan restitucion in integrum, especialmente en lo que con euidencia consta fueron lesos, y damnificados; y porque en todo tiempo los dichos menores han de ser restituidos de sus lesiones, y agrauios, parece que por solemne, y autorizado que estè otorgado el dicho finiquito, aurà lugar su retractacion, hasta ver, y liquidar que las dichas cuentas son justas, y bien dadas. Y aũque es verdad, que las escrituras de los dichos finiquitos son de gran consideracion, y autoridad, y que se deue dar credito a todo lo en ellas contenido, como al fin escritura, è instrumento publico otorgado ante Escriuano, y testigos, y con la solemnidad del Derecho, especialmente si son ordenadas con las clausulas de la *ley* 102. *tit.* 18. *part.* 3. pero con todo esso, para que cada vna de las dichas sus clausulas siga el efeto del Derecho, es necessario que primeramente conste legitimamente de los cargos, y descargos, que en fauor (agora sea de los dichos menores, ò sus tutores) se deuian hazer; y assimismo si en las demas 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 publicas, y cõ qualesquier clausulas ordenadas, como en consequencia de las de la dicha ley 102. ira declarado, q̃ su tenor es el siguiente *Sepan quantos esta carta vieren, como Aluar Perez, siendo mayor de catorze años, otorgò, è vino conociẽdo, que Sancho Garcia, que fue su guardador, a le auia dado cuenta buena, leal, è verdadera de todos quantos bienes dèl tomara en guarda, b muebles, è rayzes, que vinierò a su mano, è a su poder è que fiziera biẽ, è lealmẽte todo quanto deuiera fazer en los sus fechos, y en las sus cosas. E otrosi vino conociendo que le auia entregado del todo quantos bienes dèl tuuiera, y de los frutos que dellos recibio. c è todas las cosas q̃ a su mano, è a su poder vinieron por razon de la guarda, è otorgòse por biẽ pagado de ellos è sobre todo prometiò Aluar Perez al sobredicho, q̃ nunca le moueria pleyto, ni contienda, ni le demandaria otra cuẽta sobre esta razon. E dixo, y otorgò, q̃ auia por firme todos quãtos pleytos, y posturas fiziera el dicho guardador por èl. d Otrosi las pagas q̃ fiziera, y escriuiera en nõbre dèl. e E otrosi Aluar Perez se quitò de todo derecho, è de toda cosa q̃ pudiera demandar à Sancho Garcia, y a sus herederos, f è señaladamente, que dende en* *Formatur alia clausula.*

adelante no pudiesse dezir, ni querellar, que por engaño, ni per culpa, ni por negligencia dèl perdiera, ni menoscabàra alguna cosa de lo suyo. g *E todas estas cosas, è cada vna dellas, prometiò, è juro* h *el dicho Aluar Perez por si, è por sus herederos, è de nunca ir, ni venir contra ellos, èl ni otro por èl, en ningun tiempo, por ninguna razon, so pena, &c.*

Y porque cada vna destas dichas clausulas tienen en si notables ministerios, que consisten en Derecho, de que en su consequencia se pudiera traer toda la materia de tutellis, tan solamẽte se notarà lo mas principal que se requiere al dicho oficio, 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 Aluar Perez, siendo mayor de catorze años, otorgò, è vino conociendo, que Sãcho Garcia, que fue su guardador.* d Y lo primero, que ha de procurar el tutor, o curador para cumplir con su obligacion ha de ser el guiar por la virtud al dicho su menor, dandole y enseñandole principios della, assi como dotrinandole y enseñãdole a leer, y escriuir. Puesto que despues del hombre nacido, segun sujeto està a los peligros, y trabajos del mundo, è pues no es mas el hombre de como viue, es mas de agradecer al que le dotrina, y enseña la virtud, que al padre que le engendrò, considerando que del nacer tan solamente se puede agradecer el viuir y de la virtud el viuir bien, y para siempre, segun Aristot. *Plus debere nos à quibus instituti sumus, quam à parentibus, à quibus progeniti, quod à parentibus tãtum accipimus, vt viuamus, & ab institutoribus, vt bene viuamus, vt ita refert Bald de decimis, tutor. cap. 2. num 87.*

3 Y porque los tutores, y curadores no ignoren, y estèn ciertos destas dichas obligaciones, y lo que de su parte tienen obligacion a hazer, se aduierte lo siguiẽte, scilicèt, que luego que les fuere discernida la dicha tutela, o curaduria, han de dotrinar, y enseñar a los dichos sus menores, segun dicho es, y en especial, han de dar lugar a que estudien la facultad, a que segũ su condicion, y hazienda se inclinaren a estudiar, satisfaziẽdo con cuydado el salario, y estipendio de sus Maestros, pues es justo que se pague, y satisfaga, *vt in l. 16. tit. 16. part. 6. & ibi Greg. Lopez.*

Des-

Despues de lo susodicho tienen asimismo obligacion de 4
sustentar, y alimentar a los dichos sus menores, de forma que en ellos no se destruyan sus bienes, y patrimonio, segun la *ley 20. dicto titul. 16. part. 6.* Porque si en los dichos alimentos se consumiessen todos los dichos sus bienes, prodiga, è inadvertidamente se les haran cargo a los dichos tutores, y curadores, especialmente lo mal gastado, *vt in l. officio. ff vbi pup. educ. deb. Molina de iust. & iur. 2 tract. disp. 224. col. 1382. vers. Esto index.*

Y en particular se ha de notar que el pupilo no ha de ser 5
criado ni alimentado en casa de los dichos tutores, ni curadores, siendo tan parientes, que muriendo el dicho pupilo, y menor abintestato, le sean mas cercanos sucessores a los dichos sus bienes, saluo si el padre, ò la madre dispusieron lo contrario, de que huuiesse de ser alimentado, y criado en casa de su tutor, *vt in l. 19. dict. tit. 16* ibi: *Cria se deue el huerfano en aquel lugar, è con aquellas personas, que mandò el padre, ò el abuelo en su testamento*, & ibi: *E si por ventura en el tal testamento de ninguno dellos fue esto puesto*, ibi: *E estonce el juez del lugar deue catar con grande fomencia, è escoger algun hombre bueno, que ame la persona del huerfano, ò el prouecho dèl*, ibi: *E que sea tal, que muriendo el moço no ay derecho de heredar lo suyo.* Cuya decision nos da a entender, que el no permitir el Derecho, que el menor no sea criado, y alimentado en casa de su tutor, y curador, solo es por la presumpcion que el dicho su tutor suadente diabolo, por la codicia de la hazienda, ponga asechanças a su vida, y aleuosamente dè fin de sus dias. Y a este proposito haze aquel caso que refiere *Cœpola, cautel. 47. cautelar. Thom Fer.* de vn menor debaxo del dominio que esta de su abuelo, q̃ como tal tutor, y curador administraua sus bienes, suadente diabolo, y enefeto como ascendiẽte mas cercano, que segun derecho auia de suceder en todos sus bienes, y con codicia de gozarlos, porque en realidad de verdad se le hazia tarde, le lleuò engañado cò palabras amorosas a vna heredad, y alli con manos violentas le quitò la vida. Y como permite Dios, que pecados tan grandes, y delitos tan atrozes, no esten ocultos, y quedẽ impunitos, permitio que por ciertos modos se descubriesse su pecado y assi se hizo de su persona exẽplar castigo, adonde expuesto, y pendiẽte del patibulo, pago 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 dio a entender *Bald. in cons. 187* en que dize, que por el temor, y presumpcion, que en semejãtes casos puede auer, no se deue criar el menor en casa de su tutor, o curador, especialmente teniendo derecho a sus bienes.

6 Lo qual se deue limitar en la madre, que siendo muger de buena vida, y fama, le deue criar hasta que se case, *vt ita docet, d. l. 19. ibi: Que si ouiesse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el juez el hijo que lo crie ella, è puedelo tener mientras mantuuiere viudez, y no casare, mas luego que casare, deuen sacar el huerfano de su poder, porque dixeron los sabios antiguos, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que no tan solamente le daria los bienes de sus hijos, mas aun consentiria la muerte dellos, por fazer plazer a su marido, & ita docet l. 1. & 2. C. vbi pupil. educ. deb.*

7 Despues de lo suso dicho tiene obligacion el tutor, y curador a administrar bien, y fielmente los bienes del dicho su menor, poniendo tanto cuydado, y diligencia en ellos, como en los suyos, porque de otra manera, estarà obligado de sus descuydos, y mala administracion, y que sin consideracion estuuieren consumidos, *vt est tex. in §. Igitur inst. de oblig. quæ ex contract. nascuntur, Dec. in cons. 192. nu. 5. in fin.*

8 De aqui se sigue, que en caso de ruyna, incendio, ò naufragio, tiene obligacion a reseruar, y librar los bienes de su menor, antes que los suyos, aliàs assimismo estarà obligado al daño, que a los bienes del dicho su menor se le siguieren, saluo en caso que el dicho tutor probasse, que los bienes de su menor no pudieron ser librados, *vt est text. literales in l. tutor secũdum dignitatem, §. 1. ff. de administrat. tut. Cassan. in cõsuet. Burg. rub. 6. §. 4. num. 2. Baeça de decimis tut. cap. 2. num. 91.*

9 Assimismo tiene obligaciõ el dicho tutor al reparo de las casas, y edificio del dicho su menor, de manera, q̃ por su culpa, y negligencia no se destruyan, y vengã por el suelo, porque si se probasse, estarà obligado al interesse del valor de las dichas casas, *vt est tex. in l. quæ tutoris, vers. Ergo, & domus, C. de administ. tut. & ita affirmat Ripa de peste, n. 14. Baeça vbi sup. num. 20.*

10 Es tambien oficio del tutor tener especial cuydado en el reparo, y trastejo de las camaras, y demas reparos, adonde està el trigo de sus menores, ò otras mercaderias, que por descuydo alguno con el agua se corrompa, y valgan menos, *vt ita docet Ioan. de Plat. in l. 2. C. de condit. in public. horr. lib. 10. Grezor. Lop. in l. 15. tit. 16. p. 6. glos. endereçar las cosas, Molina*

Theol.

Theol. de iustitia, & iur. 2. tract. disp. 224. col. 1383. vers. Quod ad minorum.

Mas tiene obligacion el dicho tutor de cultiuar las heredades: baruechar los erreñales, arrendar las casas, criar los ganados, y en todo poner especial cuydado, de forma, que por su descuydo no se le pueda hazer este cargo, *secundum Molinam vbi sup.* 11

Y las demas cosas, que comodamente no pudierē ser guardadas, sin perjuizio del menor, assi como vino, miel, trigo, azeyte, ganado, y otras cosas que no fueren necessarias, que siēpre no pueden estar conseruadas, se podràn vender por el dicho tutor, aunque sea sin decreto judicial, *vt in l. lex quæ, & in l. vltima, §. Vltimo, C. de administ. tut. & in l. vltima, C. quando decreto, non est.* 12

Y en caso q̄ el dicho tutor aya de vender algun trigo, ò otra mercaduria, no tienen obligacion de vēderlas fuera de lugar por interes del màs valor, porque basta, y cumple con vēderlas en el lugar adonde estan, sin ser necessario esperar tiempo congruo, yoportuno, porque de la mucha tardança se pueden corromper, y serà por cuenta del dicho tutor, *vt in l. tutor qui repertorum, §. Si tutor. ff. de administrat. tut. & cur. & ita affirmat Greg. Lop. in l. 16. tit. 16. part 6. glos. vltim. Molin. vbi sup. col. 1383. ad finem, Caualcan. de tutelis, & cur. num. 117.* 13

Y haziendo lo contrario, el dicho tutor, y curador, y no cumpliendo con su obligacion en la forma dicha demas de otros cargos, que constaren por escrito, y fueren justos, serà condenado el dicho tutor al daño que tuuieren los dichos bienes del menor, en cuyo juramento se difiere el interes dèl, *vt constat ex. l. 6. tit. 11. part. 3.* 14

§. Cargo.

Ibi: *Le auia dado cuenta buena, leal, è verdadera de todos quantos bienes dèl tomarà en guarda.* b Y para que esta clausula siga su efeto, es necessario q̄ assi de parte del tutor, como del menor, se deue tomar, y dar con los preceptos, y leyes pupilares, para quitar de medio qualesquier fraudes, y engaños que en semejantes casos se pudieren ofrecer, *vti docet Ias. cons. 219. num. 1. vol. 2.* 15

Cumplido, pues el termino, y tiempo de la dicha tutela no solo el tutor, y curador, pero sus herederos, y fiadores tienen 16

obligacion a dar cuenta de la tutela que ha administrado, *vt est text. in l. 1. & per tot. ff. de tutorib. & rationib. distrah. & ibi Bart. & comm. DD. Ioan. Garcia de expens. & meliorat. cap. 20. num. 22.*

17 Regularmente esta cuenta se deue dar, y pedir en el lugar adonde se discernio, y administrò, sin embargo que el tutor estè en agena jurisdicion, *per tex. in l. 1. & 2. & per l. Prætor, §. Is etiam, ff de ædendo, & per l. hæres absens, §. 1. ff. de iudicijs, Castil. in suo tractatu de cuentas, 6. p.* Pero deuese limitar en caso que vna vez la dio, ò requirio que le tomassen cuenta, porque por este hecho aunque estè en agena jurisdicion, no puede ser compulso, y apremiado a darla en el lugar q̃ administrò, sino adonde actualmente tiene su domicilio *secundum Petr. Surd. de aliment. tit. 1. q. 47. num. 9 fol. 55.*

18 Y no solo el seglar tiene obligacion a dar esta dicha cuenta, como dicho es, ante el juez que la discernio, pero tambien el Clerigo de orden Sacro, que de su volũtad recibiò la tutela de algun menor, sin ser apremiado por sus juezes, tendràn obligacion a 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, scilicet, que si el Clerigo de orden Sacro se mouio de caridad en recibir la dicha tutela, porque en realidad de verdad, el menor era pobre, y miserable, de ninguna manera perderia el priuilegio del fuero, *vt in cap peruenit 87. dist. & in cap. 1. & 2 dist. 88. & in l. orphanotrophos, C. de Episcopis, & Clericis, tex. in l. 45. & 48. tit. 6. part. 1.*

19 Pero si el dicho Clerigo, en caso que pudiendo no acetarla, como enefeto acetò, no puede ser apremiado por los juezes seculares, y lo hiziesse por causa de aprouecharse de los bienes del menor; entõces podrà ser apremiado a que dè la dicha cuenta ante el juez secular, *vt in auth sanctissimis Episc. §. Deo amabiles col. 9. & in l. 14. tit. 16 part. 6.*

20 Pero con todo esso esta dotrina, 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, fue requerido, y amonestado, vna, y tres vezes, no aceptasse el dicho oficio de tutor; y auiendose hecho con esta solemnidad, podrà muy bien ser conuenido ante el juez secular, a que dè la cuenta de la dicha tutela, y para ello puede ser preso, y apremiado, hasta que la dè, *vt ita sentit Abb. in c. 2.*

num.

num 6 ne Clerici, vel Monachi, idque tenet Bonicacius in tractatu de priuilegijs credit. num. 12. vol. 4. Bertachinus in tractatu de Episcopis, 5. part. lib. 4. num. 26. Straca de mercatur. 4. part n. 9. quos refert, & sequitur Muñoz de ratiocinijs, 1. p. cap. 8. num. 36. adonde dize cō Gutierrez, que lo mas seguro serà en estos dichos casos, que primero que se proceda cōtra los dichos Clerigos, se requiera a su Juez, y Vicario, para que con su mandamiento se pueda seguramente proceder contra los dichos Sacerdotes.

De cuya cuenta no ay nadie libre, ni essento, sino que forçosamente auiendo administrado bienes de menor, ha de dar buena, y verdadera cuenta de todos los dichos bienes, y es en tanta forma el que esta cuenta se deua dar, que aunque conste lo contrario del padre, ò madre por su testamento, y vltima voluntad, no ha lugar la dicha remission, por la presumpcion que se puede tener de que el tutor enagenerà los dichos bienes. Y por quitar toda presumpcion de fraude, y engaño, como en efeto le puede auer, no se deue cumplir esta voluntad, y remission, porque sin embargo ha de ser apriamiado a dar la dicha cuenta; y esto procede, aunque el testamento este ordenado, con clausula, y condicion q̄ diga. *Y en lo q̄ fuere condenado el dicho tutor por razō de la dicha administracion, y cuēta, es mi voluntad que el dicho alcance no se le pida, porque quiero que le aya, y goze, haziendo, como desde luego le hago gracia dello, vt ex text. in l. quidam decedens, ff. de admin. tut. l. Aurel. §. Caius ff. de lib. leg. Iasou in l. actione, C. de transact. Alex. in cons. 164. nu. 2. lib. 5. vbi affirmat, quod quamuis testator legauerit administratori totum illud, in quo contingerit eum condemnari, minime valet, & ita tenet Baeça de decimis tut. cap. 2. n. 160. & latè per Couar. var. resol. lib. 2. cap. 14.* 21 *Formatur alia clausula extraordinem*

Y no solo lo susodicho ha lugar en qualquier estraño, pero aunque la dicha administraciō se aya concedido a la madre cō la dicha remission, y legado, *vt ita refert Beaça vbi supra, num. 155. Dec. in cons. 94. sub num. 15. cum plurib. sequent. vol 3.* 22

Lo qual no solo procede en los estranos, y la madre, como dicho es, pero aun en el padre, administrador que es delos bienes del hijo, en que no goza del vsufruto dellos, como en los demas bienes aduenticios, *vt ex tex in l. literis, §. Pater, & ibi Bart ff. de nogotijs gestis, & in l. 3. de la guarda de los huerfanos, lib. 3. for.* Aunque esto se puede limitar en el segūdo caso, assi como si le fuere remetida la cuenta de la administracio de los 23

bienes de sus hijos, porque cessante fraude no tendràn obligacion a dar las dichas cuentas, y esto es especial tan solamẽte en el padre, *vt ita docet Bart. in dict. l. litis, §. Pater, Couar. vbi sup. Ang in cons. 185. 174.*

24 Y esta dicha venta no se prescriue por lapso de tiempo, sino es despues de treinta años, *vt notatur in l. maxime ff. de administr. tut. & in l. aduersus, & ibi Bald. C. de negotijs gestis, Caual. de tutel. & cur. num. 202. Gutierrez de iuram. confirm. 1. par. cap. 40. num. 18.*

25 Y aunque es verdad que los dichos tutores, y curadores, durante su oficio no pueden ser conuenidos a que dèn cuenta de la dicha su administraciõ; pero con todo esso lo podran ser en vno de tres casos. El primero auiẽdo cumplido el pupilo catorze años, siendo varon, y siendo muger, doze, vt in nostra l. 102. ibi: *Siendo mayor de catorze años, y estando en poder de curadores.* Es el segundo caso, que pueden ser conuenidos, auiẽdo cũplido los dichos menores, y menoras veinte y cinco años, *vt probatur in leg. 12. in fin. & in l. final, titulo 16. part. 6.* El tercero caso, porque pueden ser conuenidos, y remouidos de el dicho oficio de tutores, es quando se presume que aya engaño, y fraude en la administracion de los bienes, ò dissipacion dellos, ò por otra causa semejante. *Secundum l. cũ curatore 27 ff de administ. tut & in l. rationes, C de administ. tut. & in l. 1. per totum, tit. 18 part. 6.*

26 Y aunque es verdad, que conforme derecho Real de Partida, hasta los veinte, y cinco años no podian los menores pedir sus bienes, ni se les podia entregar, aunque se casassen, sino es con prouision Real, presentando informacion de capacidad, y suficiencia, para poderselos entregar, oy en quãto a esto està corregido por los capitulos de reformacion del año de mil, y seiscientos, y veinte y tres, en el n. 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 hazienda, y la de su muger, si fuere menor, sin tener necessidad de venta.*

27 Ibi; *Muebles, è rayzes q̃ vinieron a su mano.* Y para ver si al tutor se le hizieron justos cargos, es necessario, que conste si el dicho tutor manifestò el inuẽtario de los bienes de su menor que de obligacion ha de tener, adonde con claridad, y sin confusion ha de tener escritos, è inuentariados todos los bienes del patrimonio del menor, porque de otra manera, demas de la pena de infamia en que incurre, se sujetarà a lo que el

menor

menor jurare en que estima su inreres, *vt late disputat Mascar. de probat. 3. tom. conclus. 1392. nu. 1 cum seq.*

Despues de lo susodicho ha de constar si el dicho tutor presento el libro de cuentas, por donde se le ha de hazer cargo, y descargo; ò ya que se manifestò, no estuuo escrito con ordẽ, ni contiene cosas ciertas, ni partidas verisimiles, porque de otra manera no estãdo escrito cõ esta dicha claridad, assimismo se jurarà in liten contra el dicho tutor, *vt in l. 1. §. Oficio, ff. de tutel. & rationib distr. Baeça de decimis, cap. 2. num. 171. Mascard. vbi sup. 3. tom. conclus. 1392. num. 8. Ioan. Garc de expens. & meliorat. cap. 20. num. 22. 23. Roland. à Val. cons. 49. nu. 24. vol. 1. Socin sen. cons. 213. col. 2. vol. 2.* 28

Ibi: *Otrosi vino conociendo que le auia entregado todos quantos bienes dèl touiera, y le los frutos que dellos recibiò.* c Y aunque es verdad, q̃ cada vna destas dichas clausulas, segun sus palabras suenan, parece tienen notable fuerça, pero con todo esso por general que sea, presumiendo algun dolo, y engaño contra el dicho menor, de ninguna manera podrà el tutor fauorecerse destas clausulas generales. *Et est ratio, quia in generali renuntiatione non venit dolus, vt in l. Pomponius, ff. de negot. gest. & in l. 6. tit. 11. part. 6. & ibi Greg. Lop.* 29

Y assi para q̃ la fuerça de la dicha clausula aya de seguir su efeto, es necessario q̃ conste si conforme a los bienes inuentariados se le hizo cargo al dicho tutor de todos los frutos, è interesses de los dichos bienes, *vt ita tenet Baeç. de dez. cap. 2. n. 169* 30

Iten hà de constar, si se le hizo cargo de los interesses licitos del dinero q̃ entrò en su poder, y esto es, porque el tutor, y curador tienen obligacion a conseruar el capital de su menor, y hazer diligencia de darlo a cambio a algun mercader, de quiẽ se tenga satisfacion, de que darà con cuydado los interesses licitos, segun la costumbre de aquel lugar, y region, aduirtiendo, que esto se deue hazer con decreto judicial, porque sin el en caso que el cambio, ò mercader faltasse, y se perdiesse, pagarà el dicho tutor, especialmente si se pudiere prouar, q̃ aquel dinero se pudo emplear en heredades, ò cẽsos, *vt ita tenet Escobar de ratiociniis, cap. 14. num. 16.* 31

El qual dicho tutor no solo tiene obligaciòn a pagar los reditos de los dichos bienes, en caso que siendo dineros, no los empleo, pero tãbien ha de pagar reditos de reditos, *vt ita affirmat Villad. in Pol. c. 8. n. 58 fol. 7. Ayor. de partit. 1. p. c. 14. n. 22. per tot.* Y esto se entiende tomada la cuenta, *Rodrig. vbi infra ex num. 48.* 32

Para

33 Para lo qual el dicho tutor, ò curador tiene obligaciõ a seis meses diceruida la dicha tutela, ò curaduria, a emplear el dicho dinero, y lo que se adquiere durante la dicha tutela, lo deue emplear a dos meses luego que entrare en su poder, *vt in l. si tutor constitutus, & in l tutor qui repertorium, §. Vsuræ, ff. de administrat. tutor.* Y de otra manera pagarà los dichos interesses, segun el precio mas baxo de aquella tierra; y si se prouare que conuirtio el dicho dinero en su propio vso, y aprouechamiento pudiẽdolo emplear en la forma dicha, ha de pagar los interesses mas rigurosos que ninguno; y en el primer caso serà a razon de a catorze mil el millar, y en el segũdo a razon de a veinte, *vt in l. qui repertorium, §. Si post depositionẽ, vers. Deponi ff de administ. tut. l. fin. C. eo. l. 1. C. de vsur. pupil. authent. nouissime, C. de administ. tut. & ibi communiter DD. Escob. vbi sup. cap. 14. nu. 3. cum alijs sequent. Gutier. lib. 2. cap. 9. num. 5 cum alijs.* Pero deuese aduertir, que si el tutor muriere, y huuiere sido negligente, y descuydado en emplear el dinero del dicho su menor, que esta culpa no seles puede imputar a sus herederos, y miẽtras no se contestò la dicha causa con el dicho tutor, no tendià obligacion a pagar los dichos herederos los interesses del dicho dinero, saluo si se prouare que el dicho tutor no los emplò por defraudar a su menor, de manera q̃ se le pueda imputar dolo, ò lata culpa, y no leue, ni leuissima, y entonces pagarà lo q̃ se prouare que pudiera rendir aquel dinero, con tanto que no se difiera su cantidad en el juramento del menor, por no auer lugar en los herederos, *l. hæres, & ibi glos. ff. de fideiuss. tut. & est tex. in l. cum ostendimus, & ibi glos. verb. negligentia ff. eo. l. 1. C. de bæredit. tut.* Ayora *vbi sup. num. 34. quem sequitur Escobar vbi sup. cap. 14 num. 21. in fin. l. 6. titul. 11. par. 3. & ibi Greg. glos. 7. per tex. in l. fin. C. de in litẽ iurand.* Aduirtiendo que si los herederos no requirieron a los menores, para que nõbrassen otros curadores, y empleassen el dinero que no lo estaua pagaràn los dichos interesses, *vt in l. tutor, qui epertorium, §. Pecunia. ff. de administ. tut. Gutierr vbi supra num. 20. & 21. & vide Rodrig. de redit. lib. 3. cap. 10. per totum.*

34 Y en caso que en la dicha forma no aya cumplido el dicho tutor, siẽdo en culpa, y negligẽcia, ha de pagar los dichos interesses, prouandose la dicha negligencia, porq̃ es justo que se prueue, aunque se deua ipso iure, y como era considerable para el dicho efeto, alias no estara obligado al dicho interes, *vt notat Paul. de Castro in cons. 140. col. fin. vol. 1. vers. super quinto, Escobar vbi sup. nu. 6.*

Item

Iten 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 aya manifestado todas, y qualesquier escrituras, q̃ por ellas seguirse le pudiesse al menor algun prouecho, tẽdra obligaciõ a la restitucion del interes dellas, y se sujetara a lo q̃ el dicho menor jurare, *vt est tex. in l. 1. & in l. alio, C. de in litem iurand. & in l. ad uersus, C. eodem, & ibi commun. DD. & in l. 6. tit. 11. par. 3.* 35

Iten, demas de lo susodicho ha de constar, si los bienes que fueron vendidos, fuerõ legitimamẽte enagenados, y estos es, porque el tutor no puede enagenar los bienes rayzes del dicho su menor, sino es en caso de grã necessidad, ò quãdo es en vtilidad del dicho menor, y aun entonces es necessario que preceda, e interuenga autoridad del juez con suficiente informacion, ò con junta de parientes, de que assi conuiene, como en este lugar, y villa de Yeuenes 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 publica, y q̃ sea por espacio de treinta dias, cõ otros tantos pregones, *vt ita sentit, l. 60. tit. 18. par. 3.* Ibi: *Con otorgamiento del juez del lugar, andando la cosa publicamente en almoneda treinta dias: & ita docet Greg. Lopez in l. 4. tit. 5. par. 5. glos. 6. & de hac forma vide Monterr. in sua pract. 7. tract. fol 144. ad fin.* Y si los dichos bienes fuerẽ vendidos en otra forma, sera la enagenacion nula, *vt ita colligitur ex doctrina supra relata, & ita probatur in l. 18. tit. 16. par. 6. & in l. 4. glos. 6. tit. 5. par. 5. Escobar de ratiocinijs, cap. 16. per totum.* 36

Y no solo se le puede hazer cargo al dicho tutor destos bienes, que sin la dicha autoridad fueron vendidos, pero tambiẽ se podrã repetir de qualquier tercero posseedor, en quien estuuieren enagenados, aora el dicho posseedor los tẽga, y possea por titulo particular, ò vniuersal, *per tex. in l. magis puto, §. res alienum & §. Maneat, ff de reb. eorum, Paulus de Castro cons. 105. num. 2. par. 2.* 37

Y no solo puede repetir el dicho menor la cosa vendida sin la dicha solenidad, pero tambien los frutos vniuersales de la heredad enagenada, en caso que el que compro, no tuuiesse buena fe en la dicha venta, por saber que erã bienes del menor *vt in l. si prædium, C. de præd. minor. Couar. var. res lib. 1. cap. 3. n. 6. Octauianus in decis. Pedemont. 159. num. 1. 2. & 10. Escob. vbi supra num. 33. & 34.* 38

39 Y no solo procede en los dichos frutos vniuersales, pero tābien en los industriales, aunque esten cōsumidos, si por causa dellos fuere mas rico, y concurriendo, como dicho es, la mala fè, *Secundum Couar. dict. cap. 3 num. 6. ad fin.*

40 Pero si el que compro la heredad, ò casa del menor, la tiene, y possee de buena fe, entendiendo q̄ no era de menor, por esta buena fè no tendrà obligacion a restituirlos, sino es desde el dia de la cōtestacion, y assimismo no ha lugar la dicha restituciō de frutos, en caso q̄ en la dicha venta no se huuiesse guardado el orden, y solēnidad q̄ de derecho se requiere, precediēdo buena fe, pues no es justo que el descuido del Escriuano le padezca el comprador, *vt in l. igitur, §. Postea, ff. lib. causa, & in cap. peruenit, de emptione, & vendition. & ibi Imola col. 2. vers. itē notat Couar in regula possess. in 7. part. §. 7. nu. 5.*

41 Todo lo qual se deue entender sin hazer excursion en el tutor, ò curadores, aunq̄ aya passado en tercero, ò quarto posseedor, prouādo es leso, y engañado, y trata de sacar la misma cosa, pero en caso que tan solamēte trate de repetir el menos valor en que fue agrauiado, entonces se ha de hazer excursion en el vendedor, antes que se pida al tercero, ò quarto posseedor, teniendo buena fe, alias se podrà pedir derechamente contra los susodichos, *vt in l. in causa 1. §. Interdū, & in §. Pomponius, ac l. sequenti, ff. de minoribus, & ita notat Molina de iustitia, & iure, 2. tract. disput. 573. num. 19.*

42 Y de qualquier manera que sea, el menor leso, y agrauiado en la enagenacion de la cosa vendida, y aunque sea con la solemnidad del Derecho, puede pedir el menor rescission de la dicha venta, y enagenacion, siendo tan considerable la cosa rayz vendida, que le puede sustētar al dicho menor: y esto se entiende, pagando al tercero posseedor, lo que costò de los mismos bienes del menor, siendo justamente vendida, y cōuirtiendose su precio en vtilidad suya, quādo al principio fue enagenada, alias se pagara de los bienes del tutor, ò curador, *vt ita notat Molina vbi supra.*

43 Los quales bienes no se prescriben, aunque passen en tercero posseedor, miētras fuerē 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, Cōcejo, y Comunidades *vt in l. 9. & in l. fin. tit. 19 par. 6.*

44 Iten, assimismo ha de constar, si se le hizo cargo de las deudas

das que le estauã deuiendo al dicho menor: y es la razon, porq̃ el tutor deue tener especial cuydado de cobrar las deudas de sus menores, de manera que por la tardança no se pierdã, porq̃ si se perdiessen, no ay duda sino q̃ se le deue hazer cargo de toda la deuda, y por lo menos lo que no huuiere cobrado, sino es que para su cobrança hizo cõ algun cuydado en tiempo sus diligencias, ò que por algun caso fortuito el deudor no pudo pagar, *vt est tex. in l. tutores, §. Adolescens, & in l. debitoribus, C. de administ. tut. & in l. si sine, §. Modestinus, ff. eo.* Y assimismo se deue limitar la dicha doctrina, si en cobrar las dichas deudas se auia de gastar mas de lo que valian, *vt ita tenet Menoch. de arbitrar. cas. 72. nu. 7 Mexia sup. l. Tolet. in primo fundamento, 12. p. num. 11. fol. 27.* Cuya prueba de la dicha negligencia de cobrar las deudas le incumbe siempre al menor, porque el tutor solamente cumple con dezir que no ha podido cobrarlas, aunque no muestre las diligencias, y assimismo cumple con dar los instrumentos, y escrituras que para lo dicho le entregaron, *vt ita notat Escobar de ratiocinijs, cap. 19. nu. 22.* Lo qual tan solamente se ha de entender quando se piden, y van haziendo las cuentas, de que sera lo contrario, quando despues de hechas, y aprouadas por las partes, ò confirmadas por juez, si pidiere error, ò otra cosa qualquiera, porque entonces le incumbe la prueua dello al que dize fue agrauiado, aunq̃ en la sentẽcia, ò aprouacion se recibe qualquier error, y agrauio, como adelante diremos en el n. 68. *Et ita docet Escob. vbi sup. cum alijs, c. 41. n. 28.*

Iten, ha de constar si se le hizo cargo al dicho tutor del precio de las casas de su morada, que por no reparallas en tiẽpo, y pudiendo, se vinieron por el suelo. Y es la razon, que los tutores han de tener especial cuydado en el reparar las casas de su morada, y los demas edificios, porq̃ de no hazerlo assi, pagaran el daño que en ellas por las dichas causas resultare, *vt in l. lex quæ tutor, §. Ergo, & domus, C. de administ. tut. Ripa in tract. ad conseruandum, num. 14.* 45

Iten, ha de constar, si assimismo se le hizo cargo de lo que gasto mal gastado en los pleytos de sus menores, en los quales no tuuo justicia, los quales siguio sin parecer de Letrado de ciẽcia, y conciencia: y es cierto que sera condenado, si sin la dicha autoridad, y parecer siguiere el dicho tutor los dichos pleitos, *vt tenet Maranta de ordine iud. 6. part. 3. artic. nu. 39. Baez. de decim. cap. 2. num. 109. Bar. in l. ita tamen, §. Hac, el 2. ff. iudicat soluend. Menoch. cons. 145. num. 6. vol. 2.* 46

Iten,

47 Iten, 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 descuydo doloso del dicho tutor: y es muy justo, q̃ por las dichas causas pague el interes de los dichos edificios, o de otra qualquier cosa que por el dicho fraude y dolo se huuiesse quemado, saluo siẽdo por caso fortuyto, *vt ita colligit. ex ver. leg. in rebus in principio, ff. commodat. Ant. Prag. de tutoribus, & curatoribus, quæst. 19. num. 17.*

48 Iten, assimismo ha de constar, si se le hizo cargo de los salarios que el menor ganò, por razon de sus soldadas, que consta re auer entrado en su poder, ò que por su negligencia se perdieron, y no se cobraron, probãdolo el menor, que le incumbe antes de estar aprouadas las cuentas, y no despues, como dicho queda. Y assimismo se le deue hazer cargo de los salarios, que estando en su casa ganò, si por su seruicio se escusò el dicho tutor de otro criado, ò criada para el seruicio de su casa. Y assi aduierte *Escobar de ratiocinijs, cap. 22. num. 12.* que los dichos tutores hagan pregonar el trabajo, y seruicio del moço, è infante, porque sino, se compensaran los seruicios cõ los alimentos desde edad de cinco años, hasta que conste a arbitrio de buen varon, que su trabajo se deue estimar en mas: porque siempre se espera a la edad de catorze años. *Et ita voluit Corneus consil. 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 viuio, por ser propias del menor. A unq̃ esta dotrina se deue limitar en caso que era conueniente que el dicho tutor, y curador viuiessen en las dichas casas de sus menores, para el buen gouierno, y administracion de sus bienes, *vt ita notat Castill. in tractatu de cuentas. 9. parte, vers. Tambien.* Todos los quales cargos y los demas que cõstaren ser justos, han de auer precedido, para que el tutor, ò curador consigan liberaciõ, y justos finiquitos de las dichas cuentas. Lo qual, y con la misma distincion se ha de assimismo entender en fauor de los dichos tutores, y curadores, recibiendoles sus descargos en la forma siguiente, deshaziendo el agrauio que se les huuiere hecho.

§. Descargo.

50 Ibi: *E dixo, y otorgò que auia por firme todos quantos pleytos, y posi-*

posturas fiziera el dicho guardador por el. d Y quãto a lo primero se ha de aduertir, q̃ a los dichos tutores, y curadores se les deue recibir por descargo todo lo q̃ constare auer gastado por causa de defender los pleytos, y causas de sus menores, pues teniẽdo como tienen obligacion a defenderlas, siendo con iusticia, sera razon q̃ se le reciba en cuenta el dicho gasto, *vt habetur in tit. ff. de tut. & ration. distr. Ioan. Garc. de expens. cap. 20. num. 17.*

Iten 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 constãdo dellas, sera justicia se le reciban en cuenta, y se tassen assimismo sus interesses, siẽdo vtiles, y necessarios, lo qual no solo se deue entẽder en el tiempo que fuerõ hechas, pero tambien, aunque esten destruydas por el tiempo, ò caso fortuyto, *vt ita constat in l. plane, ad fin. ff. de petition. heredit. Ioan. Garcia vbi supra, cap. 20. num. 20.* 51

Iten, ha de constar si al dicho tutor, ò curador se le recibio por cuenta, y descargo todo lo que constare auer gastado en los alimẽtos del dicho menor: y esto no solo ha lugar en el sustento de los dichos menores, pero tambien en lo q̃ se huuiere gastado en sus enfermedades: y assimismo ha de constar si se le hizo descargo del salario q̃ huuiere pagado por razon, y causa de auer enseñado, y dotrinado a los dichos sus menores, ò por razon de auerles enseñado algun oficio, ò facultad, como en el gasto de calçarle, y vestirle, à si, y a sus criados, *vt hæc omnia probantur in l. 1. §. 1. cum similibus, ff. de tutor. & rationibus distrahend. & in l. cum plures, §. fin. ff. de administ. tut. Ioan. Garc. vbi sup. cap. 3. num. 51. & in cap. 4. num. 7.* 52

Iten, assimismo deue constar si se les recibio por cuenta, y descargo a los dichos tutores, y curadores, no solo los dichos gastos fechos en vtilidad de los dichos menores, pero tambien todo lo que constare auerse gastado en alimentar a sus hermanos, pues de derecho, siendo tan pobres que no tengan que comer, puede ser apremiado el hermano rico, à alimentar, y sustẽtar a su hermana pobre, especialmente no teniendo descendiẽtes, o ascendientes que lo puedan hazer, *vt in l. mutus*; ibi: *Egẽtem virum fratrem, sororem ve substineat. ff. de aliment. dotium, & in l. cum plures, §. fin. & in l. tutor secundum dignitatem, §. fin. ff. de administr. tutor. Anton. Gomez in l. 40. Tauri, num. 75.* 53

Cuya dotrina, no solo procede en los hermanos, pero tambien en sus hijos, y mugeres: y es razon, porq̃ el que tiene obligacion, ex legis dispositione, a sustẽtar a su hermano, ergo per con- 54

consequens, la tendrà a sus sobrinos, q̃ de derecho representa la persona de su padre: y esto se estiẽde, como dicho es, a la muger del dicho su hermano. De aqui se infiere, q̃ los hijos espurios, assi de Clerigos, ò Frayles, como los demas q̃ de derecho no puedẽ suceder a los dichos sus padres, ex testamẽto, nec ab intestato, hã de ser alimẽtados, no solo de sus padres, pero tãbiẽ de sus hermanos, aunq̃ sean naturales, y expurios, no auiẽdo otra persona mas cercana, y q̃ lo pueda hazer: porq̃ en estos casos no se ha de considerar el rigor de Derecho, sino la equidad, *vt in cap. cum haberent, de eo qui dux. in matrim. & ita affirmat Greg. Lop. in l. 4. tit. 16 p. 4. glos. fin. & in l. 18. tit. 6. par. 6. glos. Casar. Molin lib. 2 Hisp. primog. cap. 15. nu. 64 & est communis secundum Gutier. de tutelis, & curis, 2. par. cap. 3. nu. 23.*

55 La qual doctrina assimismo se deue entender en el hermano de parte de padre, ò de madre, que son tan pobres, que no tienen de adonde alimentarse, *vt notat Bald. in l. qui filium. ff. vbi pupil. educ. deb. Petrus Surd. de alimentis, tit. 1. quæst. 25. nu. 17. quos refert, & sequitur Gutier. vbi sup. num. 24.*

56 Itẽ deue costar, si al dicho tutor se le recibio en cuẽta todos los gastos q̃ huuiere hecho en reparar las casas de su menor: y es cosa justa, q̃ si el dicho tutor ha gastado algunos marauedis en el reparo de las casas de su menor, que se le reciban en cuẽta aquellos interesses, como assimismo se ha de recibir por descargo lo que huuiere gastado en el labrar, y cultiuar las heredades, pues fue en prouecho suyo, *ex vers. item sumptus, ex l. 1. §. Si pupillus. ff. de tutorib. & rationibus distr. Ioan. Garcia de expens. & melioratiõnibus, cap. 4. nu. 11. Petrus Surdus vbi supra tit. 6. quæst. 14. num. 5.*

57 Ibi: *Otrosi las pagas que fiziera, y escriuiera en nombre dèl.* e Iten demas de lo susodicho ha de constar, si al dicho tutor se le pusieron por descargo todos los marauedis que constare auer pagado el dicho tutor por deudas de su menor, o auerlas cobrado en su nombre: y esto procede, porque todas las deudas que el tutor, ò curador en nombre de su menor huuiere pagado, porque las quedò deuiendo 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 a sus deudores para el dicho descargo, no cõstando de verdadera numeracion, no se libra el dicho tutor, ni los dichos deudores por la presuncion de engaño que en estos casos puede auer, y resultar contra los dichos menores, sino

es

es probando paga, ò verdadera numeraciõ, como dicho es, *vt docet Bart. & communiter DD. in l. 2 §. Vltim. num 6 ff si certum petatur, Castill. in suo tract de ratiociniis, 8. part. fol. 25.*

Iten se le deue hazer descargo de la dezima parte del fruto 58
delos bienes de su menor, por razon de su administraciõ, porque de assi hazerle el dicho descargo, sera conforme a derecho, segun consta de la ley 2. titul. 7. lib. 3. for. cuyo tenor es el siguiente: *Si algunos huerfanos que sean sin edad, fincaren sin padre, ò sin madre, los parientes mas propinquos, que ayan edad, y sean para ello, reciban à ellos, y a todos sus bienes delante del Alcalde, y delante omes buenos, por escrito, y guarden los fasta que los huerfanos vengan à edad, y sino ouiere parientes que sean para ello, el Alcalde delos à guardar con todos sus bienes à algun ome bueno, y tengalos assi como es sobredicho. y quienquier que los tenga, mantengalos de los frutos,* ibi: *Y tome para si el dezimo 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 recibiò.* La qual dezima no solamente se deue dar al estraño, pero tambien al padre, y madre, que quedaren por tutores, ò curadores de sus hijos: y esto procede, aunque el padre sea vsufrutuario de los bienes del hijo. Y es la razon, porque no ha de ser de peor condicion el padre que el estraño, *vt ita tenet Gutier. de tutellis, & curis, 3. part. cap. 4. per totum.* Y quales sean frutos, y por tales se reputen, enseña el mismo *Gutierrez ibi cap. 23.*

Y en otros muchos dize reputarse por frutos, el vino, azey- 59
te, trigo, y otros qualesquier frutos industriales, y naturales, assimismo mançanas nuezes, auellanas, bellotas y assimismo arrendamientos de casas, por reputarse segun Derecho por frutos, *vt ibi Gutier.*

Iten, si dieren frutos los reditos de los censos perpetuos 60
ò redimibles, *Secundum eundem Gutierrez vbi supra cap 35. nu. 2. post princip.*

Y entre otros bienes que no se reputan frutiferos, son los 61
siguientes, partos de esclauas, *vt in l 23. titul. 31. part. 3. probatur.* Y assimismo el lucro, y bienes ganados con el dinero del trabajo del menor, assi como si era oficial, ò Escriuano, ò Letrado, porque desta ganancia, ni de sus reditos, ò grangeria, no se paga dezima, como assimismo no se deue pagar de las soldadas, y salarios de lo que los dichos menores huuieren ganado, *vt ita affirmat idem Gutierrez vbi supra cap. 30. nu. 19. vsque ad num. 23.*

62 Assimismo no deue lleuar el tutor, y curador dezima de los bienes Eclesiasticos, que goza el menor por razon de algũ beneficio, ò capellania colata, sino es en caso que la curaduria sea discernida por el juez Eclesiastico: y assi es buen consejo, que en semejantes casos se acuda a los juezes Eclesiasticos, para que por su autoridad se discierna la dicha curaduria, ò tutela, *vt ita aduertit Gutierrez vbi supra cap. 32. num. 6.* Demas de lo dicho, no se le deue dar dezima al tutor, y curador del vlufruto que le fuere mandado a su menor, *vt ita docet Gutier. vbi supra cap. 36. num. fin in fin.*

63 Y en quanto a los frutos pendientes al tiempo de la tutela, ò al tiempo que se acabò, se pagarà la dezima prorata del tiempo, y trabajo de aquel año, *vt ita relinquit idem Gutierrez vbi supra cap. 37. num. 23. 24. meliore iudicio cogitandum.*

64 Todos los quales frutos, en quanto a la dezima, se le han de poner por descargo al dicho tutor, sacando primero todos los gastos, y expensas que se huuieren hecho en labrar las heredades, y coger sus frutos, *vt ita docet Gutier. vbi sup. cap. 37. per totum.*

65 Finalmente se ha de notar, que si estuuiere dudoso todo lo que el tutor diere por descargo, y se remitiere a prueba, bastara q̃ 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, q̃ no pudiesse constar de otros testigos, porque por ventura es a cerca de los gastos de labrar las heredades, ò en lo q̃ gastò por razon de sus alimentos, ò otras cosas semejãtes, *vt tenet idẽ Gutier. vbi sup. 3. p. cap. 1. n. 147. cũ pluribus seq.*

66 *Ibi. Otrosi Aluar Perez se quitò de todo derecho è de toda cosa que pudiera demandar a Sancho Garcia, y a sus herederos.* f. Y aunque es verdad como dicho es, que cada vna de las dichas clausulas tiene notable fuerça, de donde se pudiera inferir, que no solamente se deuia entender en lo especial, pero tambiẽ en lo general no expressado, assi como si dixesse de todos dares, y tomares. Y es la razon, porque quiẽ todo lo dize, ninguna cosa dexa, *vt in l. Iulianus. ff. de legat. 3. & qui generalia verba profert, generaliter debet intelligi, vt in l. 1. §. Et generaliter, ff. de legat. præstandis, & in l. fin. ff. de regul. iuris.*

67 Pero sin embargo de todo lo susodicho, se ha de tener, lo contrario en este caso, ò de otro qualquier administrador, y assi se concluye, que todas estas clausulas generales, por la presuncion que ay de engaño, no se deuen estender a mas de

lo

lo que suenan, que de Derecho no ha lugar, auiendo, como dicho es, engaño, sino es en lo q̃ fuere especificado expressamente, o probado fuere, *vt ita probatur in l. 14. tit. 18. par. 3.* Ibi: *Ca esta carta no le quita sino de quanto nombra en ella señaladamente, è de lo que dio verdadera cuenta.* Y es assimismo razon verdadera, que de ninguna manera se da credito a 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, vt in l. non est nouum ff. de leg. Escobar de ratiocinijs. cap. 4. nu. 21. cum sequentibus.*

La qual dotrina assimismo ha lugar en las demas cuentas particulares, assi en el error, como en el engaño, y que consiste en Derecho, y esto ha de ser antes que esten confirmadas por el juez, sino es por via de apelacion, y en tiempo, *vt ita defendit Azeued. in l. 22. tit. 6. lib. 3. Recop. Escobar de ratiocinijs, cap. 41. n. 1 cũ alijs seq.* Y aun dize, que despues de confirmadas por el juez, se pueden emẽdar, assi como si el error consiste en la suma, ò si se reseruò en la sentencia el agrauio de las partes, *Et alia vt ibi: y vease el capitulo 11. del libro 2. §. deudas, num. 53. 54. 55. 56.* 68

Ibi: *E que señaladamente, que dende adelante no pudiesse dezir, ni querellar, que por engaño, ni por culpa, ni por negligencia del perdiera, ni menoscabara cosa alguna de lo suyo.* g Finalmente para conclusion desta penultima clausula, se ha de notar, q̃ miẽtras no cõstare que para otorgar el dicho menor estos finiquitos, no precedierõ 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 esten escritos confusamente, ni generalmente sino cada vna de por si, y con distincion, assi lo recibido, como lo dado, y lo que en nombre del dicho menor hauuiere cobrado, o dado, no alcançarà liberacion el dicho tutor, porque por el mismo hecho se presume dolo contra los dichos tutores, y estan obligados a l'interesse, que en estos casos se difiere en el juramento de sus menores, *vt ita tenet Rolandus à Valle in consil. 49 per totum, Baeza de decimis tutorum Hispan. iure præst. cap. 2. num. 171. quos sequitur, & refert Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 40 nnmero 18. per totum. idem Gutierrez de tutelis, 4. part. cap. 1. num. 121.* adonde dize, que no perjudica al menor la 69

liberacion de cuentas que hizo el segundo tutor, ò curador al primero, constando de fraude, *vt etiam ita affirmat Baeza vbi supra cap.2 num.161.*

70 Ibi: *E todas estas cosas, è cada vna dellas prometiò, è jurò.* h Y aunque a los menores de veinte, y cinco años, y mayores de catorze les es permitido el jurar sus contratos, y estar, y passar por ellos, vt supra dictum est; pero en estos casos de cuentas se ha de tener lo contrario, especialmente alegando error, o engaño: y assi pedida la venia, id est, relaxacion del juramento ad effectum agendi, & excipiendi se han de retractar tales cõtratos, y siendo executado el menor por el alcance que le hizo su curador, oponiendo esta excepcion, se ha de mandar anular el dicho instrumento, probandose algun error, o engaño, y mandar que se deshagan: saluo si el dicho menor, ò otra qualquier persona, se obligaron a q̃ dentro de cierto tiempo dirian de sus agrauios, y passado q̃ no fuessen oidos, lo qual ha lugar, especialmẽte siendo jurada esta cõuencion, *vt ita docet Anton. Thesaur. decis 260. num. 10. per doctrinam Bald. cons. 317. lib. 4.*

§. Cuentas.

71 Constando pues de obligacion de dar estas dichas cuentas, aora sea por causa de la dicha tutela, ò por administracion, ò en virtud de algun conocimiento que aya procedido de alguna administracion, ò en virtud de sentencia executoriada, el estilo mas ordinario, es que cada vna de las partes nombra cõrador (sin bastar su assistencia) y en su rebeldia nõbra el juez: los quales segun la justificacion de las partidas hazen el cargo, y descargo, y hechas las aprueban de su parte, y las presentan ante el juez, el qual manda dar traslado dellas a las dichas partes, para que dentro de tercero dia las aprueben, ò contradigan, apercibiendoles, que passado el dicho termino las aprobara, y mandara executar sin embargo de apelacion en quanto al efeto suspensiuo: y si dẽtro del dicho termino dixessen de agrauios, y pidiessen que se nombrasse otro tercero para verlas, y justificarlas, lo deue hazer el juez: y sin dar lugar a prueba en este caso, se deue conformar el juez con el voto deste dicho tercero, y aprobar su parecer, y se manda executar, dandoles primero vn breue termino para pagar su alcance: y en caso que la parte agrauiada se ofrezca a probar sus agrauios, no auiẽdose intentado antes el probarlos, se recibe a prueba sobre ellos, y se

haze

haze publicacion de testigos; y siendo aprobadas en conformidad de los contadores, ò la mayor parte dellos, con aprobaciõ assimismo del juez, se mãdan executar, sin embargo de apelacion, dandoles vn termino breue para la dicha paga, segun dicho es, *segun la ley final, titul. 21. lib 4. Recopilat. Escobar de ratiocin. cap. 31. num. 7. 8. 9.* Y es de aduertir, que si la parte agrauiada reclamare de algunas partidas, y de otras no, es visto aprobarlas, y assi se deue executar sin embargo de apelacion, y sin esperar que las demas se aprueben, segun, y como dicho es, *& ita tenet Escobar vbi supra num. 7. in fin.* Y el estilo mas comũ que en estas dichas cuentas se tiene, es, que antes que los dichos contadores den sus pareceres, piden las partes prueba en lo q̃ fundan su justicia, como assi lo tiene *Paz in praxi, 4. par. tom. 1. cap. 1. ex numer. 15. quem refert, & sequitur Rodrig. Amat. in tract de execut. cap. 1. articul. 2. num. 29. 30. & iterum in artic. 4. num. 21. & 22.*

Y en caso que los dichos contadores no se conformaren, 72
se manda que nombren vn tercero para su discordia, y en su rebeldia nombra el juez, el qual cõformãdose con la mayor parte de los cõtadores, siendo aprobado su parecer por el juez, se manda executar, segun, y de la forma que dicho es, aũque muchas vezes 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 cõtadores, ò la mayor parte dellos, mandareis executar.* Lo qual se deue cumplir en la dicha forma dando primero, y ante todas cosas el acreedor fiãças segun, y conforme la ley de Madrid, la qual se deue dar antes que se executen, de que es al contrario en las demas execuciones que se causan en virtud de escrituras, porq̃ las dichas fianças no se dan sino es despues de sentẽcia de remate conforme a ley de Toledo, *Escobar vbi supra numer. 10. vsque ad numerum 18.*

Y es de aduertir, que si el juez nombrare de su oficio el ter 73
cero en discordia, sin rebeldia de la parte que no quisiere nombrar, no se podra executar su parecer, sino que justamẽte, se podra apelar de las dichas cuentas, apelando en tiempo dellas en la forma, y tiempo que en las demas causas: saluo si auiendose de dar las dichas cuẽtas en virtud de sentencia executoriada, estuuiere ordenada con la clausula precedẽte, *vt ita notat Ioan. Garcia de expens. cap fin. numero 28. quem refert Escobar vbi sup. cap. 33. num. 1. & 2. cum alijs sequentibus, vsque ad numerum 18.*

74 Mas se aduierte, que todas las vezes que el tercero fuere nombrado por las partes, que tiene obligacion a conformarse precisamente con vno de los dichos contadores, sin apartarse de su voto, mirando con justificaciō cada partida para conformarse con el contador que mejor arbitrò en ella; y fuera lo cōtrario, si el juez nombrara en los casos que puede, segun es dicho: porque entonces puede muy bien apartarse en todo, ò en parte de sus pareceres, y votos, y los podrà moderar, y hazer lo que mas justo le pareciere, *segun Escobar vbi supra cap. 32. n. 23.*

75 Y todas las vezes que por sospecha de fuga, ò ausencia del obligado a dar las dichas quentas, no quisiere dar fianças de estar a derecho deue ser preso en el interin que la dà, y se le han de secrestar sus bienes: la qual sospecha ha de constar por vna sumaria informaciō, aunq̄ en este caso no tendrà obligaciō a dar fiança de pagar juzgado, y sentenciado, como assi dize Escob. auerse determinado en la Chancilleria de Valladolid, *vide eum vbi supra cap. 4. num. 20.*

76 Y boluiendo al dicho oficio de tutores, digo, que para ser executados por razon de sus alcances, han de preceder las dichas cuētas, segū, y con la solenidad supra dicha, y se darà por nulo, si de otra manera se hiziesse, saluo si en el instrumento, y obligacion de la tutela y curaduria faltasse aquella clausula cō que comunmēte suelen ser ordenados, scilicet, *Y acabado el tiēpo de la dicha tutela, se obliga que darà cuenta con cargo, y descargo.* Y es la razon, porque entonces no se obliga a mas de dar cuentas, y por su omission se podrà executar derechamēte sin esperar hazer las dichas cuentas, por lo que constare auer recibido y entrado en su poder, saluo por lo que prouare auer gastado en el termino de los diez dias: aunque en este caso se suele dar mayor termino para hazer el dicho descargo, *vt ita notat Escobar vbi supra cap. 21. num. 23. & 24. quem refert, & sequitur Rodriguez Amat. vbi supra artic. 4. num. 35.*

Formatur alia clausula.

77 Y no queriendo el tutor, ò curador parecer a dar estas dichas cuentas, puede ser apremiado con prision, y que para ello nombre contador, como dicho es, sin embargo de que sea labrador, hidalgo, o cauallero, saluo si fuere padre, ò madre, en los casos que fueren tutores; no obstante que las madres ayan renunciado el Veleyano, y demas leyes en su fauor. Y esto procede assimismo entre suegros, y yernos por reputarse todos por padres, e hijos, *vt in l. quia parentis, ff. solut. matrimonio, & in l. 15. tit. 11. par. 4.* Lo qual se estiēde en todos, y qualesquier

con-

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, § Entre go, nu. 130. Aunque si los dichos contratos no fueron celebrados constante aquel matrimonio, cessarà esse priuilegio, *secundum gl. §. l. maritum, ver. Facere potest, ff solut matrimonio, & ibi Bartol. numero 1. Angel. in §. item si de dote, instit. de actionibus, numer. 2.*

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 dar las dichas cuentas, porque basta que se ayà hecho con los dichos tutores, sin que assimismo sea necesserio hazer excursion, ni renunciar las demas leyes que hablan en su fauor porque basta obligarse simplemente. Y esto procede, aunque se ayan obligado, como abonadores de los dichos fiadores, ò tutores, por ser visto en este caso quedar todos obligados, como principales, *secundum text. notabil. in l. cum ostendimus, §. sin ff de fideiussor. tutor.* Y porque diximos que los dichos fiadores no es necessario ser citados para las dichas cuentas para ser executados, se ha de entender quando la dicha fiança se otorgò calore indicij, & per modum contentiosæ iurisdictionis, saluo si fue por modo de contrato extra iudicium, porque entonces han de ser citados, sino es que la escritura de fiança fue ordenada con la clausula guarentigia, ò se obligo a q̃ estaria, y passaria por las cuentas hechas con el dicho tutor, ò quando renunciò el Authentico de fideiussoribus, *vt hæc omnia notat Escob. vbi sup. c. 34. ex num. 3. 4. 5. 6. 7.* 78

Y es de notar en practica, que si el menor pidiere execuciõ contra los bienes de su padrastro por los bienes dotales, que sin embargo de que el padre alegue, q̃ primero ha de dar cuenta de los demas bienes, que como tutor administrador de su entenado, por auerlos incorporado todos juntos, se ha de declarar auer lugar la dicha execucion, *vt ita docet Escob. vbi sup. c. 21. n. 31.* 79

Demas de lo qual es de notar no aurà lugar la dicha excepcion de cuentas, en lo que el tutor, ò curador recibiò extra de los bienes de la tutela, para efeto de casarse, ò entrar en Religion, *vt ita notat idem Escobar vbi sup. n. 32.* 80

Mas dize el mismo Escobar, que passando la muger a segundo matrimonio, y pidiendo execucion contra los bienes 81

de su marido por razon de su dote, que aurà 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 a cuentas, se deuen dar dentro de dos meses, ò en el tiempo que le pareciere al juez, *vt ita affirmat vbi sup. n. 30.*

82 Finalmente se ha de notar, que si al tiempo que se discernio la tutela, ò curaduria, no era tan abonado el fiador que el juez aprouo como los bienes del mismo menor, id est, tan rico, que faltando bienes en el dicho fiador, y tutor, serà coueni do 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; saluo si por remouer la dicha tutela, ò curaduria, otro qualquier juez en otros tutores, y fiadores, que no eran tan abonados, se hizo de peor condicion, porque entonces pagarà el que la remouio, *vt hæc omnia notantur, per Greg. Lopez in l. 9. glos. 5. tit. 16. part. 6. Azeued. in l. 13. titul. 9. lib. 3. Recopil. & per text. in l. Lucius 2. §. Paul. ff. de administrat. tutor.*

LIBRO SEGVNDO SOBRE EL MISMO TRATADO de clausulas instrumentales, adonde con suma distincion se trata lo mas essencial, y necessario que ofrecerse puede en testamentos, y vltimas voluntades, y otras dudas en particiones, valdè vtiles, y practicables en esta materia.

CAPITVLO I. Adonde por el orden de las palabras de la clausula del otorgamiento, con que todos, y qualesquier testamentos deuen ser otorgados, y ordenados, que la ley 2. titulo 1. part. 6. nos enseña, se trata en que forma, y con que solemnidad se deuen celebrar los dichos testamentos, segun derecho, y practica, con otras muchas anotaciones, è importantes à los dichos oficios de Escriuanos.

SVMARIO.

1 *Testamento, y vltima voluntad, con que clausula, y palabras deue ser otorgado, y qual sea su verdadera exposicion.*

2 *Testamento, y vltima voluntad, en que especies se diuide en quanto à su disposicion.*

3 *Mandas, si se deuen cumplir en caso que el testamento se viciè por defecto de solemnidad.*

4 *Con que solemnidad han de ser otorgados los testamentos in scriptis, que llamamos cerrados.*

5 Signo de Escriuano 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 necessidad se requiere publicacion en estos dichos testamentos, y que forma se deue tener para esta dicha publicacion, num. 8.
9 Que personas no pueden testar.
10 Testar si pueden los mudos, y sordos à natiuitate.
11 Testar si pueden los prodigos y gastadores.
12 Testar si puede el publico 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 familias y de que parte de sus bienes.
18 Si del tercio de que los hijos familias pueden disponer, han de gozar sus padres primeramente de su vso fruto.
19 Testar si puede el Clerigo hijo familias de todos sus bienes en perjuizio de sus padres.
20 Querella si pueden los ascendientes proponer siendo de los dichos sus hijos desheredados.
21 Que solemnidad deue tener el testamento, adõde vn Clerigo instituye, y nombra a otro Clerigo por su heredero.
22 Testar si puede el ciego, y con que solemnidad, y si puede testar in scriptis, ibi. num. 23.
24 Testamento otorgado entre hijos, y descendientes, que solemnidad deue 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 escriuio, y ordenò & ibi num 29.
30 Institucion si ha lugar en cedula particular, y en que forma, y ante que testigos se deue declarar, para que no se anule.
31 Institucion, y disposicion remitida a tercera persona, si serà valida, ò si por el mismo hecho se viciarà, y anularà.
32 Forma que se deue tener en la prueba destos dichos casos.
33 Testar si puede el comissario en virtud del poder que se le dà, y hasta donde se puede estender.

34 *Comissario si puede disponer ad libitum, no auiendole dado poder para cosa señalada y cierta.*

35 *Si puede el Fisco, no auiendo parientes hasta el dezimo grado del difunto suceder en todos sus bienes.*

36 *Dentro de que tiempo ha de cumplir el dicho comissario la voluntad del difunto.*

37 *Menor siendo comissario, si puede pedir restitucion del tiempo passado para poder disponer destos dichos bienes.*

38 *Reuocar si puede el dicho comissario el testamento que el difunto antes tenia otorgado.*

39 *Reuocar si puede el comissario el testamento, que vna vez hizo, y otorgò.*

40 *Si no cũpliendo los dichos comissarios con el dicho su oficio dẽtro del tiempo que deuen sucederàn los parientes mas cercanos en los bienes del difunto.*

41 *Comissario en virtud del poder que tiene, hasta que cantidad podrà disponer siendo empeçado el testamento por el difunto.*

42 *No conformandose muchos comissarios, en que forma, y manera se deue proceder y ante que testigos se han de otorgar estos poderes, num. 43.*

44 *Vender si se deuen en publica almoneda los bienes del testador para pagar sus deudas, y si cessarà la dicha venta pagando el heredero estas dichas deudas, ibi num. 45.*

46 *Salarios si se deuẽ a los dichos comissarios, y si por el mismo hecho, que no aceptaren los testamentarios el dicho oficio, perderàn las mandas que el testador les huuiere mandado, ibi num 47.*

VTRVM, Que sea testamento, y que solemnidad deue tener, y sobre todo quien puede testar, y disponer de sus bienes? Y porque en realidad de verdad los dichos testamentos no tienen mas fuerça de quanto son otorgados, y no siguẽ sus efetos, mientras no estan consentidos, y aprobados, para que estas dichas voluntades se asseguren con mas cumplida, y entera execucion, que en casos semejantes es justo que se asseguren, se notaran las palabras de la *ley 2. titul. 1. part. 6.* en su vltima parte, en que demas de enseñarnos la forma con que han de ser otorgados los dichos testamentos, y vltimas voluntades, se aduertirà en su consequencia lo mas vtil, y necessario tocante a la dicha materia, y muy prouechoso a los oficios de los dichos Escriuanos, cuyo tenor es el siguiente, ibi: *Otorgo, que este es el testamento, a que yo fulano b fize, è mandè escriuir. c.* Ibi:

Ri

Formatur alia clausula.

2 Ibi: *Que este es el testamento.* a Y ante todas cosas se ha de notar, que el testamento no es otra cosa, que vna sentencia, y vltima voluntad, que el testador quiere que se cũpla, y guarde despues de su fin, y muerte, como assi lo dixo el Iurisconsulto Vlpiano en la *ley 1. ff. de testamentis*, ibi: *Est voluntatis nostra iuxta sententiam de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.* Cuya sentencia, y disposicion se diuide en dos especies, la vna es voluntad manifiesta, y la otra oculta, de las quales la vna nos enseña la *ley 1. tit. 4. lib. 5. noua Recop.* cuyo tenor es el siguiente: *Si alguno ordenare su testamento, ò otra postrimera voluntad con Escriuano publico, deuen ser presentes a lo ver otorgar tres testigos, a lo menos vezinos del lugar donde el testamento se hiziere. Y si lo hiziere sin Escriuano publico, que sean ahi a lo menos cinco testigos vezinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere auer. Y sino pudieren ser auidos cinco testigos, ni Escriuano en el dicho lugar, a lo menos sean presentes tres testigos vezinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vezinos, ni passe ante Escriuano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere valga el testamento, aunque los testigos no sean vezinos del lugar a donde se hiziere el testamento. Y mandamos, q̃ el testamento, que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto a las mandas, y otras cosas que en èl se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno. y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra, auia de heredar en caso que el testador no hiziera testamento, y cumpliesse 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 èl se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, ò le legare, ò mandare alguna cosa, para que le dè a otro alguno, a quien substituyere en la herencia, ò manda, si el tal heredero, ò legatario no quisiere aceptar, ò renunciare la herencia, ò el legado, el substituto, ò substituytos lo puedan auer todo.* Por manera, que segun las palabras de la dicha ley, nos da a entender, si el testamento nuncupatiuo se otorgare con Escriuano publico, deuen ser tres testigos presentes, y que estos sean vezinos de aquel mismo lugar: y si se otorgare sin el dicho Escriuano, por lo menos hã de ser presentes cinco testigos, assimismo vezinos del mismo lugar adonde se otorgare el dicho testamento; y si el dicho lugar fuere tal, que no se hallarẽ los cinco testigos, por lo menos se han de hallar presentes tres testigos vezinos por el consiguiente del dicho lugar, y si se otorga

re

re ante siete testigos, serà valido el dicho testamento, aunque no sea ante Escriuano, ni los dichos testigos sean vezinos de aquel lugar, *vt etiam notat Ant. Gom in l. 3. Tauri, n. 47. & Conar. cap. cùm esses, de test. num. 2.*

Solo resta, si en los casos que el testamento es de derecho nulo, de que por su defeto passan los bienes, y hazienda a los parientes mas cercanos del testador, si los legados, y mandas que la dicha ley dize, se han de cumplir, y de tener efeto, aunq̃ sea por qualquier solemnidad del Derecho. Y segun las palabras de la dicha ley, parece no ay dificultad ninguna, sino que se hã de cumplir, y executar, vt ibi: *Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto a las mandas, y otras cosas que en èl se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero.* Por manera, que segun nos da a entender, aunque el testamento no sea otorgado ante suficiente numero de testigos, ò por defeto de voluntad, toda via se deuen cumplir las dichas mandas. Y aunque es verdad, que por defeto de solemnidad no se vicia el testamento en quãto a las mandas, pero no se ha de entẽder quando faltò numero de testigos de derecho necessarios para otorgar los dichos testamentos como dicho queda, ni assimismo se ha de entender quando faltò voluntad del testador, porque fortè haziendo testamento perdio la lengua, y no pudo passar adelante, especialmente, quando con vehementes presumpciones consta, que el testador no acabo de disponer de sus bienes, y hazienda, *vt ita probat Ant. Gom in l. 3. Tauri, nu. 18. & in n. 106. Burgos de Paz in d. l. 3. n. 23. Tellus in d. l. 3. n. 18. & 19. in 2. p. Matienç. in l. 11. tit. 4 glos. 1. n. 1. lib. 5. Rec. Azeu. in d. l. 1. n. 62. idẽ Azeu. in l. 1. d. tit. 4. n. 107* adonde todos concluyẽ, que si las mandas son ad pias causas, ò mejoras entre hijos, seràn nulas por el defeto de la voluntad. 3

Y en quanto al testamento in scriptis, id est, cerrado, nos enseña la solemnidad que ha de tener la *l. 2. d. tit. 4. lib. 5. noua Recop.* 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 pratique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupatiuo, aora sea entre los hijos, ò descendientes legitimos, aora entre herederos estraños. Pero en el testamento cerrado, que en Latin se dize in scriptis, mandamos que interuengan a lo menos siete testigos con vn Escriuano, los quales* 4

ayan

testamentos, aora sean in scriptis, ò nuncupatiuos, concurriẽdo Escriuano publico, no es necessario publicacion, cessarà este incõueniente, sino es en los casos, que por auer falta de Escriuano es necessario hazer la dicha publicacion, *vt affirmat Ant. Gom. in l. 3. Tauri, nu. 15. Molina de iust. & iur. 2. tract. disput. 126. num. 5.*

7 Auiendose de publicar los dichos testamentos, el estilo ordinario que se tiene en estos dichos casos, es, que a pedimiẽto de alguno de los que presumẽ son herederos, ò otro qualquiera que fuere interessado, pide que citados todos aquellos que derecho tuuieren, ò pareciere tener a los bienes que dexò fulano ya difunto, se haga publicacion de vn testamento cerrado, de que tiene entera noticia, que por el dicho difunto fue instituido por su vniuersal heredero, ò que le dexò vn legado, ò manda, presentada la peticion, y visto lo que por ella se pide, en su cumplimiento se manda citar a todos aquellos que parecieren ser interessados, ò que muriendo el testador abintestato, 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 conocierõ al otorgãte, y testador, y si saben que ya es difunto. Y hecha esta informaciõ, pronũcia el juez auto, en que se manda que se guarde; pronũciando assimismo es valido, y entonces se dize quedar publicado, *vt ita notat Anton. Gom. vbi sup. ind. l. 3. Taur. n. 15. Molin. vbi sup. n. 5. vers. fin. in concutem.*

8 Ibi: *Que yo fulano.* b Y siendo el acto de testar licito en si, y de derecho a todos permitido, tan solamente son aquellos, que no pueden testar, los que para el dicho efeto no tienen natural facultad, porque fortè carecen del vso de la libertad, ò porque les falta el sentido, y son incapazes de entendimiẽto. Y quales sean aquestos, nos enseña la *ley 13. tit. 1. p. 6.* que son los siguientes. El mancebo que carece del vso de razõ, menor de catorze años, siendo varõ, y siendo muger de doze, el hijo familias, el loco, y furioso, el mudo, y sordo a natiuitate, aũque si el loco tenia dilucidos interualos biẽ podrà disponer, y hazer testamento de sus bienes en el tiempo de la memoria, y juizio, y serà valido, y perfeto como si siẽpre estuuiesse sano, y bueno, *vt habetur in §. 1. inst. quib. non est permiss. facer. testam. l. furiosum, C. qui testamentum facere poss. & in d. l. 13. ibi:*

Otrosi, el que fuesse salido de la memoria, non puede fazer testamento mientras que fuere desmemoriado.

Y si el mudo, y sordo lo fuesse por alguna enfermedad, de- 9
forma, que supiesse escriuir, bien puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano, y de otra manera no, aunque sea por señales, sino es con rescripto, y licencia del Principe, *vt ita habetur in dict. l. 13. & in l. discretis, C. qui testament. facere poss. §. Item surdus, instit. quibus non est permiss. facere testam.* Pero si el que ha de hazer testamento es soldado, que actualmente està siruiendo en la guerra, aunque sea mudo, y sordo, como dicho es, puede hazer testamento por señales, *vt patet in §. Quinimò, inst. de militari testam.* Y es la razon, que la solemnidad de los testamentos de los soldados, es remissa por el Derecho, pues quando estuuierã en su entero, y perfecto entendimiẽto, bastaua otorgar sus testamentos, y postrimeras voluntades, ante dos testigos, aunque fuessen mugeres, *vt cum Bart. & cõmuni Doctorum sententia, ait Iulius Clarus, §. Testam. quæst. 55. & in l. diuus, ff. de militari testam. est l. 4. tit. 1. p. 6.* Cuyo testamento en caso de peligro de muerte, porque con las heridas estaua agonizando con la muerte, se puede otorgar ante dos testigos, rogados por señales del cuerpo, ò por escriuir la dicha su voluntad en la arena, ò con su misma sangre en su escudo, bayna, ò espada, *vt constat ex l. milites, C. de testament. milit. & in §. 1. per tot. inst. eo. & in d. l. 4. tit. 1. p. 6.* Y aunque no sea soldado, siendo mudo, y sordo, podrà testar ad pias causas, con solamẽte señales, *vt in cap. si ibi, & ibi glos. de testament. Couar. in dict. c. Gam. decis. 81. Iulius Clar. §. Testamentum, quæst. 6. Ant. Gom. in l. 3. Taur. num. 110. quos sequitur, & refert Molina, de iust. & iur. 2. tract. disp. 134. n. 8. iterum in disp. 136. num. 5. 6.*

Y los que assimismo no pueden testar, son el prodigo, y 10
gastador, que por autoridad de Iuez se le ha dado guardador, y administrador a sus bienes, sino es que antes desta prohibicion le tuuiesse hecho, y otorgado, *vt ita habetur in l. is cui, ff. de testam. §. Item prodigus, inst. quib. non est permiss. facere testam. & in d. l. 13. tit. 1. p. 6.*

Iten, el manifiesto vsurario, no puede hazer, y otorgar 11
testamento, sino es pagando las vsuras, y restituyendo lo mal ganado, ò dando fianças de lo assi restituir, *vt ita habetur in cap. quamquam, §. Vlt. de vsuris in 6.* saluo no hallando quien le fie, y testando ad pias causas, *teste Couar. 3. lib. varia. resol. cap. 3. vers. vlt.*

12 Y aunque muchos dixeron, que el descomulgado no podia hazer testamento, pero siguiendo la mas probable opinõ, se ha de tener lo contrario, en que podra licitamente testar, aora sea publica, ò secretamẽte descomulgado, *vt ita affirmat Panormitan. in Rub. de testam. Sylvest. verb. Testam 1. q. 3. part. n. 9. Covar. in Rubr. de testam. 2. p. nu. 18. Ant. Gom. vbi sup. in d. l. 3. Taur. n. 15. cum Bart. & alijs, quos refert, & sequitur.*

13 Assimismo no puede testar el que fuere infame, por el delito de auer infamado a otro por libelo famoso, *vt in l. is cui, §. Vlt. & l. cum lex, ff. de testam. & in l. lex Cornelia, §. Vlt. ff. de iniurijs.*

14 Y el que por delito alguno incurriere en pena de confiscacion de sus bienes, no podrà testar; pero en caso que por el delito no tenga confiscados todos sus bienes, de los que quedaren, aunque sea condenado a muerte natural, ò ciuil, bien podra testar, y disponer dellos, *vt ita habetur in l. 3. tit. 4. lib. 5. nouæ Recop.*

15 Y porque dixímos, que el mentecato, y furioso no podian hazer testamento, y es cosa muy justa, y conforme a razon, pues para hazer, y otorgar los dichos testamentos, no es licito que sean incapazes, pues para qualquier acto, siempre se requiere perfecion, y entera sanidad en el entendimiento, de manera, que de ninguna suerte se presuma demẽcia, furor, ò 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 defeto de juizio, y entendimiento, no se darà lugar a que la disposicion, y voluntad se otorgue, especialmente si el dicho testador notoriamente estuuo recibido, que tenia diluzidos interualos de furiosidad, y locura, porq̃ aunq̃ es verdad q̃ para qualquier acto no se requiere perfecion en el cuerpo, tamen en quanto al entendimiento se requiere entereza, sanidad, y perfecion, *vt est text. in l. furiosum, C. qui testamen facere possunt, & ibi communiter Doctores, tex. in c. fin. de successionib. ab intest. Spin. de testam. glos. 10. Rubricæ per totam.*

16 Todo lo qual sin ninguna distincion se ha de estender en el frenetico, y mentecato, porque aunque assimismo se puede conceder, que el furioso no puede hazer, ni otorgar testamento, como dicho es tan solamente se ha de entender quãdo presumpta, ò euidentemente se colige, ò manifiestamente consta su furor, y rabia por actos exteriores, pero no si el testa-

mento

mento fue otorgado en los dichos diluzidos interualos, de que se presume està en su entero, y perfecto entendimiento, porq̃ entonces ha de valer el dicho testamẽto, y se ha de cumplir, y executar su volũtad, como dicho queda. Y si el frenetico en la enfermedad tuuiere estos diluzidos interualos, antes, y despues del testamento, fuera lo contrario, porq̃ de la enfermedad, y su grauedad, siempre se presume estar en aquel frenesi, especialmente si la dicha enfermedad le va apretando, por manera que si antes de querer otorgar el dicho testamento el enfermo auia estado frenetico, y al parecer se le huuiesse aliuiado la calẽtura, y en este tiẽpo otorgasse el dicho testamento, y despues en breue espacio le boluiesse 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 entendimiẽto, por tenerle trauado, y omisso, especialmente quando de sus razones, y modo de hablar se conoce estarlo. Y aũque parece ay dificultad en conocer qual sea fatuo, ò mentecato; pero con todo esso no la puede auer, pues por las razones, y palabras de cada vno, se colige qual sea fatuo, ò mentecato; esto atento a que el mentecato siempre carece de todo punto de razon, que es el que de derecho no puede hazer, ni otorgar testamento; y el fatuo, aunque en alguna manera causan risa sus razones, por no tener entero juyzio, pero con todo esso no faltandole de todo punto, podrà muy bien hazer testamento, y serà valido, *vt hæc omnia, & in phrenetico est text. in cap. cum dilectus, de success. ab intest. Bald. in l. humanitatis, C. de impuberib. Iason in l. furiosum, C qui testam. facere poss. Ioan. allegat. 1. per totum. Et in mentecapto, & fatuo tenet Ioannes Faber in §. Præterea, inst. quib. non est permiss facere test. Isidor. in lib. 10. Etimologiarum, S. Thom. 2. 2. quæst. 46. art. 1. quos refert Greg. Lopez in l. 13. tit. part. 6. & in l. in aduersa, ff de testamen. & ibi commun. DD.*

17 Y porque assimismo diximos, que el hijo familias no podia hazer testamento, hodie segun la ley 6. de Toro, aunque es verdad que en todos sus bienes no puede disponer; con todo esso se les concede a los hijos familias disponer del tercio de sus bienes, en la forma que quisieren, y por bien tuuieren. Y lo que en este caso se puede dudar, es si se ha de entender poder disponer, assi del vsufruto, como de la propiedad del dicho tercio. Y segun las palabras de la dicha ley 6. parece la di-

dificultad està clara, ibi: *Pero bien permitimos, que no embargante, que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descēdientes en su vida, ò hazer otra qualquier vltima voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren.* Por manera, que por la disposicion de la dicha ley parece, que en propiedad, y vsufruto pueden los dichos hijos familias disponer de los dichos bienes, segun assi lo entiende Antonio Gomez en la dicha ley 6. num. 14. de si mismo contrario.

18 Pero sin embargo de lo supradicho, se ha de tener lo contrario, porque no fue visto que la dicha ley 6. fuesse ordenada tan en fauor de los hijos, no expressandose, como no se expresso, y assi ha de quedar en lo omisso en la disposiciō del Derecho comun, id est, que el padre goze primero del dicho vsufruto, por los dias que viuiere, *vt ita probat Gregorio Lopez in l. 15 glos. que està en poder, tit. 1. part. 6. Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 1. part. numer. 44. Perez in l. 1. tit. 2. lib. 5. Ordin. column. 3. Tellus in dicta l. 6. Taur. n. 3. & 4. Peral. in Rubric. de heredib. instituend. num. 180. Rojas de successionib. abintest. cap. 29. numer. 23. Mieres de maiorat. 1. part. quest. 1. numer. 46. Matienço in l. 4. tit. 4. lib. 5. gloss. 3. numer. 3. & in gloss. 4. num. 1. Velazquez in dict. l. 6. Tauri, numer. 14. Azeued. in l. 9. titul. 1. num. 4. lib. 5. Recopil. ipsimet contrar. in l. 4. tit. 4. lib. 5. numer. 12. 13. & 14. quam nostram opinionem tenet. Molina de primogen. lib. 2. cap. 9. numer. 22. 23. 24. Molina Theol. de iustit. & iure, 2. tract. disput. 138. num. 2.* Y assi es buena aduertencia, que los padres concedan esta licencia, para que los hijos puedan disponer assimismo del vsufruto, y que esta licencia sea para todos, y qualesquier testamentos, porque sino se expressa assi, en virtud della no podrà reuocar el primero, ni hazer, ni ordenar otro, porque si le hiziere, serà nulo, y quedarà valido el primero. Y es la razon, porque aquella comission, y facultad tan solamente se entendio para aquel primer acto. *Et quia dispositio hominis tantummodo restringitur ad primum actum, vt ita docet Decius in cons. 512. ex num. 2. per l. boues, §. Hoc sermone, ff. de verborum significat. quem sequitur Conar. in cap. cum inofficiys, de pact. numer. 8. & hoc est decissum, per l. 35. Tauri, & ibi omnes Tauristæ.* Y aduiertese mas, que en este tercio no se imputa la cōdenacion, 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, *vt ita notat Azeu. in l. 1. tit. 8. nu. 86. 87. lib. 5. nouæ Recop.* adonde assimismo

mo lo limita en caso que el hijo no dexasse otra haziẽda. Por lo qual assimismo yo lo entiẽdo en la mejora de tercio, y quinto, respeto del padre muerto, siguiendo sus hijos la injuria, *per l. 14. tit. 13 par. 7.* y esto se entiende, respeto de las deudas, *Boer. decis. 221. num. 5.*

Mas se deue notar, que por permanecer el Clerigo de orden sacro en la potestad de su padre, assimismo no podrà disponer del vsufruto del dicho tercio. Lo qual procederà, y aura lugar en la forma siguiente, y es assi, que si el dicho Clerigo tuuiere bienes aduenticios heredados de su madre, ò de otra qualquier parte, aura lugar la dicha dotrina, de que primero ha de gozar el padre del dicho vsufruto, pero si los dichos bienes son castrenses, vel quasi castrenses, ganados intuitu Ecclesiæ, ò los ha adquirido de qualquier manera despues del Clericato, no ay duda, sino que podrà disponer assimismo del dicho vsufruto, pues en ellos el padre no los tiene, aũque el hijo sea de corona, segun diremos adelante en el capitul. 11. § Frutos, numero 100. *cum Molina de primogen. 1. p. cap. 19. num. 25 cum alijs.* Sin embargo, que por la *ley 13. titulo 1. part. 6.* estaua dispuesto que los soldados, Abogados, y Caualleros, y Clerigos podian disponer en perjuizio 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 demas 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. Tell. in l. 5. Tauri, num. 2. cum alijs sequentibus, Roxas de successionibus, cap. 29 num 23. & 24. Spin. specul. testam 4 part. Rub. num. 15. quos sequitur, & refert Azeued. in l. 1. tit. 8. num. 56 57 58. 59 lib. 5. Recop. Auend in dicta l. 6. Taur. glos 7. per totum.*

29

Y si los dichos Clerigos de hecho huuieren dispuesto desheredando a sus padres de todos sus bienes, assi aduenticios, como los castrenses, vel quasi, valdra por lo menos en los adquiridos intuitu Ecclesiæ, en el dicho tercio en propiedad, y vsufruto, y en los demas aduenticios, y los que por tales se reputan, serà nulo el dicho testamento in totum, y se fujetarà a la querella de los dichos padres, como testamento inoficioso, assi como si los dichos testamentos fueran otorgados por los demas hijos, agora sean emancipados soldados ò Abogados, *vt ita docet Couar. in cap. quia ad nos, num. 6. de testamentis*, tal-

30

uo si estos dichos testamentos, adonde los padres fueron desheredados sin causa, estuuieren ordenados, y otorgados con clausula codicilar, scilicet: *Y quiero que este mi testamento valga en la mejor via y forma que de derecho huuiere 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, agora sea hijo familias, Clerigo ò soldado, abogado, ò emãcipado, *vt ita notat Azeu. in l. 1. tit. 8. n. 28. lib. 5. nouæ Rec. vbi dicit, est optimum consilium, & habuit de facto Molin. de iust. & iur. 2. tract. disp. 132. num. 7.*

21 Y no es menos digna de tener en la memoria cierta limitacion que se puede dar a la dicha ley 1. titul. 4. lib. 5. Recop. ibi: *Si alguno ordenare su testamento.* De que supone no ay persona priuilegiada, ni exceptada, y que generalmente habla: de que se sigue comprehende a todas, y qualesquier personas habiles para testar. Y porque no ay regla, que no tenga y padezca su excepcion, se limita en el Clerigo testador, q̃ instituyò a otro Clerigo por su vniuersal, o particular heredero, de q̃ entõces 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 obseruar la solemnidad de la dicha *l. 1. vt ita probat Abb. in cap. quod Clericis, nu. 9. & 20. de foro competent. & in cap. Ecclesiæ Sanctæ Mariæ num. 14. eodem titulo, & ibi Imola, & Felin. num. 83. Bald. in authent. casa, & irrita, C. de Sacrosanct. Eccles. 5. quæst. Tellus in l. 3. Taur. nu. 11. 5. part. Gutierrez lib. 2 quæst. cap. 49. num. 6.* Los quales testigos me parece deuen ser varones, y no mugeres per ea quæ dixit *Couarr. in cap. cum esses, de testament. num. 4.* Aunque Molina dixo seran idoneos, aunque fuessẽ mugeres, especialmẽte tratãdo de la solemnidad de los testamentos, in terris Ecclesiæ, *vide eũ in 2. tract. disp. 133. n. 6.*

22 Y entre los demas que pueden hazer testamento, y disponer de sus bienes, es assimismo en particular el ciego, cuya solemnidad enseña la dicha ley 2. titul. 4. lib. 5. nouæ Recop. ibi *Y mandamos, que en el testamento del ciego interuengan cinco testigos a lo menos.* La qual solemnidad se requiere, agora sea entre estraños, ò entre hijos, y descendientes, demas, que los testigos deuen ser de la misma calidad que de los demas testamentos, los quales han de ser vezinos del mismo lugar adonde se otorgare el dicho testamento, como assi lo nota *Anton. Gomez in dict. ley 3. Tauri, num. 47. per l. 1. titul. 4. lib. 5. nouæ Recopi-*

copilat. Molina, de iustitia, & iure, tractatu 2. disput. 130. in fin.

Y es de notar, que el ciego no puede testar in scriptis, por causa que puede ser engañado, supuesto q̃ de escriuirle otra persona, y no poder leer el dicho su testamento, facilmẽte fuera engañado; demas, que quando se permitiera, que testar pudiera in scriptis, como dicho es, eran necessarios siete testigos, y con la solemnidad que en los demas testamentos se requiere: y assi, segun las palabras de la dicha ley, tan solamente nos dio a entender, que el dicho testamento ha de ser abierto, y ha de tener las demas solemnidades que en los demas testamentos nuncupatiuos se requieren, saluo q̃ de necessidad no se requiere Escriuano, como assi lo nota el mismo *Ant. Gom. in d. l. 3. n. 52.* teniendo los dichos cinco testigos de la dicha ley. 23

Finalmente se concluye en esta segunda parte, que testando el padre entre sus hijos se requiere la misma solemnidad q̃ en los demas testamentos entre estraños, porque de otra manera, aunq̃ es verdad, que sus hijos, y descendientes le son herederos ex testamento, & abintestato, pero con todo esso, faltandole la solemnidad dicha, serà nulo en quanto a las mandas, y mejoras, especialmente siendo por defeto 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. noua Recopilat.* ibi: *Agara sea entre los hijos, ò descendientes legitimos, & ita notat idem Anton Gomez vbi supra, num. 58. 59. & in num. 18. & 106.* La qual doctrina assimismo se estiende en los testamentos cerrados, en los quales ha de interuenir la misma solemnidad, que si se otorgara entre estraños, *vt etiam idem Ant. notat ibi num. 60. quem sequitur, & refert Molina vbi supra, disput. 128. in fin.* 24

Ibi: *Fize, è mandè escriuir.* c Y aunque es verdad, que para descargo de la conciencia es necessario hazer, y otorgar testamento, especialmente si de no hazerse los dichos testamẽtos huuiere de resultar escandalo, por no auer declarado el testador, y difunto lo que por auerse callado, resulto algun daño, y perjuizio al tercero; ò porque entre los acreedores se mouieron pleytos, y gastos. Pero cõ todo esso, cessando todos estos inconueniente, no pecara venialmente, quando no otorgue testamento, ni aya institucion de heredero, sino es cumpliẽdo con las demas obligaciones de buen Christiano, que es confessar, y comulgar. Y es la razon, porq̃ quãdo muera abintestato, se le ha de hazer su entierro, y gasto funeral, como si lo hu- 25

huuiesse mandado, y se le han de dezir sus Missas, segun su hazienda, y calidad de su persona, como adelante en el cap. fin. diremos. De donde se saca, que esta voluntad de testar ha de ser libre, y espontanea, de manera que ni por fuerça, miedo, ni halagos, ni ruegos ha de ser obligada la dicha voluntad del testador, demas que pecarà mortalmente el que fuere causa, è interuiniere a lo susodicho, y tiene obligacion a restituyr aquel interes a quien en cuyo perjuizio pretendio quitarselo, *vt in l. 1. C. si quis aliquem prohiberit testari. Nauarr. in Manual. præludio 6. num 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 necessidad, 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. titul. 3. part. 6. ibi: *Nombrandole por su nome*, se ha de entender de necessidad, que el mismo testador declare su heredero. Pero con todo esto se ha de limitar, quãdo el testador por la grauedad de la enfermedad, sin perder el sentido, perdio la lẽgua, y con señales manifiestas significa su voluntad, siẽdo en especial la dicha su disposicion ad pias causas, *vt ita docet Gregor. Lop. in dict. l. 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 Escriuano, ò otra qualquier persona el dicho testador sea preguntado, si quiere, y es su voluntad instituir por su heredero vniuersal a fulano: y entonces el dicho testador, con señales ciertas, y verdaderas manifestasse, y diesse a entender que aquella era su voluntad, *vt ita indistinctè tenet Azeu. in l. 1. tit. 4. nu. 163. lib. 5. nouæ Recop. idem Greg. vbi 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. titul. 9p. 6. ibi: *La persona de aquel a quien es fecha la manda deue 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. iubemus, C. de testam. Couar. in cap. cum tibi, de testament. num. 3. Ant. Gom. in l. 3. Tauri, num. 11.*

Y quanto a lo segũdo se puede dudar assimismo, si el testador puede disponer, y testar de sus bienes, dando facultad a vn tercero, para que en su nombre ordene su testamento, per-

28

mis

mitiendo asimismo, que el dicho tercero se nombre por su vniuersal heredero. Y para conclusion desta duda, se responde con la distincion siguiente, scilicet, que si el testamento fue in scriptis, adonde el mismo tercero que escriuio el testamento, se nombro por heredero del testador, ò señalò manda, o legado, que entonces sera nulo el dicho testamento, y no se deue cumplir lo en el contenido, puesto quelos testigos no saben si es verdadera aquella institucion, *vt ita habetur in l. 1. cum sequentib. C. de is, qui sibi ascribunt in testam. & in l. 1. §. Ad testamenta, ff. ad l. Cornel. de falsi.*

Pero si el dicho testamento fue nuncupatiuo, valdrà la dicha institucion, y legados: y esto tiene su fundamento, en que la fe, y autoridad que se le dà al dicho testamento, no consiste en que el testador declare su voluntad, y que permitiesse que el dicho heredero se instituyesse por tal, si la dicha disposicion no la manifestara ante testigos: y assi sin dificultad alguna serà valido el dicho testamento, si despues de ordenado se hallaron presentes los testigos necessarios para los dichos testamẽtos, como dicho queda, y se les leyo el dicho testamento, *vt ita notat Cinus in l. 1. C. de is qui sibi ascrib. in test. & ita colligitur ex doctrina Speculat. tit. de instr. edil. §. Instrumentũ, versic. Quid ergo. Bart. in l. 1. §. Ex illa, ff de falsis, numer. 1. Bald. in l. di. Cautib. C. de testam. & in l. si testator, C. de his qui sibi ascrib. in test. Molin. de iust. & iure, 2. tract. disput. 125. n. 5. in fin.* Adonde dize, que si los testigos, ò Escriuano al tiempo de la publicacion del dicho testamento no se acuerdan si el dicho heredero por tal fue instituydo, que por esta presuncion se vicia, y se dà por nulo el dicho testamento, *ex doctrina Bartol. in l. 1. §. Ex illa, ff. ad legem Cornel. de falsis.* 29

De aqui se infiere, que si el testador ante suficiente numero de testigos, ò en su testamento, siendo ordenado, y otorgado ante Escriuano, dixesse: Quiero, y es mi voluntad, que la persona que esta escrita en tal cedula de mi nombre, y letra, la qual tiene tal Religioso, ò persona, que aya, 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, *vt ita notat Couarr. in cap. relatum 1. de testam. num. 5. Iulius Clar. §. testamentum, quæst. 4. & 36. Menoch. lib. 2. Successionum, §. 17. num. 5.* 30

De todo lo qual se infiere assimismo aquella decisiõ, y disposicion de la ley 11. titul. 3. par. 6. que su tenor es el siguiente, 31

Man-

Mandote que vayas a algun ome sabio, y en la manera que el ordenare, que sea fecho mi testamento, que lo escriuas tu assi, porque tengo por bien que vala como el lo ordenare: y estonce bien valdrà lo que assi fuesse fecho por mandado del testador. De donde se sigue, que si antes que el Escriuano viniesse, el enfermo, y testador huuiesse muerto, serà valido el dicho testamento, pues para vno y otro caso no se requiere escritura, porque como dicho queda, basta prueba de testigos, siendo en el numero que de derecho en los dichos testamentos se requiere, *conforme a la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop supra referida.*

32 Y la forma que se ha de tener en hazer las dichas informaciones, nos enseña la ley 4. titul 2. part. 6. cuyas palabras son las siguientes: *Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, ò sin escritura, si alguno de aquellos, a quien fuere algo mandado en el, pidiesse al juez que fiziesse venir ante si los testigos, è recibiesse los dichos dellos en escrito en la manera que el testamento fuere ordenado ante ellos, deue el juez fazerlo assi: y desque los testigos fueren venidos ante èl, deuelos fazer jurar, que digan la verdad, è desi deue fazer escriuir lo que dixeren, è vale tanto el escrito que fue fecho desta guisa, de los dichos de los testigos, como el testamento, que es fecho en escrito. E maguer q̃ muriessen los testigos todos, ò alguno dellos despues que esto ouiessen fecho, valdria el dicho, è la escritura dellos, bien assi como si fuesse testamento acabado, seyendo las personas de los testigos a tales, que no los puedan desechar.*

33 Y todas las vezes que el testador diere poder, y facultad a algun comissario para disponer, y hazer testamento, se obseruaràn las *decissiones de las leyes 31. & 32. & 33. & 34. & 35. & 36. & 37. & 38. de Toro hodie, l. 5 & 6 & 7. & 8 & 9. & 10. & 11. & 12 & 13. tit. 4. lib. 5. Recopil.* Y dize 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 sustituir, ni dexar, y nombrar tutor a ninguno de sus hijos, sino es teniendo especial poder para cada vna de las cosas sobredichas. Pero dudase, si auiendo el testador dado poder al dicho Comissario para mejorar alguno de sus hijos, sin nombrar, ni señalar a quiẽ por su mismo nombre, podrà el dicho Comissario debaxo de aquella facultad, y poder mejorar a qualquiera de sus hijos. Y aunque es verdad que dize la dicha ley 31. que el heredero que ha de ser instituido, ha de ser nombrado por su mismo nombre, tamẽ en nuestra questiõ no es necessario, como en los demas legados particulares, y

susti-

sustituciones, que en par. icular sea nombrado el que ha de ser mejorado, porque basta que en quanto a esto el testador manifieste su voluntad, *vt ita notat Azeued. in d. l. 5. tit. 4. n. 11. lib. 5. Recopilat.*

Y dize la dicha ley 32. que en caso que el dicho testador dio poder al dicho Comissario, sin declarar ninguna de las co- 34
sas supra referidas, que en tal caso el dicho Comissario deue satisfacer las deudas, y descargar los cargos del testador, gastando el quinto de lo que quedare por el alma del difunto, y lo demas se entregara a los herederos, que le auian de suceder abintestato, y si parientes no tuuiere, dexandole a la muger lo que de derecho le pertenece, disponga de los demas bienes en causas pias, a orden, y prouecho del alma del dicho difunto. d

De aqui se infiere, que aunque el testador no tenga parien 35
tes hasta el dezimo grado, no sucederà el Fisco en los dichos sus bienes, porque en este caso el difunto no murio abintestato, sino ex testamento, en virtud, y facultad de la comission, y poder, *Secundum Anton. Gomez in dict. l. 32. num. 3. Castill. in dict. l. 32. num. 11. Villalobos in Antimonia iuris, ciuiles, & reg. litera B. num. 10. Tellus in dict. l. 32. num. 4.* Y assi se ha de hazer la dicha disposicion en obras pias, como dicho es, en el lugar adonde el dicho testador tenia su domicilio, y habitacion, *Anton. Gom. vbi supra num. 4.*

Y dize la ley 33. que el Comissario para executar todo lo 36
supra dicho, no tenga mas termino de quatro meses, no estando ausente, y en caso que lo este se le conceden seis, y no mas: y si fuera del Reyno estuuiere, se le concede vn año, y si el dicho tiempo passare, no pueda vsar del dicho poder, aunque el dicho Comissario diga, y alegue que los dichos terminos nunca vinieron a su noticia, ni assimismo el dicho poder, y si lo q̃ señaladamente el testador le mãdò hiziesse, no lo huuiere hecho, que ipso iure se cumpla, quedãdo en su fuerça lo dispuesto por las demas leyes supra referidas, de que sino dexare, ò huuiere nombrado heredero el dicho testador, se entreguen los bienes a los parientes que le auian de suceder abintestato.

Y hase de obseruar en tanta forma lo dispuesto por esta di- 37
cha ley 33. que aunque el Comissario sea menor, no puede pedir restitucion de la ignorancia, *vt ita notat Anton. Gomez ibi n. fin. Matienç. in l. 7. titul. 4. glos. 5. in fin. lib. 5. Recop. quos sequitur, & refert Azeued. in dict. l. 7. num. 12.*

Mas dize la ley treinta y quatro, que en virtud del poder 38
que

que tuuiere el dicho Comissario, para hazer dicho testamento no pueda reuocar el que antes tenia hecho el dicho testador, sino es dandole facultad, y poder especial para lo susodicho: y assi se aduierte, que todas las vezes que el testador quisiere dar este dicho poder, sea ordenado con clausula especial, en que diga, *Y para que assimismo pueda reuocar todos, y qualesquier testamentos, y codicilios que de qualquiera manera antes de agora tuuieren hechos, y otorgados, aunque sean jurados, y tuuieren qualesquier clausulas derogatiuas.*

Formatur alia clausula extra ordinem

39 Y prosigue mas, y dize la ley 35. siguiente, que vna vez hecho, y otorgado el dicho testamento por el Comissario, no le pueda reuocar, aunque en si reserue en el dicho testamento el poderle reuocar, y que assimismo no pueda hazer, y otorgar codicilio alguno, ni otra declaracion, saluo en lo que no fue guardado conforme a la voluntad del testador.

40 Y dize assimismo la ley 36. que si de qualquier manera el dicho Comissario no cumplio el dicho testamẽto, y voluntad del testador, que luego sucedan los parientes mas cercanos del dicho testador, los quales sean obligados a 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. *Et ita notat Azeud. in l. 6. tit. 4. n. 29. cum alijs sequentibus.*

41 Y prosiguiendo con las dichas leyes, dize mas la ley siguiente 37. que si despues de auer nombrado el testador heredero, dio poder al Comissario, para que le acabasse, que el susodicho no podrà en virtud del dicho poder mandar mas del quinto, despues de pagadas las deudas, y satisfazer los demas descargos del dicho testador: saluo si el dicho testador le dio especial poder para disponer mas del dicho quinto.

42 Finalmente dize la dicha ley 38. que si en caso que el dicho testador huuiere nombrado dos, ò mas Comissarios, y para el cumplimiento de la voluntad del dicho testador, fueron requeridos, y no lo quisieren hazer, ò no pudieren vsar del dicho poder, ò porque el vno dellos murio, q̃ por el mismo hecho passe el dicho poder a los demas Comissarios, para cumplir con la dicha voluntad: y en caso que lo susodicho no fueren conformes, obseruese, y guardese lo que mandare, y declarare la mayor parte: y en caso que en igual numero sean conformes, sean obligados a nombrar por tercero al Corregidor, ò Assistente, ò Gouernador, ò Alcalde mayor de aquel mismo lu-

lugar: y si alguno de los susodichos no huuiere, que nombren vn Alcalde del mismo lugar: y si en la elecion de los dichos lugares no estuuieren conformes, que echen suertes, y el Alcalde a quien le cupiere la suerte, se junte con ellos, y lo que la mayor parte declarare, aquello se execute, y guarde, y para q̃ esto no proceda assi, serà buena aduertencia, que este poder se le dè a cada vno in solidum, *vt ita notat Azeued. in l. 12. dict. tit. 4. lib. 5. nouæ Recop. glos. la mayor parte.*

43 Y hase de aduertir, que todas las vezes que este poder, y facultad se diere, ha de ser con la solemnidad que se otorgàra el testamento, y de otra manera serà nulo todo lo que en virtud del se hiziere, segun dotrina vulgar.

44 Y hase de notar assimismo, que los bienes que se vendieren para satisfazer las deudas, y descargos del testador, ha de ser en publica almoneda, vendiẽdo primero los bienes muebles, y sino huuiere suficiente cantidad, se venderàn los derechos, y acciones, y luego los bienes inmuebles, sino es en caso que el testador le dio facultad para vender los que quisiere, y mejor tuuiere.

45 Y assimismo se ha de notar, que si el heredero que ha de suceder abintestato, satisfaziere las deudas, y pagare lo demas que se gastare por lo funeral, y alma del difunto, que no se podran vender los dichos bienes, *vt hæc omnia notat Azeued. in dict. l. 6. tit 4. num. 1 cum sequentib. lib. 5. nouæ Recop.*

46 Y es assimismo de notar, que a estos dichos Comissarios no se les deue salario ninguno, sino es en caso q̃ por la ocupacion dexaren de ganar en su oficio alguna cantidad, que entõces serà iusto que se les pague, y satisfaga. Y es la razon, por q̃ este oficio es voluntario, y hasta que le acepte, no le pueden obligar a que le cumpla, *vt ita notat idem Azeued. vbi sup. nu. 20. idem Azeued. in l. 14. eodem tit. nu. 7.*

47 Y si el testamentario, a quien el testador huuiere mandado alguna cosa por respeto del dicho oficio, lo ha de perder en caso que no le quiera aceptar, *vt patet in authent. de hæred. & falcid. §. si quis autẽ, in auth. de Eccles. tit. 5. §. si autẽ quidib. l. si quis sepulchrũ §. Funus ff. de relig. & sump. fun. l. vlt. ff. de confirm. tut. l. post legatum, §. Amittere, ff. de his quibus, vt indign. l. 13. tit. 5. lib. 3. fori.* La qual dotrina assimismo procede aunque el dicho legado, y manda no sea dexado debaxo de aquel respeto, *vt ita cum Ang. & Paul. affirmat addit io in margine ad glos. in authent. de hæred. & falcid. citat. verb. Auferri.*

CAPI-

CAPITVLO II. Adonde demas de los efetos que se causan por la clausula codicilar, se trata que solenidad se requiere en los codicilos, assi abiertos como cerrados.

SVMARIO.

1 *Que sea codicilo, y que solenidad deue tener, y que efetos se siguen de su clausula, y en que forma ha de ser ordenada.*
2 *Institucion de heredero, si se puede hazer en estos dichos codicilos.*
3 *Condicion, y reuocacion, y desheredacion si ha lugar en los dichos codicilos.*
4 *Indirecta institucion si se puede hazer en estos codicilos.*
5 *Si la institucion directa en cosa particular se conuierte en legado, ò se vicia la dicha institucion.*
6 *Que solenidad deuen tener los dichos codicilos, agora sean cerrados, ò abiertos.*
7 *Si los testigos destos 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 valido el testamento que de derecho ipso iure era nulo.*
9 *Si el juramento interpuesto en el testamento sigue este efeto.*
10 *Si siendo ordenadas con diferentes palabras las dichas clausulas, seguiràn el dicho efeto.*
11 *Si se verifica assimismo tacitamente ser ordenada inter descendientes.*

1 VTRVM, Que sea codicilo, y con que solenidad deue ser ordenado, y otorgado? Y para q̃ mejor se entienda su exposicion, como lo tocãte a su materia, hemos de suponer, dando assimismo quales sean los efetos que se causan por la clausula codicilar tan celebrada en el Derecho, que sus palabras son las siguientes, scilicet, *Y para que mejor, y con mayores efetos se cumpla, guarde, y execute esta mi vltima voluntad, quiero que si valer no pudiere como testamento, valga como codicilo.* Y satisfaciendo a la primera duda, digo, que codicilo no es otra cosa, segun su cierta, y verdadera exposicion, sino vna vltima disposicion manifestada, y declarada en vn pequeño codigo, y escritura, *vt colligitur ex titul. inst. & C. & ex ff. de iure codicillorum, & ex l. 1. tit. 12. part. 6.*

Formatur alia clausula.

Y dize la ley 2. del mismo titulo, que de ninguna manera

se puede hazer institucion de heredero en estos dichos codicilos, porque de hazer lo contrario seràn nulos, *vt ita etiam probatur in §. Codicillis, institut. eodem, & in §. Directo, & in l. si idē, C. eodem.*

En cuyo codicilo assimismo no se puede poner condicion ninguna que fuerça tenga, ni assimismo se puede reuocar, ni quitar herencia en los dichos codicilos, y por el consiguiente no se puede desheredar a persona alguna, *vt in §. Codicillis supra relat. inst. eod.* Aunque en el codicilo bien puede el testador declarar, y manifestar el delito cometido por su heredero, por el qual deua ser priuado de aquella herencia, *vt in l. hæreditas, Cod de his quibus, vt in dign. & in dicta leg. 2. dicto titulo 12. part. 6.* 3

Y aunque es verdad, como dicho es, que no ha lugar la directa institucion en los dichos; con todo esso aurà lugar la directa, assi como fideicomitendo al heredero instituydo, ò al que auia de suceder abintestato, restituya la herencia a tercera persona, que el dicho testador nombra: y entonces se deue restituyr, reseruando en si la quarta parte de los bienes, que el Derecho llama Trebelianica, *vt patet instit. de fideicommiss. hæredit. §. Sed quia hæres l. 2. dict. titul. 12. par. 6.* Y assimismo se puede hazer esta institucion indirecta en la sustitucion pupilar, *vt ita notat Molina de iustit. & iure, 2. tract. disp. 124. nu. 8.* 4

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 conuirtio en el legado, *secundum Bald in l. non codicillium, C. de testam.* 5

Y lo que agora resta, es dar a entēder la segunda duda que se propuso, scilicet, que solenidad se requiere en estos dichos codicilos. Y supuesto, que por la dicha ley 2. titul. 4. lib. 5. Recopil. consta que la solemnidad que se requiere en el testamento nuncupatiuo, essa aya de tener el codicilo de la misma calidad, parece dà que dudar, si se ha de entender en el vno, 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 testamētos cerrados, como lo dispone en los abiertos, quedaràn sin duda alguna en la disposicion del Derecho comun, adōde se requieren cinco testigos en los codicilos cerrados, con aquella solēnidad que en los testamentos cerrados; saluo que aunque no interuenga Escriuano, no se viciaràn los dichos codicilos, *vt* 6

ita

ita probatur in l. fin. C. de iure codicill. & in l. 1. tit. 12. part. 6. Anton. Gomez in l. 3. Taur. num. 69. Cifuent. in dict. l. 3. numer. 10. Greg. Lop. in l. fin. dict. tit. 12. par. 6. glos. magn. Azeued. in l. 2. tit. 4. num. 33. lib. 5. Recopil. Matienç. ibidem glos. 9. num. 5.

7 Y lo que se puede dudar es, si en el otorgamiento destos 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 interuenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupatiuo, ò abierto,* nos dà a entender no ay dificultad alguna, tamen està dudosa, respeto que la dicha ley 2. no dize que los codicilos ayan de tener la misma calidad de testigos que en los testamentos se requiere, sino tan solamente dize, que ayan 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 respeto de la calidad de los dichos testigos, sino tan solamente respeto de la solemnidad: Question es dudosa, adonde cada vno sigue su opinion, de que por la vna parte afirma assi se ha de entender la dicha ley, *Anton. Gomez in l. 3. Tauri, num. 70. vbi dicit: Ita est tenendum in consulendo; & iudicando; & idem tenet Cifuentes in dict. l. 3. nu. 12. Burg. de Paz in dict. l. 3. num. 1349. Palac. Rub. in dict. l. 3. num. 34. Molina de iust. & iure, 2. tract. disp. 131. nu. 10. & pro contraria parte defendit Molina de primog. lib. 2. cap. 8. num. 2. Azeued. in l. 2. titul. 4. num. 36. lib. 5. nouæ Recopilat. Matienç. ibidem glos. 9. nu. 8. Tellus in dict. l. 3. 4. part. num. 22. Greg. Lopez in l. 7. tit. 1. part. 6. verb. Dos testigos.* Y en caso de duda si el codicilo fue ordenado, y otorgado ante mugeres, y fue en fauor 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, mouido de la dotrina de Xuarez *in præmio Fori, tertium præsuppositum, in antiqua impressione.*

8 Y para que se conozca los efetos desta dicha clausula codicilar en que assimismo preguntamos en el principio deste capitulo, digo que de qualquier manera que el testamento en lo publico suene codicilo, aunque el dicho testamento sea nulo, teniendo la dicha clausula codicilar, ha de valer iuri codicillorum. Y aunque es verdad que esta clausula no se puede verificar en los testamẽtos nuncupatiuos (para que se causen sus efetos) pues de necessidad se requiere la misma solemnidad en

los

los codicilos, que en los dichos testamentos abiertos. Pero con todo esso se verificaràn, y practicaràn estos dichos efetos en los testamentos cerrados, porque faltando alguna solenidad que en los dichos testamentos se requiere, teniendo la solenidad de los dichos codicilos, seràn validos los dichos testamentos, *vt ita notat Tellus in d. l. 3. Taur. n. 5 p. 5. Azeu. in l. 2. n. 47. tit. 4. lib. 5. nouæ Recop. & ibidem Matienç. glos. 10. num. 3.*

Primeramente tiene efeto de clausula codicilar el juramento interpuesto en el dicho juramento, y assimismo tiene, y 9
sigue el dicho efeto, 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 el contenido.* Y por el consiguiente sigue los mismos efetos, siendo ordenada en la forma siguiente, *Y quiero y es mi voluntad que mi heredero jure que guardarà todo lo contenido en este mi testamento, vt ita probatur in l. cum pater, §. Filius matrem. ff de legat. 2. & ibi Bart. & commun. DD. Gom. Arias in d. l. 3. Taur. num 72.*

Demas de los dichos casos, se verifica ser clausula codicilar, y seguir sus efetos, si el testamento fue ordenado, y otor- 10
gado con la clausula siguiente, scilicet. *Y es mi voluntad, que este mi testamẽto, y vltima voluntad valga por la mejor via, y modo q̃ de derecho valer pueda.* Y en este caso, sino pudiere valer como codicilo in scriptis, valdra como testamento nuncupatiuo, *vt ita probat Greg. Lopez in dict. l. 2. tit. 11. par. 6. glos. 1. vbi asserit, per hanc clausulam testator videtur voluntatem suam ostendisse, vt testamentum valeat meliori modo quo valere possit.*

Finalmente se verifica ser clausula codicilar, y seguir sus efe-
tos, quando el testamento es otorgado entre descendientes, 11
y ascendientes, *vt notat Ant. Gom. in dict. l. 3. n. 74. vers. Tertius Gom. Arias in dict. l. 3. numer. 71.*

CAPITVLO III. Adonde se nota, con que clausulas derogatorias se deuen otorgar todos, y qualesquier vltimos testamentos, para reuocar, y dar por nulos todos aquellos que primeramente assimismo fueron con qualesquier clausulas derogatorias otorgados.

S V M A R I O.

1 V*Ltimo testamento si deroga, y anula el primero.*
2 *Clausula derogatoria en que forma se ha de ordenar.*

3 *Si aurà lugar esta dicha clausula contra la precedente y primera.*

4 *Si en estas clausulas se requiere hazer mencio de las primeras especiales, especialmente siendo jurados los dichos testamentos, & ibi num. 5.*

6 *Si por el segundo jurado se reuoca el primero que no lo està.*

7 *Testamento inter liberos, si es visto tacitamente ser otorgado con clausula derogatoria, y si procede assimismo quando es otorgado, entre parientes, ibi num. 8.*

9 *Legado, ò mãda en pena de no reuocar el testamento si es valida.*

10 *Si por rõper, y cancelar el testador el testamẽto, es visto assimismo reuocado: y si ha de ser el traslado, ò el original, ibi num 11.*

1 VTRVM, Si por legitimo, y perfeto que el primer testamẽto sea, y fuere otorgado, por otro posterior assimismo perfeto, se reuocara el primero; y passado, aunq̃ estè otorgado con mas solemnidad, y al parecer cõ mas entera voluntad? Y porq̃ no ay condicion, y ley, por inuiolable que sea en estos testamentos, que el testador no pueda quebrantar, digo que siẽdo ordenados, y otorgados todos, y qualesquier testamẽtos posteriores cõ la deuida solemnidad del Derecho, se cumplira, guardarà, y executara inuiolablemente, quedando reuocados los primeros, y precedentes, por legitimos, y solẽnes que sean, *vt ita sequitur Couarr. in Rub de testament. 2. p. n. 1. & est l. 23 & 25. tit. 1. par. 6.*

2 Y porque en realidad de verdad algunos destos dichos testamentos son ordenados, y otorgados con clausulas, y palabras derogatorias, de q̃ se suelen ofrecer algunas dificultades, para que esto no proceda assi, y ocurrir no puedan las dichas dificultades, se notaràn ciertas palabras, cõ que todos, y qualesquier testamentos han de ser ordenados, para que de todo punto cessen estos inconuenientes, que de su orden se conoceran, y notaràn, cuyo tenor es el siguiente, scilicet, *Y quiero, y mando que este mi testamento, y vltima voluntad se cumpla, y guarde en qualquier forma y manera que de derecho valer pueda, sin embargo de otros, y qualesquier testamentos, que antes deste otorgados tenga, con qualesquier clausulas, y palabras derogatorias que ordenados sean.* Y aunque es verdad que estos dichos primeros testamentos vnas vezes son ordenados cõ clausulas, y simples palabras, y otras con palabras generales, sin embargo se han de executar, y cumplir los dichos segũdos testamentos, y son re-

Formatur alia clausula.

reuocados los primeros, *vt est tex. in l. si quis in principio, vers. Nemo enim, & ibi glos. ordin. ff. de legat. 3. commun. DD. tex. in l. diui, §. Licet, & ibi etiam glos. ordin. ff. de iure codicill.*

Y porque no se dude quales sean estas clausulas derogatorias de los primeros testamentos, que segun comun opinion de los Doctores se han de executar, sin embargo de otros qualesquier segundos testamentos, que no huuieren sido otorgados con la clausula supra referida, *vt ita probatur in dict. l. si quis in principio, ff. de legat. 3. & ibi Bart. & communiter DD. tex. in l. si mihi & tibi, §. Legatis, ff. de legat. 1. & ibi etiam communiter DD.* son las siguientes, scilicet, *Y si otro testamento hiziere, y otorgare, quiero, y mando, que toda via se cumpla, y guarde lo contenido en este primero testamento, porque en otorgar, y disponer lo contrario, desde luego lo reuoco, y doy por ninguno: & ita ex confirmatione huius doctrinæ notat etiã Couar. loco citato, conclus. 1. Iulius Clar. quæst. 99. §. Testamẽtum, Greg. Lopez in dict. l. 22. titul. 1. part. 6.* per illa verba, scilicet, *La otra es, quando el testador dize assi, Este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, è no quiero que vala otro testamento, que fuesse fallado, que ouiesse fecho ante deste, nin despues.* 3 Formatur alia differẽs clausula.

Demas de las clausulas supra referidas, ay otras especiales, con ciertos limites circunscriptas, que si no se haze especial mencion della en el dicho segundo testamento, serà valido, y perfeto el dicho primer testamenro, y se ha de cumplir, y executar todo lo en el contenido, assi como si dixesse: *Y quiero, y es mi voluntad, que no se cumpla, y guarde lo que por otro qualquier testamento mandare, y dispusiere, sino es que en su principio, ò fin fuere escrito, y ordenado tal Salmo, ò Oracion.* Y aunque parece, segun dicho es, que es necessario hazer especial mencion de la dicha clausula, para que se cumpla, e guarde el dicho segundo testamento; pero con todo esso, siguiendo la mas cierta, verdadera, y comun opinion, es suficiente, que el testador diga, que reuoca todos, y qualesquier testamentos, que con qualesquier clausulas, y palabras derogatorias tenga ordenado, y otorgado, assi como dicho es, sin ser necessario ser singular indiuidua, ò especifica, *vt ita notat Couarr loco citato, conclus. 3. Ant. Gomez in l. 3. Taur. n. 49. Iulius Clar. vbi sup. quæst. 99. & etiam tenet Bart. in dict. l. si quis in princip. column 3. num. 8. ff. de legat. 3. Gomez Arias in dict. l. 3. Tauri, numer. 77. & est communis secundum Villalob. in Ærario mill. commun. opin. litera T. num. 65. 66. & 67.* 4 Formatur alia clausula.

5 Lo qual se ha de limitar, si el dicho primer testamento fue jurado, porque entonces es necessario hazer mencion de aquel dicho testamento jurado, ò añadir en la clausula, scilicet, *No obstante assimismo que los dichos primeros testamentos sean con juramento confirmados, y de otra qualquier manera otorgados, vt ita sentit Anton. Gomez vbi supra numer. 96. & Arias nu. 76. Molin. de iust. & iure, 2. tract. disput. 153. num. 27.*

Formatur alia differẽs clausula.

6 Y en caso que el primer testamento no sea jurado, aunque tenga qualesquier clausulas derogatorias, sera reuocado por el segundo, aunque tan solamente estè jurado, *vt ita notat Couarrub. & Iulius Clar. in locis supra citatis, & idem Molina vbi supra num. 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, *vt ita probatur in dict. l. 22. & ibi Greg. Lopez.*

8 Lo qual assimismo procede, si el postrero, y vltimo testamento fue otorgado en fauor de parientes, que muriendo abintestato le auian de suceder, o quando fue otorgado en fauor de algun intimo amigo, siendo el primero otorgado en fauor de estraño, que de ninguna manera derecho tenia a los bienes del testador, ò si entre el heredero, y testador despues del primer testamento nacio alguna grande enemistad, *vt hæc omnia probat Mol. vbi sup. nu. 29. 30 & 31. & Couarr. loco supra citato, ad fin. conclus. 5. quem refert, & sequitur idem Molin.*

9 Y es en tanta forma, que estas vltimas voluntades deroguen a las primeras, en la forma que dicho es, que aunque el mismo testador se aya puesto pena, se ha de reuocar 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 reuocado por otro segundo testamento, que demas de darle por ninguno, en pena dello mando que se le den de mis bienes al dicho mi primer heredero mil ducados, vt ita tenet Couarr. vbi supra in rub. de testamentis, 2. part. nu. 17. Gutier. de iurament. confirm. 2. part. cap. 1. num. 3.* Y esto procede, aunque la pena de los dichos mil ducados sea por causa de legado, ò donacion entre viuos, *vt concludit Iason in cons. 122. volum. 4. num. 2. Bar. in l. si quis citat ff. de legat. 3. quos sequitur, & refert Villalob. vbi supr. in Ærario litera T. num. 68.* Lo qual se limita en el caso que adelante diremos en el §. legados, num. 241.

Formatur alia clausula.

10 Y de muchos casos que de derecho es visto reuocarse los di-

dicho testamentos, es en particular, quando el mismo testador rompe, y cancela su mismo testamento, y esto se ha de entender, quando es la parte sustancial del dicho testamento, secus, si tan solamente fue borrado lo que no era de sustancia, y solemnidad, porque en aquello fue visto tan solamẽte quiso no valiesse, *vt in l. cancellauerat, ff de is quæ testam delẽtur*: saluo si otro lo huuiere borrado, sin voluntad, y consentimiento del dicho testador, porque entonces ha de valer, como si borrado, y cancelado no estuuiera, *vt in l. 1 §. Si lignum, cum sequentib. ff de bonorum possess. secundum tab. l. si vnus, vers. Vlt & l. nostram, C. de testamentis.*

Y en caso que conste, que el mismo testador borrò, ò cancelò el dicho testamento, no se ha de entender en el traslado, q̃ està en poder del dicho testador, sino en el mismo original que està en poder del Escriuano, pues es el principal instrumẽto, *vt contra Anton. Gomez vbi supra num. 91. & Raul. de Castr. tenet Angel. Alex. quos Iulius Clar. §. Testamentum, quæst. 93. & Grego. Lop. in l. 24. titul. 1. part. 6. sequuntur.* 11

CAPITVLO 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.

SVMARIO.

1 *Pacto, y transaccion si ha lugar sobre lo no visto, en testamentos ocultos, y que clausula se requiere para el dicho efeto.*
2 *Si teniendo alguno genero de malicia, se deuen executar.*
3 *Renunciarse se puede en estos dichos contratos la ley 1. titul. 2. part. 6.*
4 *Iuramento en estas dichas transaciones de que efeto sea.*
5 *Pacto de transaccion sobre alimentos, si es valido.*
6 *Que pena tienen todos aquellos que ocultaren, y no manifestaren los testamentos.*

VTRVM, 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 inconuenientes a los herederos, è interessados a los bienes del 12

testador, ordenò el Derecho, que demas de las penas establecidas, por leyes Reales deste Reyno, que si los que con malicia, y engaño ocultaron los dichos testamentos, huuiessen celebrado pacto, y transaccion con los dichos herederos, sobre los bienes del difunto, que de ninguna manera se cumpliessen y assi lo que dificultan en nuestra question, es, si por ventura, para que el dicho pacto, y transaccion tenga efeto, y se cumpla, y execute la voluntad de los contrayentes, se podra vsar de algun remedio, y clausula, para que se obserue, y guarde inuiolablemente todo aquello que entre las dichas partes fuere tratado. Y que estas dichas transacciones se ayan de cumplir, y executar, parece no ay duda, especialmente si fueren otorgadas con la clausula siguiente: *Y auiendo 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 aya en derecho de q̃ no pediràn, ni demandaràn cosa alguna, mas de lo que al presente se han conuenido y concertado, renunciando, como renuncian generalmente, el auxilio de las leyes que hablan en su fauor, y en especial renunciaron la ley b 1. tit 2. part. 6 Y para mas cumplir, y guardar todo lo susodicho, juraron. c*

Formatur alia clausula in ordinem.

Ibi. *Todo lo contenido en el dicho testamento.* a Y considerado bien el natural deste contrato, parece que toda via 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 fuerça semejantes contratos, resultaràn grandes daños, assi por ocultar la verdad, como por el agrauio, y perjuizio que resultarà contra los dichos herederos, y legatarios, pues assi nos enseña la dicha *ley 1. titul. 2. de la 6. partida*, ibi: *Porque antes que el testamanto se abra, no deuen escudriñar la verdad de las cosas que son escritas en èl, ni podrà ser sabida la verdad ciertamente de lo que es escrito, y mandado en el testamento, a menos de ser abierto; è porende podria acaecer que recibieran algunos engaños en la composicion que fiziessen ante.* Y assi para que tenga efeto la clausula supra referida, es necessario que conste ser verdad auer 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 huuieran otorgado, *vt ita probat Bartol. in l. de his, ff. de transactionib. numer. 5 idem Bartol. in l. sub prætextu*

2

1. num.

1. num. 2. Cod. de transactionib. Paulus de Castro, & communiter Doctores in dicta l. de his, ff. de transactionib. Roland. à Valle in cons. 13. nu. 1. volum. 1. Greg. Lopez in dicta l. 1. tit. 2. part. 6. glos. 7.

Et ibi, *Renunciaron la ley* b Y menos obsta el auer renunciado la dicha *ley 1. tit. 2. part. 6.* si los dichos contrayentes, herederos, y legatarios ignoraron, como dicho es, lo contenido en el dicho testamento especialmente si huuo engaño, y malicia, *vt ita probat Bart. in l. Maeuius, §. Duobus numer. 20. ff. de legat. 2. vbi loquitur de renuntiatione, l. de his ff de transactionibus, cui consonat, d. l. 1. tit. 2. part. 6. Albericus, Paul. & Iason 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 transact. decis. Pedemont. 112. n. 2.* 3

Ibi: *Juraron.* c Cuyo contrato se obseruarà, y cumplirà con mayor fuerça, si juntamẽte con auer renunciado el auxilio de las leyes se huuiesse jurado en forma como los demas contratos, saluo si precediò error, malicia, fuerça, y engaño, porque en tales casos no se obseruarà, ni guardarà el dicho pacto de transaccion, segun, y de la forma que queda dicho. *Et ita sentit Abb. in cap. cum contingat, de iure iurando, n. 30. & ibi Alciat. num 107.* 4

De cuya regla se saca el pacto de transacion sobre alimẽtos, agora sean deuidos de derecho natural, agora sean dexados por testamento, porque por el fauor publico no han de valer, sino es consulto Prætore, porque aunque la escritura del dicho contrato sea jurada, teniendo necessidad el transigente, y pidiendo relaxacion del juramento ad effectum agendi, & excipiendi, podrà ser alimentado, y tiene accion a pedir todo aquello que de derecho por via de manda le pertenece, ò q̃ se le deua dar de derecho natural, *vt hæc omnia probãtur in l. cum hi in princip ff de transact. & ibi Bart. & communit. DD. Alciatus in d. cap. cum contingat, de iure iurand. n. 107. Couar. de pactis in 6. 2 part. §. 6. in fin. fol. 105. Padilla in l. de alimentis, n. 6. C. de transact. arg. text. in l. si quis a liberis, in princip. in vers. Sed & si filius ff de libeo. agnoscend. text. in l. cum hi, & in l. necare, ff. de lib. agnosc.* 5

Y porque arriba diximos, que demas de otras penas establecidas por Derecho, y leyes Reales no se auian de executar las dichas transacciones, resta agora el saber quales sean estas penas, y assi digo, que si el albacea, ò testamentario, ò otra 6

qualquier persona, no manifestare el testamẽto, agora sea nuncapariuo, vt scriptis, dentro de vn mes, ante la justicia ordinaria, que por el mismo hecho pierda lo que el testador le huuiere mandado, si con alguna malicia le ocultare Y quanto lo seguado, si alguno le fuere mandado, demas de pagar el daño a la parte, pague assimismo dos mil marauedis para la Camara, y la manda que por el mismo hecho perdiò, conuierta se en vtilidad del alma del testador, y difunto, como assi se prueba en la *ley 14. titulo 4. lib. 5. noua Recop. & ibi Azeue.*

CAPITVLO V. Adonde se notan varias clausulas, y condiciones, que de derecho se juzgan por injustas, y reprobadas en testamentos, y vltimas voluntades.

S V M A R I O.

1 *Voluntad del testador, siendo honesta, y possible, si se deue cũplir y guardar.*

2 *Remitir si se puede por el testador la cuenta de los tutores, y curadores, y demas administradores.*

3 *Si esta administracion se ha de entender de la administraciõ preterita, ò futura.*

4 *Si se puede disponer contra la costumbre, y fuero del lugar, y region adonde se otorga el testamento, y en que forma Y si en el fuero de Sepũlueda aura lugar, que los bienes hereditarios sean vinculados, y de mayorazgo.*

5 *Fianças que el vsufrutario tiene obligacion a dar, si se pueden remitir por el testador.*

6 *Y si en caso de pobreza cumplirà el dicho vsufrutuario dando fiança juratoria, y si en caso de sospecha se han de arrẽdar los bienes, ò ponerlos en administracion.*

7 *Condicion, que el Obispo, ò su Vicario no se meta en pedir cuẽta de la administracion de los bienes de Capellania, ò memoria, si serà justa, y valida.*

8 *Si por el segundo matrimonio perderà la muger el administracion de los bienes de sus hijos, especialmẽte siendole cõcedida por el dicho su marido la dicha tutela y administracion.*

9 *Condicion contra la libertad del hombre, si se deue guardar, y cumplir.*

10 *Si assimismo serà 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 fauor del matrimonio, que el que suena en su perjuyzio 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, sino ocupandose la herencia se deuen.*
17 *En que casos no se deuen la dicha quarta Trebelianica, y Falcidia.*
18 *Si en los bienes vincula los se deuen.*
19 *Y si se deuen por causa de la libertad, y en que otros casos, ibi num. 20.*
21 *Si esta prohibicion ha de tener su efecto por conjeturas.*
22 *Consideracion del autor en todos estos dichos casos, que se tratan para sacar esta Falcidia, en especial en la forma que se deue tener, quando el legado es tan solamente del vsufruto.*

VTRVM, Y porque la voluntad, y vltima 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 vltima disposicion del testador, es libre, y no forçada, como dize el Emperador Constantino *en la ley primera, Cod. de Sacrosanctis Ecclesijs*, no es tan possible, que siendo injusta, y contra buenas costumbres, que se deua cumplir, y guardar, cuya experiencia nos enseña los muchos, è inumerables pleytos, que se han ofrecido, por dar lugar a que el testador disponga lo que por vẽtura, siendo aduertido, y auisado, no dispusiera, el qual descuydo, y error procede muchas vezes de malicia, ò de ignorancia de Escriuanos, pues dan causa, que los testadores de xen 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 deuen cumplir, y guardar. Y visto pues, que muchos pleytos, y diferencias resultan destos errores, è injustas disposiciones, para q̃ cessen sus in-

con

conuenientes, y los dichos Escriuanos estèn aduertidos de algunas disposiciones, q̃ de derecho no se deuen cumplir, y q̃ al tiempo de ordenarlas, y otorgar los dichos testamẽtos, las hagan notorias a los dichos testadores, se notaràn las mas necessarias, y que de ordinario se suelen ofrecer en los dichos testamentos, y vltimas 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 a fulano tutor, que dexo nombrado, para mis legitimos hijos, no se le pida, ni tome cuenta de los bienes, q̃ de los dichos mis hijos huuiere administrado.* Y es la razon, q̃ ningun testador puede remitir la cuenta de la administracion, assi de los dichos tutores, y curadores, como de otros administradores, que han tenido en administracion, y à cargo algunos bienes, porque sin embargo que el testador mande, que no se le pueda pedir la cuenta de la dicha administracion, tienẽ obligacion a darla, aunque no sea, sino tan solamente por causa, y razon de engaño, *vt est text. in l. quidam decedens, ff. de administ. tutor. & in l si vnus, & §. Pacta, ff de pactis, l. pacta quæ, Cod. de pactis, l ita autem, §. Iulianus, in cta glos. ibi in verb. Ius publicum, ff. de administ. tutor. l. 29. tit. 11. p. 5. l. cum necessitatem, C. de fideicommis & ibi glos & comm. DD.*

Formatur alia clausula.

3 Y aunque es verdad, que esto procede, assi en quanto a la administracion futura, y por venir, pero no se ha de entender en la preterita, y passada, *vt est text in d. l. si vnus, §. 2. illud, & ff. de pactis, & ita colligitur ex l. tres fratres, ff. de pactis, & in d. l. quidam decedens ff de administrat. iut. & in l. 30. dicto tit. 11. part. 5.*

4 Assimismo serà injusta la disposicion del testador, ordenada en la forma siguiente: *Iten mando, que quanto a lo por mi dispuesto, y ordenado en este mi testamento, no aya lugar la costumbre, y fuero, que en este lugar se guardare, que contrario fuere a lo susodicho.* Y es la razon, que el testador no puede proceder, ni disponer contra la costumbre legitima de la jurisdiciõ de lugar, y tierra, porque sin embargo se guardara inuiolablemente, especialmente siendo sobre sucession de bienes sitos en aquel lugar, y region donde se guarda el dicho fuero, y costumbre, *vt ita tenet Ioan. Faber in §. fin. ad fin. num. 4. institut. de legat. text. in. §. Ex non scripto, instit. de iure natural. gent. & ciuil. & in l. 2. Cod. quæ sit longa consuetudo, l. 1. §. Denique, ff. de aqua pluuia arcend.*

Formatur alia clausula.

La

La qual doctrina procede en los lugares, donde se guarda el fuero de Sepulueda en que dispone, que los bienes del que muere abintestato, tornen al tronco, y la raiz a la raiz, adonde de ninguna manera puede disponer simplemente ningũ testador, diziendo, que en quanto a la sucession de los dichos sus bienes, muriendo qualquier posseedor dellos abintestato, tornen al tronco, y raiz, segun el fuero, sino que en ellos se suceda, segun el derecho comun. Pero si el dicho testador tuuiere voluntad de que en los dichos sus bienes, y hazienda no se guarde el dicho fuero, tengo por mejor consejo, que los dexe vinculados por via de mayorazgo, ò Capellania, pues en estos dichos vinculos, y mayorazgos no se sucede iure hæreditario, como en los demas bienes del dicho fuero, cuya orden en la forma que dicho es, siendo voluntad del dicho testador, se guardara, y cumplirà, como cada dia se vè, saluo siendo el testador descendiente, ò ascendiente, de que teniendo herederos forçosos, no puede vincular los dichos sus bienes en perjuizio de su herencia, y legitima, *vt hæc omnia colligunturex cap. Apostolica 8. quæst. 1. Lambert. de iure hæreditario patronat. lib. 2. 3. part. quos sequitur, & refert Lar. de capell. lib. 2. cap. 3. num. 45.*

Lo tercero, no es de derecho cumplirse, si el testador en la manda, ò legado que otorga del vsufruto de sus bienes pusiere la cõdicion siguiente. *Y mando que Seyo, vsufrutuario que le dexo de mis bienes, no tenga obligacion a dar caucion, y fianças, aunque por el propietario le sean pedidas, y demandadas.* Porque sin embargo de que sea voluntad del dicho testador, de que el dicho su vsufrutuario quede libre desta dicha obligacion, ha de ser compulso, y apremiado a que dè fiãças de boluerlos en la forma que los recibe, vsando dellos a arbitrio de buen varon, vt infra diremos en el vltimo cap. Y esto se entiende, aunque el dicho testador remita las dichas fianças por modo de condicion, y pena, *vt est text. cum glos. in l. 1. C. de vsufruct. ibi: Si vsusfructus omnium bonorum testamento vxoris marito relictus est, quamuis cautionem à te prohibuerit existi, tamen non aliter à debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblatam secundum formam Senatusconsulti cautione, & ibi Bald. & communiter Doctores, Ant. Gom. variar. resol. 2. tom. cap. 15. in fin. Azeued. in l. 4. tit. 1. num. 49. lib. 5. nouæ Recopil. Villalob. in Ærar. comm. opin. litera C. num. 26. Molina de iustitia, & iure, 2. tract. disput. 7. num. 14.* La qual doctrina assimismo procede

5 *Formatur alia clausula.*

en

en la remission del prohibir, que el vsufrutuario de los dichos bienes no haga inuentario, *vt voluit Alex. in l. nemò potest, nu. 18. ff. de leg. 1. Iason 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 ratiocinijs cap. 6. num. 48.*

6 Y en caso que el dicho vsufrutuario sea pobre, se limitarà la doctrina supra referida, porque en caso que no halle las dichas fianças, concurriendo con la dicha probeça fidelidad, cumplirà con dar fiãça juratoria, de que vsando de los dichos bienes a arbitrio de buen varon, labrãdolos, y cultiuandolos, y haziendo los demas aprouechamientos necessarios en los dichos bienes, los restituirà, y entregarà el dicho vsufrutuario, ò sus herederos, cumplido el tiempo del dicho legado. Y si el dicho vsufrutuario, fuere persona de sospecha, demas de ser pobre, de que se presume cõsumirà los dichos bienes, y no vsarà bien dellos, en la forma que dicho es, se ha de mandar a pedimento de parte, que los dichos bienes se arrienden, ò se pongan en deposito, y administracion, para que el dicho vsufrutuario goze de los bienes, y vsufruto por mano del dicho administrador, quedandose con lo q̃ justamẽte huuiere gastado en conseruar, y labrar los bienes, de donde procede el dicho vsufruto, *vt hæc omnia probantur, per Ant. Gom. vbi supra nu. 4. Gutier. in l. nemo potest, de legat. 1. nu. 300. per legem si fideiussor §. fin ff. qui satisfiare cogantur, Ricardo. Ang & communiter DD. in l. 4 C. de vsufruct. Greg. Lop. in l. 20. tit. 31 part. 3. glos. 5.*

7 Iten, demas de los casos supra referidos, serà reprobada assimismo la condicion del testador, que en la memoria, ò capellania, dexasse, diziendo assi: *Iten 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, è instituida dexo, porque de hazerlo, è ir contra esta mi voluntad, desde luego por el mismo hecho reuoco la dicha memoria, y capellania, y mando que se conuierta en tales obras.* La qual voluntad, como dicho es, es injusta pues fuera dar lugar a dolo, y malicia, que de no pedir esta dicha cuenta, pudiera resultar, no obstante que el dicho testador reuoque la dicha memoria, y mande se conuierta en otras obras, y legados, *vt ita sequitur Couarru. in 4 part. cap. 3. num. 20. decis. Rotæ in antiquis 868. quæ hodie posita est in titulo, de testam. in antiq. decis. 10 fol. mihi 61.*

Forma ter alia clausula.

Y assimismo serà voluntad reprobada contra los hijos del primer matrimonio, quãdo el padre dixo las palabras siguientes

tes en su testamento: *Y quiero, y mando, que si la dicha mi muger passare a segundo matrimonio, toda via quede por tutora de los dichos mis hijos, y no pierda el administracion de los dichos sus bienes.* Y es ignorancia de muchos testadores, que entiēden, y tienē por cierto, que aquella disposicion es justa, y que se deue cumplir, y es al contrario, pues de dar lugar a que la voluntad del dicho testador, en la forma dicha, se cumpliera, y executara, resultaran grandes daños, y perjuizios a las partes interessadas, que son los hijos del dicho primer matrimonio, *vt ita notat Ant Gom. in l. 14 Taur. num. 11. in fin.* *Formatur alia clausula.*

9 Dexando, pues, el testador algun legado debaxo de condicion que parezca ser contra la libertad del legatario, no aurà razon de cumplirla, y esto se exemplifica, como si el dicho testador dixesse: *Iten mando mil ducados a Sempronio, con condicion que aya de viuir, y viua en tal parte perpetuamente.* Y assi esta condiciō por ser impossible, y contra la libertad del hombre, no se deue cumplir, sino que sin embargo alcançarà el dicho legatario su legado, y se dara por ninguna la dicha cōdicion, *vt ex tex. in l. Titio, §. Titio ff. de condit. & demonst. & ibi Bart. & comm. DD. Ant. Gom. in cap. 12. num. 79. tom. 1. var. resol. Azeu. in l. 9. tit. 15. num. 33. lib. 4. Rec.* *Formatur alia clausula.*

10 De aqui se infiere, que assimismo serà injusta, y no possible la condicion cōtra la libertad del estado del matrimonio, como si dixesse el dicho testador. *Y mando a Ticio cien ducados, cō condicion que no se case, ò que se case con fulana.* La qual primera condicion sin ninguna distincion podra muy bien no cumplirla, y sin embargo casarse con la persona que el dicho testador manda no se case, y sin contradicion alguna seguirà, y alcançarà el dicho legado, *vt ita docet Ant. Gom. vbi sup. c. 12. n. 79.* Y quanto a la segunda condicion, queda en eleccion de la persona, en fauor de quien se hizo, y otorgò el dicho legado, y en caso que no quiera casarse con el dicho legatario, alcançarà el dicho legado, y no tendrà obligacion despues a casarse con ella, *vt hæc omnia, & alia similia probantur in l. iure ciuili, ff. de condit. & demonst. & in l. 14. tit. 4 part. 6. & ita sequitur Molin. de iust. & iur. 2 tract. disp. 206 num. 16.* *Formatur alia clausula.*

11 Y en todas las condiciones que de derecho se reputā por impossibles, no se ha de esperar ocasion, y tiēpo para cūplirlas, agora sea de hecho, o derecho, se juzgan por no escritas, y repetidas, sin viciarse la institucion, y legados, porque desde luego tienē su fuerça, y valor, sino es en caso que al tiēpo de la

dis-

disposicion tuuo por cierto, que la condicion era possible que despues de derecho parece no lo era, *vt hæc omnia habentur in l.1.in l.si quis institutus, l.qui sub conditionem, l.conditiones, ff. de condit.inst. l si Mæuia, ff de hæredib. instituend. l.obtinuit ff. de condit. & demonst. §. Impossibilis, inst. de hæred. instituend. & l.3. tit. 4. part. 6.*

12 *Formatur alia clausula.* Y si el testador en su testamento, y vltima voluntad, dixesse: *Item mando dozientos ducados si fuere casado*, aunque no se casse, en entrando en Religion a cançara el Conuento el dicho legado, y manda, y se juzga por no escrita la condicion, *vt ex auth. de sanctis. Episc. §. Sed, & hæc, & ex auth. nisi rogati, C. ad Trebel.*

13 *Formatur alia clausula.* Y si el testador dixesse: *Mando a Ticio docientos, porque no se case, y ciento porque se case*, alcançara el dicho legatario calandose los dichos docientos ducados por fauor del matrimonio; *vt in l. Titiæ ff. de condition. & demonstrat.*

De todo lo qual se sigue con mas cierta, y fundada razon, si el testador dixesse: *Mando a Ticio docientos ducados si se casare, y ciento si entrare en Religion.* Porque en este caso se deuerán los dozientos ducados, entrando el dicho legatario en Religion, y se juzga por no escrita la condicion del matrimonio carnal, en fauor del espiritual, pues fuera cosa indigna, y torpe a qualquier varon Christiano, retraerle, y apartar e de vn estado tan santo, y honesto, como es el de la Religion, por los buenos fines que dèl se esperan, el qual se prefiere a qualquier estado, y comodo temporal, segun el santo Concilio de Trento. Todo lo qual se deue entender, no constando expressamente lo contrario del dicho testador, como si dixesse. *Y mando, que aunque el dicho Ticio entre en Religion, no aya de gozar, ni goze, ni el Conuento por èl, mas de los dichos cien ducados, vt ita colligitur ex duob authent. & ita docet Molina de iust. & iure, tract. 2. disp. 207. num. 10. cum alijs seq.*

14 *Formatur alia clausula.*

Formatur alia clausula.

15 Y aunque es verdad, que en todos los dichos casos supra referidos de derecho, no ha lugar su cumplimiento en la manera, y forma que dicho es, pero con todo esso ay otros, que aunque sean de derecho permitidos, y mãdados guardar, puede muy bien el testador mandar, y disponer lo contrario. Y porque en diferentes partes deste libro, y tratado se ha hecho mencion de muchos, tan solamenre se tratara, si el testador puede disponer contra el Derecho de la quarta Trebelianica, y Falcidia en perjuizio de los legatarios, y fidei comissa-

rios.

rios. 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 sean para que el sus pues de pagadas mis deudas, mandas y legados, el dicho mi heredero no suceda en alguna parte en ellos, que de ninguna manera pueda pedir, ni pida la quarta Falcidia, y Trebeliani a 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 vniuersales, y fideicomissos se suele conceder, y sacar, assi como si el heredero fue rogado, ò grauado 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 aurà lugar lo que sin la dicha prohibicion se le concedia, y se le deuia dar, 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 quedo al dicho heredero la quarta parte de todos los dichos bienes, y hazienda, siendo assi mismo prohibido por el dicho testador en la forma que dicho es, no se le concederà, ni sacara de los legados prorata, y fuera lo contrario, si de la voluntad contraria del testador no constàra, *vt ita habetur in authent. sed cum testator, C. ad leg Falc. & in authent. de hæred. & Falc. §. Hinc nobis, vers. Si verò expressim, & ita tenet, & sequitur Ant. Gom. in cap. 5. nu. 11. tom. 1. var. resol. Molin. de primog. cap. 17. n. 11. Greg. Lop. in l. 6. tit. 11. part. 6. & ibi glos. magna, Couar. in cap. Raynaldus, de testam. §. 3. nu. 6. Æman. à Costa in cap. si pater, 2. part. verb. Trebel. nam. 11. fol. 278.* Formatur alia clausula.

Y aunque se ha dificultado entre graues Doctores, si en caso que no se ayan prohibido las dichas quartas Falcidia, y Trebelianica, tendra lugar, y se practicara fundandose muchos en la decision de la *ley 1. tit. 4. libro nono Recop.* en aquellas palabras, ibi: *si el tal heredero, ò legatario no quisiere aceptar, ò renunciar la herencia, ò el legado, el substituto, ò substitutos lo puedan auer todo.* Para cuyo fundamento dan la razon, y dizen, que para que antiguamente por derecho comũ se cõcediesse 16

diesse la quarta Falcidia, era necessario que el heredero aceptasse la herencia del testador, la qual aura de ser voluntaria, y no forçada, la qual era al contrario en los fideicomissos, porq̃ aunque no aceptasse el heredero, le obligauan a que forçosamente aceptasse, para restituir los dichos bienes, y hazienda al dicho fideicomissario; y assi por esta razon en este caso conuienen todos se deue la quarta Trebelianica, *vt ita notat Ant. Gom. tom. 1. var. resol. cap. 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 deue y ha de pagar, *vt ita sequitur Molina de iust. & iure, 2. tract. disp. 213. n. 3. qui sequitur, & refert Molin. lib. 1. de primog. cap. 17. sup. relat. num. 9. cum Padill. & Burg. de Paz.*

17 Pero casos ay en que no ha lugar el Derecho de la quarta, que en especial es en los legados piadosos, y que por tales se reputen, saluo, si assi mismo la institucion fue piadosa, porque entonces aura lugar este Derecho, por no gozar vn priuilegiado contra otro igual, secus alias, *vt notat Molin. vbi sup. nu. 9. & in l. 4. tit. 11. part. 6.*

18 Lo segundo, no se deue esta dicha quarta, quando los bienes quedan vinculados, ò son de fideicomisso perpetuo, *vt affirmat idem Molin. de primog. cap. 17. nu. 18. Greg. Lop. in l. 6. d. tit. 11. part. 6.*

19 Lo tercero, no se deue sacar esta dicha quarta Falcidia, ò quarta Trebelianica del legado, para fin de manumitir, y dar por libre algun esclauo, *vt in l. Papinian. §. Quarta autem, ff. de inofficios. testam. & in §. Vlt. inst. de leg. falc.*

20 Y de otros muchos casos por donde el heredero pierde este dicho derecho, diremos en el cap. 11. deste 2. libro, §. Inuentario.

21 Y no solamente aurà lugar el no sacar este derecho de la quarta Falcidia, y Trebelianica, constando de expressa voluntad del testador, pero tambien aunque tan solamente cõste de voluntad presunta, assi como si el testador dixesse: *Y cumplidos, y pagados en todo, ò enteramẽte todos los dichos legados, dexo, y nombro por mi vniuersal heredero a 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 Escriuano, y assi no se puede dezir de todo, o enteramente, sino es que el testador lo dixere, y aun entonces es menester aduertirle la fuerça que tienen, como assi lo tie-

Formatur alia differẽs clausula extra ordinem

ne

ne *Bald. & Paul. de Castr. in authen sed cum testator, C. ad l. falcid. Greg. in l. 6. d. tit. 11. part. 6. glos. 3.*

Finalmente se deue considerar, que todas las vezes, que en todos los supra referidos casos huuiere lugar el sacar esta Falcidia, ha de ser despues de las deudas, y legados piadosos, como queda dicho, y luego no alcançando al heredero la quarta parte de todos los bienes del testador, se ha de suplir de los demas legados, hasta que alcãçe, *vt ita notat Molina de iust. & iur. disp. 213. n. 19.* Y para que los legatarios no queden agrauiados, y que de cada vno se saque rata por cantidad, lo que le cupiere, se desfalcaran en esta forma. Supongamos, que el testador dexo 8. y mandò 7. por manera, que no quede mas de vno, auiendo de quedar dos, que es la quarta parte de ocho, y assi siendo mas lo que se mãda, de forma, que no quede esta dicha quarta parte, se sumaràn los legados, y lo q̃ queda de hazienda, y ver qual es la quarta parte, y mirar que parte mando mas el testador de lo q̃ pudo, juzgando por no tuya la quarta parte de sus bienes, assi como si tenia seis mil ducados, y mandò cinco mil, por manera que la quarta parte destos seis mil, son mil y quinientos, de que forçosamente 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 los que el testador podrà mandar, y no mas, por ser los mil y quinientos la quarta parte, vienen a ser los quinientos que faltan la septima parte de tres mil y quinientos, que al testador tan solamente le auian de quedar; y assi se sacarà de cada legado la septima parte de su cantidad, y assi quedaràn ajustados, sin que a ninguno se le haga perjuizio, ni agrauio, como assimismo diremos adelante en el capit. 11. §. Legados, num. 224. Y si estos legados fueren del vsufruto de los bienes del testador por los dias del legatario, ò por causa de alimentos para sacar esta Falcidia, se harà computacion de lo que en cada vn año puede valer, y lo q̃ puede viuir, como desde la primera edad, hasta treinta años; y si el legatario tuuiere treinta y vno, ò mas, hasta sesenta, y si de alli passare, añadirle siempre cinco, y esto ha lugar en todos los casos que se deue hazer esta computacion, supuesto que ha lugar engaño, *vt ita notat Xuarez in l. quoniam in priorib. amp. 3. num. 8. fol. 24. per l. hereditatum, ff. ad l. falcid.*

22

CAPITVLO VI. Adonde se refiere la forma, y orden, y con que clausulas de prohibicion han de ser instituidos, y ordenados todos, y qualesquier 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, o, en la persona, en fauor de quien fueron otorgados.

S V M A R I O.

1. *Si por grauamen 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 que clausula se puede verificar.*
3. *Si es necessario significar causa en la dicha prohibicion, para que siga su efeto, y si por no auer significado la dicha causa, aurà lugar la dicha enagenacion, ibi, num. 4.*
5. *Y si procederà la referida dotrina, siendo otorgados los dichos legados, vinculos, ò fideicomissos, en fauor de otro tercero, & ibi num. 6.*
7. *Si por ser dexados estos dichos vinculos, y fideicomissos con palabras de futuro, se impedirà este dicho dominio, ò si passarà irreuocable en el comprador.*
8. *Pena si tiene el vendedor delos dichos bienes, y si està obligado al interès de los bienes vendidos con restitucion dellos al siguiente llamado.*
9. *En que forma, y con que 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 inconueniente vsar el testador de palabras de futuro indicatiuo.*
11. *Clausulas de prohibicion en los dichos legados, vinculos, y fideicomissos, otorgados en contratos, si seguiràn el mismo efeto, q̃ los otorgados en testamentos, y vltimas voluntades.*
12. *En que forma, y con que clausulas 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 dellos.*
13. *Y si por la venta de qualquier parte de los dichos bienes vincula-*

culados, y sujetos a restitucion, es visto transferirse los demas al siguiente llamado.

14 Y si el siguiente llamado podrà repetir los dichos bienes enagenados en qualquier tercero posseedor que estèn, y gozar, y tomar la possession dellos de su misma autoridad, y sino expressandose las dichas clausulas de prohibicion, en fauor de tercero en los dichos fideicomissos, aurà lugar la dicha repeticion.

15 Si siendo dexado otorgadas las mejoras de tercio, y quinto, debaxo de las dichas clausulas de prohibicion, seguirà el mismo efeto que los dichos legados, y fideicomissos siguen. Y que forma se deue obseruar, y guardar en la substitucion destas dichas mejoras, teniendo el testador descendientes.

16 Condicion si sine liberis decesserit, quando ha lugar, y se puede verificar, y si ha lugar quando los dichos fideicomissos son dexados entre estraños, y que por tales de derecho se reputan.

VTRVM, Si por la venta, y enagenacion de los bienes vinculados, o legados con grauamen, 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 huuiesse otorgado? Y aunque es verdad, y à todos es notorio, que en quanto a los bienes vinculados, y de mayorazgo se puede responder por la parte negatiua, por ser de su misma naturaleza inagenables, aunque la dicha prohibicion fuesse omissa, y oluidada, *secundum legem si quis ita, §. Ea lege, C. de condit. ob caus.* Pero la mayor duda, que en semejantes casos ofrecerse puede, es si los legados condicionales con la dicha prohibicion de enagenacion seguiràn el natural de los dichos vinculos, y mayorazgos ò si licitamente podràn ser vendidos, sin que el comprador sea inquietado de su dominio, y possession en vida del enagenante, y vendedor. Y porque muchas vezes por no apercibir el testador, ò el Escriuano las dificultades que en estos casos se pueden ofrecer, y esto sucede muchas vezes por omission, y cortedad de palabras, y otras por abundancia, y superfluidad dellas, serà bueno, para que esto no proceda assi, y que las dichas dudas se declaren con mas distincion, que se traygan a la memoria tres formas de clausulas, de que por su explicacion se vea la diferencia, que ay en la forma de ordenar, y los inconuenientes que de lo suso dicho pueden resul-

sultar. Y assi lo primero se supone, que la voluntad del testador fue, que todos los bienes, ò parte dellos los gozassen sus herederos, ò legatarios, debaxo de la condicion de la primera forma de la clausula siguiente, scilicèt: *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 reseruado para memoria de todos.*

Formatur alia clausula

2 Ibi: *De mis antepassados.* Y teniendo atencion al orden de las dichas palabras, parece no seguien el natural, que las que se escriuen, y notan para el efeto de los supradichos vinculos, y mayorazgos, porque de seguirse no era necessario significar causa, como al fin en los dichos legados se requiere *vt in l. filius fam. §. Diui, ff. de legatis 1. & in l. pater filius, §. Iulianus, & in l. Lucius, ff. de legat. 3. Gutierrez in l. nemò potest, num. 24. ff. de legat. 1. Azeu. in l. 11. num. 10. lib. 5. tit. nouæ Recop.* Por manera, que lo que de aquí se infiere, es, que si en el dicho legado se especifico, y significò causa, por la qual se prohibia la enagenacion de los dichos bienes, es cierto que por ella, ipso iure, serà de ningun valor, y efeto de que por el mismo hecho no se transfiere en el comprador el dominio de la tal cosa, sino que siempre queda en el enagenante, *vt infra num. 6. & ita colligitur ex glos. l. cum pater, §. Libertis, & ibi DD. ff. de legat. 2. Ias. in dicta l. filius, §. Diui, ff. de leg. 1. Ant. Gom. in l. 40. Taur. nu. 38.* adonde dize, que aunque no se expresse la causa de prohibicion, es visto tacitamente auerse expressado, considerando la calidad de la cosa, assi como si fuesse algun castillo, ò torre de sus antepassados. *Et iterum ad conclusionis nostræ probationem, vide eum in dict. l. 40. n. 88. Tellus Fernand. in l. 3. Taur. nu. 2. ex 2. part. & ita probatur in l. 44. tit. 5. p. 5.* ibi: *Por qualquiera destas razones, ò por otra que fuesse guisada semejãte dellas, no la pueden enagenar.* Y lo mismo se entiende siendo en fauor de menor, *vt Ant. vt sup.*

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, ò legatario no pueda vender tal heredad.*

4 *Formatur alia differẽs clausula.*

Y en este caso no es visto impedirse la translaciõ del dominio de la dicha heredad, ò casa vendida, por poderse vender, y enagenar licitamente, por presumirse de la volũtad del testador, tan solamente fue precepto, y buen consejo para el dicho legatario, ò heredero: porq̃ si quisiera que la dicha cosa no fuera vendida, fuera cierto, expressara causa, como dicho queda: y

assi es bueno que el Escriuano repita las dichas palabras, y dè a entender al testador el natural dellas, para escusar gastos en averiguar estas dificultades: *Quæ decisio sumitur ex l. 2. §. fin. ff. mandati, & in dict. §. Diui, vbi sup. & ibi Bart, & commun. DD. Anton. Gom. vbi proximè. nu. 37. & in dict. l. 44. tit. 5. p. 5. ibi: Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen, no monstrãdo razon guisada porq̃, ò non señalando persona alguna, ò cosa cierta por que lo fazia, si la vendiesse, valdria la vendida, maguer el lo ouiesse defendido.*

5 La tercera forma con que estos dichos legados pueden ser dexados, es como si el dicho testador dixesse: *Item, instituyo a Ticio por mi vniuersal heredero, ò dexo le tal cosa, con condicion, que de ninguna manera la pueda enagenar, ni vender, y que por el mismo hecho es mi voluntad que passe a Seyo.* *Formatura alia differẽs clausula.*

Ibi: *Que passe a Seyo.* De donde se sigue, que si el legatario, ò heredero vẽdiere la dicha cosa, perderá el dominio della, el 6 qual por el mismo hecho se transfiere en el llamado, en fauor de quien se hizo la dicha prohibicion, *vt in dict. l. 44. tit. 5. p. 5. ibi: O non señalando persona alguna & ibi Grego. Lopez, Anton. Gomez vbi sup. num. 36. 37. & 38.*

Demas de lo qual es necessario considerar, con que palabras 7. estan ordenadas estas dichas clausulas, notando si son de futuro, o de presente: porq̃ si el testador dixesse, *Y si el dicho mi heredero, ò legatario la enagenare, &c.* no ay duda, sino que se podrà enagenar, y vender. Y es la razon, porque aunque es verdad q̃ procedio, mediante persona, no vsò el testador de palabras, por las quales se pudiesse impedir la translacion del dicho su dominio, porque auiendo de vsar de palabras de presente, vsò de palabras de futuro subiunctiuo, y assi passa el dominio de la dicha cosa vendida en el comprador, sin temor de reuocacion, *vt ex tex. in l. Sticus, ff. de statu homin. Bar. in dict. §. Diui, vbi sup. num. 7. Greg. Lopez in dict. l. 44. tit. 5. par. 5. glos. 4.*

Y aunque es verdad, que esto procede assi, y que es dotrina 8 cierta, hase de entender sin perjuizio de sustituto, legatario, ò fideicomissario, en fauor de quiẽ se hizo la dicha prohibiciõ: porque de qualquier manera se le concede accion contra los bienes del enagenante, por el interes de la cosa enagenada, *secundum Suar. in allegat. 19. fol. mihi 3. in medio, Anton. Gom. vbi supra nu. 28. quos refert Azeued in l. 11. tit. 6. num. 10. lib. 5. Recopilat. & in glos. l. ea leg. C. de conditionib. ob caus. Bart. vbi sup. in dict. §. Diui, num. 6. in fin.*

9 Y para que no se dificulte en la determinacion destos casos, y que por la dicha enagenacion passe el dominio en el siguiente llamado, sera 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 dicho mi heredero, ò legatario la vendiere, ò enagenare, que por el mismo hecho pierda su derecho, y passe al siguiente llamado. Y esto quiero que se cumpla, y guarde en todos y qualesquier sucessores en la dicha heredad.* Y assi vsando el dicho testador destas dichas palabras, no aurà lugar la venta, y enagenacion de los dichos bienes, y por el mismo hecho se trasfiere el dominio dellos en el siguiẽte llamado, *vt ita docet Bart. vbi supra num 6. in fin. & est communis secundum Azor in summa de reb. alien. vel non, Greg Lop. in dict. l. 44. tit. 5. part. 5. gl. s. 1. in princip.*

Formatur alia clausula

10 Y aunque es verdad que diximos, que vsando el testador de palabras de subiunctiuo, no cessa, ni se impide la dicha venta, vt supra num. 7. pero con todo esso serà lo contrario, si el testador vsare de palabras de futuro indicatiuo, assi como si dixesse: *La qual heredad no enagenarà, ni venderà el dicho mi heredero ò legatario, vt in glos. dict. §. Diui, vbi sup. & ibi Bart. nu. 6. in med.*

11 Y porque no ay regla que dexe de padecer excepcion, digo, que aunque es verdad, que todo lo supra referido es cierto, y verdadero, hase de entender quando los dichos legados, y fideicomissarios son otorgados en testamentos, y vltimas voluntades: pero no se deue entender quando fueron otorgados en contratos inter viuos, porque sin embargo que en los dichos contratos aya grauamen, y condicion, de que los dichos bienes de mayorazgo, ò fideicomisso, no pudiessen ser vẽdidos, y enagenados, no se impide la translacion de su dominio, sino q̃ recta via passa al comprador, y no se le puede pedir cosa alguna en ningun tiẽpo: porque si alguna cosa se puede pedir, assi de pena, como de interes, ha de ser con tal enagenante, *vt in l. ea leg. C. de condit. ob caus. & in l. 42. tit. 5. part. 6. & ibi Greg. Lopez quam refert Molin. lib. 1. de primog. cap. 12. num. 30. & vide num. 31. 32. 33. 34.*

12 Y para q̃ esto proceda assi, y que el dominio de los dichos bienes no se transfiera en el comprador, aunque sean otorgados por via de fideicomisso, y de mayorazgo en los dichos cõtratos, serà buena clausula la siguiente.

Iten, que los dichos bienes sean perpetuamente de mayorazgo

ena-

enagenables, è indiuisibles è imprescriptibles, y que no se pueda cede Forma
der, renunciar, vender, trocar ni enagenar, ni assimismo no se pueda tur alia
hypotecar, ni arrendar por largo tiempo, en todo, ni en parte, aunque differès
la enagenacion, è hypoteca sea por causa de dote ò arras, ò alimentos, clausu-
ni para redimirse, y salir de cautiuerio el posseedor, ni para otro algu la.
no. Y esto quiero que se cumpla, y guarde, aunque la dicha enagenaciõ
se haga para mayor vtilidad 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 reme-
dio el posseedor enagenante. Y desta forma no se transfiere el di-
cho dominio en el cõprador, vt ita notat Molin. vbi sup. n. 35.
& in cap. 16. num. 32. vsque ad finem, & etiam notat Molin. Theol.
de iustitia, & iure, 2. tract. disput. 655. num. 1.

Y lo que se pudiera dificultar en este caso, es, si por la ena 13
genacion de qualquier parte de los dichos bienes, sera visto
assimismo perder el enagenante el dominio de los demas. En
la qual duda breuemente se responde, y digo que tan solamen
te perderà el enagenante el dominio de aquella parte que ven
dio, y no de los demas 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 vendan parte de-
llos, porque por el mismo hecho quiero los pierda el que assi los ena-
genare, no solamẽte los vnos, pero los otros q̃ no se vẽdieren, y enage-
narẽ, y luego passen al siguiẽte llamado*, vt ita notat cũ alijs Villad.
in sua Polit. de la instrucion forma de libelar. fol. 188. fol. 265.

De todo lo qual se infiere, y se sigue, que en todos los ca- 14
sos que por el mismo hecho por la venta, y enagenacion de los
dichos bienes de fideicomisso, ò de mayorazgo, no se transfie
re el dominio dellos en el comprador, podrà licitamente, y cõ
justicia el siguiente llamado, aũque sea en vida del posseedor
enagenante, repetir los dichos bienes, y tomar la possession
dellos con autoridad de Iuez, gozandolos, y desfrutandolos
vsque ad mortem, vt ita docet Ant. Gomez in l. 40. Tauri, num.
88. Segura in l. hæredes, §. Cum filia, ff de vulg. column. 92 & 93.
Peral. in rub. ff de hæredib. institut. num. 114. quos sequitur, & re-
fert Molin. de prim. vbi sup. n. 33. vers. Communis tamen. Lo qual
se limita en dos casos. El primero, quãdo en el fideicomisso su
jeto a restitucion no se expressò la clausula de prohibicion. Y
el segundo, assimismo quando en la institucion de los dichos
vinculos, ò mayorazgos, faltò, y no se expressò la dicha prohi
bicion de enagenamiento: porque aunque es veruad, que de

su misma naturaleza son inagenables, como en el principio deste capitulo diximos, pero con todo esso no se podrā pedir al comprador, y posseedor dellos, hasta que muera el que los enageno, sucessor que fue de los dichos bienes, *vt ita docet Molina vbi supra dict. num. 23. per totum.*

15 Finalmente se ha de notar, que todo lo q̄ dicho es en los dichos vinculos, y fideicomissos, assimismo ha lugar en la mejora de tercio, y quinto, que el ascendiente haze, y otorga en fauor de sus descendientes, y assimismo la que otorgan los descendientes en fauor de los dichos sus ascendientes, con grauamen de restitucion, segun el orden de la ley 27. de Toro, hoy de l. 11. titul. 6. lib. 5. Recop. aunque en estos casos no impide que las dichas mejoras se otorguen en contratos entre viuos, *vt in dict. d. 11. & ibi Azeu. num. 14.* Con tanto que las dichas sustituciones se hagan segun el orden de la dicha ley, q̄ en suma es el siguiente. Que en la mejora del tercio, los padres puedan poner las condiciones, y grauamē que quisieren a sus hijos, y descendientes, con tanto, que si las dichas sustituciones passaren de vn ascendiente a otro, sean primeramente llamados los hijos, y si hijos no tuuiere, se ha de hazer la dicha sustitucion entre sus hijos naturales, aora sean de parte de padre, o de madre, y faltando los hijos naturales, se ha de hazer la referida sustitucion entre sus ascendientes, y luego entre sus parientes, y a falta de parientes entre estraños. Y para mayor declaracion digo, que si el padre ò la madre, teniendo hijos legitimos, hiziessen la dicha sustitucion en vno dellos, y que despues de sus dias, ò a tiempo cierto viniesse a vn nieto suyo, y excluyesse al otro hijo, que sin embargo del nieto llamado ha de suceder el hijo excluydo, saluo si todos fueron llamados, porque entonces bien pudo llamar antes a sus nietos, *vt ita notat Azeued. in dict. l. 11. num. 38. cum alijs.* Sin tener atencion de llamar al menor, ò al mayor, vt ibi num. 41. y cō tanto que sea entre sus mismos hijos, y nietos: despues de lo qual tienen obligaciō a llamar a los hijos naturales (y no espurios) agora sean de parte de padre, ò de madre, no obstante que de derecho Real no lo son de parte de padre forçosos, sino voluntarios, como lo son de parte de madre, faltando hijos, y descendientes legitimos, *vt in l. 9. & 10. de Toro.* Por manera, que si el padre despues de los hijos legitimos llamasse a sus ascendientes, han de suceder primero los hijos naturales, y faltando todos los supra referidos, no puede el padre, ni la madre, despues

pues de llamar los hijos, y nietos, hazer la dicha sustitución entre estraños, teniendo parientes, porque estos han de suceder primero: y en caso que los dichos parientes sean llamados, han de suceder, se guarda la voluntad del testador, porque no es obligacion llamar al mas cercano, ni al de mejor calidad, y conyuncion, como todos sean llamados, alias sucederà el mas propinquo, como diximos en los descendientes, *vt ita voluit Angel in dict. l. 11. glos. 13. num. 1. Pelaez de maioratib. 1. part. quæst. fin. quas sequitur, & refert Azeued. vbi supra num. 25.*

Mas se aduierte, que esta dicha dotrina de la mejora de tercio, no ha lugar en el quinto, por poder el padre disponer del, como quisiere, *vt ibi idem Azeued. nu. 55. cum Tello Fernandez in l. 27. de Toro, num. 3.* adonde el mismo Tello Fernandez dize, que la dicha dotrina de sustitucio assimismo se estiẽde aunque los hijos sean de dos matrimonios, porque respeto de los padres no son de desigual calidad, y conyuncion, *vt ibi num. 6. Azeued. in dict. l. 27. glos. 2. num. 11.* Y mas dize el mismo Azeuedo, que si esta sustitucion se hizo, y otorgò en fauor de algũ nieto, de que por ventura despues nacieron otros hermanos del dicho sustituto, è hijos del padre mejorado, que sucederan todos igualmente en la dicha mejora, *vt ibi num. 27. contra distinctionem, Anton. Gomez 1. tom. cap. 5. num. 39.*

Lo qual se deue limitar en caso, que en vida del mejorado se aya de hazer esta dicha sustitucion, porque entonces no serà excluydo el nieto por el nacimiento de los demas, siendo assi expressado por el testador, aliàs no aurà lugar por la tacita voluntad, *vt ita voluit Angulo vbi supra num. 10. quem refert & sequitur idem Azeued. num. 27. in fin.*

Demas de lo qual, es justo se note, que si el hijo del testador fuere grauado a restituyr la dicha mejora a otro su hermano, hijo assimismo del testador, que la dicha sustitucion no aurà lugar, si el primer mejorado dexare hijos, por aquella cõdicion, si sine liberis decesserit, *vt notat Anton. Gomez numer. 32. vers. Ex quo infero singul.* 166

Lo qual es al contrario, quando vn descendiente dexa algun fideicomisso a su ascendiente, con grauamen de restituyrle a algun estraño, ò pariente del testador, aunque sea hermano, porque aunque mueran con hijos, se deue restituyr el dicho fideicomisso al sustituto, no constando lo contrario de la voluntad del testador, vt in l. 10. titul. 4. part. 6. aduirtiendo, que en todos los casos que huuiere lugar la dicha condicion,

de los demas descendientes legitimos: y assi quanto lo primero, en limitacion de la dicha ley 9. que vn padre, siendo sabidor que tenia vn hijo espurio, y queriendole instituyr por su vniuersal heredero, ordenò su testamento, por el qual hizo, y otorgò la dicha institucion en el dicho su hijo, nombrandole por su vniuersal heredero, en todos los dichos sus bienes, que fue ordenada con las palabras de la clausula siguiente.

3 *Formatur alia clausula.* *Dexo, nombro, è instituyo por mi vniuersal heredero a Ticio hijo mio, ilegitimo, y espurio, con condicion, que despues de mi fin, y muerte legitime su persona en la forma, y cō la solemnidad que de derecho en tal caso se requiere, para que licitamente goze, y suceda en los dichos mis bienes, y hazienda.* Et ibi: *Con condicion.* Cuya institucio en alguna forma parece frustratoria ordenada con algun genero de engaño, siēdo, como dicho es, incapazes herederos de los dichos bienes, especialmente siendo conforme a derecho, que lo que por vna via se prohibe, no ha lugar el concederse por otra: y assi parece es en fraude de la dicha ley 9. si bien se consideran sus palabras, ibi: *Saluo si los tales hijos fueren dedamnado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos, que no puedan heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato, & in l. 10. Taur.* ibi *Y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo.* Cuyas palabras parece anulan todo genero de institucion, sino es en el caso de los dichos alimenros. Y caso que por tales herederos fuerà instituydos, eran incapazes de entrar en la possession de los dichos bienes, *vt ibi in dict. l. 9. Que en tal caso no puedan heredar.*

4 Y por otra parte haze fuerça, y milita ser de igual condicion, y calidad el efeto que se sigue de la cosa prohibida en tiēpo ilicito, como el que se sigue en tiempo licito, y permitido: como en el vno, y otro caso se aya conferido en tiempo permitido, y no contrario a derecho, *vt in l. si quis instituatur, ff. de hæredib. instituend.*

5 Y supuesto que la dicha institucion fue celebrada en tiempo licito, debaxo de aquella cōdicion, serà valida, y se seguirà su efeto, cumpliendose la dicha condicion. Y pues assimismo la legitimacion es acto ficto, y de derecho permitido, segun la ley 12. de Toro, el qual sucede en lugar de acto vero, se ha de entēder en nuestro caso, serle atribuydas todas, y qualesquier calidades, y efetos resultantes de aquel acto vero, pues la condicion fue en tiempo, *vt est tex. in l. Cornelia, ff. de testam.*

6 Y assi es conclusion llana, cierta, y verdadera, que aunque

que el padre sea Clerigo, ò Fraile, o freile, ò otro alguno de los prohibidos, y habil para testar, podrà muy bien instituyr por sus herederos vniuersales a qualquiera de sus hijos espurios, en todos sus bienes ò en parte dellos, aunque los dichos hijos sean nacidos de punible, y dañado ayuntamiento, sin embargo de la decision de las dichas leyes, porque en quanto a esta limitacion, no han lugar, segun la mas comun, y prouable opinion de los Doctores antiguos, *vt ex tex. in l. in tempus, ff. de heredibus instituend. & ibi Bart. & communiter Doctores, Aret. in l. si filius fam. ff. de testam. Bald. & communiter Doctores, in l. Gallus, §. Instituens, ff. de liberis, & posthum. Cæpola caut. 38. in fin. Couarr. in 4. desponsalib. 2. part. cap. 8. §. 5. num. 12.*

7 Y assi despues de muerto el padre, se le ha de dar la possession al dicho hijo espurio de los bienes del dicho su padre, de quien fue instituydo, dando fianças del entrego, hasta que legitime su persona, *vt in l. si quis instituatur hæres, ff. de hæredib. instituend. & ibi Bald. Rojas in epitome succession. cap. 24. nu. 6. Palac. Rub. in rubric. de donat. inter virum, & vxorem §. 29. numer. 3. & 4. Gregor. Lopez in l. 19. tit. 3. part. 6. glos. 7. in princip. vbi post medium dicit esse communem, secundum Doctores in d. l. Gallus, §. Instituens, ff. de lib. & posthum. quamuis ipsi videatur probabilis contraria.*

8 Y de otras muchas limitaciones que de derecho auia lugar en las dichas leyes 9 y 10 de Toro, en fauor 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, especialmẽte no teniendo descendientes legitimos. Es en particular la institucion q̃ el abuelo haze en la persona del nieto, hijo de espurio, e incapaz de la sucession de su padre, aora sea el tal hijo espurio, viuo, ò muerto, como no se haga por su cõtemplacion: y en duda siempre se presume por contemplacion de nieto, pues es capaz de qualquier sucession, pues las dichas leyes tan solamente se han de entender en los hijos espurios, y no en los nietos, pues su decision no se deue estender a mas de lo que suena, pues fuera odiosa, si contra los nietos se huuiera de entender, como se entiende en los padres, vt in dict. l. 9. ibi: *Saluo si los tales hijos fueren de dãnado ayuntamiento.* Et ibi, *Saluo si fueren los hijos de Clerigos, ò Frailes, ò freiles, ò de monjas professas: & ita docet tex. in l. fin. C. de natur. lib. & ibi Bar. & commun. Doctores.*

9 Y assimismo se deuen limitar las dichas leyes, y ha lugar

su institucion en la persona del yerno, ò nuera, casado con hijo, o hija espuria, *Secundum Anton. Gomez in l. 8. Tauri. nu. 17. per totum, Rojas in epitom. succes. cap. 20. nu. 36. & 37. fol. 167. Diego Perez in l. 22. titul. 3. libr. 1. Ordinament. column. 163. caut. 3. Cifuentes in l. 9. Tauri, num. 7. Couarr. in 4. part. 2. cap. 8. §. 5. num. 11.*

10 Y de qualquier manera pueden los dichos hijos ser instituydos en la quinta parte de los bienes de sus padres, por razon de sus alimentos: lo qual assimismo ha lugar por cõtrato entre viuos, por titulo oneroso, por razon de dote que el padre, agora sea Clerigo, ò Fraile, ò freile, promete, ò dà al yerno casado con su hija: pues el dicho dote sucede en lugar de alimẽtos, como no exceda del quinto, vt ibi in l. 10. *Mandamos, que en caso que el padre, ò la madre sea obligado a dar alimentos a algunos de sus hijos iligitimos, 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 capaz el tal hijo ilegitimo.* La qual ley se deue 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 contraer matrimonio con su madre, ò por lo menos al tiempo que nacio, vt in l. 11. Tauri, siendole prometido, o entregado mas dote de lo que podia valer el dicho quinto, no se le deue repetir por los herederos del padre, no siendo descendientes hasta que muera el dicho yerno, siendo heredero, ò auiẽdo de gozar del vsufruto de los dichos bienes; secus si el marido, y esposo supiesse lo contrario, porque en tal caso, muerto el padre, los dichos pariẽtes repetiran el dicho excesso del dicho quinto, vt *ita docet Anton. Gomez in l. 10. Tauri, nu. 44. per totum, Ripa in l. 1. num. 68. ff. solut. matrim. Couar. in 4. 2. part. cap. 8. §. 6. Dueñas regul. 367. num. 3. Auend. in respons. respons. 9. nu. 5. Felin. in cap. pastoralis, de rescriptis, Azeued. in l. 6. tit. 8. lib. 5. Recopil. num. 9. vbi dicit, quòd propter benemerita ipsius filij, qui filiæ pater ei possit, plus vltra alimenta relinquere, secundum Didac. Perez in dict. l. 6. col. 165. in fin. Baeza de dotib. cap. 7. num. 8. Bart. in l. fin. § si à socio ff. quæ in fraudem credit.*

11 Y porque assimismo queden declaradas las dichas leyes 2. & 10. de Toro, assi en su decision, como en sus falencias, y limitaciones, se aduierte, que aunque los padres tẽgan descendientes legitimos, los dichos hijos naturales podràn ser institui-

tuidos por herederos vniuersales por los dichos sus padres, vt infra: y assi se supone en limitacion de la dicha ley 10. que vn padre teniendo descendientes legitimos, instituyo por su vniuersal heredero a vn hijo natural que tenia, cuya institucion fue ordenada con la clausula siguiente, *Dexo, è instituyo por mi vniuersal heredero a Sempronio mi legitimo hijo, de edad de diez años y en caso que el dicho mi hijo muera dentro de la edad pupilar, sustituyo a Seyo hijo mio natural, a para que suceda en los dichos sus bienes.* b

Formatur alia clausula.

Ibi: *A mi hijo natural.* a Cuya institucion en quanto a su forma, por la vna parte parece ser ordenada en fraude de la dicha ley 10. pues por su decision antes consta lo contrario, como della se colige, ibi: *Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuuiere 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 dà a entender, de ninguna manera pueden los dichos hijos naturales ser capazes de todos los bienes de sus padres, teniendo hijos, ò nietos legitimos, y naturales.

Y por la otra parte parece satisfaze, trayendo a la memoria la sustitucion que el padre puede hazer en persona estraña en qualquiera de los bienes de sus hijos, y que conforme a esto no deue ser de peor condicion el hijo natural que el estraño, pues como dicho es, puede ser substituido, aunque sea en perjuizio de los demas descendientes legitimos, y legitima de ascendientes *vt in l. 2. ff. de vulg. & pupill. substit. & ibi Bart. & commun. Doctores, Anton. Gom. in tit. de pupill substit. 1. part. num. 7. per totum, & in l. 5. tit. 5. par. 6.* 12.

Todo lo qual con mayor razon 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 vniuersales herederos ex testamento por los dichos sus padres, vt ibi: *Pero mandamos, que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere.* 13.

Ibi: *Para suceder en los dichos sus bienes.* b Por cuyas palabras se verifica, y haze fuerça lo que de nuestra question se pretende en la parte afirmatiua, mayormẽte q̃ el sustituto no sucede mediãte la persona del padre, sino tã solamẽte mediãte la persona del hijo, ibi: *Para suceder en los dichos sus bienes,* Como assi lo declara la dicha ley 5. tit. 5. p. 6. ibi: *Establezco por mi heredero a fulano mio fijo, è si fuere mio heredero, è muriere ante que sea de* 14.

edad,

edad de catorze años, ibi: Establezco a fulano, que sea su heredero.

15 Donde se sigue, que de ser ordenada en otra forma la dicha sustitucion, no aura lugar, ni se siguirà su efeto, assi como si dixesse el testador, *Y si el dicho mi hijo muriere dentro de edad pupilar de catorze años, dexo, y nombro por mi heredero en todos mis bienes a Ticio hijo mio natural.* Y aunque es verdad, como dicho es, que el sustituto no sucede ex persona patris, sino tan solamente ex persona filij, no se viciara la dicha sustitucion, aunq̃ sea ordenada en la dicha forma, porque de qualquier manera se ha de juzgar por perfeta la sustitucion pupilar, *vt ex text. in l. si ita scriptum, §. Pen ff. de bonor poss. secund. tabul. vbi Bart. & in glos. notab. super verb. Caius Seius in l. 1. ff. de vulg. & pupill. substitut.*

Formatur alia clausula.

16 Y en conclusion se tiene por dotrina cierta, y verdadera, segun la comun de los Doctores, que los hijos naturales pueden ser instituydos en los bienes de sus padres, muriendo el hijo legitimo heredero dentro de la edad pupilar de catorze años, siendo varon, y dentro de doze siendo muger, *vt in l. 2. C. de natur. lib. glos. in verb. Participium, vt in authent. quib. mod. natural. lib. effician sui. §. fin. col. 7. Bart. in l. quod conditioni, ff. de condit. causa mortis, Socin. regula 352.*

17 Y quanto a lo segundo, en limitacion de la dicha ley 10. se supone, que vn padre teniendo descendientes legitimos, hizo institucion de heredero vn hijo natural, la qual institucion fue ordenada con la clausula siguiẽte, *Iten declaro, que por quanto los descendientes legitimos que yo tengo son Frailes Menores de la Orden de san Francisco, los quales conforme a derecho no me pueden suceder en los dichos mis bienes ex testamento, ni abintestato, ni el dicho Conuento en su lugar, dexo, y nombro por mi vniuersal heredero a Ticio hijo mio natural.*

Formatur alia clausula.

18 Ibi: *Son Frailes* Cuya institucion assimismo con euidencia parece ser, y està ordenada cõ algun genero de fraude, pues los hijos naturales no pueden ser mas capazes q̃ del quinto de los bienes de sus padres, conforme dicho es, y se prueba en la dicha ley 10. de Toro, especialmente siendo en perjuizio de descendientes. Y aunque es verdad que en este caso no lo es, respeto de que los Frailes no pueden suceder en los bienes de sus padres; pero considerando la intencion del legislador en la dicha ley 10. parece habla generalmente, como en Derecho en semejantes casos se deue entender, vt ibi: *Y el padre no tuuiere hijos, ò descendientes legitimos.* Por manera, que

en

en quanto a esto no se deuen reputar por muertos, pues como dicho es, parece en fraude de la dicha ley. Pero sin embargo de lo susodicho, supuesto que los frayles professos Franciscos no pueden suceder ex testamento, nec abintestato a sus ascendientes, segun el Concilio Tridentino, por juzgarse por ya difuntos, y no en el siglo, podran justamente los dichos ascendiẽtes instituyr, y dexar por sus herederos vniuersales de todos sus bienes a los dichos sus hijos naturales, pues en hazerlo assi no es en fraude de la ley, pues reputãdose por difuntos los dichos descendientes legitimos por razon del habito, pueden ser instituydos ex testamento por los dichos sus padres, *vt ex tex. in l. Papinianus §. Vnde si quis, ff de inofficios. testam. in l. vnica, §. In primo, vbi Bald num 1. C. de caduc. tollen. & in l. cũ accutissime, & ibi communiter DD. C. de fideicommis. glos. in verb. De la quinta parte in l. 9. tit. 5. lib. 3 fori. Et hinc est, quod statutum, quòd masculi, succedant exclusis fœmineis, intelligenda sunt si masculi sunt capaces, & possunt succedere, vt ita docet Bart. in l. 2. §. Si duo in fin. ff de collat bon. & in l. §. Et videndum, ff de testam. optime Decius cons. 375. num. 3.*

De aqui se sigue, que todas las vezes que los hijos legi- 19
mos, y naturales deuen ser desheredados, y preferidos por sus padres por las causas del Derecho, pueden assimismos los dichos hijos naturales ser instituydos por herederos vniuersales por los dichos sus padres ex testamento, supuesto que los que lo son legitimos, son incapazes de la dicha sucession por las dichas causas de pretericion, pues assimismo se juzgan, y son reputados en el Derecho por difuntos, y ya muertos, *vt est tex. in l. 1. §. Si pater emancipatus ff de coniung. cum emancip. & in l. 1. §. fin ff. de bonor. poss contra tab. Bald. in l. vnica, nu. 20. C. quando non peten. part. Bart. in l. qui aliena, §. Interdũ in princ. ff. de acquirend hæredit. glos. que ayan de heredar, in dict. l. 9. titul. 5. lib. 3 fori.*

Mas se deue aduertir, que todas las vezes que el padre, ò 20
la madre por causa del derecho natural que tiene de alimentar a sus hijos espurios, y naturales, les mandaren, y dieren el quinto de sus bienes, no pueden de ninguna manera poner ninguna condicion, ni grauamẽ de restitucion, pues siendo como es el quinto legitima que se les deue a los dichos hijos naturales, y espurios, no ha lugar la dicha condicion, sino que en èl sucederàn los herederos de los dichos hijos, agora sea abintestato, o ex testamẽto, aunque segun comun opiniõ de muchos, y

graues Doctores aurà lugar la dicha condiciō en aquello que extra de lo necessario huuiere menester para los dichos alimētos, pues no es fuerça que no auiēdo menester todo el quinto para el efeto, que se le entregue enteramente, *vt ita notat Tell. Fernand. in l. 10. Taur. n. 15. quē sequitur Azeu in l. 8. tit. 8. n. 15. lib. 5. nouæ Recop.* Lo qual assimismo se ha de entender, quando la dicha condicion se pone por contrato entre viuos, assi como si vn Clerigo prometiesse, o diesse a su hija espuria ò natural alguna cantidad en dote, con condicion que sino tuuiere hijos, torne la dicha dote al dicho Clerigo, ò a sus herederos: aunque en este caso tiene lo contrario *Iuan Garcia de expens. cap 3. num. 27. & 54.* Pero la contraria es la comun, segun *Lara in l. si quis à liberis, §. Idem rescripsit, de lib. agnosc. num. 61. Matien in dict. l. 8. glos. 3. num. 5. Recop.*

CAPITVLO VIII. En declaracion de la ley 6. 7. 8. tit. 5. p 6. por cuyas palabras consta, en que forma, y con que clausula se deue ordenar la substitucion pupilar, para que en virtud della, no solo el sustituto suceder 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.

S V M A R I O.

1 *Suceder si puede el sustituto, assi en los bienes del padre, como en los demas bienes adquiridos por el pupilo por titulo vniuersal, ò particular.*

2 *Clausula en que forma se deue ordenar, para que en todos los dichos bienes el dicho sustituto pueda suceder.*

3 *Si lo que es ageno se puede enagenar, y disponer dello, sin voluntad de su dueño.*

4 *Morir si se puede por la vna parte ex testamento, y por la otra abintestato: y si el pupilo puede morir ex vna parte ex testamento, y de la otra abintestato: y si el sustituto sucederà en todos los dichos sus bienes, segun la decision de la dicha ley 7. dict. titul. 5. par. 6.*

5 *Si assimismo sucederà el dicho sustituto en los bienes que el dicho pupilo huuiere adquirido de parte de su madre, segun la decision de la dicha ley 6. dict. tit 5 par. 6.*

6 *Aceptando el dicho sustituto los bienes del pupilo de parte de su*

pa-

padre, si deuen assimismo aceptar los que el pupilo huuiere adquirido de parte de su madre, ò de otra qualquier parte, segun la decision de la ley 8. dict. tit. 5. part. 6.

7 *Si para auer lugar la dicha sustitucion de todos los dichos bienes se requiere se expresse, ò tacitamente se ha de entender en todos los dichos bienes.*

8 *Si el dicho sustituto suceder puede en los bienes rayzes, que segun el fuero de la tierra, muriendo abinstato, bueluen al tronco, y la rayz a la raiz.*

Si en los casos que la madre excluyda de sa legitima, por causa de la dicha sustitució, le compete remedio para ser alimentada.

VTRVM, Si en caso que la sustitucion hecha, y ordenada por el padre en qualquiera de sus hijos por la potestad q̃ en ellos tiene otorgado en fauor de qualquier persona especialmẽte para que suceda en los bienes del pupilo, que de parte de su madre le fueren adquiridos, id est, en la legitima, q̃ segun los demas descẽdientes le pueden pertenecer, aurà assimismo lugar la dicha sustitucion en los demas bienes que al hijo dentro de la dicha edad pupilar se le pudieron adquirir, particularmente si la dicha sustitucion por el dicho testador fue ordenada con la clausula siguiente; post filij institutionem, *Y si el dicho mi hijo muriere dentro de la edad pupilar, establezco, y nombro a Sempronio por su vniuersal heredero, el qual no solo aya de suceder en los dichos mis bienes, sino tambien le sustituyo, para que suceda en los demas bienes que por qualquiera titulo, a ò persona b se le huuieren adquirido al dicho mi hijo.* 1

Formatur alia clausula.

Ibi: *Que por qualquier titulo.* a Y trayendo a la memoria aquella regla vulgar, q̃ lo que es ageno, sin voluntad de su dueño no se puede enagenar, ni disponer dello, sin duda parece nos dà a entẽder q̃ tan solamente el padre tiene potestad para disponer, y hazer la dicha sustitucion de los bienes q̃ por razõ de su legitima al dicho pupilo le puedẽ pertenecer, y no en los demas bienes, q̃ por qualquier titulo le pudieren pertenecer, pues assi hazerlo, sera 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. iur.* 2

Y por otra parte pelea, y haze fuerça lo que assimismo el Derecho dispone, pues el que muere, no puede dexar sus bienes debaxo de dos disposiciones, *id est ex vna parte ex testamento, & ex alia abintestato, secundum l. ius nostrum, ff. de regul. iuris,* 3

ris, vbi Decius. Y si bien se considera, no ha lugar la dicha primera regla, pues muriendo el pupilo dentro de la edad pupilar, en quanto a los bienes de su padre, morirà ex testamento, pues el dicho su padre testò por el, y en los demas bienes que al dicho pupilo se huuieren adquirido, morirà abintestato. Lo qual como dicho es, serà contra la segunda regla, y sin embargo de que los demas bienes le sean adquiridos por qualquier titulo, no se deuen juzgar por agenos, pues se adquierẽ para el hijo dentro del tiempo que el padre pudo testar por el, y pudiendo en lo principal, con muy mas justa razon puede en lo accessorio, y assi serà justa la dicha substituciõ en los demas bienes, que por qualquier titulo se le huuieren adquirido, especialmente que el substituto no sucede ex persona patris, sino tan solamente ex persona filii, mediante la persona del dicho su padre, que testò por el, como en la dicha ley 7. se prueba, cuyas palabras son las siguientes: *Tal fuerça ha la substitucion, que es dicha pupilar, que aquel que gana la heredad por razon della deue auer los bienes del moço, en cuyo lugar fue establecido por heredero, tambien como si èl mismo lo ouiesse establecido por su heredero, en tiempo que pudiesse fazer testamento.* E por estas razones tal sustitucion, como esta, es como otro testamẽto que haze el padre al moço sobredicho, è heredarà tal substituto, como este, todos los bienes del moço, ibi: *Ondequier q̃ los aya, & ita probat text. in l. sed si plures, §. Ad substitutos. ff. de vulg. & pupil. subst. & ibi Bart. & comm. DD.*

Ibi: *O persona.* b De donde se sigue, que no solo aurà lugar la
55 dicha substitucion en todos los dichos bienes, por qualquier titulo adquiridos, pero tãbien aurà lugar, aunq̃ seran adquiridos mediãte qualquier persona, assi como si la madre huuiesse muerto dentro del dicho tiempo de la edad pupilar, de que el dicho pupilo huuiesse sucedido en los dichos sus bienes, cõmo hijo, y legitimo heredero, lo qual procede, aunque sea en perjuizio de otros qualesquier ascendiẽtes, como de la dicha ley 6. se colige, ibi: *E aũ puede esto fazer, maguer los desheredasse de lo suyo por alguna derecha razon diziẽdo assi: desheredo tal mio fijo por razon de tal tuerto, ò yerro que me fizo, è establezco por su heredero a fulano, en los bienes que a aquel mio fijo vinieren de parte de su madre, ò de los otros sus parientes.*

Todo lo qual assimismo ha lugar, pues en caso que el dicho
56 substituto quiera aceptar los bienes de parte del padre del dicho pupilo, no pueda aceptar los vnos bienes sin los otros, ò

rec-

repudiar toda la herencia, pues se reputan, y estàn ya incorporados con el patrimonio del dicho menor, y assi no ha lugar separacion, ni distincion en quanto a la dicha aceptacion, ò repudiacion, como assimismo de la decision de la dicha ley 8. se prueba, y colige, ibi: *Muriendo el moço a quien el padre, ò el abuelo ouiesse dado otro heredero substituto, en la manera que dizen pupilar, si este substituto quisiere heredar tan solamente los bienes que fueren del padre de huerfano, è non los que ouiera el moço*, ibi: *De parte de su madre, ò de los parientes della, dezimos q̃ si el substituto fuesse establezido por heredero en vno con el moço, en el testamento de su padre, è otrosi si le fuesse dado por substituto, que estonze conuiene en todas guisas que sea otrosi heredero en los bienes del moço maguerno quiera, ò los desampare todos. & in l. 1. 2 ff. de acquirend. hæred.*

Y no solo procede la dicha substitucion con la dicha clausula especial, haziendo expressa mencion de los demas bienes que el hijo por qualquier titulo adquiriere, pero tambien se ha de entender tacitamente, aunque de lo dicho no se aya hecho la dicha especial mencion, *vt est text. in dict. l. sed si plures, §. Ad substitutos, vbi Bart. & commun. DD. ff. de vulg. & pupil. subst. Molin. de iustit. & iur. tract. 2. disp. 184. litera B. vers. His ita constitutis, Ant. Gom. in tit. de pupil. & vulg. subst. nu. 7. in med.* 7

En cuya sucession se ha de notar, que no solo el dicho substituto sucederà en todos los dichos bienes, aunque sea en perjuyzio de la legitima de qualesquier ascendientes, pero tambien, aunque los dichos bienes sean rayzes, que segun el fuero de la tierra, muriendo abintestato el descendiente, bueluen al tronco, y la raiz a la raiz, *segun la ley 6. de Toro, & ita docet Gutierrez in pract. quæst. lib. 3. quæst. 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 accion, 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 deuen denegar, *cap. cum haberet, de eo qui dux in matr. & in l. si quis à liberis, §. idem rescriptum, ff. de lib. agnoscend. Couar. in cap. cum essent, de testam. nu. 11. in fin. Gregor. Lopez, gl. 5. 3. prop. finem. d. l. 7. tit. 5. p. 6.* 9

CAPITVLO IX. En declaracion de la ley 11 tit. 5. p. 6. de cuya decision se colige cierta clausula, de que de su orden se duda, si la substitucion que los padres, y ascendientes hazen a sus hijos, y descendientes, locos, sin memoria, y entendimiento, assimismo estender se puede a los hijos, y descendientes mudos, y sordos à natiuitate, à exemplo de la pupilar.

SVMARIO.

1 *Substitucion exemplar, si ha lugar en los hijos, y descendientes que a natiuitate son mudos, y sordos assi como la que procede, y se haze en los hijos incapazes y sin entendimiento y con q̃ clausula se deue ordenar la dicha substitucion.*

2 *Si saben leer, y escriuir los dichos mudos, y sordos, porque no lo son a natiuitate, si podràn ser sustituydos.*

3 *Si es necessario que los dichos mudos y sordos para no poder ser sustituidos sepan leer, y escriuir, ò es suficiente lo vno sin lo otro.*

4 *Quien deue ser sustituido en lugar de los dichos mudos, y sordos en caso que lugar aya la dicha sustitucion, en declaracion de la dicha ley 11. tit. 5. p. 6.*

5 *Hijos naturales, mudos, y sordos, si pueden ser sustituidos por sus padres, ò madres, y en que persona.*

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 sustitucion exemplar, y si ha lugar passando a segundo matrimonio.*

8 *Constante el matrimonio si pueden el marido, y muger, cada vno por su parte, hazer la dicha substitucion, y porque causas se anula, y cessa la dicha sustitucion, ibin. 9.*

1 VTRVM, Si supuesto que por defeto de incapacidad pueden los ascendientes, padres, y madres sustituir a sus hijos, y descendientes a exemplo de la pupilar, segun la dicha ley 11. aurà assimismo lugar la dicha sustitucion en los descendientes que a natiuitate son mudos, y sordos. Y para q̃ esto proceda con mayor claridad, y distincion supõgase, que la dicha substitucion fue ordenada cõ la clausula que la dicha ley 11. ordena en su segunda parte, que su tenor es el siguiente. *Establezco por mio heredero a fulano mio hijo, è si èl muriere en*

Formatur alia clausula.

aque-

aquella locura a èn que agora es, establezco por su heredero en su lugar a fulano ome. b

Ibi: *En aquella locura.* a Para cuya conclusion se ha de aduertir, que de qualquiera manera que vno no sea capaz de derecho para testar, podrà ser substituydo por sus ascendientes, *vt ibi in dict. l. in sua prima parte, se prueua.* ibi: *Exemplar substitucion diximos que es aquella, que pueden fazer los padres, è las madres a sus fijos, que son locos ò sin memoria.* Y assi en quanto a los mudos, y sordos, por ser defeto assimismo de incapacidad para poder testar se distingue en la forma siguiente. Y es assi, que si los dichos hijos, y descendientes son mudos, y sordos a natiuitate, en tal forma q̃ no sepan escriuir, ni leer los dichos sus padres podràn substituirlos, y testar por ellos, pero si son mudos, y sordos por alguna enfermedad, y saben escriuir, y leer, en tal caso no procede, ni ha lugar la dicha substitucion, pues son capazes para significar, y manifestar su voluntad, *segun la ley 13. tit. 1. p. 6. & ibi Greg.* 2

Pero si escriuir, y leer no saben aunque sean mudos, y sordos por enfermedad, podràn ser substituydos exemplarmente como dicho es, por los dichos sus padres, y madres, para lo qual no solo ès necessario q̃ sepan leer, pero tambien que no ignorẽ el escriuir, porque faltando lo vno sin lo otro, se viciara el dicho testamento, que fuere ordenado por qualquiera de los dichos incapazes, sino es caso que fuere ordenado con autoridad del Principe, *vt ita docet, d. l. 13. tit. 1. p. 6 cui consentit Ant. Gom. var. resol. c. 6. n. 3. tom. 1.* 3

Ibi: *A fulano ome.* b Y en caso que los dichos ascendientes puedan hazer las dichas substituciones, como dichos es, ha de ser de forma, que si los dichos mudos, y sordos, o locos, ò mentecatos tuuieren hijos, ò descendientes, ò ascendientes, que estos primeramente han de ser dados por substitutos antes que otro alguno, y faltando alguno de los dichos, de manera que no aya descendiente, ò ascendiente lo han de ser los hermanos legitimos, *vt ita docet nostra lex 11. in 3. p.* ibi: *Pero si este loco, à quien dan el substituto, ouiere fijo, ò nieto, ò alguno de los otros que decienden por derecha linea dèl, deuenlos substituir en su lugar, è non otros. E si alguno destos non ouiere, estonce le puedẽ dar substituto a su hermano, si lo ouiere è si non ouiere hermano pueden le dar por substituto otro estraño, & ita notat Greg. Lop. in d. l. 11. glos. 6. 7. & Ant. Gom. vbi sup. Mol. de iust. & iur. tract. 2. disp. 185. vers. Si his, col. 1119.* 4

5 Y en caso que los hijos sean naturales, no podràn por los dichos sus padres ser substituydos exemplarmente, respeto de no tener potestad en ellos, pues no les son herederos forçosos, segun la ley 10. de Toro, pero si los dichos hijos naturales tuuieren madres, y no tuuieren otros descendientes legitimos, assi como les son herederos forçosos ex testamento, & abintestato, assimismo les pueden hazer la dicha substitucion, y testar por ellos, pues los dichos hijos, y descendientes no son capazes por si para hazer, y ordenar su testamẽto, 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 ayũtamiento, que por el tal coito incurriesse la madre en pena de muerte, ò si fueren hijos de Clerigos, ò de Frailes, o freyles, ò monjas professas, porque assi como no pueden suceder indistintamente a las dichas sus madres, y padres ex testamento, nec abintestato, 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) podrà substituir a los dichos sus hijos naturales exemplarmente en las personas que dicho es, saluo en los ascendientes de parte del padre, porque de ninguna manera lo pueden ser ex necessitate, sino es que es voluntad de la dicha madre, y esto ha de ser faltando descendiẽtes legitimos del dicho hijo natural, mudo, y sordo a natiuitate, y assimismo ascendientes de parte de la madre, y hermanos naturales, hijos de vna misma madre, pero no si lo son de diferentes madres, sino es que assimismo es voluntad de la dicha su madre, vt de hac materia en el cap. 10. se dira mas largamente.

6 Y si huuiere hermanos de dos matrimonios, aũque es verdad que en esta sucession muerto el padre, ò la madre, de donde assi proceden, y son descendientes, es preferido el hermano ex vtroque latere, en los bienes que dexò, de que murio abintestato, ò los demas, que tan solamente lo son ex vno latere, id est, tan solamente de parte de padre, ò de madre, pero con todo esso los dichos descendientes pueden ser substituidos por los dichos sus ascẽdientes en qualquiera de los otros hermanos, aunque tan solamente sea de vna parte, porque para la dicha substitucion, es suficiente, que tan solamẽte lo sea de parte de padre, ò de madre. Lo qual no se ha de entender

que

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, *vt ita affirmat Bart. quem refert, & sequitur Ant. Gom. vbi sup num. 5. vers. Quod notabiliter, quamuis cõtrarium teneat, Molin. Theol. de iustit. & iur. 2. tract. disput. 185. vers. Idem, col. 1120.*

Y aunque es verdad, que substituyendo el padre pupilar 7
mente a qualquiera de sus hijos en perjuizio de la legitima de su madre, se ha de entender siendo otorgada dentro de la edad pupilar de catorze años, siendo varon, y doze siendo muger, pero siendo otorgada la dicha substitucion despues del dicho tiempo, aunque la dicha substitucion sea hecha a exemplo de la pupilar, no puede la madre, y demas ascendientes perder su legitima, *vt ita declarat Bar. in l. ex facto ff. de vulg. & pup. subst. quem sequitur Ant. Gom. vbi sup. n. 8.* Lo qual procede, aunque la muger passe a segundo, o tercero matrimonio, porque de qualquier manera se le ha de dar su legitima, ni por el mismo hecho pierde la facultad de hazer la dicha substituciõ en qualquiera de sus hijos, siendo mudos, y sordos, y locos, o mentecatos, como dicho es.

Finalmẽte se ha de notar, que si el padre, ò la madre hizieron cada vno de su parte la dicha substitucion, sucederàn los 8
dichos substitutos en los bienes de parte de quiẽ fueron substituidos, y en los demas bienes adquiridos sucederàn igualmẽte, *arg. tex. in l. ex facto, ff. de hæred. instit. Ant. Gomez vbi supra num. 13.*

Cuya substitucion se destruye, ipso iure, y no ha lugar despues de celebrada, por tres causas. La primera, si el que assi 9
fue mudo, y sordo, o loco, ò sin entendimiento, y memoria, por tiempo fuesse capaz, de forma que careciesse del defeto, porque lo estaua para no poder hazer testamento. La segunda, si siendo tal incapaz, tuuiesse hijo legitimo, id est, siendo concebido en tiempo de la memoria, & ante furorem, *vt est text. in dict. l. ex facto, ff. de vulg. & pupil. substit. & in l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur. & ita notat DD.* La tercera, si fue reuocada por otro testamento, todo lo qual se prueba de la dicha ley 11. cuya es vera interpretacion.

CAPI-

CAPITVLO X. Adonde se trata, si las madres pueden substituir pupilarmente a sus hijos, y descendientes, y en que parte de sus bienes, y con que clausula tendrà fuerça la dicha substitucion.

SVMARIO.

1 *Substituir si pueden las madres a sus hijos, y en que parte de los bienes, y con que clausulas.*

2 *Grauamen, y condicion si podran los padres poner en las dichas sustituciones.*

3 *Si por el matrimonio espiran estas dichas substituciones antes de los 14. años.*

VTRVM, Y supuesto que de ninguna manera por Derecho puede la madre pupilarmente substituir a ninguno de sus hijos, si por ventura auiendose otorgado la dicha substitucion en fauor de alguno de los dichos sus hijos, quedarà en todo por nula, è ilusoria la dicha substitucion pupilar; y no ay duda, sino que la dicha substitucion, por ser como es contra Derecho, no se cumplirà, ni guardarà, 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 esta clara; pero con todo esso nos da materia para manifestar vna admirable limitacion al proposito digna de tener en la memoria, y assi para mas claridad, supongase, que despues de auerse ordenado en el testamẽto de la madre la dicha substitucion, se añadiò la clausula codicilar, en que dixo: *El qual dicho mi testamento, y todo lo en èl contenido, quiero, y mando que se cumpla, y guarde, como dicho, y ordenado tengo, ò por la mejor via, y forma que mas lugar huuiere en derecho.* Por manera, que lo que nos da a entender esta dicha clausula, que ya que no pueda valer como substitucio pupilar, valdrà como mejora, o legado, es a saber, que siendo ordenada la dicha substitucion, aora sea testamento, ò codicilo, siendo en fauor de algun estraño, y muriendo el hijo substituido en la edad pupilar, sucederà el dicho estraño en el quinto de los bienes de la dicha su madre; y si la dicha substitucion fuere otorgada en fauor de otro qualquier hijo, o descendiente, serà valida en quanto al tercio, y remanente del quinto de los dichos bienes de la madre. Y es la razon, porque aunque es ver-

Formatur alia clausula.

verdad que esta dicha substitucion directè no vale, como pupilar, tiene fuerça, y se conuierte 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, alias cessarà, assi como substitucion pupilar, que en quanto a 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, *vt ita sequitur Anton. Gom. tom.* 1. *var. res. cap* 4. *n.* 6. *Couar. de testamentis, in cap. Raynuntius, §.* 5 *fol.* 104. *Menes. in l. si frater tuus. n.* 9. *&* 16. *C. de fideicom fol* 43.

De aqui se duda si la madre en este caso, ò el padre en las substituciones directas podràn licitamente poner grauamẽ, y condiciones en las dichas substituciones. Y segun razõ de Derecho, parece que sin duda alguna seràn validas qualesquier cõdiciones, y grauamenes, supuesto que el substituto sucede al substituido por voluntad de su padre, bien assi como si èl mismo por su vniuersal heredero le instituyera, de que en los dichos bienes le pudiera poner qualquier grauamen, y condicion, y en caso que el padre huuiesse 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 podrà el padre substituir al hijo en los bienes de su legitima, pero tambien en el tercio, y quinto de mejora, con tanto que este grauamen se haga *segun lo ordena la ley* 11. *tit.* 6 *lib* 5 *noua Recop. vt hæc omnia colligantur, ex l. si Titio pecunia, §. Vltim. iunct. l. quod fideicommissum, ff de legat.* 2. *& affirmat Bart. & communis Doctorum sententia, quam Ant. Gom.* 1. *tom. var. resol. cap.* 4. *num.* 12. *refert, & sequitur.* 2

Demas de todo lo dicho se duda assimismo, si esta substitucion espirarà luego que el hijo se casò antes de auer cumplido los catorze años de la edad pupilar, siendo varon, y doze siendo muger, y segun el Derecho comun esta 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, *vt ita refert Æmanuel de Acosta in capit. si pater,* 1. *part. vers. impuberes, numero* 9 *fol.* 28. Y segun el Derecho Real, que es la *ley* 9. *titulo* 1. *lib.* 5. *Recopilac.* 3

se

se ha de entender assimismo, pues el hijo, è hijos no salen de la potestad de sus padres, hasta cumplidos catorze años, ni hasta passado el dicho tiempo pueden hazer testamento, ni assimismo se pueden casar, *vt ibi notat cum Baeça, Azeued. in num. 19 quamuis contrarium tenuit Molin. de iustit. & iure, 2. tract. disput. 184 num. 13.*

CAPITVLO XI. Adonde por las clausulas mas principales de la ley 80 titul. 18. parte 3. se declara en que forma, y con que solemnidad se deue proceder en el juizio diuissorio, para que de su orden de ninguna manera causarse pueda error, ni engaño, especialmente en los casos que consisten en Derecho.

SVMARIO.

1 *En que forma, y con que solemnidad se deue proceder en las particiones, para que perjuizio, y agrauio no resulte contra alguno de los herederos en declaracion de la primer clausula de la ley 80. tit. 18. part. 3.*

2 *En quantas formas se pueden diuidir, y partir los bienes, y hazienda del testador.*

§. Inuentario.

3 *Inuentario si se deue hazer primero, y ante todas cosas de los bienes del difunto, para el efeto de partirlos, y diuidirlos en declaracion de la segunda clausula de la dicha ley 80.*

4 *Quien tiene obligacion a hazer este dicho inuentario.*

5 *Que pena tiene el tutor, y curador, que no hizieren inuentario de los bienes de sus menores.*

6 *En que tiempo tiene obligacion el heredero a hazer, y acabar el dicho inuentario, y que pena merece, sino lo hiziere.*

7 *Y si por el mismo hecho pierde la quarta Falcidia, y Trebelianica.*

8 *Si por no auer hecho el heredero el dicho inuentario, 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 hazer el dicho inuentario, para que cesse esta pena.*

§. 2. Aprecios.

9 Apreciados deuẽ ser estos dichos bienes, paraq̃ perjuizio, ni agrauio no resulte contra los dichos herederos, en declaracion de la clausula de la dicha ley 80.

10 Citados si deuen ser los herederos, è interessados a los dichos bienes, para ver hazer estos dichos aprecios, y si en caso de discordia en los dichos aprecios ha de nombrar el juez tercero para la reducion pedida.

11 Aumentar si pueden el precio de los dichos bienes los dichos herederos.

12 Y si despues de estàr aprobados los dichos aprecios, los dichos herederos podràn apelar del auto de aprobacion del juez, y dentro de que tiempo.

13 Si para hazer estos dichos aprecios, deuen ser citados todos los acreedores a los dichos bienes y hazienda.

§. Depositos 3.

14 Depositar si se deuen estos dichos bienes, y a pedimiento de quien.

15 Por cuenta de quien corre el peligro de los bienes depositados.

16 Y si los dichos herederos deuen nombrar los dichos depositarios, para que el peligro de los bienes corra por su cuenta.

17 Si pidiendo los herederos que se remueua el deposito, no lo hiziere, que culpa se le puede imputar.

18 Si este deposito ha de ser remouido con mandamiento, y consentimiento del dicho juez.

19 Vender si puede el depositario los dichos bienes, y porque causas.

§. Aceptacion 4.

20 Aceptar, y reputar si deuen los herederos los bienes del testador, y en que tiempo.

21 Si passado el tiempo en que deue aceptar, ò repudiar esta dicha hazienda, es visto auerla aceptado tacitamte.

22 Pidiendolos acreedores, que los herederos acepten està dicha hazienda, si la deuen aceptar tacita, ò expressamente, y dentro de que tiempo.

23 Y que tiempo se les concede a los dichos herederos, quando a pedimiento de los legatarios se pide acepten, ò repudien los dichos bienes, y hazienda.

24 Y

24 Y si passado el dicho tiempo no huuiessen aceptado, y hecho el dicho inuentario se sujetaràn vltra vires hæreditarias, para satisfazer a los dichos acreedores.

25 Hase de aceptar esta dicha hazienda con beneficio de inuentario para no incurrir en las penas, ¿so referidas.

26 Y en caso que el heredero repudie, y huuiere ocultado algunos bienes de las penas referidas, ha de ser condenado en el duplo, para satisfacer las deudas de los acreedores.

27 Porque causas es visto auer aceptado el heredero esta dicha hazienda.

28 Si para executar el acreedor a los dichos herederos, es necessario probar primero que lo son.

29 Ocultando, y escondiendo el hijo, y descendiente algunos bienes de sus padres, tiene obligacion a pagar las deudas extra vires hæreditarias.

30 En que lugar se deue hazer esta dicha aceptacion.

§. Contadores 5.

31 Contadores si han de ser nombrados para hazer esta dicha diuision, y quien 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 sordo,

35 Y si de consentimiento del prelado, lo puede ser el frayle.

36 Si los dichos Contadores pueden ser recusados por causas justas.

37 Quales se dizen en el Derecho causas justas, para que se admitan las dichas recusaciones.

38 Si el Sacerdote no siendo nombrado, de consentimiento de las partes, puede ser recusado.

39 Si por soborno, y dadiuas pueden ser recusados.

40 Contadores, y particion en que parte se deuen nombrar, y adonde se deue hazer.

§. Adjudicaciones 6.

41 Haziendo pacto, y transaccion los herederos, si pueden venir contra la dicha particion, en declaracion de la quarta clausula de la dicha ley 80.

42 Tras-

42 Traslado, si se deue dar a los herederos de las adjudicaciones para si tienen que dezir, y alegar contra ellas.

43 Engañado, y leso siendo el heredero en mas de la mitad de lo que de su legitima le pudo pertenecer, si podrà venir contra la dicha particion.

44 Bienes que no tienen comoda diuision, como deuen ser partidos.

45 Si los dichos bienes que no tienen comoda diuision, se han de vender en publica almoneda.

46 Si el no tener comoda diuision se ha de entender, assi en los predios vrbanos, como en los rusticos.

47 Papeles, y executorias a qual de los herederos se deuen entregar.

§. Deudas 7.

48 Si los dichos herederos quedan obligados a la euiccion de los bienes que salieron inciertos, en declaracion de la 5. clausula de la dicha ley 80.

49 Conuenidos si pueden ser los dichos mas de prorata de las dichas deudas.

50 Si aurà assimismo lugar en las cosas especialmente hipotecadas.

51 Partiendo, y diuidiendo los herederos los bienes, y haziendo del testador en ausencia de algun heredero, si boluiendo quedaràn obligados in solidum por su parte.

52 Y si se deue tornar a hazer la dicha particion por la venida del dicho ausente.

53 Si auiendo error, y agrauio en las dichas particiones, se puede venir contra ellas en declaracion de la 6. clausula de la dicha ley 80.

54 Si haziendo se las dichas particiones extrajudiciales, aurà lugar el alegar el dicho error, y engaño.

55 Si le aurà assimismo siendo hechas judicialmente.

56 Si consistiendo el dicho error en derecho, se podrà pedir reduccion, y reformacion, despues de estar consentida, y aprobada la dicha particion.

57 Quales se dizen errores del derecho.

§. Capitales 8.

58 En que forma se le aumenta a la muger su dote, y capital.

59 Recibiendo el marido la dote inestimada, si tiene obligacion

cion a su restitucion, y quando precisamente tiene obligacion a su restitucion, especialmente recibiendo los dichos bienes dotales, estimados con la estimacion que causò, y celebrò venta.

60 Ganados, y otros bienes semouientes, en que forma se deuen restituir.

61 Quales se dizen bienes estimados, que la dicha su estimacion cause, y celebre venta.

§. Arras, y joyas.

62 Quando, y en que forma, y de que bienes se le han de pagar à la muger las arras prometidas, ò entregadas.

63 Arras hasta que cantidad se puede prometer.

64 Si las dichas arras se pueden prometer de los bienes que de futuro se adquieren.

65 Ioyas, y arras como se hã de diuidir si el matrimonio fuere dissuelto por qualquiera de los esposos de futuro ò de presente.

66 Contrato entre los dichos esposos, tocante a las dichas joyas, y arras, si se deue guardar.

67 Siendo consumidas las dichas arras, y joyas, constante el matrimonio, si se podràn repetir.

68 Sino entregandole al marido la dote prometida, tendrà obligacion a pagar las dichas arras.

69 Arras, prometiendose de los bienes de marazgo, y en que forma se deuen pagar.

70 Mejora de tercio, y quinto si se deue sacar de las arras, y otras donaciones que la muger huuiere recibido del primer matrimonio, casandose segunda vez.

71 Si se podrà sacar la dicha mejora de las otras donaciones, q̃ la esposa recibe por contemplacion del dicho su primer marido.

72 Si demas de la dezima parte, que el esposo puede prometer en arras, puede assimismo disponer del quinto de sus bienes.

73 Si las dichas arras son forçosas, y voluntarias.

§. Bienes paraphernales 10.

74 Quales se dizen bienes paraphernales.

75 Si estos dichos bienes siguen el priuilegio de hipoteca que los demas bienes dotales.

76 Si entre estos dichos bienes se reputan assimismo parahernales, todo lo que dà el marido a su muger

77 Si las demas donaciones de otra parte adquiridas, se reputaràn por bienes paraphernales.

78 Si suelto el matrimonio, tendrà obligacion el marido a dar, y entregar estos dichos bienes paraphernales.

§. Man-

§. Mandas. 11.

79 *Mandando el marido a su muger los bienes dotales, si se le deuen dar juntamente con su valor.*

80 *Y si es visto mandarselos con todos los mejoramientos que al tiempo de la manda tienen.*

81 *Mas del quinto si puede mandar el marido a su muger, quedando preñada.*

82 *Que parte de los bienes se ha de entender de la manda de todos los bienes teniendo descendientes legitimos.*

83 *Mandando el marido a 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 heredad de vno de los dichos casados, si se deuen assimismo comunicar.*

86 *Si estando los bienes por partir, suelto el matrimanio si se deuen sacar por deuda los gastos que en los dichos bienes se hizieren, y si se deuen reditos del dinero que se gastò.*

87 *Partos de esclauas, si se reputan por frutos, ò reditos para comunicarse entre marido, y muger.*

88 *Lasto que el marido hizo, como fiador, si se deue comunicar.*

89 *Si lo que el marido juega, y gasta deshonestamente, se deue comunicar, & ibi num. 90. 91. 92.*

93 *Si assimismo se deue comunicar lo que el marido gastò por razon de algun delito, y assimismo las donaciones otorgadas en fauor de particulares, & ibi num. 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 aya lugar la dicha renunciacion, se ha de entender en las ganancias, ya adquiridas.*

§. Frutos 14.

97 *Si los bienes de mayorazgo se han de comunicar, y si se dizen*

bienes gananciales, mientras el marido, y la muger no gozan de la propiedad de los bienes que truxeron al matrimonio.

98 Si se han de comunicar, como bienes gananciales los frutos del vinculo ò mayorazgo del hijo 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 aduenticios de los hijos, de que el padre como vsufructuario 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 dellos.

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 huuieren causado mientras se ha tratado el juizio diuissorio de que entre los herederos fuere mouido pleyto.

103 Frutos, que el marido ò la muger goza de algun vinculo, ò manda temporal, si se han de traer a diuision, como bienes gananciales, & ibi num. 104.

105 Si procederà la dicha dotrina, consolidandose el dicho vsufruto con la propiedad.

106 Si recibiendo el marido, ò la muger estos bienes estimados, aurà obligacion de restituir enteramente los dichos frutos.

107 Si ha de interuenir industria de entrambos casados para reputarse, y juzgarse por bienes gananciales.

108 Frutos pendientes al tiempo del diuorcio, como se han de comunicar.

109 Frutos pendientes de los bienes de mayorazgo, si se deuen comunicar como los demas frutos gananciales.

110 Si mientras no se hiziere particion con los hijos del primer matrimonio ha de durar la compañia en perdida, y ganancia, aunque el padre passe à segundo matrimonio.

§. Reseruacion 15.

111 Passando el marido, ò la muger a segundo, ò tercero matrimonio, ay obligaciõ a reseruar a los hijos del primero matrimonio los bienes del hijo que murio abintestato.

112 Si ay obligacion de reseruar a los dichos primeros hijos los bienes, vltra de los que el dicho adquirio de sustancia paternal.

113 Si se han de reseruar las arras, y donaciones, mandas, y legados del primer marido, ò muger.

114 Si

114 Si aurà obligacion de reseruar lo que se huuiere adquirido antes de passar a segundo matrimonio de los dichos primeros hijos.

115 Frutos pendientes de la heredad que se ha de reseruar, si se reputan por parte de la dicha heredad, y se deuen restituyr.

116 Si lo dispuesto en las madres, se ha de entender assimismo en los padres.

117 Gozar si deue el padre del vsufruto de los bienes del hijo muerto, que por algun titulo adquirio, aunque la madre suceda en la mitad.

118 Si la dicha dotrina se deue assimismo estender al abuelo de parte de padre, respeto 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 tienen obligacion a hazer la reseruacion supra referida.

120 Si procede assimismo, casandose segunda vez con licencia que para ello dio la primera muger, ò el marido al tiempo de su fin, y muerte.

121 Si casandose con licencia del Principe, procederà la referida dotrina.

§. Fianças 16.

122 Si ay obligacion, passando a segundo matrimonio a dar fianças los dichos marido, y muger, de los bienes que tienen obligacion a reseruar a los dichos primeros hijos.

123 Si ay obligacion a dar fiança de los bienes del hijo, que muriò abintestato.

124 Si enagenando el padre, ò la madre estos bienes, podràn los hijos repetirlos, y sacarlos de los terceros posseedores.

125 Si siendo enagenados los bienes aduenticios, podràn assimismo los dichos hijos sacarlos de qualquier tercero posseedor, siendo emancipados por el matrimonio.

126 Si aceptando el hijo los bienes de su padre, tendrà obligacion, como heredero a satisfazer a los terceros, por la euicion.

§. Entrego. 17.

127 Dentro de que tiempo deue entregar el marido, ò sus herederos la dote, y demas bienes pertenecientes a la muger, ò a sus herederos.

128 *Si mientras no entregaren estos dichos bienes, ha de gozar el marido de los frutos dellos, ò si dellos se ha de alimentar la muger, no teniendo otros bienes.*

129 *Fianças del dicho entrego si ha de dar el marido, ò los dichos sus herederos.*

130 *Teniendo el padre hijos, en su potestad, cessa todo lo supra referido.*

§. Graduacion. 18.

131 *Deudas posteriores, en que casos deuen ser primeramente pagadas.*

§. Funeral. 19.

132 *Gastos funerales han de ser preferidos a todas, y qualesquier deudas, por anteriores y priuilegiadas 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 deue el quinto de los bienes del que muriò abintestato, ò dio poder al comissario para disponer de sus bienes.*

135 *Quinto de los bienes no se deue gastar, ni mandar, siendo en mayor cantidad de la legitima que a cada vno de los hijos le puede pertenecer en los bienes de sus padres.*

§. Fisco. 20.

136 *El Fisco si tiene antelacion, y priuilegio de hipoteca en los bienes de su deudor, & ibi num. 137. & 138.*

139 *Si en caso de deuda, por equipararse el Fisco, y dote se prefiere la dicha dote.*

§. Dotes. 21.

140 *Deudas de dotes siempre son preferidas, y en que casos lo seràn las arras, y joyas y donaciones propter nuptias.*

141 *Concurriendo dos dotes, qual ha de ser primeramente pagada.*

142 *Tacita hypoteca priuilegiada anterior, si se prefiere a la expressa, y tacita posterior de igual priuilegio.*

143 *Desde que tiempo tiene priuilegio de hypoteca la muger por razon de su dote.*

144 *Si la muger segunda ha de ser priuilegiada por razon de su dote en los bienes gaxanciales del primer matrimonio.*

145 *Auien-*

145 *Auiendo bienes suficientes en el primero, ò segundo matrimonio se han de pagar las deudas que los dichos marido, y muger antes del dicho matrimonio auian contraydo de los bienes que de su capital, y ganancias les perteneciere.*

146 *No constando en que matrimonio se ganaron los bienes 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 dotrina en fauor de la dote de la segunda muger, respeto de los gananciales de la primera, vt supra.*

148 *Bienes gananciales enagenados por el padre despues del matrimonio, si se podràn sacar por los hijos, y en que tiempo.*

149 *Retencion si le compete a la muger en los bienes de su marido, por razon de su dote.*

150 *Si a la muger se le deuen interesses licitos; no entregandole su dote desde el dia que de derecho se le deue entregar.*

151 *Gastos que la muger ha hecho por causa de sacar, y cobrar la dicha su dote se le deuen restituyr.*

152 *Bienes comprados con el dinero de la muger, si siguen el mismo priuilegio que los demas dotales.*

153 *Si procede la misma dotrina en la cosa trocada, rayz dotal, por otra.*

154 *Si este priuilegio se deue assimismo estenden al fisco, menor, Iglesia, furioso, y prodigo.*

156 *Si se tiene este priuilegio en la cosa comprada del dinero que procedio de la cosa que se trocò con la dotal.*

§. Salarios. 22.

157 *Salarios de criados tienen priuilegio, y antelacion por derecho diuino.*

158 *Si estos dichos salarios se deuen passados tres años continuos, desde el dia que se despidiò, ò cumpliò.*

159 *Y si estos dichos salarios, se deuen a los hijos que estàn debaxo de la potestad de sus padres.*

160 *Y el salario que el hijo huuiere ganado fuera de casa de su padre, que el padre huuiere cobrado y gozado, se le ha de entregar con los demas bienes aduenticios.*

§. Iglesia. 23.

161 *Por los diezmos, y primicias tiene assimismo priuilegio de anterioridad la Iglesia, especialmente en los bienes de que proceden.*

162 *Y si en las demas deudas concurre con la dote, y fisco.*

§. Menores. 24.

163 *Menores, si tienen priuilegio de antelacion, y tacita hypoteca en los bienes de sus deudores.*

§. Refacion. 25.

164 *El dinero gastado en el reparo de casa, ò otro edificio, como lo que se presta para sustentar ganado, ò para otro qualquier beneficio, es preferido en la misma cosa a todos, y qualesquier acreedores.*

165 *Si lo es assimismo lo prestado para comprar casa con hypoteca della.*

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 a los demas acreedores anteriores.*

168 *Si assimismo procede en las demas no priuilegiadas.*

169 *Priuilegiado si deue ser el señor del censo en la misma cosa hypotecado.*

170 *Desde que tiempo tienen el fisco, y dote su anterioridad.*

171 *Si en la cosa que se vende al fiado con especial hypoteca della, se tiene priuilegio de antelacion.*

172 *Instrumento por donde consta de verdadera paga si se prefiere a otro que no conste dello.*

173 *Cedula particular otorgada con especial hypoteca, y firmada de tres testigos si tiene su antelacion, desde el dia de la fecha, sin ser reconocido para la dicha antelacion.*

174 *Si el que es primero en tiempo, ha de ser mejor en derecho.*

175 *Bienes enagenados en segundo acredor, si se podràn repetir, aunque sea por causa de dote ibi num. 176.*

177 *Y si lo que se enagenò fue dinero, procederà la dicha dotrina.*

178 Y

178 Y si en caso que la pecunia no estè consumida, se podrà repetir por los dichos primeros acreedores.

179 Dentro de que tiempo se podrà repetir este dicho dinero.

§. Deudas personales. 26.

180 Deudas personales si han de ser pagadas prorata.

181 Pagar si puede el deudor con buena conciēcia estas deudas por entero, no teniendo con que pagar a las demas.

182 Siendo reconocida la cedula, è instrumento particular, si puede hazer el deudor la dicha paga.

§. Luto. 27.

183 Luto si es deuda q̄ a la muger se le deue por fin, y muerte de su marido, y en que lugar deue ser pagado.

184 Si este dicho luto se deue sacar con el funeral.

185 Y si por el segundo matrimonio le pierde la muger el dicho luto, y si tiene obligacion a restituirle a los herederos del dicho su primer marido.

186 Si este luto se le concede assimismo al marido, como a la muger.

§. Lecho cotidiano. 28.

187 Lecho coditiano, si assimismo se le deue a la muger, ò al marido.

188 Si por el segundo matrimonio se pierde la dicha cama, y si se deue restituir, auiendo ganancias.

§. Quarta del superstite. 29.

189 Quarta parte de los bienes del difunto si se le deuen a la muger quedando pobre.

190 Si pudiendo trabajar el superstite, se le deuerà la dicha quarta parte.

191 Si viuiendo en riqueza el superstite, tendrà obligacion a restituir la dicha quarta parte.

192 Si cessarà este derecho, teniendo el superstite persona que de derecho tenga obligacion a alimentarle.

193 Si por viuir la muger deshonestamente en el estado de la viud, pierde este derecho.

194 Si por el segundo matrimonio se pierde la propiedad desta dicha quarta parte.

195 Si esta quarta parte ha de exceder de cien libras de oro, y qual sea su valor.

§. Compensacion. 30.

196 Si demas de la quarta parte que al superstite se le deue, podrà el testador disponer del quinto, ò si se deue compensar.

197 Y si la manda en cantidad se deue compensar con esta dicha quarta parte, y quando es visto compensarse cantidad con cantidad, y si aurà lugar cantidad con especie, ò especie con cantidad, ò especie con especie, ibi nu. 198. 199. 200. 201. 202. 303.

§. Tercio, y quinto. 31.

204 Si el testador podrà de dos quintos disponer, y de qual dellos se deue sacar para el gasto del entierro.

205 Donacion por causa de muerte, si se podrà reuocar.

206 Mejora de tercio y quinto en cosa agena, en que parte deue valer.

207 Mejora de tercio, y quinto si se deue aumentar mientras la particion de los bienes no se hiziere y si se aumentarà es mismo siendo en cosa frutifera, respeto de su valor, y frutes, ibi numero 208.

209 En qual de dos quintos es visto señalar el tercio.

210 Si se viciarà el legado por la causa falsa, è incierta, porque se dexa.

211 Tercio, y quinto si se puede señalar en heredad, ò casa de mejor calidad, y mas frutifera.

212 Sino valiendo la heredad el valor de la dicha mejora, se deue suplir de los demas bienes del testador.

213 Si saliendo incierta la heredad, ò casa adonde se señalò la dicha mejora, estaràn los demas herederos obligados a la euiccion, y saneamiento.

214 Si los descendientes podràn señalar en cosa cierta el tercio de que pueden disponer en fauor de estraños.

215 Mejorado si se ha de entender ser el hijo en lo que el padre gastò y pagò por causa de sus trauesuras y delitos, y estudios, ibi numer. 2 6.

217 Alimentos que los hijos reciben de sus padres, de que bienes es visto darselos quando son administradores de sus bienes.

218 Do-

218 Dote prometida por los padres, siendo viudos algunos de sus hijos, de que bienes fue visto ser dada, y se podrà repetir siendo entregada por los padrastos ibi num. 219.

220 Mejoradas si pueden ser las hijas por via de casamiento, ò por contrato entre viuos.

§ Legados. 32.

221 Legados de vna misma calidad si han de ser pagados por rata, aunque sean piadosos, ibi num. 222.

223 Liberacion del acreedor si ha de ser assimismo pagada por rata.

224 Si los legados en especie han de ser preferidos à los legados en genero.

225 En que forma y manera se deuen cumplir los legados de cantidad.

226 Aumento de la cosa mandada si se deue assimismo entregar al legatario.

227 Manda de lino, ò lana, como se deue 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 vna misma calidad.

230 Albage de casa, en que bienes se comprehende.

231 Legados para casar huerfanas, en que tiempo se deuen entregar.

232 Mandas graciosas si se han de sacar del quinto dexado al hijo natural.

233 Legados, y fideicomissos condicionales en que forma se deuen cumplir. & ibi num. 234.

235 Legados de la cosa hipoteca'da al señor della, si se deue redimir, y entregarsela libre al legatario.

236 Mandar si puede el testador las cosas de su heredero.

237 Cumplir si se deue vna cosa muchas vezes mandada, & ibi num. 238 239.

240 En que casos ha lugar el derecho de acrescer en los coherederos y legatarios y si es valida la condicion de no reuocar los legados.

§. Vsufruto. 33.

242 Vsufructuaria si puede quedar la muger de todos los bienes de su marido, teniendo descendientes legitimos,

243 Si en el legado de vsufruto se comprehenden los instrumentos señalados para el efeto de cogerlos.

244 Frutos pendientes si son parte de la heredad mandada.

245 Fianças si tiene obligacion a dar el vsufrutuario, y de que bienes, y en que forma.

§. Sucesion colateral. 34.

246 Tios, y sobrinos como deuen ser admitidos a la sucession del hermano que muere ab intestato.

247 Tios, y sobrinos ex vtroque latere, si deuen suceder tan solamente al dicho difunto.

248 Si los primeros hermanos ex vtroque latere han de ser preferidos a los hermanos y sobrinos del dicho difunto ex vno latere tantum.

249 Si los sobrinos, y tios ex vno latere suceden in stirpem aut in capita.

250 Hermanos de parte de padre, y otros de parte de madre, como deuen suceder al hermano hijo de entrambos.

251 Sobrino de dos hermanos, en que forma deuen suceder a su tio.

252 Sobrinos hijos de hermano, ex vtroque latere, ò de vna parte tan solamente, si seràn preferidos al tio difunto, hermano de su padre.

253 Hasta que grado tiene prerrogatiua la dicha sucession.

254 En que casos suceden los maridos a sus mugeres, y por el contrario: y si faltando sucederà el fisco, ibi num 255.

256 Hermanos, è hijos de hermanos, siendo instituydos por herederos por su hermano, y tio, como deuen 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 vno latere tantum, ibi num. 259.

§. De los naturales. 35.

260 En la sucession de los hermanos naturales quien deue ser admitido.

261 Nietos naturales, hijos de hija legitima, si han de suceder a sus abuelos, representando la persona de la madre.

262 Si en la sucession de los hermanos naturales ha lugar la calidad ex vtroque latere.

263 *Hermanos naturales si concurren juntamente con los ascendientes a la sucession de los demas hijos naturales, que mueren abintestato.*

§. Sucession de espurios 36.

264 *Quien deue ser admitido a la sucession de los hijos, y hermanos espurios, que mueren abintestato.*

255 *Hijo legitimo, si por el matrimonio de sus padres se haze 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 deue suceder a los hijos, è hijas de Clerigos siendo casados.*

§. Bienes troncales. 37.

269 *Fueros municipales si se deuen guardar en la sucession de los descendientes, siendo vsados, y guardados.*

270 *Con que autoridad fue instituido y ordenado el fuero de Sepulueda.*

271 *Si en estos bienes troncales se ha de suceder representatiue, y si los hermanos ex vtroque latere, seràn preferidos a los hermanos ex vno latere, y en que se funda, ibi num. 272. 273. 274. 275. 276.*

277 *Si en la sucession del hermano difunto abintestato no teniendo hermanos ex vtroq; latere, sucederàn igualmente los hermanos de parte de padre, con los de parte de madre y como se ha de entender.*

278 *Vsufructuario si deue ser el padre destos bienes troncales por el tiempo que viuiere.*

279 *Concluyese si en el fuero de Sepulbedano ha de gozar el padre deste dicho vsufruto sino es en los bienes que constante el matrimonio se hubieren 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 su-*

sustentar : y si para el dicho efeto podràn ser vendidos los dichos bienes troncales, & ibi num. 283.

284 Deudas si se deuen pagar pro rata destos dichos bienes.

285 Quales bienes se reputan por troncales.

286 Tinajas, y cubas si se reputan por bienes troncales.

287 Si lo que està fixo, en casa, ò edificio, aunque se pueda mouer se reputa por bienes inmuebles, y mediãte esso por bienes troncales.

288 Molinos, y ruedas aunque se mueuan, y esten 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 deuen reputar.

291 Si los censos se reputan por bienes muebles.

292 Acciones, y derechos que genero de bienes sean.

293 Si el precio que sucede de la venta de los bienes rayzes, se reputa por bienes muebles.

294 Bienes trocados, y permutados, siendo troncales, si suceden en su lugar, y como.

295 Bienes dotales trocados por otros de la misma calidad, si suceden en su lugar en quanto a la sucession 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 rayz dotal con otra de la misma calidad, y quando.

298 Refierese vna sentencia dada, y pronunciada en la villa de Yeuenes, en confirmacion de muchos casos de los referidos.

299 Si este dicho fuero ha lugar ex testamento, ò si se ha de entender abintestato, y si es necessario probar su vso.

300 Si el padre podrà sustituyr pupilarmente a sus hijos en estos bienes troncales, aunque sean en los de parte de su madre.

301 Si para obseruancia deste dicho fuero se ha de considerar el lugar, y fuero de los bienes, ò el lugar, ò fuero del difunto.

302 Si se deue obseruar todo aquello que fuere contrario de lo que dicho es, siendo costumbre del dicho fuero.

§. Prescripcion. 38.

303 Reformar si se deue la particion por el engaño, y error.

304 Si por causa de lesion, y engaño se podrà pedir reformacion de la dicha particion.

305 Dentro de que tiempo se ha de pedir este remedio.

Si

306 *Si al menor le compete en todo tiempo restitucion in integrum.*

307 *Si en los bienes que no se partieron ha lugar prescripcion.*

308 *Y si por el lapso del tiempo se podrà defender el posseedor dellos, no probando lo contrario los demas interessados.*

VTRVM, Y porque el diuidir, y separar los bienes, y hazienda del patrimonio del testador, y difunto, sin que de su distincion resulte perjuizio, y agrauio a los herederos, ò interessados a los dichos bienes, es vna de las cosas mas felices que se puede adquirir con el trabajo, y estudio, especialmente siendo materia como es la del juyzio diuisorio, vna de las mas importantes que ay 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 hazen en las dichas particiones, me parecio, para que cessen estos inconuenientes, pues la materia nos da causa para ello, de traer a la memoria por las causas mas principales de la ley 80. titul. 18. part. 3. los casos mas ocurrentes, y tocantes a este juizio, pues como dicho es, serà causa para que cessen estos agrauios, y se conozca la justicia, y el derecho de cada vno de los herederos, y partes. Esto atento a que fiandose, como oy se fian estas dichas particiones en dos Contadores, que quando no ignoren el estilo, y orden con que se deue proceder en ellas, es impossible dexar de ignorar lo que consiste en derecho, por cuya causa se siguen assimismo notables agrauios, cuya experiencia cada dia nos enseña, que si no se preuienen sus daños, de su tardança se puede temer su remedio. Y supuesto esto lo primero que se duda es, ibi: En que forma, y con que solemnidad se deue proceder en estas dichas particiones, para que justificadamente se de a cada vno de los dichos herederos lo que le pertenece, y de derecho es suyo. Y porque el discurso es largo, y en esta materia ay mucho que aduertir, se declararà la dicha su forma, y solemnidad por las clausulas de la dicha ley ochenta, que en su consequencia agora se hagan las dichas particiones de consentimiento de las partes extrajudicialmente, agora se hagan judicialmente, se notarà lo que por ventura despues de hecho no se puede venir, ni dezir con ello, sino es en la forma, y manera que por la dicha ley irà aduertido: dando a entender assimismo, que por manifiesto,

1

fiesto, y oculto que sea el error que en las dichas particiones aya precedido, especialmente siendo caso que consistio en derecho, que no se pueda deshazer, y enmendar en satisfacion de la parte agrauiada, aunque entre los dichos herederos, y partes se aya celebrado pacto, y trãsaccion de no venir, ni contradezir la dicha particion, y aunque assimismo sobre lo susodicho aya auido sentencia, que ya estè passada en cosa juzgada. Y assi para que todo lo supra referido se declare con verdadera, y cierta distincion, se notaràn primeramente las palabras de la primera clausula de la dicha ley ochenta, que su tenor es el siguiente, *Sepan quantos esta carta vieren como Domingo Perez, è Rodrigo, fijos que fueron de Pere Esteuan, queriendo hazer particion a de todos los bienes que auian de so vno, è heredarõ de su padre, è son escritos en esta carta, b acordadamente ficieron dellos dos partes.*

Formatur alia clausula.

2 Ibi: *Queriendo fazer particion.* a Y de tres formas, de que se puede hazer particion, me parece que cada vna dellas, haziendose con justificacion, y consentimiento de las partes, y herederos, es justo que se alabe. De las quales es la vna la que se haze judicialmente, de pedimiẽto de los dichos herederos, y partes interessadas: y la segunda es la q̃ 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 vltima es, la que sin autoridad de juez se haze, y otorga entre todos los dichos herederos, y hermanos, haziendo, y otorgando vnos en fauor de otros escritura, en q̃ se contiene de la forma q̃ han hecho, y otorgado la dicha particion, con distincion, y claridad de lo q̃ a cada vno 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 deue alabar, pues de assi hazerse, resulta paz, y quietud entre los dichos herederos, *vt ita notat Bald. in §. Præterea Ducatus, de prohib feud. col penul. & est tex. in l. fin. ff. fam. ercis & ita notat Gregor. Lop. in glos. 1. dict. l. 80. tit. 18. p. 3.*

§. Inuentario 1.

Ibi: *E son escritos en esta carta.* b Y de qualquier manera que
3 la particion se determine hazer, siempre se ha de hazer inuentario de todos los bienes que se han de partir, y diuidir entre los dichos herederos. Y para euitar las penas en que muchas

vezes incurren los herederos, y otras personas, por no hazer el dicho inuentario, especialmente quando las dichas particiones se han de hazer judicialmente, se aduierte lo primero, que estos bienes se han de inuentariar publicamēte ante Escriuano del numero, de todos los dichos bienes, de q̄ le trata particion, *vt est tex. in l. fin. C. de iure delib. & in l. 5. tit. 6 part. 6. & ibi Gregor. Guid. Pap de forma inuentar.*

Y las personas que tienen obligacion a hazer el dicho inuē- 4
tario, son las siguientes, scilicet, El heredero ex testamento, ò abintestato, que de derecho le pertenecen los bienes del difunto, *vt in l. sancimus, C. de iure deliberan. & in l. 5. tit. 6. part. 6.* El fideicomissario, que por tiempo cierto ha de gozar de los bienes, y hazienda, con condicion, y grauamen de restituir los, *vt in l. ratione §. Quod vulgo, & ibi glos. & in l falcidiam & in l. 1. & ibi glos. §. Hæc verba ff. si cui plus quam per l. falcidiam, & ibi DD. & in l. 10. dict. tit. 6 part. 6. & ibi Greg. Ioan Garc. de expens. cap. 11. num. 668. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 27. n. 3. Angel. in §. Constitut. inst. de vs. fruct.* Y assimismo el padre que es legitimo administrador de los bienes del hijo, tiene obligacion a hazer descripcion de los bienes del hijo, *Secundum Boerium decis. 61. numer. 7. Betrandus cons. 242. volum. 1. numero 6. Arias Pinel. in l 1. C. de bonis matern. 2. part. numer. 23. Escobar de ratiocin. cap 9. n. 66.* Iten el fisco que como heredero sucedio en algunos bienes, tiene obligaciō a hazer subscripcion de los dichos bienes, *Secundum Bart. in Authent. de hæredib. & falcid. §. Penul. Escobar vbi supra.* Iten el Obispo, y Beneficiado han de hazer inuentario de los bienes de la Iglesia, *vt in glos. in cap. auditis de in integ. rest. glos. in cap. nulli, de reb. Eccles. & ibi commun. DD. Paul. in l. Orphanotrophos C. de Episcop. & Cler. Did. Per. in l. 2 tit. 2. lib. 10. Ord. & facit l. 6. tit. 2. lib. 1. Recop.* Iten la madre que fuere instituyda por heredera de alguno de sus hijos, o que suceda abintestato por la reseruacion que deue tener de los dichos bienes a los demas hijos, casandose segunda vez, *vt ita probat Bald. in l fin. C. de iur. deliber. in princip. Alex. in l. iuris ignorantia, C. qui admit. ad honor. posses.* Y assimismo el tutor, y curador de los bienes de sus menores tiene obligacion a hazer inuētario de todos sus bienes, *vt est tex. in l. tutor qui repertorium, ff. de administ. tutor. & in l. curatores, C. eo. & in l. 15. tit. 16. p 6. & in l. 2. & 3. tit. 7. lib. 3. For.* El qual inuentario se deue hazer en presencia de juez, y ante Escriuano, luego q̄ la curaduria le fuere discernida, *vt in*

glos.

glos. verb. mox. in l. tutores, C. de administrat. tut. & ibi Bar. Bal. & commun. DD. Ayora de partitionib. 1 part. cap. 1. nu. 15.

5 Y si el tutor dexare de hazer el dicho inuentario, por ocultar, y dexar de inuẽtariar algunos de los dichos bienes, ha de ser remouido de la dicha tutela, como sospechoso. Y esta pena tiene, si lo hiziesse tarde, *vt in l. 3. §. Tutores, ff. de suspectis tutorib. & ibi Bart. & commun. DD.* Y si el dicho inuentario no le hiziesse en ningũ tiempo, se sugetara al interes que el dicho su menor declarare por su juramento, que para este caso se le defiere, *vt in dict. l. tutor, qui repertorium, ff de administrat tut. & in l fin. C. de arbitr. tutel. & in l. prima, C. de in litem iurando, & per totum.* El qual juramento no se dà cõtra los herederos del tutor, ò curador, *vt in l. alio. & in l. fin. & ibi Bart. & communiter DD. C. eo.*

6 Y en quanto a la pena del heredero, que no hizo inuẽtario dentro del termino del derecho, treinta dias para empeçarle, y dentro de tres meses acabarle, ò empeçarle, y acabarle dentro del dicho termino, es que serà conuenido por lo q̃ el testador, y difunto deuia, aunque exceda, y sea mayor la deuda q̃ los bienes del testador, y aunq̃ sea hijo del difunto Clerigo, ò rustico, ò muger, *vt ita docet Bart. Paul. & plures alij, quos sequitur, & refert Couar. in cap. si hæredes, de testam. n. 5. l. 10. titul. 6. p. 6. & ibi Gregor. Lop.*

7 Y demas de las dichas penas, pierde assimismo el dicho heredero la quarta Falcidia, y Trebelianica, que el derecho como a tal heredero le concede, *vt in l. fin. §. Si verò nõ fecerit, & ibi communiter DD. C. de iure deliberand. Gregor. Lopez, in dict. l. 10. tit. 6. Couar. in cap. Raynuntius, de testam. §. 1. num. 10.*

8 Y si el dicho heredero escõdio, ò no hizo inuentario de los dichos bienes en la forma dicha, se defiere su cantidad en el juramento (que el derecho llama in litẽ) a los acreedores, y legatarios del testador, y difunto, *vt in dict. l. fin. §. Illo, C. de iure delib. & ibi Doctores, & in l. 9. tit. 6. part. 6. vbi 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 hazer el dicho inuentario, *vt in l. fin. C. eod. & in l. 5. dict. tit. 6. part. 6 & ibi Greg. Lop.* Y han de ser citados los dichos acreedores para donde se hiziere el dicho inuentario, siendo alli la mayor parte de los bienes, *vt notat Greg. Lop. in l. 100. tit. 18. part. 3. glos. 1.*

§. Apre-

§. Aprecios. 2.

Ibi: *Acordadamente fizieron dellos dos partes*. c Y para que a cada vno de los dichos herederos se les de lo que es suyo, siempre es necessario que estos dichos bienes sean apreciados por personas que entiendan, y sepan dello: y el estilo q̃ oy se guarda es, que como se van inuentariando los dichos bienes, se vã apreciando por los dichos apreciadores, que cada vno de los herederos nombra el suyo, *Secundum tex. in l. hac edictali, C. de secundis nuptijs, & communiter DD.* 9

De cuyo precio (especialmente quando se trata judicialmente) se manda dar traslado a las partes interessadas, para que dentro de tres dias naturales las aprueben, o contradigã, donde no, en su rebeldia, que se les protesta, los aprobara el juez. Y es de notar en este dicho caso, que si alguna de las partes dixere contra los dichos aprecios, alegando estan subidos, y apreciados en mucho mas de lo que valen (deue el juez de la misma causa, pidiendo reduciõ a aluedrio de buen varon) mandar que se torne a apreciar, y para ello nombra vn tercero en discordia, y con lo que la mayor parte dixere deue aprobar los dichos aprecios, y darlos por justos, y buenos, y que se vaya procediendo en la dicha particion, sin alçar mano della, *vt in l. si vnus §. Principaliter, ff. de recept. arbit. Ayora de partit. 1. p. c. 3. n. 2.* Y ha de tener atencion el dicho juez, q̃ si los dichos apreciadores no se conformaren, les puede compeler, y apremiar a todos tres, a que se conformen, por prisiones, ò por otro qualquier remedio del Derecho, y no es necessario juntar los aprecios de todos, y sacar el tercio dellos: y aquello se guarde, como dize el dicho Ayora vbi supra, pues no es cosa cierta, y dello resultar puede perjuizio a los dichos herederos: y lo que mas se pratica en estos juizios diuisorios, es, que para que los herederos no tengan renzillas, y enojos, y no se consuma el patrimonio en pleytos, arbitre el juez lo q̃ mas santo, y justo le pareciere, pues de su oficio puede hazer todo aquello que fuere en vtilidad de las partes, y assi se colige *ex doctrina, & decisione, l. 10. tit. 15 part. 6.* 10

Y en qualquier tiempo puede qualquiera de los herederos pujar los dichos bienes en lo que le pareciere que valen mas, ò hazer diligencia que vn tercero los suba, y puje, sin embargo de qualquier contradicion de los demas herederos legatarios, y acreedores, pues es prouecho, y se sigue vti- 11

lidad a todos, *vt ex tex. in l. ad officium, vbi notat Bart. Bald. Cinus, & Alber. C. commun. diuidund.* Y de passo se aduierte q̃ aunq̃ el aprecio, y estimacion de bienes que hazen los contadores, regularmente no prueba el valor dellos (pues no la hazen 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, *vt notat Salicet. in l. hac edictali, §. Hæc illud C. de secundis nuptijs*) sino para efecto de reducir la hazienda a numeros partibles, con que se haze la particion, q̃ es lo q̃ les està cometido. Como si vna casa se huuiesse de diuidir en tres herederos: aunque su verdadero valor sea de tres mil ducados, si los Contadores para la particion la tassassen en trecientos reales, no harian agrauio, como adjudicassen a cada vno de tres herederos cien reales de propiedad: porque si rentasse trecientos ducados, gozarà cada vno cien ducados de renta, que es la parte proporcional que corresponde a los cien reales de propiedad, que se le adjudicò al respeto de trecientos; lo qual se deue notar con particular atencion; porque muchos reciben engaño en esto, y quando en esta forma se hizo, y fenecio la particion, no se puede alegar agrauio; por dezir que los contadores la tassaron en baxo precio. Pero quando en el juizio de particion, y antes de cerrar la cuenta los herederos se inquietan, y alguno dellos haze postura en las casas, ò otra hazienda en mas cantidad, para efecto de que se ponga en el cuerpo de bienes y redunde en beneficio comũ, ò para que se le adjudique al que la puso en aquella cantidad, se dà traslado a los demas: y hecho el remate en fauor del que venciere, queda hecha verdadera venta, *l. item labeo 23. ff familiæ erciscundæ, l. 1. C. eod. Ayora de partit. 1. part. cap. 3. à num. 1.*

12 Y si de ninguno de los dichos casos quisiere vsar, y aprouecharse alguno de los dichos herederos, tiene otro remedio, que es apelar de la aprouacion que el juez haze de los dichos aprecios, y ha de pedir su testimonio, como en las demas apelaciones para presentarse ante el superior dentro del termino del Derecho, porque no se cause desercion. Y assi regularmente auiendo consentido expressamente en los dichos aprecios, y auiendose dado, y pronunciado auto de aprobacion por el juez de la causa, no ha lugar ninguno de los dichos remedios, sino es por via de apelacion en la forma dicha, pero si la dicha tassacion no estuuiere aprobada expressamen-

te,

te, y confirmada por el juez, se podrà pedir reducion à aluedrio de buen varon, ante el dicho juez de la causa y con conocimiẽto de causa se mandan hazer los dichos aprecios, ò prueba dellos, y conforme las probanças, y valor dellos, se manda que se pongan, y carguen en el inuentario, para hazer la dicha particion, *vt ita tenet Bart. quem communiter sequuntur omnes Doctores in l. omnes, & in l societatem, §. Arbitrorum ff. pro socio numer. 21. & in l. 2 C. vbi, & apud quem.* Y es de notar assimismo, que no basta el tacito consentimiento para dezir que no ha lugar pedir reducion a aluedrio de buen varon, aunque se les aya dado traslado de los dichos aprecios, pues de equidad mientras no esten confirmados por auto de juez, se ha de tener consideracion a lo que se pide, y dar lugar a que se miren los agrauios, saluo si de estar tacitamente consentidos por los dichos herederos, y en su consequencia los contadores adjudicaron a cada vno sus partes, y presentada la dicha particion ante el dicho juez, y mandado dar traslado de ella a los dichos herederos, y entonces se ha de aduertir, que no se hã de pedir nueuos aprecios, porque no aurà lugar, agora sea menor, ò mayor, y perderà el derecho que deuia proponer, como muchas vezes he visto praticar: porque lo que se deue pedir, es que en auer adjudicado alguna cosa a alguno de los dichos herederos, esta mas cargada que los otros bienes, y se le adjudicò sin sortearla, y pedir reducion, y enmienda del dicho agrauio: y entõces el dicho juez con conocimiẽto de causa, agora sea en este caso, o en otro semejante, manda que se mire el dicho agrauio, ò que se de informacion de lo dicho, como adelante se dira. Y esta diferencia ay en estos dos dichos casos que se deuen aduertir, que es pedir aprecios nueuos, adonde se deuia pedir agrauio de los dichos contadores, y assi en propios terminos he declarado no auer lugar el pedir nueuos aprecios despues de estar consentidos, y auerles adjudicado sus partes, y dado traslado, para que dixessen contra la dicha particion, o la consintiessen, y fuera lo contrario, si pidieran el agrauio o agrauios que dicho es, pues en todo tiẽpo es justo que se deshagan, *vt ita probatur in l societatem, §. Arbitrorum, & ibi Bart. & Alber. ff. pro socio, & ita probat Ayora vbi supra cap. 3. num. 31. & 32. & 33.* Y esto procede, aunque sean menores, Ayora cap. 3. nu. 31.

Finalmente destos dichos aprecios se deue dar traslado 13
a los acreedores de la dicha hazienda, ò citarlos para ello,

para que les pare perjuizio: porque en realidad de verdad, no siendo citados, pueden pedir reduccion a aluedrio de buen varon, especialmente quando a la muger por su dote, ò otro qualquier acreedor se le dio, y adjudico su deuda en bienes, q̃ se estimaron en mucho menos de lo que valian, y assi por ser en perjuizio de los demas acreedores se deue hazer esta nueua tassacion, y se recibe aprueba de lo susodicho, y esta le incumbe al dicho acreedor, que pide la dicha nueua tassacion. Lo qual se entiende con vn exemplo, assi como si a la muger, conforme a los dichos aprecios faltassen bienes de su marido para hazerla pagada del dicho su dote, y conforme a esto acudiesse a los terceros posseedores de los bienes de su marido, o suyos propios enagenados, y por el priuilegio, e hipoteca q̃ tiene en ellos, pidiesse reuocaciõ, y el tercero posseedor 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 comũ estimacion valen la cantidad de su dote. Y con esto se recibe aprueba, y se sentencia diffinitiuamente, y conforme lo alegado, y probado se pronuncia sentencia en que nueuamente se manda tassar los dichos bienes, *vt ita colligitur ex l. 1. circa medi. vers. Cum dicitur, ff. si cui plus quam per legem falcid. & ita notat Ayora de part. dict. cap. 3. num. 39.*

§. Deposito 3.

14 Y hecho el dicho inuentario de todos los dichos bienes, y aprecio dellos en la forma que dicho es, se han de poner en deposito en persona lega, llana, y abonada, y de la jurisdicion, obligandose en forma a darlos; y entregarlos de manifiesto, cada, y quando q̃ pedidos les fueren, y si entre los herederos despues de auer pedido particiõ se presumiere, ha de auer pesadumbres, no se deue nombrar a ninguno de los dichos herederos, por depositario, ni dar la possession por indiuiso, *vt ita notat Autor Curiæ Philip. 2. p. §. 27. in fine per leg. si quis fructus, §. Sed si inter duos, ff. de vsufruct. & per leg. si quis cautiones, ff. fam. erciscund.* Aunque en caso que la muger muera, y no dexe descendientes legitimos, ha de ser forçosamente el marido depositario de los bienes; para pagar el dote, arras, y ganancias, y esto se ha de entẽder, aunque el marido muera, por transferirle este derecho a sus herederos; pero en este caso no entre-

gan-

gandole los dichos herederos a la muger su dote, arras, y ganancias, se quedarà en su casa, y gozara de aquella possession como los demas que alli estauan, *vt ita notat Molin. de iust. & iure, 2. tract. disput. 236. nu. 12.* Aunq̃ en Portugal dize se guarda lo contrario, vt disput 422. num. 3.

Y hase de notar, q̃ si el juez de su propia autoridad nombrò depositario, corre por su cuenta el peligro, aunque si el dicho depositario, a quien el juez nombrò en aquel tiempo era abonado, y despues faltò, no se le podrà imputar culpa alguna, *vt ita notat Bar. in l soluturus, nu. 1. cum alijs, ff de solut. per tex. in l. eum, §. fin ff commod.* 15

Y lo mas seguro serà en este caso, que los mismos herederos nõbren depositario, porque sino fuere idoneo, corra por su cuenta el peligro, *vt ita colligitur ex doctrina Azeued. in l. 13. tit. 9. lib. 3. Recop.* Y bien pueden ser depositados los menores de 25. años, y mayores de 14. y los Clerigos, y las mugeres segun la ley 3. tit. 3. p. 5. saluo el juez, y saluo en las causas executiuas. 16

Y siendo el juez requerido a que remueua el deposito de la persona a quien auia nombrado, por causa de ir en quiebra, y pobreza, y no lo hiziesse, se le imputara la culpa, y pagara aquel daño, *vt ita probat Azeued. vbi sup. num. 4.* 17

Y si fue nombrado por voluntad de los dichos herederos, ò partes interessadas, se puede reuocar en otro depositario: y esto procede, aunque el dicho primer depositario sea por tiempo limitado, *vt ita probatur in l. 5 dict. tit. 3. par. 5. Gregor. Lop. in l. 2. glos. ibi, titul. 9. part. 3.* 18

Y de ninguna manera deue el depositario vender, ni enagenar los bienes depositados, ni el juez lo deue mandar, sino es por justas causas, assi como para pagar los gastos funerales, ò para alimentar alguno de los herederos, ò constando por los inuentarios, que segun lo que tiene recibido, se le deue alguna cosa, ò para pagar alguna deuda del difunto, que por su mora se incurre en alguna pena, ò para reparar algun edificio, y cultiuar las heredades, y criar los ganados: y si de otra manera lo hiziere el depositario, siendo estraño, serà condenado al interes, y si tuuo malicia en su enagenacion, serà 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 auer aceptado por su parte la herencia tacitamente, y està obligado extra vires 19

hereditarias por su parte; aunque esto no aura lugar, si vendio algunos bienes para alguna precisa necessidad, como dicho es, como todo se prueba *de la ley 3. tit. 6. part. 6. & ibi Gregor. Lopez.*

§. Aceptacion 4.

20 Y es cosa muy ordinaria, que luego que muere el testador, a pedimiento de los acreedores de los bienes hereditarios, ò legatarios, se manda que los herederos acepten la herencia, ò la repudien: y es a saber, que los herederos tienẽ nueue meses para aceptar, o repudiar la dicha herencia, en especial siendo pedido por alguno de los otros herederos. y este tiempo no se puede abreuiar, ni prolongar, sino es hasta cien dias, *vt est tex. in l. fin. §. Sed quia quidam, C. de iure deliberandi, & in l. 2. tit. 6. part 6. & ibi Greg. glos. 3.*

21 Y passado el dicho tiempo, siendo estraño el heredero, se pronuncia por aceptante, ò repudiante: pero si el heredero es de los descendientes, ò ascendientes, aunque el dicho tiempo sea passado, y no ayan aceptado, o repudiado la dicha herencia, siempre tienen accion a los dichos bienes, el qual derecho assimismo se transfiere en sus herederos legitimos como se colige de la dicha *ley 2. titul. 6. part. 6. ante fin. & ibi Gregor. Lopez.*

22 La qual dotrina se deue limitar, si el pedir que se aceptasse, ò repudiasse la dicha herencia, fue a pedimiento de los acreedores a los dichos bienes, porque en tal caso deuen repudiarla, ò aceptarla dentro de nueue dias, desde la muerte del difunto (aunque no se aya acabado el dicho inuentario) y aquel passado, con tres rebeldias, que se deuen acusar por los dichos acreedores, q̃ se han de notificar dentro de los dichos nueue dias, se pronuncian por aceptantes, ò repudiantes y se manda que los dichos bienes se pongan en deposito, y se cria vn defensor, y esto se entiende en el heredero estraño, que expressamente no aceptò, ò repudio la dicha haziẽda: pero si el dicho heredero era legitimo, no se puede criar defensor, hasta que se le notifique personalmẽte que acepte, ò repudie los dichos bienes, como dicho es. y assimismo a los demas herederos, que de derecho deuian suceder abintestato: y si los dichos no aceptaren, ò repudiaren, en su rebeldia se cria el dicho defensor, con quien se sigue la causa, la qual dotrina se colige; *ex l. fin. tit. 13. p. 3. & ex l. 13. tit. 9. part. 7. & ita probat Ioan. Gutier.*

tier. de iurament. confirm. cap. 4. n. 19. Paz in praxi 4. par. cap. 1. num 41. Azeued. in l. 1 tit. 21. Recop. num. 91. & ipsa praxi vide eundem Paz vbi sup. 1. part. 2. tempor. nu. 50. & eundē Azeued. vbi sup. n. 124. quos sequitur, & refert Rodrig. Amat. in tract. de executionib. cap 4. ex n. 2. vsque ad num. 11 per totum.

Lo segundo se limita, quando se pidio por los legatarios, y fideicomissarios, que los herederos de la dicha hazienda la aceptassen, ò repudiassen, lo qual deuen hazer los dichos herederos dentro de tres meses, que el Derecho les concede para hazer el inuentario, y aceptar, ò repudiar la dicha hazienda, segun la *ley 8. titul. 6. part. 6* Y passado el dicho tiempo, en caso que los dichos herederos no ayan respondido, se dan por repudiantes, ò aceptantes, como mejor les estuuiere a los legatarios, ò acreedores: y esto procede por auerles sido señalado el tiēpo legal del Derecho por el Juez, agora seā los herederos estraños, forçosos ò legitimos, *vt ita probat Grego. Lop. in l. 2. dict. tit. 6. glos 3. post princip. & in glosa fin. per totam.* 23

Passado pues el dicho tiempo, no auiendo hecho inuentario los dichos herederos posseedores de los dichos bienes, estàn obligados vltra vires hæreditarias, y han de cumplir de sus bienes lo que faltare a las deudas de los dichos acreedores, y legatarios, segun la decision de la *ley 10. d. tit. 6. & ibi Greg. Lop.* 24

Y assi es bueno que esta hazienda se acepte con el beneficio de inuentario, pues gozando de su tiempo, no tienen obligacion los dichos herederos a mas de los bienes hereditarios. Y luego passado el dicho tiempo, han de repudiar ò aceptar, y aceptando, se pagaran las deudas en la forma supra dicha, y si repudiaren, se han de poner en deposito, y se cria vn defensor, para que los defienda, y dellos satisfaga a los dichos acreedores, y legatarios, *vt ita probat Rodrig Amat. vbi sup. cap. 4. num. 5. per l. 5. tit. 6. p. 6.* Y es de notar que si el hijo familias acepto la herencia no puede despues repudiarla, saluo si fuesse menor de veinte y cinco años, porque entonces le compete el beneficio de la ristituciō, *vt ita notat Greg. Lop in l. 18. dict. tit. 6. glos. 6* el qual se le concede hasta veinte y nueue años, vt alibi diximus, y aunque la aya renunciado, no le compete beneficio de abstension, auiendole enagenado los bienes hereditarios, o dellos se huuiere hecho pago a los dichos acreedores, ò legatarios, saluo si fuesse menor, como dicho es, pero en caso que no estuuiessen enagenados en la forma dicha 25

podra el hijo familias que estaua en la potestad de su padre, aũque sea mayor de veinte y cinco años, hasta veinte y ocho, abstenerse, id est, de reuocar la abstension: lo qual no se estiẽde a los hijos emancipados, ni a los nietos en la sucesion de sus abuelos, por no estar en su potestad, sino es que son menores, *vt hæc omnia probantur in l. fin. C. de repud. hæred: cui consonat, l. fin. dict. tit. 6 part. 6. & ibi Greg. Lop.* Adonde dize, que generalmente se les concede a los descendientes, y ascendientes vn año para reuocar e la abstension, no estãdo los bienes enagenados, como es dicho, *per l filij mater, §. Primo, & ibi glos. & Bart ff. ad Senat. Cons. Trebel.*

26 Y mas se aduierte en esta dicha materia, que si el heredero escõdio algunos bienes cõ animo de defraudar a los acreedores, y legatarios, ha de ser condenado al duplo de lo que assi escondio, y se ha de poner por aumento de la hazienda, y assimismo ha de perder la quarta falcidia, y Trebelianica, per l. 9. dict. tit. 6. part. 6. & ibi Greg. Lop. y siendo de mucho valor, agora sea hijo, sieruo, ó la muger, han de ser conuenidos por via de hurto, *vt notat Ant. Gom. 3. tom. var. resolut. cap. 5. num. 3. per tex. in l. 4. tit. 14. part 7. vt infra num. 29.*

27 Y aunque el heredero no acepte la dicha hazienda expressamente, ay causas, que por ellas tacitamente se colige auerla aceptado, assi como si el dicho heredero se huuiesse entrado de su autoridad en los bienes del difunto, ladron cultiuando, y desfrutando las heredades. Lo qual no solo ha lugar en el heredero estraño, pero tambien en los hijos, y demas decẽdientes, *vt ita probatur in l. si filius qui patri, ff. de vulgar & pupil substit. & ita docet Rodrig. Amat. in dict. l. tractatu de executionib cap. 4. nu. 2* adonde dize que mientras no constare que el hijo no sea entrado en los bienes de su padre, desfrutando, y gozando de su aprouechamiẽto, segun, y de la forma que dicho es, no se le puede pedir cosa alguna, ni como heredero puede ser executado, *vt in l. 11 d. tit 6. p. 6 & ibi Greg. Lop.*

28 Y en caso, que como a 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 deferir 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 auerse entrado el dicho heredero en los dichos bienes, como dicho es, *vt ita affirmat hanc praxim semper*

per obseruasse, Rodrig. Xuar. secundum per idem Rodrig. Amat. vbi sup. num. 8. ve s. Tertio infero.

Y si el hijo, o decendiente escondiesse, y ocultasse algunos 29
bienes de la hazienda de su padre, es visto auerla aceptado, y tiene obligacion a pagar las deudas extra vires hæreditarias: lo qual es al contrario en otro qualquier heredero, que el Derecho reputa por estraño, porque no por esto es visto aceptar la dicha herencia, aunque se le mandara la restituya, como en manera de hurto con el duplo, *vt ita docet l. 12. d. tit. 6. & l. 9. ibi, part. 6 & ibi Greg. Lop.*

Finalmente se ha de notar, que esta aceptacion se deue ha- 30
zer ante el Juez del lugar, donde estuuiere la mayor parte de los bienes, *vt in l. si deicõmissam in princip. ff. de iudicijs, & in l. 1. in medio, dict. tit. 6 part. 6.*

§. Contadores. 5.

Y aunque es verdad, que en las particiones extrajudi- 31
cialmente hechas, no se guarda, ni considera in totum la solenidad del Derecho; pero con todo esso es impossible, que para ser bien hechas, dexen de preceder inuentario, y aprecios de los dichos bienes; como dicho es: Y assimismo es impossible que se le dè a cada vno lo que es suyo por iguales partes, sin que resulte agrauio sino es que para lo susodicho se nombren Contadores a personas doctas en sus oficios, y que sepã, 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. part. 3. & l. 3. titul. 4. lib. 3. Recop. & ibi Azeued. Accurs. in l. prædium per tex. ibi, ff. de arbitr. Ayora de partitionib. 1. part. cap. 4. n. 2. 3.*

Assimismo pueden ser Contadores (aora sean las particio- 32
nes 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 liberto, *vt est tex. in l. sed & filius fam. cum duab. ll seqq ff. de recept. arbit. & in l. 48. tit. 6 par. 1.*

Item pueden ser Contadores la muger, como la particion 33
sea extrajudicial pero no si es judicial, *vt ita tenet Parl. lib. 3. rerum quot. different. 43. §. 1. num. 5.*

Y los q̃ no pueden ser Cõtadores, son el menor de 14. años, 34
el furioso, el sordo, y mudo, y el esclauo, sino es que antes de

la

la sentencia fue libre, y de consentimiento de las partes pronuncio sentencia, y dio su parecer, *vt est tex. in l. sed & si in seruum, ff. de recept. arbit.*

35 Item no puede ser Contador el frayle, sino es de consentimiento, y licencia de su Prelado, *vt in cap. fin. de testament lib. 6* aunque el Clerigo lo puede ser sin licencia de su Vicario, como se prueba *en la ley non distinguimus, §. Sacerdotio, ff. de recept. arbitr.*

36 Y siendo todos los dichos Contadores nombrados de consentimiento de las partes, no pueden ser recusados, segun Bolaños *in commercio terrestre, lib. 2. cap. 9 num. 27.* Pero siendo nombrados separadamente por las dichas partes por cada vno el suyo, ò por el Juez, podràn ser recusados por legitima causa, pero no se ha de entender, que el que nõbro puede recusar el suyo, y por su parte nombrado, sino es por causa nacida, ò sabida despues del dicho nombramiento, *vt ita tenet idem Bolañ. vbi supr. Iuan Garcia de expens. cap. 24. num. 26. Ayora de partitionib. 1. par. cap. 4. num. 9. 10. & 11.*

37 Y dizense causas justas de recusacion, la enemistad capital, el parentesco hasta el quarto grado, aora sea por sanguinidad, ò afinidad, el amistad grande. Y assimismo es causa bastante, si el Contador huuiesse sucedido en los bienes de la parte que nombrò, ò 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 vno a otro se huuiesse nõbrado por tal Contador. Y aunque es verdad (como dicho es) que el infame, y los demas podian ser Contadores, hase de entender quando de consentimiento de las dichas partes fueron nombrados, sin contradiciõ alguna, saluo, si en lo dicho la huuo, porque precediendo las dichas causas, no ay duda, sino que son causas justas, y bastantes para poder ser recusados, *vt ita tenet Ayora vbi sup num. 16.*

38 Y por el consiguiente el Sacerdote puede muy bien ser recusado por la parte contraria, segun se colige *del §. Sacerdotio, vbi glos. d. l. non distinguimus ff de arbitr.* adonde dize, que los Sacerdotes pueden ser nõbrados por arbitros, y Cõtadores, y segun se considerã sus palabras, se ha de entẽder quando se hizo el nombramiento de consentimiento de las dichas partes, pues dize la misma glosa, que si despues nacio la dicha causa, q̃ fue recibir el orden de Sacerdote, es necessario nueuo cõsentimiento de las dichas partes donde no sera nula la sentencia, *vt*

ita

ita notat etiam idē Ayora de partition. d. n. 16. y esto corre cō mas cierta aueriguaciō, pues de auer acetado el dicho oficio otro qualquier Cōtador, puede el juez cōpelerle a q̄ prosiga, y acabe las cuentas cōtra su voluntad, *vt est tex. in l. Labeo ait §. Tametsi, ff. de arbit. & ibi Bar. Escob. de ratioc. c. 32. nu. 16. cum alijs seqq.* lo qual es al cōtrario en el Sacerdote, pues de auer aceptado el dicho oficio, no puede ser cōpulso, y apremiado a proseguir en la dicha causa, cōtra su voluntad, *vt sup. diximus in c. fin. lib. 1. n. 18. 19. 20.* lo qual assimismo se comprueba, pues de derecho a los Clerigos les està prohibido el meterse en causas profanas, y mere legas, *vt in c. 1. & per tot. ne Cler. vel Monac. & ita tenet Azeued. in l. 15. tit. 16. lib. 2. num. 1. & in l. 10. tit. 3. lib. 1. nu. 1. noue Recop.* cuya dotrina fue fundamento para declarar por recusado cierto Sacerdote, que para ciertas cuentas por la vna 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 Chancilleria de Granada, persona muy docta, y de grande opinion por todo el Arçobispado de Toledo, *vt alibi diximus.*

Demas de las dichas causas, ay otras porque pueden ser recusados, assi como si la parte contraria prometiere dadiuas a su Contador, ò le sobornare, *vt ita probatur in dict. l. sed, & si in seruum, §. Si quis iudex ff. de receptis arbit. & in l. 31. tit. 4. par. 3. & in l. 17. tit. 23. part. 3. in fin. Escob. de ratioc. cap. 8. num. 31. vsque ad num. 20.* adonde dize, que auiendo causas bastantes, que son las que el Derecho dispone, que podràn ser recusados los dichos Contadores por las partes contrarias, aunque no por la suya, sino es por causa que naciesse despues. 39

Y aunque es verdad, que el inuentario, y aprecio de los bienes, y aceptacion se deue hazer en el lugar adonde estuuiere la mayor parte de los bienes, y que conforme a esto parece tambien que se deue hazer la dicha particion en la parte, adōde estuuiere la mayor parte de los bienes, como en realidad, de verdad se deue conceder. Pero con todo esso si alguno de los herederos pidiere particion en otra jurisdicion, ò adonde muriò el testador, y ante el mismo juez respōdiere los demas, sin declinar jurisdicion, dando consentimiento que alli se haga, y trate aquel juizio, no ha lugar, si despues quisieren pedir ante otro juez, atēto que por su cōsentimiento adquirio jurisdicion, y auerse contestado alli aquel juizio, *vt est tex. in l. vbi cœptum de iudicijs, & in l. nulli, C. eodem, Azeued. in l. 1. tit. 21. lib.* 40

21. *lib. 4. numer. 155. Recopilat. & constat ex doctrina glos. per text ibi in cap. fin. de foro competenti, vbi numeratur in quib. causis reus in iurisdictione alterius iudicis conueniri possit, & latè ostendit Rodrig. Amat. in 1. par. de modo examinandi processum, cap. 1. num. 44 & 45. & confirmatur per l. 32. vbi Greg. Lop. tit. 2 part. 3. Couarr. practicar. quæst. cap. 10. num. 3 & cap. 11. num. 2. cum sequent.* Y esto se confirma por vn texto elegante, y al proposito, que es la ley 2. C. comm. vtriusq; iud. adonde dize, que la diuision fecha de consentimiento de las partes por el juez incompetente es valida, y no se puede dezir cotra ella. Luego con mas fuerte razon no se podra rescindir, siendo pedida, y otorgada ante juez que tenga jurisdicion, y sea competente en su jurisdicion, *vt ita notant ibi Bald. Paul. & Salicet.*

§. Ajudicacion. 6.

41 *Formatur alia clausula.* Y prosiguiendo con la dicha ley, dize mas, que son las palabras siguientes, scilicet, *Poniendo, è señalando en vna parte tal casa, que es en tal lugar, è a tales linderos, otrosi tal viña, è tal pieza de tierra, è de tantas alfajas, è de tantos marauedis, la qual parte con auenencia de ambas las partes cupo a Domingo Perez, el sobredicho cõ plazer del hermano sobredicho, escogio, ò tomò aquella parte, è otorgose por pagado della. E en la otra parte pusieron, è señalaron vna casa, è vna viña, que son en tales lugares, è han tales linderos, è tantas alfajas, è tantos marauedis, è esta partida destos bienes cupo a Rodrigo, è escogiola, è tomola con plazer de su hermano el sobredicho, è otorgose por pagado della.* Y siendo con la distincion hecha la dicha particion, es cierto que si algun engaño ay, no le ignoran: pues saben la parte que a cada vno les cupo, y lo que puede valer, y assi parece impossible poder alegar engaño, y error, por auer otorgado pacto, y transaccion de lo dicho, los vnos en fauor de los otros, *vt est tex. in l. 1. & quæ ibi notat DD. C. de error. calcul.*

42 Lo qual fuera al contrario en las particiones que se hazen judicialmente, que despues que se han inuentariado los bienes del difunto, y hechos sus aprecios, 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 dellas, y hechas las pruebas en los casos que se requiere, conforme lo alegado, se manda que los dichos Contadores vayan por la particion adelante, y hagan las ad-

judicaciones, que por auto, ò sentencia les fue mandado de lo qual se les da traslado por mandamiento del juez de la causa, para que dentro de tercero dia las adicionen, y contradigan, o aprueben, con apercibimiento que passado, el dicho juez las aprobarà: y en tal caso el alegar, y manifestar qualesquiera agrauios, y errores, de que se manda se prueben, y liquiden con tercero en discordia, que siendo necessario, 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 a deshazer todos, y qualesquier agrauios, 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 auer tenido noticia de las desigualdades, consintieron en la dicha particion, y assi por auer sido en culpa, y negligencia del agrauio, y ser a todos a principio igual aquella desigualdad, y agrauio, no ha lugar su reformacion, *vt ita tenet in minore Bald. in l. ait Prætor. §. fin ff. de minor. per legem verum, §. Sciendum. ff. ed. idem Bald. in l. si duobus; C. commu. de leg.* adonde dize que no se puede apelar de la particion que se haze por suertes.

Pero no obstãte lo susodicho, in iudicãdo, & consulendo, se ha de tener lo cõtrario en este dicho caso, scilicèt, q̃ si alguno de los herederos fue leso, y engañado en mas de la mitad del justo precio, que aurà lugar reformarse la dicha particion, y se puede venir contra ella, y pedir, q̃ se deshaga, y emiende, siendo tan leso el heredero, que su valor estime en mas de la mitad del justo precio, y no menos, *vt est tex. elegans in l. maiorib. C. comm. vtriusque iudicis; ibi Bald. & Paul. idem tenet Franch. in rubr. de appel. n.* 18. Y esto no tiene otro fundamento mas de q̃ en todos los contratos bonæ fidei se dà este remedio *de la ley 2. C. de rescinden. vendit. vt ita tenet Bart. in d. l. maiorib.* 43

Y entre otros muchos casos, que los Contadores tienen obligacion a mirar, y considerar, en especial quando se trata judicialmente de las dichas particiones, ò quando los herederos estan discordes, y tienen diferencia sobre a quien se han de entregar, y adjudicar en pago de su legitima, ò parte los bienes, que no tienen comoda diuision: y assi si la casa, ò meson, ò molino, ò otro qualquier edificio, de q̃ se trata particion, no tuuiere comoda diuisiõ, se deue entregar al hermano mayor de edad, descẽdiẽte del difunto, y testador, dando el precio de la estimacion, *vt in l. existimabit, & ibi glos. C. cõmun. diuidund.* 44

& ita notat Flor. de Mena lib. 1. var. quæst. cap. 17. num. 22.

45 Cuya dotrina se deue entēder quando alguno de los dichos herederos descendientes no permitio mas de lo que estaua apreciada toda la casa, porque si ofrecio mas, no ay duda sino que se le deue adjudicar, aunque tenga la mayor parte, saluo que en caso q̄ no se de mas por la casa de lo que estaua apreciada, se le deue dar al heredero que tuuiere mayor parte en ella sin atender a mayoridad, y en este caso no deue ser admitido a esta mejora, y postura ningun estraño, sino es en caso que alguno de los dichos herederos fuesse tan pobre, que no pudiesse hazer aquella postura, y en su nombre la huuiesse hecho el tercero, con poder, y permission suya, como no sea tan excessiua 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 deue dar, cessando en todo fraude: y en caso que los dichos herederos no se cōuengan en esta licitacion, deue el juez nombrar dos personas que sean peritas en el arte, a las quales se les darà credito, y se ha de estar a su dicho, como sentencia del juez, aunque aurà lugar en este caso reuista de tassacion, como todo esto prueba *Bald. per l. ad officium, C. commun. diuid. & ibi communiter DD. Ias in §. Quedam, inst. de actionib. & est tex. regalis in l fin. tit. 15. par 6. & ibi Greg. glos. 4. & 5. Ant. Gom. 2. tomo. var. resolut. cap. 9. num. 5.*

46 Y para que lo susodicho aya lugar, es necessario probar por quien lo alega, no tener la casa sobre que se litiga comoda diuision, y hasta entonces no ha lugar el apremiar a las partes a

47 que nombren Alarifes que hagan la dicha diuision.

Todo lo qual asimismo se deue entender en las viñas y heredades, segun la dicha ley fin. titul. 15. part. 6. ibi: *E porende quando èl viesse que alguna casa, ò viña.* Y esto se deue entender en los animales comunes, *vt ibi glos. 2.* Aunque Paulo de Castro dixo no se podia dezir que las tierras, y otros predios rusticos, no tienen comoda diuision, *vt ita affirmat in l. si quis ff. de legat. 1.* Y sobre todo se ha de estar a la declaracion de Alarifes, y personas peritas en aquel arte, siendo nombradas por las partes; y en su rebeldia por el juez, *Zepol. cap. 40. de seruit. col. penult.*

48 Y en quanto a los instrumentos, y executorias, è informaciones ad perpetuam rei memoriam, que el testador dexo, se le deuen entregar al hermano mayor, dando traslado dellas a los demas, saluo el q̄ tuuiere mayor parte en la herencia, porque

que esse las deue lleuar, y si iguales fueren en hazienda, honra, y fama, no obstante mayoria, echaran suertes; y en caso que no se conuengan se pondràn en el archiuo de alguna Iglesia, *vt in l. 7. dict. tit. 15. parte 6* Adonde dize han de ser preferidos los hermanos a las hermanas en este caso, sino es q̃ expressamente el testador las aya mandado a qualquiera de sus hijos, vt in l. 8. ibi: Y en quanto a la marca, y sello de que el testador vsaua en su oficio, se le deue conceder al hermano mayor que tuuiere el mismo oficio, satisfaciendo a los demas hermanos el valor que aquella marca puede tener, por la buena fama y opinion, *vt ita affirmat vidisse iudicatum Lara lib. 1. de capell. 7. num. 25 & 26.*

§. Deudas. 7.

Y prosiguiendo con la dicha ley 80. dize: *E otrosi los sobre dichos hermanos por si, è por sus herederos prometieron, è otorgaron el vno al otro, que si contienda, ò pleyto fuesse mouido contra alguno dellos por razon de alguna de aquellas cosas que cupieren en su parte, &c.* Y es a saber, q̃ quando entre los dichos herederos no se huuiera conuenido el pagar pro rata las deudas, quedauan en la misma obligaciõ, *vt in l. si familiæ erciscundæ, C. fam. erciscund. & in l. 9. tit. 15. part. 6.* 48

Lo qual procede en tanta forma, que no se le podrà pedir por los acreedores mas de lo que le cupiere, como a vno de los dichos herederos, *vt in l. fin. C. de iure deliberand. & in l. 7. & ibi Greg. Lop. verb. Que las deudas, tit. 6. part. 6.* 49

Lo qual se deue limitar en caso que la cosa que se le adjudicò al heredero estaua especialmente hipotecada a la deuda del acreedor, y no si lo està generalmente; y se le reserua su derecho a saluo al dicho heredero para pedir a los demas lo que de aquella deuda les pertenece, *l. pro hæreditarijs, C. de hæred. action. Parl. lib. 2. rerum quotidian. 4 part. §. 1. num. 21* como assi se prueba en los lugares citados. Demas de lo qual se deue notar de la dicha ley, en que dize: *Y si por ventura aquella cosa fuesse vencida en juizio à alguno dellos, que el daño se reficiesse è se compartiesse entre ellos comunalmente.* De donde se infiere, que si despues de adjudicada al heredero la cosa, le saliere incierta, no aura duda sino que los demas tienen obligacion a satisfazerle lo que les cupiere, segun, y de la forma que dicho es: lo qual se deue entender con la distincion siguiente. Y es a saber, que si la casa, ò heredad se partiò, y diuidiò entre dos, ò 50

mas

mas herederos tan solamente, y a otros se le adiudicò otros bienes, para igualarse con los que lleuaron la dicha casa, ò heredad, y estas fueron vencidas en juizio, como dicho es: porq̃ en tal caso se le deue suplir de los demas bienes lo que anti les fuere quitado por sentencia. Pero si la casa, ò heredad fue partida entre dos, o tres herederos por partes iguales con los demas bienes, y a vno dellos le condenassen a que diesse su parte, porque el acreedor no quiso, teniendo accion a pedir las demas partes, a cobrar mas de aquella, por hazerles amistad, ò porque se defendieron por auer adquirido algun titulo en ellas, ò por otras causas, no tendrà accion el dicho heredero a pedir a los demas pro rata de lo que le quitaron por sentencia, pues no fue por su culpa auersela quitado, pues tambien les corrio el mismo riesgo, y peligro que al dicho su hermano, ò coheredero, y porque por alguna causa, y titulo, el dicho acreedor no tuuo accion, y derecho a pedir a los demas, pues pudo auer pacto de non petendo, en fauor de los demas herederos, ò porque passò, tanto tiempo, que fue bastante para su prescripcion, segun que dicho es: *Et ita notat Guillelm. de Cun. in l. si familiæ erciscundæ, C famil. erciscundæ, & ibi etiam Paul. de Castr. quos sequitur, & refert Ayora 3. part. cap. 9. num. 20. de partitionib.*

5.1 Mas se infiere de la dicha clausula, que si los herederos, que quedaron por fin, y muerte del testador, y difunto, hizierõ diuision de los dichos bienes entre los susodichos por partes iguales, sin hazer mencion de algun heredero, que estaua ausente en aquel tiempo, y sin hazer mencion dèl, y sacarle, y adjudicarle su parte, y legitima, hizieron separacion de los dichos bienes, tendràn obligacion boluiendo el dicho ausente a su patria, cada vno de los dichos herederos insolidum a satisfazer, y entregar al susodicho, como heredero la parte que le pudo pertenecer al tiempo que se hizo la dicha particion: y esto sin embargo que alguno de los dichos herederos aya consumido su patrimonio, y los demas hermanos alegan, que no pueden ser conuenidos mas de pro rata de los bienes, que a cada vno les perteneciò, y esto es por la malicia que tuuieron en diuidir los dichos bienes pues que sabian, que aquel heredero estaua ausente. Y assi cada vno insolidum puede ser conuenido, y tendrà obligacion assi en el fuero exterior, como en el interior de la conciencia, *vt ita notat Couar. in cap. peccatum, 2. part. §. 12. num. 34.* Y assi es bueno que los herederos ausen-

tes

tes sean citados por requisitoria, para que les pare perjuizio, y en caso que no se sepa adonde està, o no quisiera venir, se le sacarà su parte legitima, y se pondrà en deposito en el pariente mas cercano por via de administraciõ, como no sea muger, sino es que es madre, o abuela, y siendo passados diez años cõ fama publica, o con otras vehementes presumpciones de su muerte, se diuidiràn los dichos bienes entre los herederos q̃ le auian de suceder abintestato, dando fianças, y obligandose cada vno insolidum, y de no hazerse en esta forma; siendo la particion judicial, pagarà el juez haziendo excursion en los demas bienes, *vt ita notat Escob. de ratiocinijs, cap 6. numer. 47.48.49. per l. 14. tit. 14. par. 3. & in questione principali docet Azeued. in l. 6. tit. 15. num. 7. cum alijs seqq.*

Mas dize, que la dicha particion no se deue reformar, ni enmẽdar, ni ha lugar el titulo de hereditarijs actionibus, porque aquel titulo tàn solamente habla respeto de los acreedores hereditarios estraños, e interessados a los dichos bienes, por deuda del difunto, y no respeto del heredero ausente, y assi tienen los demas herederos obligacion a la dicha restitucion ex suo facto, & non facto defuncti, vt ibi num. 12. 52

Finalmete dize la dicha ley 80. *E esta particion, è todas las otras cosas, è cada vna dellas que en esta carta son escritas prometieron los sobredichos hermanos de lo auer todo por firme, è de nunca venir contra ello en ninguna manera.* Dos cosas tenemos de suponer, para que esta ley quede perfetamente declarada. La primera, si por qualquier agrauio, o engaño se podrà venir contra estos dichos pactos, y conuenciones que se causan en razon de las dichas particiones extrajudiciales, aunque sea en poca cantidad. La segũda, si auiẽdose diuidido los bienes del difunto, y testador judicialmente, y siendo aprobadas por las partes, y mãdada guardar por sentencia de juez, aurà assimismo lugar reformacion de qualquier agrauio, o error en Derecho, ò si forçosa, y precisamente tienen los dichos herederos obligacion a passar, y estar por las dichas particiones. 53

Y respondiendo a la primera duda, y presupuesto, digo, que aunque es verdad, que no excediendo el agrauio de la mitad mas del justo valor, y precio no se puede venir cõtra las dichas particiones extrajudiciales, como arriba queda dicho, de q̃ passò pacto entre los herederos de lo sobredicho, hase de entender quando se hizo la dicha particion por suertes, de que conocidamente cada vno de los dichos herederos vio, y 54

conocio lo que poco mas, ò menos le podia pertenecer; pero quando en diuidir los dichos bienes huuo 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 necessario que exceda de la mitad mas del justo valor, y precio, aunque en la dicha forma la dicha particiõ se aya aprobado por los dichos herederos, como assi lo tiene *Ayora de partitionib. lib. 3 cap. 7. per totum.*

55 Y en quanto lo segũdo se responde, que si el dicho agrauio no consistio en error de derecho, sino en otro qualquier agrauio, assi como adjudicarle a vno mas q̃ a otro, o darle vna cosa mejor que otra, no aurà lugar el dicho remedio, sino es excediendo de la mitad mas del justo valor, y precio, y assi no se admitiràn los herederos a pedir esta reformacion, siendo aprobada por ellos, y fuera lo contrario, sino lo estuuiera, porque entonces aurà lugar reducion a aluedrio de buen varon, ò prueba del dicho agrauio, que en este caso se admite citadas las demas partes interessadas con vn breue termino, y esto sucede raras vezes, porque desde el dia que se pide la particion, suelen alegar los herederos de su derecho, y auiendo que probar, se recibe a prueba con vn breue termino, y en la sentencia viene determinado en la forma que se deue hazer la dicha particion.

56 Y para conclusion destos dos dichos presupuestos se deue notar, que si el error que arriba diximos consistio en derecho, del qual resulto a alguna de las partes agrauio, y huuo sentencia de juez en contraditorio juizio no aurà lugar el reformar la particion en aquel juizio, sino es apelando della, y no dexandola passar en cosa juzgada, y en caso que la sentencia no se aya pronunciado en contraditorio juizio, sino que los partidores despues de hecha particion parecen ante el juez juntamente con las partes, y piden confirme, y mande guarde aquella particion, como es de vso, y estilo en todos los lugares; porque entonces por no auer sido pronunciada en contraditorio juizio, aura lugar la dicha reformaciõ en este caso, *vt ita notat Ayora vbi supra num. 15. cum sequentib. in decis. l. ex maioratibus, C. commun. vtriusq. iud.* Y para que en qualquier tiempo se puedan deshazer los agrauios aora consistã en derecho ò no, aora excedã, ò no de la mitad mas de justo valor y precio, es muy buena aduertencia, que el juez en la sentencia cõfirmatoria reserue qualquier agrauio, error, o engaño,

que

q̃ despues cõstare, ò resultare en la dicha particion, porq̃ por esta reseruaciõ se podrà reformar la dicha particion, aunq̃ la sentẽcia estè passada en cosa juzgada, *ex Bald in l cũ eorum, n. 2. C. de sent. & interloc. omn. iudic. Aym. cons 29. n. 8. quos sequitur, & refert Escob. de ratiocin. c. 41. n. 3. 4. 5. cum alys*: el qual error ha lugar de pedirse, segun el natural de la accion sobre que cayeron las dichas cuentas, que suele ser de diez, ò veinte, ò treinta años, segun el mismo *Escobar con otros vbi supra num. 25. 26. 27. cum alijs sequentib.*

57 Y porque no se puede dar regla cierta, qual se pueda llamar error, que consista en derecho, por los inumerables que se pueden hazer, y causar en las dichas particiones, se notaràn sumariamente, y con distincion las conclusiones de muchos casos contingentes. y cotidianos, que cada dia se causan en esta materia de particion, y diuision, para que por lo menos no ignorados, no se pueda dezir que en su determinacion se adiuinò, pues lo que siempre se ha de pretender, es entender el caso, y saber la duda: y sabido, mirar en que parte del Derecho se decide, o que Autor puede tratar dèl, pues aunque cõsista en opiniones, por lo menos siendo preguntado el Abogado, ò Contador en que se fundò, no le podràn dezir que lo ignorò, ni que por no saber lo procedido errò: los quales irà declarados por los paragrafos siguientes, para que por la materia de su natural se halle mas facilmente.

§. Capitales. 8.

58 Y assi lo primero que se aduierte es, quanto a los capitales del marido, y la muger, y en que casos, y porque causas se les aumentan, lo qual irà aduertido con suma distincion, refiriendo assimismo porque causas se disminuyen los dichos capitales, y en que casos tendrà obligacion el marido a satisfazer la dote a su muger, aunque con el vso se aya deteriorado, y si se deue suplir de las ganancias, aora sean los bienes dotales, muebles, ò inmuebles, rayzes, ò semouientes, y si procederà lo mismo en los bienes capitales del marido, siendo deteriorados con el vso, con la distincion siguiente.

59 Primeramente se nota, que si el marido huuiere recibido la dote de su muger inestimada, aora sean en bienes muebles semouientes, y se huuieren consumido con el vso, ò caso fortuito (no siendo por su dolo, ò culpa lata) no tiene obliga-

cion a restituirlos el marido de su capital, y hazienda, probando, como dicho es, se consumierõ en la dicha forma, *vt est text. in l. plerumque, ff. de iur. dot.* ibi: *Idcirco, quod neque periculum rerum ad eum pertineat, & ita probatur in l. 18. tit. 11. par. 4.* saluo si constante aquel matrimonio se ganaron algunos bienes, porque entonces aquel menoscabo, o perdida se deue suplir de las ganancias: y esto procede assimismo en el capital del marido, aora sean bienes muebles, è inmuebles, rayzes, o semouientes, aunque esten consumidos, gastados, vendidos, o deteriorados, *vt ita tenet Rodrigo Xuarez in titulo de las ganancias, in fin. Ayora de partitionib. 1. part. cap. 7. num. 5. 6. 7. & 39. Greg. Lop. in l. 55. tit. 5. verb. Comunalmente.* Y en caso q̃ la dicha dote se aya recibido en genero que consista en peso, numero, ò medida, assi como vino, azeyte, o trigo, o lana, los ha de restituir en la especie de su precio, y bondad, o dar el precio con que se pueda comprar otra tal calidad, conforme valiere al tiempo que se dissuelue el matrimonio, *per tex. in l. res in dotem, ff. de iur. dot. Anton. Gomez in l. 50. Tauri, num. 43.* y esto se entiende aunque no aya bienes gananciales, *Molina de iustit. & iur. 2. tract. disput. 426. nu. 3.* Pero si la dicha dote fue estimada con aquella estimacion, que de derecho causò, y celebrò venta, aora aya ganancias, o no, aora consistan en bienes que se consumã, o no con el tiempo, y vso, siempre està obligado el marido, ò sus herederos a su restitucion, en el valor en que al tiempo del matrimonio se estimaron, considerãdo, que dissuelto no puede la muger ser apremiada a recibir la misma cosa dotal que el marido recibiò estimada con aquella estimacion que causò, y celebro venta; y por el consiguiente el dicho su marido no puede ser apremiado a dar la misma cosa, sino tan solamente el valor en que fue estimada; sino es en caso que no lo fue, *vt in l. 18. tit. 11. p. 4. Couar. de practic. qq. cap. 28. num. 6. Palac. Rub. cap. per vestras, de donationibus inter virum, & vxorem, §. Vltim. num. 11. in fin. Matienç in l. 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. num. 6. Anton. Gom. vbi supra num. 43. 44.* Y no se dize hazer venta aquella estimacion que se haze de los bienes dotales, quando solo es fin de que se sepa su valor para que el marido, o sus herederos paguẽ el menoscabo dellos, en caso que aya ganancias, o en caso q̃ por su culpa se destruyeron: porque en realidad de verdad, en qualquiera destos dos dichos casos corre esta dicha obligacion, o por sus herederos, aceptando su hazienda, *vt ita notat Molin. de iustit. & iur.*

secun-

secundo tractatu, disput. 426. n. 4. 5. 6. Anton. Gom. vbi sup. num. 43. & est text. relatis in l. 21. dict. tit. 11. part. 4.

Demas de todo lo susodicho, se deue asimismo notar, que si el marido recibio en dote algun ganado de quejas, cabras, ò de yeguas, ò vacas, las quales estauan proximas a parir y esquilar, que recibiendolas con la estimacion que hizo venta, vt suprà, que tan solamante tendrà obligacion a dar, y pagar el valor en que le fueron dadas, y estimadas, pues en sustancia no fue entrego de dote, sino contrato de venta, *vt in l. cum dotem, C. solut. matr. & in l. 26. d. tit. 11. p. 4.* Y en caso que este dicho ganado le huuiesse recibido inestimado, segun, y de la forma que dicho es, y que luego a poco tiempo fue dissuelto el dicho matrimonio, gozarà tan solamente el marido de aquellos frutos pro rata del tiempo que duro el dicho matrimonio, y los demas se le han de restituir a la muger, ò a sus herederos, *per l. diuortio, ff. solut. matr.* ibi: *Non solum autē de fundo sed etiam pecore idem dicemus, vt lana ouium fœtusque pecorū præstentur, quem tex. sic intelligunt Bart. & Paul. & Ioan. Garc. de expen. c. 8. n. 31. quos sequitur, & refert Escob. de ratioc. c. 18. n. 31.* teniendo atencion, que en los casos que estos dichos bienes se recibieron inestimados, ay obligacion faltando algunas cabeças de los partos con mejora de las demas, auiēdo bienes gananciales, *vt in l. 21. citat. d. tit. 11. p. 4.* ibi: *Ganados dā las mugeres en dote a las vegadas a sus maridos, y si por ventura, quando establecen la dote en ellos, no la aprecian; el peligro que ya viniere serà de la muger, y lleuarà el marido los frutos dellos para sostener el matrimonio, mientras que durare; pero si acaeciesse, que los ganados que diere la muger a su marido, mueran algunos, tenudo es el marido de tornar otros tantos en lugar de aquellos que murieron de aquellos fijos mismos que nacieron dellos:* la qual ley se deue entender sin la distincion, que muchos Doctores quisiero dar la, que dixeron, que para ansi entenderse, se auia de atender si era rebaño entero, ò no, porque de no serlo, no auia lugar el suplirlos con los partos, de que no es cierta, y porque sin embargo de la dicha distincion se ha de obseruar la decision de la dicha ley 21. *vt ita docet Escob. de ratioc. cap. 18. num. 39.* aduirtiendo, q̄ en todos los casos q̄ el marido no tiene obligaciō a pagar los bienes q̄ se cōsumē cō el vso, q̄ no se han de entēder los q̄ de su autoridad, ò con la de su muger vēdio, aunq̄ seā bienes parafernales, *vt ita not. Ayor. de part. 1. p. c. 8. nu. 2. 3.*

Y porque muchas vezes se dificulta, quales se dizen bie-

nes estimados, demanera, que hagan venta, se ha de tener atencion si el maredo se obligo al tiempo que otorgò carta de dote a pagar los bienes dotales en la estimacion en que fueron apreciados, y entonces es visto hazer venta aquella estimacion, *vt ita notat Conarrubias de practicis questionib. cap. 28. numer. 7. cum alijs*, saluo si en la dicha escritura de dote se lacasse por condicion, que fuesse en eleccion de la muger, o sus herederos el cobrar la estimacion, o pedir sus mismos bienes, y entonces estando los bienes enagenados en tercero posseedor, los podra repetir directè, sin ser necessario hazer excursion en los bienes de su marido, saluo si huuiesse eligido su estimacion, porque entonces tiene obligacion a hazer primero excursion en los dichos bienes de su marido, por el vtil que en este caso le pertenece, *vt ita habetur in l. quod si fundus, ff. de fund. dotal. & in l. 1. C. eod. Anton. Gomez in l. 53. num. 44. col. 2. in fin. Greg. in l. 7. tit. 11. part. 4. in verb. Apreciada quos sequitur, & refert Gutierrez, de iuramento confirmat. 1. part. cap. 1. nu. 9.* la qual distincion de aprecio, y estimacion, se puede ansi mismo poner en eleccion del Marido. Y si a caso no constare en fauor de quien se hizo la dicha conuencion, se presume es en fauor del marido, *vt ita colligitur ex doctrina l. plerumque, cum sequent. ff. de iure dot. & ex l. 18. dict. tituli 11. part. 4. Molina de iustitia, & iure, 2. tractat. disput. 426. num. 13.* y el que eligiere vna via, es visto renunciar la otra, quia electio vnius, est excursio alterius,

§. Arras, y joyas 9

62 Iten se le aumentan a la muger sus bienes dotales por las arras prometidas por su marido, y esto procede ansimismo en las joyas no auiendo arras, y ansi los partidores las sacaràn por deudas, y esto se ha de entender estando entregadas, porq̃ sino fueron mas de prometidas, no se sacaràn del cuerpo de bienes: y sacando primero los capitales, siendo, como dicho es, entregadas, se le daràn a la muger de lo que al marido le perteneciere de su capital, y ganancias, y sino fueron mas de prometidas, se le han de pagar del cuerpo de bienes despues de auer sacado los dichos sus capitales, como dicho es, y de no auer bienes gananciales las pagarà al marido de sus mismos bienes, *vt ita notat Ayor. vbi sup. cap. 7. num. 15. versic. Quarto, Villadiego in sua Politic. cap. 7. num 20 fol. 183.*

63 Las quales arras no deuen exceder de la decima parte de

los

los bienes del esposo que al presente tiene, *segun la ley 50. de Toro, hodie l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop.* Y dizense bienes los que el esposo tiene, y possee con buen titulo, y fe, sacadas las decimas, por manera que si despues de prometidas estas dichas arras condenassen al dicho esposo, y marido a que restituyesse algunos bienes que posseia con buena fe, no por esso se dexarian de cumplir las dichas arras en la cantidad que cupiessen al tiempo de la promessa, *vt ita tenet Anton. Gom. in l. 53. num. 13. Matienz. in l. 2. tit. 2. lib. 5. glos. 1. num. 4.* Y aunque es verdad, que estas dichas arras no pueden exceder de la decima parte, ni las joyas de la otaua 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, por ser causa de remuneracion, es visto hazerle donacion del excesso, que es valida 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 deue entender, precediendo las causas dichas, alias secus: *ita cum Bart. Panorms. cap. vltim. de donat. inter virum & vxorem, num. 7. in epitom. par. 2. c. 3. §. 3. num. 3. Ant. Gom. in l. 50. Taur. nu. 66. & in secundo tom. variar. res. cap. 4 num. 23. Couar. 2. p. cap. 3. §. 3. num 2. Ayora de part. 3. p. c. 20. num. 30. quos sequitur, & refert Azeu. in l. 2. tit. 2. lib. 5. num. 11. Recopilat. Molin. de iust. & iur. 2. tract. disput. 289. nu. 17. vers. Tertius, & in disputat. 431. nu. 7. & vide supr. cap. 26. ex num. 3. & 4. in secundo libro.*

Y en caso que el esposo no tenga bienes de que poder dar las dichas arras, las puede prometer de los bienes que constãte el matrimonio tuuiere, y adquiriere, expressandose antes de contraerse, y no despues, por presumirse donacion entre marido y muger, q̃ de derecho no es permitida. Y es la razon que en dar estas dichas arras, se ha de considerar los bienes, que el esposo tenia al tiempo del dicho matrimonio; saluo si huuo condicion, de que el dicho esposo prometiò, que para pagar el diezmo de las dichas arras se cõsiderasse assi el tiempo presente como el futuro del dicho matrimonio, q̃ entõces se deue cumplir la dicha condicion en la forma prometida, *vt hæc omnia notantur per Montalu. in l. 2. tit. 5. l. 3. Fori, Rodr. Xuar. in l. 1. eiusdem tit. 2. quæst. vers. Circa hanc parten, Ayora vbi supr.* 64

numer. 17. Azeued. vbi sup. in l. 4. numer. 20.

65 Y en quanto a la forma, y orden que se deue tener en partir estas dichas arras, y assimismo las joyas dadas, y prometidas por el esposo, consta por la ley 52 de Toro, hodie, l. 4. tit. 2. lib. 5. noue Recop en q̃ dize: *Qualquiera esposa, ora sea de futuro, suelto el matrimonio gane si el esposo la ouiere besado, la mitad de todo lo q̃ el esposo le ouiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso, ò no, y sino la ouiere besado, no gane nada de lo que le ouiere dado, tornese a los herederos del esposo; pero si qualquiera dellos muriere despues de consumado el matrimonio, q̃ la muger, y sus herederos ganen todo lo que se yendo desposados le ouo el esposo dado, no auiendo arras en el tal casamiento, y matrimonio: pero si arras ouiere, que sea en escogimiento de la muger, ò de sus herederos, ella muerta tomar las arras, ò dexarlas, y tomar todo lo que el marido le ouo dado, siendo con ella desposado: lo qual ayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho termino, que los dichos herederos escojan.*

66 Y aduiertese en limitacion desta ley, que si el esposo al tiẽpo de la promission de arras, y joyas se obligò, o prometiò que de ninguna manera las auia de repetir, se guardarà el dicho contrato, aunque no la aya besado, y ganarà la esposa, ò sus herederos las dichas arras, y joyas dissuelto el dicho matrimonio, *vt ita tenet Palac. Rub. in cap per vestras, de donat. inter virum, & vxorẽ.* Tambiẽ se deue aduertir, q̃ si la esposa huuiere dado, ò prometido a su esposo alguna cosa, assi como por via de arras, ò joyas, de ninguna manera las ganarà el dicho esposo, aunque la aya besado, sino es en caso que interuino copula, *vt ita notat Castillo in l. 52. Tauri, liter. Z. col. 2. per l. 30. tit. 11. part. 4.*

67 Y si la esposa constante el dicho matrimonio huuiere consumido las dichas joyas, que le fueron entregadas, podrà muy bien dissuelto el matrimonio, renunciar, y dexar las dichas joyas, y pedir las arras, siendole assimismo prometidas, ò entregadas, con tanto, que no esten deterioradas, ò consumidas, porque de estarlo, deue suplir la muger el menoscabo, y valor q̃ por entonces tienen, *vt ita notat Ayora de part. 1. p. c. 7. n. 35.*

68 Demas de lo qual, en limitacion assimismo de la dicha ley se ha de aduertir, que no entregandole al marido la dote prometida, no tiene obligacion a dar las arras que prometio a la dicha su muger, *vt ita colligitur ex auth. sed quæ, C. de donat. ante.*

te nupt. Y si la dicha dote no le fuere pagada enteramente, assi mismo no tendra obligacion a pagar las dichas arras por entero, sino es respectiuamente considerada la vna, y otra cantidad, *vt tenet Aluar. i. al. asc. consult. 3. Gam. decis. 370. nu. 2. cum alijs, quos sequitur, & refert Molin de iust. & iur. 2. tract. disput. 431. num. 4.*

Y porque muchas vezes los partidores tienen duda en la forma que deuen sacar estas dichas arras, quãdo el que las prometio gozaua de algun vinculo, o mayorazgo, en especial auiendo de ser en la decima parte de los dichos bienes se ha de considerar, que para que sea justa essa computacion, se ha de estimar el valor del fruto, que en cada vn año puede valer el dicho vinculo, ò mayorazgo, ò otros qualesquier bienes sujetos a restitucio. Y segun esto se ha de considerar, que tiempo puede viuir el posseedor de los dichos bienes, segun su edad, sujeto, y calidad, y estimandose el valor del dicho fruto de todo el dicho tiempo se dirà lo que puede rentar todo el dicho tiempo a razon cada vn año de a vno 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 vn año, se podria prometer en las dichas arras mil y seiscientos ducados, que segũ parece fingio que el posseedor auia de viuir ocho años, que de diez y seis mil ducados en que se auian de estimar los frutos del dicho tiempo, segun dicho es viene a ser la decima parte los dichos mil y seiscientos ducados de que ansimismo se colige, que esta decima parte de las dichas arras se ha de computar a razon de vno por ocho, como censo de por vida, como assi lo dixo el mismo Molina, y essa fue la causa, porque fingio la edad de los ocho años para darlo bien a entender, y en essa conformidad lo entendio Escobar, sino que dixo, que auia de ser a razon de vno por siete por la nueua pragmatica; pero oy segun la mas nueua, ha de ser a vno por diez, *vt in l. 12. añadida al tit. 15. lib. 5. Nouæ Recop. & vide Molin de primog. c. 9. num. 40. Escob. de ratiocin. c. 2.* 69

De cuyas arras no puede la muger disponer casandose segunda vez, sino que las deue reseruar a los hijos de aquel matrimonio, sin que a ninguno le pueda mejorar en ellas, *vt ita tenet Gutier. lib. 2. quæst. cap. 18. num. fin. & in l. 26. tit. 13. p. 5.* 70

Siguese mas, que si por contemplacion del marido, aora sea estraño, o pariente della, se le hauiere dado a la dicha su muger alguna cosa por titulo de legado, o donacion, que assi mis- 71

mismo tiene obligacion a reseruarlo a los hijos de aquel matrimonio: y esto procede por la misma causa de los bienes, q̃ la madre heredo de algunos de sus primeros hijos abintestato (pero no ex testamento) porque aunque es verdad, que en los vnos, y otros bienes ha de gozar la madre, o el padre del vsufruto dellos por el tiempo de su vida; pero con todo esso ha de quedar reseruada su propiedad para los dichos sus hijos, *vt est l. 15. Tauri, quæ est l. 4. tit. 1. lib. 5. Recop. & ibi Ant. Gom. n 2. 3. 4. 5. 6. 7. & ad probationem totius materiæ vide Tell. Fernand. in l. 19. Taur. n. 11. & in l. 4. ibi n 17. Couar. 2. p. lib. 4. cap. 9. n. 7 Pelaez de maiorat. 1. p. q. 54. Azeu. in l. 3. tit. 1. lib. 5. num. 2. 3. Recop. & vide infra, §. Reseruacion.*

72 Mas se sigue, que si el esposo huuiere dado, ò prometido a su esposa las dichas arras, y joyas, no por esso se impide la libre voluntad de poder disponer del quinto, vltra de la cantidad, y valor de las dichas arras, y joyas, saluo teniendo hijos de otro matrimonio, porque en tal caso no puede disponer mas de vn quinto, aora sea en arras, o joyas, o por otra qualquier voluntad; por causa de auer passado a segundo matrimonio, *vt ita tenet Gutier. de iuram. confirm. 1. p. cap. 14. num. 8.*

73 Finalmẽte se aduierte, que si al tiempo del matrimonio no fueron prometidas las dichas arras, o joyas, aunque despues se prometan, no deuen los partidores adjudicarselas a la muger, ni a sus herederos, porque estas no son forçosas, sino voluntarias, *vt ita docet Tell. in l. 16. Taur. n. 8. Azeued. in l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop.* Y porque dezimos, que constante el matrimonio no se puedẽ prometer, ni dar joyas, ni arras, tiene fũdamẽto pues se colige ser donacion entre marido, y muger, vt sup. diximus: la qual de derecho es prohibida, sino es conformandose con la muerte, o juramento, y en la forma q̃ las demas donaciones sõ cõfirmadas, siguiẽdose su tradiciõ verè, aut fictè, *vt ita sensit Greg. Lop. in l. 1. tit. 11. p. 4. verb. En España*, aunq̃ muchos Doctores tuuierõ lo cõtrario, fundãdose en q̃ sucediẽdo, como sucedierõ las dichas arras en España, en lugar de las donaciones propter nuptias, se podràn justamẽte prometer, y aumẽtarse (hasta la cantidad dicha) constãte el matrimonio, y no seguirà el natural de la donacion inter virum, & vxorem, supuesto que el prometerse las donaciones propter nuptias auia lugar constãte el dicho matrimonio, *vt ita probatur ex d. l. 1. tit. 11. p. 4. Aluar. Valas. cõsult. 4. n. 1. Couar in epitom. c. 3. §. 7. n. 12. Ant. Gom. in l. 50. Tauri, n. 12. tu cogita, & sequere comm.*

§. Bie-

§. Bienes parafernales. 10.

Iten se le aumenta a la muger su capital, y dote por los bienes parafernales: y son bienes parafernales todos aquellos bienes, que vltra de la dote al tiempo del matrimonio le pertenecian a la muger, cuyo nombre Griego se diuidirà, à *Para, quod ast iuxta, & pherna*, que quiere dezir, dote, como se prueba de la *ley 17. titul. 11. part. 4.* 74

Cuyos bienes son de la misma naturaleza que los demas bienes dotales, en quanto su restitucion, y priuilegio, por manera que si el marido los recibio estimados con la estimacion que arriba diximos, aora el marido los reciba en bienes que se consuman con el vso, o no se consuman, dissuelto el matrimonio se le ha de entregar a la muger, ò a sus herederos su estimacion, y valor: y si estimados no le fueron entregados, siẽdo bienes que consistian en peso, ò medida, como miel, trigo, azeyte, y otras cosas, por ser de natura 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 vso no se consumen, no auia obligacion de entregarse, sino de la forma que dissuelto el matrimonio fueren hallados, scilicet, mejorados, ò deteriorados: aunque si el marido los administro, tacitamẽte se entiende se ha de satisfazer su deterioracion de los bienes gananciales, si los huuiere, aliàs secus, como todo se prueba de la ley. 17. referida, a donde dize, que en caso que el dicho su marido los aya administrado para la paga dellos (siendo enagenados por el dicho su marido) que quedan sus bienes tacitamente hipotecados. Dize assimismo, que del fruto destos dichos bienes hade gozar el marido para sustentar las cargas del dicho matrimonio. 75

Dizense assimismo bienes parafernales, todo aquello que la muger adquiere por el marido per sponsalitiam largitatem, como assimismo lo son las donaciones, que el Derecho llama inter virum, & vxorem, en los casos que de derecho se confirman con la muerte. 76

De aqui se saca, que todo aquello que al tiempo del matrimonio les fue dado, y donado a los dichos esposos, y se sabe por contemplacion de quien se dio, aora sean estraños, ò parientes, siempre se reputa 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 perso 77

na que lo dà, *vt ita affirmat Ant. Gomez in l. 50. Tauri, num 67. & in l. 2. tit. 9. p. 5. Iulius Clarus lib. 4 sent. verb. Donatio, quæst. 10. Guierr. de pract. quæstionib. q. 120. lib. 2. quos sequitur, & refert Molina de iustitia, & iure, 2. tractatu, disput. 430. num 5.*

78 Y porque diximos arriba, que el marido tiene obligacion a satisfacer los bienes muebles, quando fueron deteriorados con el vso, hase de limitar, que si fueron bienes, de que el marido tenia necessidad para el vso de su casa, y familia, tẽdra obligacion a pagar su valor, pues para el dicho su gasto se escusò de comprar los dichos bienes, lo qual no ha lugar en los bienes dotales inestimados, por ser de mejor condicio los bienes parafernales, *ex traditis per DD. in l si vitricus, C. de negot. gest. & ita aduertit Anton. Gomez in l. 5. Tauri, numer. 44. in fin.*

§. Mandas 11.

79 Y en quanto a las mandas, que assimismo son aumento de dote, se ha de aduertir, que si el marido mandò a la muger alguna casa, ò heredad, o otra cosa que con la dicha su muger recibio en dote, estimada con aquella estimacion, que de derecho causò, y celebro venta, tacitamente fue visto mandarle su valor, y assi se le deuerà a la muger, no solo la estimaciò de los bienes dotales, pero tãbiẽ ellos mismos, ni en este caso ha lugar compensacion: lo qual fuera al contrario, si la cosa que le mandò, la recibiera inestimada, por ser propia de la muger, y no del marido, *vt est tex. in l. Licinus locusta, ff. de legat. 2. & ibi glos. ordin. Bart. Bald. & commun. DD. Paul. de Castro, & Impol. in l. 2. §. fin ff. de dote prælegat. probat etiam Bart. in l. si quis seruũ, §. fin ff. eodẽ, & in l. qui quadraginta, & in l. Marcel. ff. ad Trebel.* Y assi se deue entender *el §. Sed si vxori instit. de legat* cuyas palabras en Romance son las siguientes: *Y si el marido mandare a su muger la dote, valida es la manda: porque mas cumplido es el heredero que se tiene para pedir la manda, que el que se tiene para pedir la dote: y si le mandare la dote que no recibio, los Emperadores Seuero, y Antonino dieron por respuesta, q̃ si la mandasse simplemẽte, seria inutil la manda* (scilicet, no auiẽdola recibido) *pero que si la manda señalasse cierto dinero, ò cierta cosa ò las escrituras en que mostraua auer recibido alguna dote, valida seria la manda,* & vide infra num. 299. & num. 30.

80 Y si el marido dixere: *Mando restituir a mi muger todos los bienes dotales que truxo al matrimonio*, es visto dexarselos con

todos los mejoramientos, q̃ los dichos bienes dotales tuuieren al tiempo que aquel matrimonio se dissuelue, lo qual fuera al contrario, si el marido dixera, *Mando que se le restituyan sus bienes dotales*, porque entonces por no auer vsado el testador de aquella palabra, *Todos*, se sacaràn primeramente los mejoramiẽtos que tuuieren, y de la estimacion que al marido le tocare, como de bienes gananciales, en caso que los aya, *vt ita affirmant supra relati Doctores*. *Formatur alia differẽs clausula extraordinẽ.*

Y si el marido mando a su muger alguna heredad, o alguna pieça de oro, o plata, o otros qualesquier bienes, que su valor exceda del quinto, o tercio de bienes, quedando preñada, y el parto no fuesse legitimo, segun la *l. 2. tit. 8. lib. 5. Recop.* valdra en todo el dicho legado, no auiendo otros descendientes en quanto al quinto, o ascendientes en quanto al tercio, pero si nacio natural el postumo, y fue bautizado, y viuio 24. horas, no valdra el dicho legado, sino tan solamente en el dicho quinto, del qual se han de sacar los gastos funerales, vt cõtra Ayoram *tenet Azeued. in l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. nu. 17.* *Formatur alia differẽs clausula* 81

Mas se aduierte, que si el marido mandare a su muger el vsufruto de todos sus bienes, o de alguna parte dellos, teniendo descendientes, o ascendientes, tan solamente se ha de entender del vsufruto del quinto, o del tercio, no teniendo descendientes, y teniendo ascendientes, *segun doctrina de Anton. Gom. 1. tom. var. resol. cap. 11. nu. 26. quem sequitur Azeu. in l. 11 tit. 6. nu. 17. lib. 5. Recop. Rodrig. Xuar. in rep. l. quoniam in prionib. in 3. ampliatione, nu. 5. Gom. Arias in l. 25. Tauri, nu. 6.* 82

Y en caso que no huuiesse descendientes, o ascendientes, y quedasse, como dicho es, por vsufructuaria de todos los bienes de su marido en su casa cõtenidos, no se deue entender de los bienes vendibles, que el dicho su marido tenia en la dicha su casa por trato de grãgeria, assi como si era mercader de qualquier mercaderia, saluo si fuere trigo, o ceuada, o lana, o ganado, y otras cosas semejantes que se criaren en casa: porque aũque son vendibles, siendo en su cosecha, y estãdo 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, *vt est tex in l. generali §. Vxori, ff. de vsufruct. legat. & ibi Bart. & Ias. & comm. DD. Couar. lib. 2. var. resolut. cap. 5. n. 3. Ayor. 2. par. de partitionib. cap. 23.* 83

§. Me-

§, Mejoras, y ganancias. 12.

84 Siendo como es notorio, que lo adquirido, y ganado, segũ leyes Reales deste Reyno, constante el matrimonio, es comunicable entre marido, y muger, sino es en Cordoua, y otras partes que se vsa, y guarda lo contrario, es necessario que se aduiertan, y traygan a la memoria los casos mas practicables, q̃ en esta materia se pueden ofrecer, para que ansimismo en las particiones no se cause error. Y ansi lo primero se aduierte, q̃ aunque es verdad que las mejoras de las casas, y heredades se deuen comunicar en quanto su mas valor de lo que se estimaron, o se probare valieron, y por el consiguiente su menoscabo, y se deue suplir de las ganancias, como diximos en este capitulo en el § capitales, se ha de tener lo contrario en los bienes de mayorazgo, y demas bienes sujetos a restitucion, porq̃ luego que muere el vltimo posseedor, passa al llamado, y sucessor en el, con todas aquellas mejoras, *segun la ley 6. titul. 7. lib. 5. Recop. & ibi scribentes*, aũque si el vinculo, o 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, *vt ita notat Molina de primog. lib. 1. cap. 26. num. 14. vers. Sed mea, & nu. 15. vers. Ex his.* Pero no ay duda, que en el vno, y otro caso podra repetir la mitad de aquestos gastos la muger, ò el marido aquien le toca, como bienes gananciales, y se hà de suplir de los demas bienes, pues no es justo, q̃ el posseedor del dicho mayorazgo gaste lo q̃ no es suyo, y haga los dichos mejoramientos en perjuyzio del otro, *vt ita notat Ayora de partit. 1. par. cap. 10. nu. 4.* y de qualquier manera que sea, tienen derecho los herederos, ò mugeres del vltimo posseedor, a destruir ò echar por el suelo los dichos mejoramientos, no pagandoles su valor, como no sea en daño, y fealdad de los demas bienes, *Molin. vbi supra num. 16.*

85 De aqui se infiere, que si el marido plantò vides, ò otros qualesquier arboles en tierra de su muger, ò por el contrario, no lleuarà la heredad cuya era, ni sus mejoramientos, sino tan solamente su estimacion, y luego se partira la dicha heredad entre los dichos marido, y muger. Y es lo contrario en la mejora, ò edificio, fabricando en tierra de vno dellos, porque entonces estimandose su valor, se le entregarà enteramẽte a cuya fuere, ò si el marido la huuiere recibido (estimada cõ aquella estimaciõ que causò venta) y es la razon, que el edificio no

tie-

tiene comoda diuision, como la tiene la tierra con los dichos arboles. Y porque es decision de la *ley 3. & 9. tit. 4 lib. 3. For.* de que para su efeto es necessario probar estar en vso.

Y estando los dichos bienes, o otros qualesquier que se deuan partir, algun tiempo por diuidir, se ha de sacar por deuda, no solo lo que en el dicho tiempo se huuiere gastado en cõseruacion, y mejora de los dichos bienes; pero tambien los reditos del dinero de aquel gasto, a razon de a veinte, *vt hodie, vt colligitur ex l. his consequenter, §. 1. in fin. ff famil. erciscund. Iuan Garc de expens. cap. 7. in princip. Ayor. 3. part. de partition. cap 20. num. 59.* los quales reditos assimismo pagara la hermana, ò hermano, o heredero legitimo, que siendo requerido no truxere a particion los bienes que tuuiere recibidos: y lo mismo es los frutos de las heredades desde el dia del dicho requerimiento, *per tex. in l. filius emancip. §. Filia, ff. de collat. Escobar de ratiocin. comp. 5.* 86

Y aunque es verdad, que ay diuersas opiniones en la forma de diuidir los partos de esclauas, por dudar si han de ser frutos, ò si precipuos, los ha de lleuar el que las truxo al matrimonio: y aunque es verdad, que parece no ha lugar, que los dichos partos se comuniquen, assi como frutos; pero con todo esso, siguiendo la mas comun, y probable opiniõ, digo, q̃ estos dichos partos se deuẽ comunicar entre marido, y muger, assi como reditos, y ganancias adquiridos constante el dicho matrimonio, *vt probat Baeza de decim. tutor. cap. 23. nu. 10. & 13. Villalob in Ærario mill comm. opin. litera D. num. 236. qui in hoc modo intelligunt l. 13. tit 21. part. 3.* 87

Y hase de aduertir en esta materia de ganancias que si el marido lado la deuda del deudor por quien salio fiador, que no serà justo que la muger, ò sus herederos sientan este daño, pues de la fiança no se espera ningun prouecho, ni es contingẽte la ganancia en este caso, como lo es la perdida, sino es en caso q̃ se obligò, como principal, de que por lo menos, de aquella fiança, y obligacion se le podia seguir alguna vtilidad, è interes, por mitad, ò tercias partes, como en rentas Arçobispales, y otras semejantes, ò quando el dicho deudor le fiò en otras ocasiones, estando casado, y en tiempo que quãdo 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 deue participar la muger la mitad de aquella perdi- 88

da,

di, sino que se le deue sacar su mitad, como si en realidad de verdad no se huuiera perdido. Y es comun sentencia, segũ los mas practicos Doctores, como lo es *Gutier. lib. 2. pract. quæst. cap. 228 cum alijs, quos citat, quibus consentit, Gam. decis. 162. & ita sancitum est in l. 7. tit. 3. lib. 5. Recop.* ibi: *Mandamos, que por fiança que el marido hiziere en qualquier manera, ò por qualquier razon, no sea obligada su muger, ni sus bienes.*

89 Demas de todo lo dicho, se puede dudar, si lo que el marido jugò, o gasto deshonestamente, se le deue suplir auiendo bienes gananciales, ganados constante aquel matrimonio, o si se le deue restituyr, y entregar a su muger la mitad de lo que assi cõstare, y se probare auer gastado el dicho su marido, especialmente siendo con dolo, y malicia, y contra la voluntad de su muger. Y en quanto lo primero digo, satisfaciendo por la parte afirmatiua, de que a la muger se le sacarà otra tanta cantidad, como la dicha mitad de lo que consumio siendo cõtra su voluntad, y daño: lo qual consta por las razones siguiẽtes. Primeramẽte que todas las vezes que alguno de los compañeros, è interessados a los bienes comunes, y de compañia, por su culpa, dolo, y malicia destruyere, o perdiere alguno de los dichos bienes, ganados en la dicha compañia, que precisamente tendra obligacion a satisfazer a los demas compañeros, è interessados aquel daño, o perdida, que por su culpa preuino, porque de qualquier manera es visto hazerles perjuizio y daño a los dichos compañeros, supuesto que lo q̃ se adquiere es comun, y como hazienda de todos no deue sentir el daño, quiẽ por su culpa no lo perdio: y assi se le deue restituir la parte que le pudiere pertenecer, como a vno de la compañia, *vt hæc omnia probantur in §. Vltim. inst. de societate, & in l. cum duob. §. Venit, cum similib. ff. pro socio.*

90 Demas de que en la general administracion no es permitido el engaño, especialmente siendo en perjuizio, y daño del señor, è interessado a los dichos bienes, de que en ninguna manera le puede dañar, *vt in l. creditorum, §. Lucius, ff. mandati, vbi Bald. & notat Afflict. decision. 29. & latè Palacius Rub. in rubric. de donation inter virum, & vxorem, §. 66. num. 26. in fin.*

91 Y aunque es verdad, que por auer bienes gananciales se pudiera dificultar, si la referida doctrina auia lugar, se satisfaze, que precediendo el dicho dolo, y engaño, no ay duda sino que tiene obligacion el que en la forma dicha lo perdio, a restituyr otra tanta cantidad a los demas sus compañeros.

Po-

por manera que si el marido perdio al juego alguna cantidad de marauedis de los bienes comunes, y del capital, no ay duda sino que siendo la muger, como en efeto lo es en estos Reynos, interessada a la mitad destos dichos bienes gananciales, que por razon de la dicha perdida se le sacaran otros marauedis, y cantidad, como el dicho su marido perdio, auiendo bienes comunes, cuya doctrina sin distincion de fraude lo tuuieron *Montaluo in l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori, a quien refiere, y sigue Ayora 1. par. de partitionib. cap. 8. num. 10.*

Y aunque en quanto a este articulo ay diuersidad de opiniones; pero ningun Doctor, y Autor niega, que siendo con fraude, y engaño de la muger, no se le deue adjudicar, y sacar de los bienes comunes otro tanto a la muger en la forma que dicho es como se prueba *en la ley 7. titul. 10. part. 5. ibi: Fueras ende si los daños, è los menoscabos, acaecieren por culpa, ò por engaño de alguno de los compañeros, ca estonce tan solamente à aquel pertenece, è non a los demas. & ibi Gregor. Lopez glos. 4. & in l. si fratres, §. Vltim. ff. pro socio, & ita notat Molina de iustitia, & iure, 2. tractatu, disputat. 421. numer. 3. per totum, & iterum in disputat. 422 numer. 13. & in l. 5 tit. 9. lib. 5. Nouæ Recop. ibi: Saluo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar, ò damnificar a la muger:* a donde todos los Doctores que sobre la dicha ley escriuieron, afirman contra Montaluo, y Ayora, que es necessario que preceda el dicho fraude, y danificacion, para que se le saque otro tanto a la muger, como assi lo tiene *Greg. Lopez in l. 13. glos. ganancias, titul. 10. part. 5.* y en pratica dize Xuarez assi se guarda *in d. l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori, vers. Quæritur circa. Burg. de Paz in quæstionib. suis quæst 8. num. 13 & 29. sequitur Anton. Gom. in l. 53. Tauri, nu. 79. ad finem. Nauarr. in Manuali Latino capit. 17. num. 155. Matienço in l. 5. citata, tit. 9. lib. 5. Recopilat. glos. 6. nu. 7. quos sequitur, & refert Azeued. in dict. l. 5. num. 19.* Y aunque parece que contra esto obsta la decision de la *l. adeo, §. Penul. ff. pro socio. ibi: Quod in alia, vel in adulterio perdiderit socius:* pero considerada biẽ la dicha *l. 5 tit. 9 lib. 5. Nouæ Recopilat.* dispone lo contrario que el Derecho comun en las compañias, porque en realidad de verdad miẽtras no precediere fraude del marido, que lo que gasta no lo haze por gusto, y deleyte, si no por solo damnificar a su muger, no se deue sacar otro tanto de los bienes gananciales, sino que todo se deue partir por igual. Y esta es la mas recibida, y practicada opinion. 92

93 Y quanto lo segundo digo, que la misma razon corre en lo que el marido gasta deshonestamente con mugeres, ò lo que su voluntad haze donacion con su manceba, *vt ita sentit Anton. Gomez vbi sup. num. 73. Baeza de decim. tut. cap. 27. nu. 28. Molin. de primogen. capit. 10. num. 66. Ayora de partitionibus, 2. part. cap. 41. num. 46.* Y aunque muchos Doctores tuuieron lo contrario en quanto a este articulo; pero con todo esso dize Azeuedo en la misma *ley 5. num. 7.* que no precediendo el dicho engaño han de valer las dichas donaciones, y assi se dize han de entender las opiniones contrarias, aunque parece por ser gastado deshonestamente, se deuia presumir ser siempre en fraude de la muger, *vt ita notauit Palac. Rub. in rub. de donationib. inter virum, & vxorem. §. 66. nu. 29. Tellus Fernan. l. 19. Taur. num. 2.* Y dize Auendaño in resp. 37. & 20. que aunque la muger consienta en las dichas donaciones, toda via se le deue sacar auiendo ganancias, otro tanto como el marido dio, y donò, aunque lo contrario se deue seguir en derecho, y justicia, *vt ita sentit idẽ Azeu. vbi sup. n. 9.* Y hase de aduertir, que en caso que el marido se le pruebe culpa, no ha de ser leue sino lata; assi como si lo hizo con dolo, y con animo de defraudar, y damnificar a su muger, conforme la dicha ley 5. citada, *& notat Molin. de iust. & iure 2. tract. disp. 421. nu. 3.* adõde dize no se ha de entender la dotrina supra referida, en lo que el marido, ò la muger gastò por causa de algun delito, y assi lo siente *Palac. Rub. vbi supra, §. 65. quem sequitur idẽ Molin. vbi supr. disput. 275. num. 9.* Y aunque es verdad, que assimismo en este articulo huuo diuersidad de opiniones, oy està determinado que aya la muger otro tanto de lo que assi se gasto, *vt in l. 10. tit. 9. lib. 5. Recop.* siguiendose primero la condenacion, vt 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 podràn 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, o renũciante, o siendo jurada, y en la forma, y con la solemnidad que las demas donaciones desta misma calidad se confirman, y valen, segun, y que mas largamente diximos en el primer libro,

cap.

cap. 26. *Et ita tenet Gregor. Lopez in l. 3. tit. 11. part. 4. glos. vlt. Menoch. lib. 1. controuersiar. cap. 13. num. 6. Burg. de Paz in suis quæstionibus, quæst. 9. nu. 10. quos sequitur, & refert Molin. vbi supr. de iust. & iur. 2. tract disputat. 435. num. 4. contra Xuarez in l. 1. tit. 3. lib. 3. Fori, & contra Palac. Rub. vbi supr. & contra alios quos citat Couarru. in Epitome, 2. part. cap. 7. §. 1. num. 11. & Anton. Gomez in l. 50. Tauri, num. 66. cas. 5. & in l. 60. nu. 1. artic. 2. & Gutierr. de pract. quæst. lib. 2. quæst. 126.*

Todo lo qual, y con la misma distincion se deue entender, 96
quando el renunciante tiene acreedores: porque en realidad de verdad, aunque se pueden renunciar las no adquiridas, no se pueden, las que ya lo estuuieren, por ser en perjuizio de acreedores, y presumirse ser en su fraude, supuesto que son bienes adquiridos, y que de derecho le pertenecen, y mediante el a los dichos acreedores, *vt ita sentit Gutier. vbi sup. quæst. 127. num. 1.*

§. Frutos. 14.

Y aunque es verdad, vt supra diximus, que los bienes de 97
mayorazgo, y perpetuamente vinculados, se reputan por bienes gananciales entre marido, y muger, en quanto su vsufruto y aprouechamiento, es por razon y causa, que mientras viue el vltimo posseedor de los dichos bienes de mayorazgo, tiene y goza del dominio, y propiedad de los dichos bienes: salt im reuocable; pero constando que el marido, y la muger no tiene propiedad, y dominio en los bienes del vsufruto que gozan, se ha de tener lo contrario, y no se deuen reputar los dichos frutos por bienes gananciales entre marido, y muger, sino que se le dan de adjudicar integralmente a quien le pertenecen por razon del vinculo que gozaua, sin que dellos aya de lleuar, ni lleue cosa alguna el superstite, sino tan solamente la comodidad, y aprouechamiento dellos: y es la razon porque no se dizen ganancias, mientras juntamente no se adquiere el dominio, y propiedad de la cosa de adōde proceden los dichos frutos: y esta fue la intencion de las leyes Reales, *vt ita colligitur ex l. stipulatio ista, ff. de verb. Obligationib. vbi dicit, Nec plenè, nec perfectè dicitur habere rem, nisi eam possideat, & ita ibi notant DD. & etiam probatur in l. qui actionem habet ff. de regulis iur. in quantum dicit. Ipsam rem habere videtur, quoad verbum est nota improprietatis.* Y esto se verifica por las conclusiones siguientes.

98 Primeramente no se reputan por bienes comunes, y gananciales, los frutos adquiridos del vinculo, o mayorazgo perpetuo, de que el padre es administrador en nombre del hijo vltimo posseedor del dicho mayorazgo: porque aunque es verdad, segun opinion de muchos, y muy graues Doctores, q̃ el padre es verdadero vsufrutuario de los dichos bienes de mayorazgo, y sujetos a 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 diuidir entre los hijos herederos del padre, sin llenar parte alguna la muger, sino tan solamente la comodidad dellos, *vt colligitur ex doctr. Anton. Gomez in l. 48. Tauri, num. 4. per totum, & etiam Molin. de iustit. & iur. 2. tract. disputat. 470. colum. 1399. litera C. Ayora de partitionib. 1. part. cap. 8. num. 23.* Pero en caso que este dicho mayorazgo tuuiesse clausula particular, en que por ello prohibiesse el instituydor del, que el padre no gozasse del vsufruto, entonces no ha de gozar del dicho vsufruto, ni se ha de comunicar con los hijos del primero y segundo matrimonio, sino que integralmente se han de restituir al hijo familias posseedor del dicho mayorazgo, por fin, y muerte de su padre, ò por emancipacion del matrimonio: *vt ita notat idem Molina vbi supr. col. 1400 litera D.* Y para que el hijo sea preferido en el valor deste dicho vsufruto, 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 huuiere gozado, como de los que adelãte huuiere de gozar, haziendo computacion de lo que pudieren valer, segũ el futuro euentu: lo qual se puede hazer por conuencion de partes, segun el orden de la decision de la *ley hæreditatum, ff. ad legem falcidiam*, de que aunque aya engaño por el viuir menos, ò mas, no aurà remedio de restitucion, segũ el doctissimo *Couarru. lib. 3. variar. resolut. cap. 9. num. 8. versic. Hinc deducitur contra alios, vt ibi videbis*: del qual valor del dicho vsufruto gozaràn los hijos del segundo, o tercero matrimonio, supuesto que lo adquiere el padre, saluo si la institucion del dicho mayorazgo fue otorgada cõ clausula de no poder ser enagenados, ni vendidos; porque entonces por ser especie de enagenacion el derecho del dicho vsufruto, no gozarã los demas hermanos de cosa alguna, sino tan solamente el hijo familias posseedor, pues en virtud de la dicha clausula no goza de aquel vsufruto, sino tan solamente de su comodidad, *vt ita do*

cet Mol. de primogen. lib 1. c. 19. n. 29. cũ alijs, quem refert Molina Theol. vbi sup. nu. 6 liter. D.

Y en consequencia desto, no se reputan por bienes gananciales los frutos de que el padre goza de los bienes aduenticios del hijo, porque en realidad de verdad, sacando las expensas, y otros gastos que se huuieren hecho en los dichos bienes, se le darã precipuos, ò su valor al hijo, ò hijos del padre aora sean del primero, ò segundo matrimonio; y no ha de lleuar la muger cosa alguna de los dichos bienes, sino tan solamente de su comodidad, saluo si la tal muger fuere madre del hijo, cuyos son los bienes, porque entonces lleuarà la mitad de aquellos frutos, *vt ita notat Palac. Rub. de donat. inter virum & vxorem, §. 62. n. 11. & in §. 65. In fin. Ayora de partitionib. 1. part cap. 8. num. 22 per totum.* Y de aqui se infiere, que en los casos que el hijo fuere vsufrutuario de alguna heredad, no seràn comunicables, supuesto que el padre no goza cosa alguna de aquel vsufruto; sino tan solamente de su comodidad, porq̃ aunque es verdad que el padre es vsufrutuario de los bienes del mayorazgo, en la forma que dicho es, es porque el hijo, ò posseedor del, tambien adquiere la propiedad del, lo qual es al contrario en los fideicomissos y vinculos temporales, y no perpetuos: en los quales no se adquiere propiedad, *per authentic. idem est, C. de bon. quæ liber. & ibi commun. DD.* 99

Demas de lo dicho, no se dizen bienes gananciales los bienes castrenses, o 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 escriuanos. Y ansimismo se reputan por castrenses, vel quasi, lo ganado intuitu Ecclesiæ, y los bienes dados por los padres, ò por otra qualquier persona, para que a titulo dellos se ordenassen, con tanto que sean ordenados de Orden sacro, y no bastan las primeras Ordenes, sino es gozãdo de algũ Beneficio Eclesiastico, o trayendo habito clerical, y en los demas casos contenidos en el santo Concilio Tridentino, *ses. 23. cap 6 & ita notat Molin. Theolog. de iustitia, & iure, 2. tractatu, disput. 138. numer. 4. & in disputat. 231. numer. 4.* Lo qual assi in o se estiende a los bienes ganados, y adquiridos despues de las dichas Ordenes, *vt ita docet Couarru. in cap. quia nos, num 23 4.* aunque lo contrario tuuo *Ant. Gomez in l 48. Tauri, nu 7.* eprehendido por *Molin vbi supr. num. 7. & ita pro opinione Molinæ, tenet Molin. de primogen. cap. 19 num. 25. cum alijs, adde* 100

habla de los bienes de mayorazgo del hijo Clerigo, adõde en el nu.24 dize, que assimismo se reputan por bienes castrẽses, los que son dados por el Rey, o Principe al hijo familias, saluo si fueron concedidos por via de mayorazgo perpetuo del hijo, siendo libres los bienes, los vinculo, y dessos instituyo algun mayorazgo porq̃ entonces muerto el hijo, no se juzgan por bienes castrenses: y assi viniendo los dichos bienes en hijo familias, ha de gozar el padre de su vsufruto; pero si los dichos bienes fueron dados, o constituydos por causa de mayorazgo a persona q̃ no fuesse hijo familias, y despues sucediesse en el algũ hijo familias, entonces gozarà su padre de aquel vsufruto, pero no para diuidirlo, como bienes gananciales cõ su segũda muger, *vt ita colligo ex doctrina, Molin de iust. & iur. 2. tract. disp. 470. col. 1400. liter. A.*

101 Lo quarto, no se dizen bienes gananciales los frutos cogidos del fundo legado al marido, o a la muger, especialmente quando los demas herederos hizieron contradicion en entregar al dicho legatario la dicha heredad, por causa de no caber en el quinto, o porq̃ [illegible] inualida la mãda, o por otra justa razon, y despues de mucho tiempo fueron condenados los dichos herederos al entrego, y restitucion de la dicha heredad con mas los frutos: y es la razon, porque hasta entonces no se le adquirio al legatario la propiedad, y dominio de dicho legado, pues como dicho es, no ay ganãcias, mientras no se adquiere dominio, y propiedad de la cosa de adõde proceden, *vt est text. in l. habere duobus modis dicitur, ff. de verbor. significat. & in capit. ex publico. de conuers. coniugat. & in l. qui actionem habere, ff. de regul. iuris.* Y assi se hã de entender las leyes Reales del Reyno, que son la *ley 1. & 2. & 3. & 4. & 5 tit. 9. lib. 5. Recopil.*

102 De aqui se sigue, que si sobre la diuision y particion de los bienes del difunto fue mouido algun pleyto, y dudare algũ tiempo, y en particular sobre la heredad que se mouio el dicho pleyto, y juizio, se huuieren cogido algunos frutos, y despues del dicho tiempo fue condenado el posseedor de la dicha heredad a su restitucion, jũtamẽte cõ el dicho vsufruto por ser aumẽto de la dicha herencia, no se deuẽ comunicar aquellos frutos, como bienes gananciales entre marido, y muger, *vt ita colligitur ex l. itẽ veniunt, §. Idem non solum & in l. hæres furiosi, §. Fructum, ff. de partition. hæredit. & notat Ayor. de partit. 3. p. c. 27. per totam.*

Lo

Lo quinto se ha de notar, que todas las vezes que la mu- 103
ger truxere en dote, y casamiento el vsufruto de alguna heredad, o los reditos de algun censo por estimar, no es visto auer le otorgado al marido la mitad de aquel vsufruto, como bienes gananciales, sino que integralmẽte suelto el matrimonio se le han de entregar a la muger, ò a sus herederos el valor de aquel vsufruto, porque tan solamente ha de gozar el marido del fruto adquirido de aquel vsufruto, id est, de la comodidad del: y esto se deue entender en la misma forma, quando el marido dotò a su muger en el vsufruto de alguna heredad, vt hæc omnia probantur in l. si vsusfructus, & in l. cum in fundo, & in l dotis fructus, & in §. Si vsusfructus, ibi, ff de iure dot. & ita notat Molin. de iust. & iur. 2. tractat. disput. 432. colum. 1171. versicul. Nomine vsusfructus, Ayor. vbi sup. 1. part. capit. 8. num. 22.

Lo sexto, y vltimo para fin desta conclusiõ se ha de notar 104
ansimismo, que si la muger truxere al matrimonio el fruto de alguna heredad, que les fue dexado por via de mãda, ò de vinculo temporal, que estos dichos frutos no se deuẽ comunicar ansi como bienes gananciales, sino que tan solamente los ha de lleuar precipuos quien los truxo dissuelto el matrimonio: Et est ratio, quia fructus dum non veniunt ex coniugum industria, non communicantur tanquam lucro adquisita constante matrimonio, & quia non dicitur fructus qui non renascitur, vt ad alium casum notat Gregor. Lopez in l. 18. glos 5. tit. 11 part. 4. & ita docet Gutierrez cum alijs de tutelis, lib. 3 cap. 32. num 2. adonde dize que fuera lo contrario, si el dicho vinculo fuera perpetuo, de que en el huuieran de suceder sus descendientes, segun y de la forma en que los mayorazgos. Cuya doctrina assimismo se deue entender, quando el padre goza del vsufruto que al hijo le fue dexado ansimismo temporal: porque en realidad de verdad se le deueran precipuos como los demas bienes adventicios, sin que el padre, ni la madre gozen mas de su comodidad, vt in authent. idem est, C. de bon. quæ lib. & docet Iacobus Bald. in l. cum oportet, C. eod. Anton. Gom. in l. 48. Taur. num. 2. quem sequitur Molin. de iust. & iure, 2. tract. disp. 8. num. 2. vers. Quartus.

Y no solo aurà lugar la conclusion supra referida pero tan 105
bien aunque el dicho vsufruto se consolide con la propiedad, porque entonces de ninguna manera se comunicarà la propiedad del dicho vsufruto, sino que como incremento de dote, ò

capital se le adquiere al vsufrutuario; pero lo que despues se acreciere a la dicha heredad de mejora, q̃ se aya hecho constãte el dicho matrimonio, ha de ser comunicable en quanto su estimacion, como assimismo lo sera el fruto que de alli procediere, pues de qualquier manera que se le adquiera al dicho vsufrutuario, aora sea por titulo de venta, o por auerle muerto el vsufrutuario, basta q̃ sea constante el dicho matrimonio, para que lo dicho aya lugar, *vt ita docet Greg. Lopez vbi supr. gl. §. 5. Anton. Gomez in l. 50. Tauri, num. 78. Gutierrez lib. 2. pract. quæst. quæst. 16. quos sequitur, & refert idem Molin. disput. 433. num. 2.*

106 Y para que el marido no tenga obligacion a satisfazer enteramente estos dichos frutos viuiendo mucho el vsufrutuario, serà buena aduertencia que los reciba estimados, haziendo computacion de lo que valdràn vn año con otro, y q̃ tiempo podra viuir el dicho vsufrutuario, lo qual se puede, y deue hazer, segun el orden *de la ley hæreditatum, ff. ad l. falcid.* supuesto q̃ quando viua mas el dicho vsufrutuario, puede el que le obligo pedir restitucion del engaño, aora exceda, o no de la mitad mas del justo valor, y precio, sino es que se obligò en forma à no pedirlo: porque entonces no aurà lugar, como en el primer caso lo tiene *Rod. Xuar. in l. quoniam in prioribus ampl. 3. num. 8. fol. 24. Palac. Rub. in c. per vestras, §. 25. Couar. lib. 3. variar. resolut. cap. 9. num. 8.* adonde dize no ha lugar la decision de la dicha ley hæreditatum, sino es en el caso de su decision, tu cogita, y vease lo que queda dicho en el cap. 5. deste libro, num. fin. in fin.

107 Por manera, que lo que de nuestra conclusion se sacaes, que mientras no se gozare de la propiedad de adonde los frutos proceden, no seran 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 estuuieren, se le adjudicaràn a quien truxo las dichas heredades al matrimonio en la forma q̃ estuuieren, sacãdo las expensas, y otros gastos por mitad: lo qual tan solamente procede, quando los bienes frutiferos son rayzes, ansi como vides, y otros qualesquier arboles; porque si son tierras, y estan sembradas, aunque los frutos no esten aparecidos, ni nacidos, se hã de comunicar esperando el tiempo de la cosecha, y en caso que tan solamente esten barbechadas, se entregaràn a cuyas fueren, pagando por mitad

de

de la costa, *vt in l. 10. tit. 4. lib. 3. Fori*: la qual es vsada, y guardada en estos Reynos de Toledo, y aun en la mayor parte de Castilla. la qual ley se comprueba *por la ley 26. tit. 11. part. 4.* Y en caso que estos dichos bienes sean ganados, ansi como ouejas, vacas, o yeguas, y al tiempo que el matrimonio se disuelue estuuieren preñadas, se ha de esperar que paran para diuidirse con los demas bienes gananciales, *vt tenet Mont. in dict. l. 10. Fori, Matienç. in l. 4. tit. 9 lib. 5. Recopilat.* Y lo mismo procede en quanto a los arrendamientos de casas, molinos, heredades, y colmenares y otros arrendamientos, aunque esto se deuen partir pro rata del tiempo: y en caso que ha poco tiepo que se celebro el matrimonio, fue disuelto, ansi como dentro del año, diximos en este capitulo en el §. Capitales, n. 60. aduirtiendo que aquella doctrina aurà lugar quando este ganado estaua proximo a parir al tiempo q̃ se celebro el dicho matrimonio, *vt ita notat Azeued. in l. 4. tit. 9. numer. 28. lib. 5. Recopilat. contra Anton. Gomez in l. 53. Tauri, numer. 33. vers. Hodie tamen.*

Siguese mas, que los frutos pendientes de los bienes de mayorazgo se deuen comunicar, segun, y de la forma que dicho es: y si el dicho matrimonio fuere disuelto por fin, y muerte del posseedor del dicho mayorazgo, se comunicaran tan solamente la mitad de los frutos, y censos del dicho mayorazgo; porque la otra mitad se le deue al sucessor en èl; como ansi se deue entender, *ex doctrina Couarrub. 1. tom. variar. resolut. cap. 15. num. 14. Molin. Theolog. 2. tractat. de iustit. & iur. disput. 633. num. 10.* 109

Finalmente se concluye, que si el marido, ò la muger passaren a segundo, ò tercero matrimonio, sin hazer particion con sus primeros hijos, y herederos, ex præsumpta societate, se juzga durar hasta que se diuidan los dichos bienes, y se han de comunicar las ganancias, y perdidas, y lo demas que constare auerse perdido, y ganado; *per tex. in l. itaque, & per l. societatem, & per l. si frates, aliàs incipit, cum duob. §. Item. ff. pro socio, & ibi Bartol. & commun. DD. & ita sentit Gregor. Lopez in l. 10. titul. 10. glos. 2. limitat. 3. part. 5. Palac. Rub. in cap. per vestras, de donationib. inter virum, & vxorem, §. 62. numer. 25. cum alijs, & in l. 9. titul. 4. lib. 5. For.* Y aunque es verdad, que muchos Doctores dudaron, si la dicha doctrina auia lugar, no probando estar en vso la dicha ley del fuero, como fue *Matienço en la ley 2. tit. 9. glos. 1. num. 9.* 110

lib.

9. *lib* 5. *Recopilat. & ibi Azeued. num.* 13. sin embargo de su autoridad se deue seguir la primera opinion, por fundarse, como se funda en derecho comun, que siempre deue estar in viridi obseruancia, no siendo, como no es contra derecho Real, como assi lo tiene *Gutierrez* 1. *part. de iuramento confirmatorio, cap.* 3. *numer.* 26. 27. 28. la qual compañia cessarà todas las vezes que el padre, ò la madre quedaren por administradores, y tutores de sus hijos, o quando para el dicho efeto se hizo inuentario de todos los bienes, porque entonces no se entenderà compañia, aunque se ayan ganado, y perdido muchos bienes, *vt ita notat Palac. Rub. vbi sup. num.* 13.

§. Reseruacion. 15.

111 Despues de lo qual tiene obligacion el marido, y la muger, passando a segundo, o tercero matrimonio, a reseruar a los hijos del primero la propiedad de lo adquirido del passado, y precedente, y lo que heredo de alguno de sus hijos abintestato, aunque en quanto a los bienes gananciales no ay obligacion a reseruar los dichos bienes, sino que libremente podra disponer dellos, *vt in l.* 14. & 15. & 16. *Tauri hodie l.* 3. 4 *tit.* 1. *lib.* 5. *nou. Recop.* saluo si la muger en la viudez viuiò torpe, y deshonestamente, porque entonces, aora sea antes, ò despues del año de la tristeza, y llanto, pierde las dichas ganancias en propiedad, y vsufruto, y se han de aplicar a los herederos de aquel matrimonio de parte del marido, aunque sean estraños, *vt in l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop. & ibi Azeu. num.* 22. *Palac. Rub. in rep. c. per vestras, de donat. inter vir. & vxor.* §. 67. Y lo mismo se deue entender en lo que sucediò de alguno de sus hijos abintestato, causandose la dicha deshonestidad dentro del año, pero no si despues se causa, porque entōces ha de gozar de su vsufruto por el tiempo que viuiere, *vt ita notat Tell. in l.* 6. *Taur. num.* 21. *quem sequitur Azeued. vbi sup. num.* 22. la qual pena no ha lugar, en el marido por no juzgarse en èl deshonestidad a guna, *vt ita notat Ant. Gom. in l.* 14. *Taur. num.* 14. *Tell. vbi sup. num.* 22.

112 Y en todos los casos que la muger, ò el marido, passando a segundo matrimonio pierden la propiedad de lo en que sucedieron de alguno de sus hijos, se deue estender assimismo en los abuelos respeto de los nietos; pero hase de entender en aquellos bienes en que los hijos, ò nietos sucedieren de

la

la substancia paternal, ò materna, y no de los demas bienes q̃ el hijo, ò nieto adquirio, o heredo de otra qualquier parte, aunque sea de sus abuelos, *vt in auth. ex testamento, C. de secund. nupt. Ant. Gom. in l. 15. Tau. n. 2. Ant. Gabr in tit. de secund nupt. col. 13. num. 16. Azeued in l. 4. tit. 1. n. 9. & 23.*

113 Todo lo qual q̃ dicho es, assimismo se deue estender, q̃ los dichos deuen reseruar 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 reseruados a los hijos, y descendientes, y no a estraños, por cessar esta reseruacion, y no estenderse a mas de los hijos, y descendientes, *vt ita notat Azeu. vbi sup. nu. fin.* saluo si la muger, como dicho queda, viuiere deshonestamente; porq̃ entonces sucederã los herederos estraños, aora sea antes, ò despues del dicho año, *vt ita notat Auiles in proœmio, c. præt. n. 37. cum alijs, per l. 9. tit. 12. lib. 3. For. vsitatã, & iuri communi concordãtem & contra l. 3. tit. 12. p. 4.* la qual de honestidad basta probarse por testigos singulares, y aunq̃ sea de oculto, *vt aduertit Azeu. vbi sup. n. 19.*

114 Cuya doctrina en los casos que se deuen reseruar los dichos bienes, se ha de entender aora la madre, ò el padre ayan sucedido antes, ò despues del segundo matrimonio, porque basta qualquier tiempo para perder la propiedad destos dichos bienes, *vt ita notat Anton. Gom. in dict. l. 25. num. 1.*

115 Y hase de notar, que si al tiempo que el padre muriò, estauan los frutos pendientes en la heredad del hijo ya muerto, que por auer passado a segundo matrimonio tenia obligacion a reseruar a los primeros hijos, tendrà assimismo obligacion a reseruar la propiedad de los dichos frutos, pues estando pendientes son parte de la misma heredad, *vt in l. cum oportet, §. Sin autem res, C. de bon. quæ lib. Cassan. in consuet. Burg. rubr. 6. §. 7. in fin. quem refert Azeuedo in respons. 5. num. 5. vers. Ex ista conclus. Azeu. vbi sup. num 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 demas, 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 aurà lugar de reseruar la dicha propiedad, *vt notat Couar. in 4. par. 2. cap. 5. §. 9. num. 10.*

117 Y aduiertese, que aunque es verdad que muerto el hijo, el padre, y la madre concurren igualmente a la sucession

de

de sus bienes que por algun titulo, ò causa huuiessen adquirido muerta la madre gozara assimismo el padre del vsufruto de todos aquellos bienes hasta que muera, y no ay obligacion de reseruarlos a los herederos de la muger, aunque sea segunda vez, y esto procede estando el hijo muerto en potestad de su padre, alias se le entregaran a los herederos de la muger luego que murieren en propiedad, y vsufruto, sino es que los herederos assimismo son hijos familias, que entonces los gozara el padre por el tiempo de su vida, *vt est tex. in l. vltim. vers. Vltim. C. ad Trebelian. & in l. vltim. versic. Vltim. C. commun. de succession.*

118 La qual doctrina con la misma distincion se estiende al abuelo de parte del padre: lo qual se deue entender, quando el hijo desposado por palabras de presente, y antes que fuesse velado, muriò, de que sucediò dexar a la muger preñada, porque ansi como el abuelo auia de gozar del vsufruto de los bienes de su hijo, assimismo le ha de gozar, aunque el nieto viuia, hasta que con el matrimonio sea emancipado: y si antes deste tiempo muere, gozarà el abuelo por sus dias deste dicho vsufruto, y luego tornaran los dichos bienes a la madre, ò a 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 familias, *vt ita affirmat Anton. Gom. in l. 6. Tauri, quem sequitur, & refert Molina de iustit. & iur. 2. tractatu disput. 163. litera A.*

119 Y porque no ay regla que no padezca su excepcion, y que en alguna forma se puede limitar, digo, que para que el padre, y la madre gozen de la propiedad, y vsufruto de los hijos que abintestato murieren, que para casarse segunda vez pidan licencia a sus hijos, porque siendo de consentimiento expresso de todos (sin que quede ninguno) sucederàn pleno iure, sin tener necessidad de reseruar propiedad a los demas, sino que en aquellos bienes sucederan, ansi los hijos del primero, como los del segundo, y tercero, quedandoles libre voluntad para mejorar de los dichos bienes a qualquiera dellos, como lo prueba *Cifuent in d. l. 15. Tauri, limit. 1. Didac. Perez, in d. l. 15. Ant. Gabr. in lib. commun. opinion. lib. 3. de secund. nupt. conclus. 1. num. 34. quos sequitur, & refert Azeued. in dict. l. 15. quæ est in l. 4. tit. 1. num. 38. lib. 5. Recop. vbi dicit,*

quòd

quòd in præiudicialibus taceus non habeatur pro consentiente, præsertim data maiorum reuerentia prout patri debita: quis enim filius, præsertim puer, & impubes, patri reclamauit?

Lo segundo se ha de limitar la dicha regla, quando el marido a su muger, ò por el contrario, al tiempo de su muerte se prestaron consentimiento para passar a segundas bodas, *vt ita confirmat idem Cifuentes in dict. l. 15. Anton. Gabr. vbi supra conclus. 3. num. 35. Villalob. in Ærario commun. opinion. lit. B. num. 37.* 120

Lo tercero, y vltimo se limita, quando fueron casados de licencia del Principe, *secundum Boerium decis. 185. numer. 25. Anton. Gab. vbi sup. dict. conclus. 1. num. 45. Anton. Gom. in dict. l. 19. Taur. num. 6.* Por manera que sino es con las limitaciones dichas, o que los hijos dexen, y nombren a los dichos sus padres por sus herederos, tendrã obligacion despues de sus dias a dexar el vsufruto de la propiedad que han gozado de los bienes que han auido abintestato, *vt est tex. in Authent. C. de secund. nuptijs, & ibi Bartol. & commun. DD.* 121

§. Fianças, 16.

Solo resta dar a entender, si la madre, y el padre passando a segundo matrimonio, tienen obligacion a dar fianças, y de que bienes: y para que mejor se entienda, se distingue en la forma siguiente, scilicet, que si la madre quedo por tutora, y curadora de sus hijos, tiene obligaciõ a dar fianças, como los demas tutores, sino es caso que lo es como tutora, ò curadora testamentaria, porque entonces no tiene obligacion a dar las dichas fianças, como assimismo no la tienen los demas tutores testamentarios, *vt in §. 1. inst. de satisdatione, & in l. 4. & 9. tit. 16. p. 6. & ibi Greg. Lop.* pero por el mismo hecho q̃ la muger passa a segundo matrimonio, pierde la tutela, y tiene obligacion a dar cuẽta de la, aũque sea tutora testamentaria, *segun la ley 5. & ibi Greg. Lop. glos. 2. d. tit. 16. p. 6.* lo qual es al contrario en el padre, que aunque passe a segundo, ò tercero matrimonio, no pierde la administracion, y vsufruto q̃ de derecho tiene en los bienes de sus hijos, de que en ningun tiempo tiene obligacion a dar fianças, sino es en los bienes muebles como assi lo dize *Ant. Gom. in l. 14. Taur. nu. 5* ibi: *Si vero sint mobilia, debet fieri eorum æstimatio per arbitros electos à partibus, & præstari satisdatio, vt post mortem coniungis transeun-* 122

tis ad secunda vota restituatur illud pretium, & æstimatio, vel restituantur illa bona mobilia, si non sint deteriorata, vel restituantur cum æstimatione damni, vel deteriorationis, per tex. in l. hac edictali, §. Illud, & §. Mobilium, & ibi glos. ordinaria, & comm. DD. C. de secund. nuptijs, vbi idem Ant. Gomez in matre, & patre loquitur, ibi: Quòd talis mulier, vel maritus transiens ad secunda vota, & ita tenet Azeued. in l. 4. tit. 1 num. 52. lib. 5. Recop.

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 muriò abintestato, porque en estos no tiene obligacion el padre, ni la madre a dar la dicha fiança, assi para los bienes inmuebles, como en los muebles, y semouientes, aunque la madre tendrà obligacion a prestar la dicha fiãça en quanto los bienes muebles, *per tex. in dict. l. hac edictali, § Is illud, C. de secundis nupt. Azeued. vbi supr. num. 49. vsque ad num. 54.*

124 Y es en tanta forma el priuilegio que el Derecho les concede a los dichos padres, que si enagenaren algunos de los bienes que heredaron de los hijos del primer matrimonio, no podràn los demas hermanos repetirlos, ni reiuendicarlos de los terceros posseedores, hasta q̃ el padre, ò la madre muera, porque en el interin ha de gozar el tercero posseedor del vsufruto de los dichos bienes enagenados, aunque si la madre antes de casarse segunda vez enagenare algunos bienes del primer matrimonio, y despues se casasse, podràn los hijos primeros reiuendicar los dichos bienes de qualquier tercero posseedor: y esto se ha de entender, sin que sea necessario hazer excursion en los bienes de la madre por la reseruacion que dellos se les haze, ex legis dispositione, *vt est tex. in authent. de non eligend. secund. nubent. §. Hoc autem, collat. 1. & ibi Bart. & Angel. & communiter Doctores, & ita notat Anton. Gomez*, lo qual no deue proceder en el padre, porque primero, y ante todas cosas se deue hazer excursion en sus bienes; pues no solamente goza dellos, como bienes reseruatiuos, pero tambien como aduenticios, por la generalidad de la ley 24. tit. 13. part. 5.

125 En cuyos bienes aduenticios en caso que esten enagenados en tercero posseedor, le competen al hijo dos acciones, la vna vtil, y la otra directa. Y ansi muchos Doctores dixerõ, que recibiendo el padre los bienes dotales inestimados, y siẽdo enagenados, le compete la directa, que es pedir a los dichos

chos terceros posseedores los dichos bienes, sin ser necessario hazer la dicha excursion; lo qual fuera lo contrario, si los dichos bienes fueran estimados con aquella estimacion, que de derecho hiziera venta, como dicho queda. porque entonces era necessario hazer la dicha excursion por la vtil, y entōces cumpliràn los dichos posseedores la estimacion de los bienes, a que el padre en rigor estaua obligado, *segun Gregor. Lopez in dicta l. 24. glos. 9. per totam, Gutierrez 1. part. de iurament. confirmator. cap. 1. num. 10.* lo qual reprobaron otros muchos Doctores, y dixeron, que sin distincion por la generalidad de la dicha ley 24. se deuia hazer primero excursion en los bienes del padre, como fue *Couarr. lib. 1. variar. resolut. cap. 8. num. 5. Pinel. in l. 1. C. de bon. maternis, 3. part. num. 21. y Iuan Garcia de expens. cap. 13. num. 16. 17. 20.* y esta es la que mas se practica. Y en quanto a los bienes gananciales enagenados, dissuelto el matrimonio, diremos adelante en el §. Dotes n. 149.

Todo lo qual no procederà, si el hijo aceptare el hazienda de su padre enagenante, porque como heredero vniuersal, ha de cumplir la obligacion de su padre, saluo si la dicha enagenacion fue por causa lucratiua, porque entonces no aurà lugar la dicha obligacion, sino es que por la escritura de donacion quedo obligado el padre a la euiccion de la cosa enagenada. Y finalmente sin ninguna distincion no se ha de entēder toda la supra referida dotrina en los bienes de mayorazgo, ò vinculados de fideicomisso, y sujetos a restitucion, *vt hec omnia notat Gomez de Leon centur 75. Azeued. in l. 4. tit. 1. nu. 33. lib. 5. Recop. Matienç. in l. 7. tit. 11. glos. 1. num. 72. lib. 5. nouæ Recop.* 126

§. Entrego. 17

Despues de todo lo qual, dissuelto el matrimonio, se le ha de entregar a la muger, o a sus herederos la dote: conuiene à saber, los bienes raizes luego, y los muebles, y semouientes, dentro de vn año, *vt in l. vnica, §. Exactio, C. de rei vxor. act. & est tex. Regal in l. penult. tit. 11. part. 4.* 127

Y ansi para que todos estos dichos bienes se entreguen luego, serà buena aduertencia, que en la escritura de dote se diga: *Y passados treinta dias, dissuelto el dicho matrimonio, darà, y restituirà el dicho Fulano todos estos dichos bienes dotales, Ant. Gomez in l. 50. num. 46.* 128

De cuyos bienes, aunque el marido los aya de tener el di-

dicho tiempo, no les pertenece los frutos dellos, aora sean muebles, o semouientes, que de su misma naturaleza son frutiferos, entregados sin la estimacion que dicho queda, como lo son los partos de ouejas, cabras, yeguas, y vacas, miel, y cera, y enxambres de colmenas, partos de esclauas, y alquileres de jumentos, y de mulas, y otros animales: porque destos dichos bienes tan solamente le pertenece al marido el vso, y aprouechamiento, y no mas: lo qual assimismo se estiende à los descendientes del marido de aquel matrimonio, y no mas, aunque no sean ascendientes, saluo que en este caso ha de ser la muger alimentada del vsufruto destos dichos 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, *vt hæc omnia notant Anto. Gomez vbi supra numer. 47 cum sequentibus, Iuan. Garcia de expensis, cap. 8. num 30. per totum, per l. diuortio, §. Non solum ff solut. matrim. & est tex. Regalis in l. penult. & vltim. titul. 11. part. 4. & ibi Gregorio Lopez*: adonde dize ansimismo ha lugar esta dilacion del año, aunque el que prometio la dote, sea estraño, y adonde afirma no aurà lugar, en caso que al marido no le ayan entregado la dote prometida, sino es que huuo pacto de dote lucranda, de que por el consiguiente no aurà lugar la dicha dilacion, quando la dicha dote le fue mãdada a la muger por su marido: y al fin dize, que si el marido, ò sus herederos descendientes no quieren gozar de esta dilacion, no pueden ser a ello apremiados, *vt ibi in glos. vn año.*

130 Y para vsar destos dichos bienes es necessario, que primero, y ante todas cosas se de vna fiança de su restitucion, y que vsarà bien dellos a arbitrio de buen varon, saluo si la muger dexare descendientes legitimos, porque entonces, como vsufrutuario dellos, no ay esta obligacion, aduirtiendo assimismo, que si esta dicha fiança no se pudiere dar por causa de pobreza, que tan solamente han de gozar la mitad del dicho año, saluo si pudieren, y no quisieren, porque entonces no se les concede tiempo alguno, segun el practico *Gutierr. 1. lib. cap. 27. num. 7. de iuram. confirmat.* Y si passado el dicho tiempo, los dichos no tuuieren con q̃ pagar la dicha dote, no pueden ser presos, ni conuenidos en mas de lo que pudieren; porque de fuerça se les ha de dexar lo necessario para sus alimentos, aunque ayan renunciado este derecho, cuyos alimentos se les han de dar segun su calidad, y hazienda, y segun su tra-

bajo

bajo siendo oficiales, ò teniendo otro qualquier oficio. Cuyo priuilegio assimismo se estiende al suegro de la muger, padre de su marido: y por el contrario por la dote, y capital prometido, *segũ Angelo in §. Item si de dote, inst. de actionib. & ibi Iason*, aunque se limitarà en caso que la muger quede muy pobre, ò quando los bienes dotales no estauan consumidos, aora fuessen muebles, ò inmuebles, ò semouientes, ò si son los que se trocaron: ò compraron con los dineros, o bienes dotales, por quedar subrogados en su lugar. Y ansi en estos dichos casos se le entregaràn a la muger, ò a sus herederos, y a ello ha de ser apremiado el dicho su marido, excepto en la dicha prision, *vt ita docent sup. citati Doctores in d. §. Item si de dote.* Y al fin viniendo a mejorar fortuna, han de pagar enteramente la dicha dote, dando vna fiança de su restitucion; la qual basta que sea juratoria, *segun Gutierr. vbi sup. nu. 8.* Y ansi en este caso serà el mejor consejo elegir el derecho de la quarta iure debita, de que diremos adelante, haziendole primero cargo al marido, ò a sus herederos de lo que faltare del dicho dote, y ponerlo por cuerpo de bienes como deuda que se le deue a la muger, siendo recibida la dicha dote con aquella estimacion que hizo venta, como arriba queda dicho, porque sino lo fue, y fueron consumidos con el vso, sera lo contrario.

§. Graduacion. 18.

Y aunque es verdad, que el separar, y diuidir los bienes incorporados del patrimonio, y hazienda del testador, y difunto, es vna de las cosas mas felizes, que vn Escriuano, y Contador con el trabajo de su estudio puede adquirir, pero con todo esso serà de poca importancia saber lo necessario, è ignorar lo principal, que es el conocer quales sean legitimamente deudas, y de que forma se deuen pagar, y graduar, dando à cada vno 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 a parte aquella regla vulgar, qui prior est in tẽpore, potior est in iure, y tomando el fundamento de la contraria, scilicet, qui prior est in tempore, posterior sit in iure: y por mejor dezir, el q̃ es posterior en el tiẽpo, ha de ser primero en la paga: y assi se trataran varios casos en limitacion de la primera regla, y en cõprobaciõ de la segũda: pues ay casos en Derecho, q̃ el que es posterior en tiempo, sea pri- 131

 mero

mero en la paga, y esto es por el especial priuilegio concedido por Derecho en deudas priuilegiadas, pues en ellas no se considera la anterioridad, sino la causa de adonde proceden, *vt in l priuilegia, & ibi glos ff de priuileg. creditor.*

§. Funeral. 19.

Primeramente tiene priuilegio de hypoteca, y anterio-
132 ridad el acreedor, por razon de los gastos funerales que se causaren en el entierro, el dia funto 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, a qualesquier deudas, por anteriores, y priuilegiadas, y expressas que sean, *vt 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 deuen 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 vno deue pagar de sus bienes porque si estos gastos se sacaran del cuerpo de bienes, fuera hazer agrauio a qualquiera dellos; pero en caso que no aya bienes multiplicados, se ha de pagar primeramente lo funeral, como queda dicho, *vt in l. si quis post medium §. Idem Labeo ait, versic. De suo enim, ff de relegios. & sumpt fun. & in l. in eum, & in l. Celsus, ff. eodem, & in l. dict. 13 tit. 6 lib 5. Recop. & ibi com. Moderni.*

Y porque en todos casos deue auer limitacion, se deue
134 notar que si el testador dio poder al Comissario para disponer de sus bienes, ò caso que muriò abintestato, no se ha de gastar en lo funeral del entierro el quinto de sus bienes: porque en esto se ha de considerar el hazienda, y herederos legitimos, y forçosos, y condicion, y calidad de la persona; y con esta consideracion se ha de hazer el dicho gasto, *vt ita probat & sentit Cifuentes in l. 38. Taur. Tellus in l. 37. num 1. quos sequitur, & refert Azeued. in l 6. tit. 4 num 29 lib. 5 Recop.*

135 Y en todos los casos que el ascendiente puede dexar el quinto por su alma, ò mandarle a qualquier estraño, segun el Derecho, se ha de entender sin peruizio de la legitima de sus descendientes, porque si los hijos son cinco no serà justo que se gaste el dicho quinto, ni que los demas hijos sean de peor condicion que el estraño, ò gasto funeral; pues si el testador

tie-

tiene cinco mil ducados, y dellos mandò el quinto, que son mil, quedando quatro mil, sera la legitima de los hijos en mucha cantidad menor: y assi siempre se ha de considerar, que el quinto no exceda de lo que a vno de los hijos, y descendientes les puede pertenecer de su legitima. *vt ita tenet Tellus in l. 9. Tauri, num 31 Azeued in l. 1. tit. 8. lib. 5. num. 30. noue Recopilat. & ita colligitur ex doctrina Gregor. Lop. in l. 8. titul. 13. par. 6. glos. 5.*

§. Fisco. 20.

Lo segũdo, tiene priuilegio de anterioridad el Fisco en los contratos onerosos, siendo anteriores, pero no en los lucratiuos, ni en las penas aplicadas por condenacion del delinquente, sino es despues de la sentencia executable, en quanto a la paga por razon del delito que cometiò, pagando primero las deudas expressas que tenia anteriores; porque aunque sean tacitas de hypoteca, como no concurran en igual priuilegio ha de ser pagado primeramente el Fisco, *secundum Bartol. in l. 1. C. de pœn. fiscalib. creditor. lib. 10 idem Bartolus in l. a fertur § Fisco, ff. de iure fisci, & in l. post contractum, ff. de donation. Gregorius Lopez in l. 25. tit. 13. glos. 6 part. 5.* Y en caso de duda siempre se ha de juzgar contra el Fisco, *vt in l. non puto, ff. de iure fisci.* 136

Tambien tiene priuilegio de anterioridad el Fisco por el debito de la administracion, que es el dinero destinado, y señalado para las mas precipuas, y vrgentes necessidades de la guerra, de manera que se prefiere a la dote, por anterior, y expressa que sea, *vt in l. non satis, C. in quib. caus. pig. vel hypot. contrah. & in l. 2. C. de primipil. lib. 12.* 137

De aqui se infiere que la deuda q̃ procede de seruicio Real, como moneda forera, sisa, y millones, siendo impuestas para las mas precipuas, y vrgẽtes guerras, son priuilegiadas a todas, ò a las demas, aunque sean anteriores, y de igual priuilegio, como lo es la dote por expressa que sea, *vt probatur in l. 1. C. si propter pub. pens.* y esto se entiende en la cosa de que procede, *Bolañ. lib. 2. cap. 12. numer. 15. in commercio terrestre.* 138

Y por equipararse en igual priuilegio la deuda del Fisco, y dote, se prefiere la primera en tiempo, y siendo en tiempo iguales, y no constando qual es la primera, se prefiere en duda el dote, *vt hæc omnia probantur in l. 2. C. de priuileg. Fisc. l. dotis, C. de iur. dot. l. in ambiguis ff. de regul. iur.* 139

§. Dotes. 21.

140 Despues de lo susodicho, la muger tiene priuilegio 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 priuilegiada, porque todas las vezes que las arras, y donaciones propter nuptias tienen el mismo priuilegio, y anterioridad que la dote, se ha de entender siendo dadas en aumento della, siendo numerada, y no confessada, y que tenga testimonio, y fe de Escriuano; porque de otra manera no perdiju dicarà a los acreedores hypotecarios, sino es al confessante, ò a sus herederos, ò constando de legitima, y verdadera prueba como mas copiosamente diximos in primo lib. cap. 26. *& in nostro primo casu est tex. in l. Proculus ff. de iur. dotium, & in l. 17. tit. 11. part. 4. ibi Gregor. Lopez gl. 5. 3. & in l. 20. tit. 13. part. 5. & ita intelligit Greg. ibi in verb. Arras.* Y assi se aduierte en practica; que para que las dichas arras, y donaciones propter nuptias sigan el mismo priuilegio que las dichas dotes, se haga relacion en las escrituras de capitulaciones, como el esposo las recibe en aumento de dote, *vt ita colligitur; & probatur ex authent. de qualitate dotis, §. His consequens, colum 8. & ibi glos. & in l. fin. in fin. C. qui potiores in pig. habeantur.* Y desta forma, no solo la muger, pero tambien sus descendientes, y cessionarios, gozaran desse priuilegio; pero no se deue entender esta doctrina en los herederos estraños, porque a estos tan solamente es transmissible la hypoteca tacita, comun, y no priuilegiada, aunque si aura lugar en el remedio subsidiario que la muger tiene para ser preferida en la cosa conocida dotal, *vt ita probatur in l. 33. & ibi Gregor. Lop. glos. 3. tit. 13. par. 5.* adonde en su principio nos dara entender, que las dichas dotes, y deudas fiscales no son mas priuilegiadas, quanto fueren anteriores: porque el priuilegio que tienen, tan solamente se deue entender por razon de la tacita hypoteca; y priuilegio que tienen a las demas deudas anteriores de tacita hypoteca menos priuilegiadas, pero no a las deudas que la tienen expressa, por especial, ò general hypoteca de bienes, *vt ibi probatur.*

141 Y concurriendo dos dotes a los bienes del difunto, se prefiere la primera en tiempo, aunque no sea expressa, ni general, porque basta la tacita hypoteca priuilegiada que tiene,

ne, para que se prefiera a la posterior tacita, ò expressa, aunque concurra con igual priuilegio, sino es en los bienes conocidos dotales, porque en estos sera preferida la muger que los truxo al matrimonio, *vt hæc omnia habentur in l. in reb. C. de iure dotium, & in l. 33. tit. 13. part. 5.*

Y no solo se prefiere la tacita hypoteca priuilegiada anterior a la tacita, ò expressa posterior de igual priuilegio; pero tambien se ha de preferir, aunque tan solamente lo sea tacita, sin el dicho priuilegio, como la posterior expressa, ò tacita no sea priuilegiada: y es la razon, porque la hypoteca tacita priuilegiada posterior, que se prefiere a otra qualquier hypoteca menos priuilegiada, aunque sea anterior, *vt ita colligitur ex l. assiduis, C. qui potior. in pig. habeantur, & ita docet Molin. de iustitia, & iure, 2. tractatu, disputat. 438. column. 1206. litera D. & column. 1207. litera B.* 142

Y porque huuo dificultad desde que tiempo se ha de entender tener la muger tacita hypoteca en los bienes de su marido: porque muchos dixeron que corria este priuilegio desde el dia que se celebraua 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 resuelue breuemente, que esta dicha hypoteca tiene su antelacion desde el dia del entrego, ò por lo menos desde el dia de la expressa hypoteca de los bienes del marido, aunque despues se le entregue, y en el medio tiempo aya contraido el matrimonio otras deudas, porque sin embargo de no auerse entregado la dicha dote, basta que la obligacion, y expressa hypoteca sea anterior, como despues conste de su verdadero entrego, *vt ita colligitur ex l. 1. ff. qui potior. in pig. habeantur, & in l. 33 in fin. tit 13. part. 5. Anton. Gom. in l. 50 Tauri, num. 38. Gutierr. de iuram. confirm. 1. part. cap. 46. num. 10.* y assi se practica en las Audiencias, y Chancillerias Reales. 143

Pero casos ay 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 estos dichos bienes (quando para pagar la dicha primer dote) ha de ser preferida la dicha segunda dote, por ser la hypoteca della tacita, y priuilegiada de prelacion a las de- 144

mas tacitas anteriores, y menos priuilegiadas. 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, o donacion propter nuptias, o bienes parafernales, o ganancias, que es adonde la muger no tiene hypoteca tacita de priuilegio, sino es quando el marido los recibio 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 inuentario de los bienes que quedaron de la primera, obligandose por su persona, y bienes a dar cuenta con pago, y de otro manera procederà la doctrina supra referida, *vt ita colligitur ex l. 14. & 33. par. 5.*

145. Y en todos los casos que concurriendo las dichas dos, ò mas dotes, y auiendo 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 truxo al segundo matrimonio, y de los bienes que quedaren se le han de dar a la dicha segunda muger la mitad, y la otra mitad a los herederos de la primera, para que de alli se hagan pagados de los bienes que su padre les deuia; pues de otra manera fuera hazer agrauio a 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 auiendo bienes para todo, *vt ita notat, & docet Ayora de partition. 1. p. c. 7. num. 2. quem sequitur, & refert Escobar de ratiocinijs, cap. 8. varia rum computationum per totum.*

146. Y no contando con vehementes presunciones, y prueba suficiente en que matrimonio se ganaron los bienes que quedaron disuelto el segundo matrimonio, se han de diuidir entre los hijos, y herederos del primero, y segundo matrimonio, por rata del tiempo que duraron los dichos casamientos, sacadas las dotes primeramente, si las huuo en la forma que queda dicho, *& ita probat idem Escobar vbi sup. cap. 9. n. 4. cum sequentib.*

147. Pero hase de notar, que si constare auer 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 primera dote, y esto procede aunque la segunda sea expressa, y la primera no, porque basta la tacita

cita hypoteca priuilegiada para preferir a la expressa, y posterior menos priuilegiada, como lo es en los bienes gananciales, por no tener derecho la muger en ellos de hypoteca priuilegiada, *vt ita notat Gom. Arias contra Ant. Gomez in l. 53. Tauri, num. 41. & ita videbis per eundem Arias in l. 14 Tauri, num. 4. per Gutierr de iuramento confirmat. 1 par cap. 46 num. 6. 7.* el qual dize assi auer sido determinado en la Chancilleria de Valladolid.

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 priuilegiada, que se prefiere a la menos priuilegiada, como es la que la primer muger tiene en las dichas sus ganancias sin la dicha anterioridad, y priuilegio: lo qual no solo ha lugar, y procede por causa de las dichas dotes, pero tambien por otras qualesquier deudas de qualquier calidad que sean, verbi gratia, supongamos que durante el matrimonio se adquirieron algunos bienes, assi como casas, o heredades: los quales bienes constante el dicho matrimonio, el marido los enagenò, disuelto el dicho matrimonio, la muger, ò sus herederos no hallan bienes suficientes del marido para satisfazerse, y pagarse de aquella dote; la duda es aora, si haziendo primero excursion de los bienes q̃ quedaron por su fin, y muerte del marido, o la muger, podran los herederos della venir contra los terceros posseedores de aquellos bienes gananciales. En el qual articulo se responde con suma breuedad, y digo, que faltando bienes del marido, para satisfacion de la dote, puede, y tiene accion la muger para pedir a los terceros posseedores los bienes ganados constante el dicho su matrimonio enagenados por el marido, haziendo primero excursion en los demas bienes, que por su fin, y muerte quedaron, de cuyos bienes se le han de entregar la mitad que al marido le 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 adquieren de futuro *secundum l. 5. tit. 13. part. 5. & ibi gl. §. 5. & in l. fin ff quæ res oblig. p. §.* Y supuesto que la mitad de ganancias son bienes de futuro, ganados por el marido, tendrà accion la muger a pedir la dicha su dote, ansi por la expressa anterior, como por la tacita posterior, y priuilegiada a qualquier tercero posseedor, que tuuiere, y posseyere los bienes conocidos, que constante aquel ma-

148

trimonio se huuieron ganado; pues los bienes, aora sean los hipotecados al tiempo de la obligacion, aora en los què despues se adquiriere por la general, passan siẽpre con esta carga en qualquier tercero posseedor, *vt ita probatur in l. 18. tit. 13. p. 5.* y en la otra mitad de ganancias q̃ a la muger le pertenecẽ, no tendra accion a pedirlas, por razon de que, como dicho es, no tiene hypoteca de prelacion en ellas, y ansi en quanto a ellas serà preferido otro qualquier acreedor, y posseedor por posterior que sea, en la deuda, y obligaciõ, *vt ita affirmat Ioan. Garc. de expens. cap. 13. num. 21. & 22.* de que se admira auerse determinado lo contrario de la referida doctrina, en que no solamente los terceros posseedores fueron condenados a que diessen, y restituyessen la mitad que le pertenecia al marido, pero tambien lo que le pertenecia a la muger: la qual de derecho no auia lugar por las razones, y causas dichas.

149 Lo qual no procede, ni ha lugar quando el padre dissuelto el matrimonio enagenò los bienes conocidos, ganados constante aquel dicho matrimonio: porque en realidad de verdad los hijos, y herederos de la muger podran muy bien pedir, y traer de la reiuendicacion, sobre los dichos bienes enagenados en tercero posseedor, muerto el padre, ò por la emãcipacion del matrimonio, saltim por la mitad de lo que de derecho les puede pertenecer (no aceptando las ganancias, y hazienda de su padre) y sobre todo se ha de hazer 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 que satisfazer su valor, por quedar como quedaron reseruados a los dichos herederos, como los demas bienes aduenticios, y dotales, *vt ita colligitur ex doctrina Azeu. in l. 6 tit. 9 lib. 5. Recopil. glos. de los bienes multiplicados, Azeu. in l. 14. Tauri, glos. 3. numer. 1. Ioan. Garc. de expens. dict. cap. 13. num. 20* a donde dize puede el padre hazer esta dicha enagenacion contra la voluntad de los hijos ex testamento, assi como mandarlas, y legarlas, aunque en quanto a la muger, id est, contra su voluntad, no aurà lugar en su mitad, vt ibi: y esto no se deue entender en la enagenacion, aunque sea contra la voluntad de la muger, *vt ita tenet Anton. Gom. in l. 50. Taur. num. 73. & 740. vide Azeued in l. 5. tit 9. num. 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 mu-

muger no deue ser mas priuilegiada, sino es en quanto fuere anterior, por cuya causa, y razon parece no se le atribuyen otros priuilegios algunos, sera fuerça traer a la memoria los que no es justo se escurezcan, demas de los que en diferentes partes deste tratado se han referido, y notado: y assi lo primero le compete a la muger retencion en los bienes de su marido hasta que se le haga pago de los bienes dotales, saluo si los herederos del marido lo contradixeren por causas justas, *vt in l. dotis actionem, ff. solut. matrim. Gregor. Lop. in l. 9. glos. 4. titul. 2. par. 5. Rojas in epitome de successione, cap. 33. num. 12.* Y esta contradicion se entendera, assi como no entregarle la dicha su dote hasta passado el año, segun, y que dicho queda en el §. Entrego, y por el consiguiente en todos los casos que les pertenece possession a los herederos del testador, contradiziendolo la muger por razon de su dote, y arras, siendo traido al matrimonio inestimado, se les deue denegar la dicha possession hasta que cada vno enseñe de su derecho, *vt probat Villadieg. in sua Politica, cap. 8 fol. 198. vers. Como tampoco, Autor Curiæ Philippicæ, 2. p. §. 27. num. 8.*

Lo segundo, que a la muger no se le deue denegar el dote desde el dia que de derecho se le deue entregar, alias, que el marido, ò sus herederos se sujetaràn a pagar los intereses licitos a razon de a veinte mil el millar, *vt hodie, & in iure commun. probatur in l. in insulã, §. Vsuras, & ibi Bart. ff. soluto matrimonio, & in l. diuortio eodem titulo, vbi Paul. de Castr. & in l. 2. §. fin ff de eo quod certo loco, Palac. Rub. in repetitione, c. per vestras, de donat. inter virum, & vxorem in 6. notabile, num. 8. vbi hanc affirmat esse communem.* 151

Y en caso que a la muger se le aya seguido algunos gastos para alcançar la dote, se le deuen assimismo restituir, especialmente quando a la muger no se le sigue otro alguno interes de la dicha su dote, *vt ita singularite affirmat Alber. in l. vbi adhuc in fin. C. de ordine cognitionum, pro qua conclusione est tex. in l. si instituta, ff. de inofficioso testament. & in capite ex parte, & in cap. olim, de accusationib. Castill. in l. 81. Taur. in fin. Palac. Rub. vbi sup. 1. par. §. 39.* 152

Y no solamente tiene priuilegio de antelacion la muger, por razon de su dote, y bienes conocidos, pero tambien en los bienes que se probare auerse comprado con su dinero, siendo de su consentimiento, *quamuis à principio nihil fuerit conuentum, vt in l. si ex pecunia, & in l. si inter virum, C. de iure do-* 153

tium

tium, & in l. vxor. vero. ff. de donationib. inter virum & vxorem: y si la muger no consintio en la dicha venta, es necessario hazer primero excursion en los bienes del dicho su marido, *vt ita notat Bald. in dict. l. ex pecunia, C. de iur. dot.*

154 Cuya doctrina assi mismo se deue entender en la cosa raiz 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 priuilegios, prerrogatiuas, y efetos *vt est tex. in l. si donante, §. Si sponsus ff. de donationib. inter virum, & vxor. & cum la. sine tradit per ipsum tex. Tira. q. de vtroq; retract. titul. 1. §. 32 glos. vnic. numer. 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 iur. dot. & in l. si mulier 21. ff. de pact. dotal. & in terminis tenet Matt. de Afflict. decis. Neap. 336. num. 3.*

155 Todo lo qual que dicho es, procede assimismo en el Fisco Rèal, Republica, y comunidad, Iglesia, y soldado ocupado en seruicio de su Magestad. Y assimismo en el menor de 25. años, en el furioso, y prodigo q̃ por su incapacidad se les diere curador à sus bienes, *vt hæc omnia probantur in l. 40. titul. 5. p. 5. & ibi Greg. Lop. & in l. 25. glos. 1. & in l. 30 glos. 2. & 4. in fin. d. tit. 13. p. 5. & in l. 49 tit. 13. p. 5.* cuya doctrina es tan fauorable, en particular en el pupilo, q̃ dize Molina, que aunq̃ la cosa que se compro con su dinero estuuiesse antes de su vẽta a otro acreedor hypotecada, ha de ser en ella preferido por priuilegiado que sea el primer acreedor, sino es que concurre con su igual, como la dote, Fisco, Iglesia: lo qual extiende Gregorio Lopez en el mayor de 14. años, y menor de 25 huerfano de padre, *vt idem Molin sequitur, & refert in secund. tract. de iust. & iur. disput. 536. num. 8. per legem, idemque, ff. qui potior. in pig. habeantur, & per l. pen. C. de reseru. pig. dato, & per l. 25. & l. 30 tit. 1. par. 5. vbi idem Greg. Lop.*

156 Pero deuese aduertir, que en estos dichos casos no se tiene la dicha prelacion en el precio de la cosa que se trocò con la primera dotal, ò con el dinero de la cosa dotal comprada, *vt est tex in l. quamuis, §. fin. & in l. si quis vxorem, §. Titius, ff. de furtis.*

§. Salarios. 22.

157 Assimismo procede la regla supra referida, con la misma distincion, y anterioridad, en los salarios del criado, li-

qui-

quedandose desde el dia de la assiento, que conste por escritura, o memorial del libro de cuentas del señor, y desde entonces tiene su antelacion, y priuilegio: lo qual tan solamente se le concede de equidad, y derecho diuino, *vt constat ex Leuitico cap. 9 101: Non morabitur opus mercenarij tui apud te vsque mane, vt ita refert Rodrig. Amat. in tractatu de executionibus, cap. 1. art. 3. nu. 24. Flores de Mena in suis quæstionibus, lib. 1. quæst. 8. §. 2. num. 50.*

Y notese, que passados tres años continuos desde el dia que dexo de seruir el criado, no se le deuen 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. nu. 2. & etiam probat Rebuf. in 2. tom. tit. de famul. sal. glos. 15.* por manera que esta excepcion es transmissible a los herederos del señor, y no tendran obligaciõ a pagar, y satisfazer los dichos salarios en los dichos casos, saluo si se probare auer confessado el testador en vida deuerlos, o los aya mandado pagar, *per ea quæ tradit Meneses in l. si quas actiones, numer. 43. & 44. C. de seruitutib. & aqua, & per ea quæ tradit Azeued. in l. 6. titul. 15. lib. 4. nouæ Recop. gl. sexta.* aunque si se consideran las reglas canonicas, no procede, ni ha lugar la dicha l. 9 pues de ninguna manera ha de proceder con mala fe, y assi no se deue alegar prescripcion, diziendo que ya fueron passados los tres años, sino responder que ya se le auran pagado, de que se puede presumir por el lapso del tiempo, *vt ita notat Villadiego forma de libelar, folio 220. numer. 58.* adonde dize, que por la nueua pragmatica del Rey don Felipe Tercero, año de 1616 se manda que qualquiera que pidiere los salarios de su seruicio, no se le paguen sino mostrare escritura de concierto hecha con su señor aquien huuiere seruido, o que estè assentado por tal criado con salario señalado en el libro donde estuuieren los demas criados de aquella casa; adonde declara, que no se entienda esto con los criados que continuamente habitan en las casas do siruen, ni con los criados de mercaderes oficiales, y labradores, quedando en quanto a ellos en su fuerça la dicha ley 9. 158

Y no solo se deue este dicho salario a los criados estraños, pero tambien se le deuen al hijo, o hija de los bienes de sus padres, especialmente quando de su seruicio escusò a los dichos sus padres de vn criado, o criada porque a su falta hazia todo aquello que era necessario en sus bienes, y hazienda, assi 159

co-

como arar, cauar, y cultiuar las heredades de los dichos sus padres, *vt ita notat, & docet Azeu. in l. 9. tit. 1. lib. 5. Recop. num. 12. 13. & in l. 3. tit. 8. num. 23 usque ad fin.* aunque muchos Autores tuuieron lo contrario, en que al hijo, o hija no se le deuian salarios, fundandose en la ley fin. tit. 7. y ley 13. titul. 20. part. 2. cuyas leyes entendio el mismo Azeuedo con otros muchos, se han de entender en los seruicios obsequiales, y no en los demas que los hijos no tienen obligacion hazer, *vt ita etiam notat Escob. de ratiocin. c. 27. nu. 57.* Pero en caso que alguno de los dichos sus hijos fuesse mejorado en tercio, y quinto por alguno de sus padres, no aurà accion para pedir los dichos salarios, por presumirse auerle mejorado en remuneracion de los seruicios, saluo si los dichos sus padres tenian obligacion de derecho, y justicia, por obligacion, y escritura que al principio tenian hecha, de dar los dichos salarios, porque entonces como deuda se sacarà de toda la hazienda, y no se computarà en el dicho tercio, ò quinto de mejora: y porque en realidad de verdad no ha lugar compensacion, sino se expressa, ò cõjetura, los legados con las deudas voluntarias, como adelante se dirà en el § compensacion, *& vide Ant. Gom. in l. 29. Tauri, nu. 23. Couar. in cap. cum in officijs, de testament. numer. 11. Bartol. in l. frat. de condit. indebit. & in tractatu de duob. fratr. & in l. 1. §. Castrense, ff. de collatio. bon. Nauarr. in Man. cap. 17. numer. 144. à quib. dissentit Molin. de iustit & iur. 2. tractat. disput. 244. & Azeu. in l. 1. titul. 6. num. 43. est pro prima opinione in lib. 5. Recop.* Mas se aduierte, que todo el salario que el hijo familias huuiere ganado fuera de su casa, aunque el padre deue gozar de su vsufruto, mientras el hijo fuere emancipado; pero con todo esso se reputa por bienes aduenticios, y se le deuen entregar al tiempo que los demas, *vt ita practicatur secundum Flores de Mena in pract. quæst. lib. 1. cap. 8. §. 1. num. 37. & est tex. in l. 5. tit. 17 par. 4.*

§. Iglesia. 23.

Tiene tambien priuilegio de antelacion la Iglesia por
260 los diezmos, y primicias, y demas oblaciones, y es preferida a otras qualesquier deudas, por anteriores, y expressas que sean, como sea en la misma cosa, y no en los demas bienes: el qual priuilegio no se estiẽde al arrendador de los dichos diezmos, auiendo concurso de acreedores para sus bienes, sino

es

es estando viua, y permaneciente la misma cosa, *& ita notat Joan. Garc. de expens. c. 1. n. 18. Giron. de gabel. 4 p. §. 1. n. 8. 9.*

Y en quanto a los demas bienes del deudor, tiene assimismo la Iglesia priuilegio de antelacion a qualquier acreedor, y concurre con la dote, y Fisco, saluo siendo los demas particulares anteriores, con expressa, o general hipoteca, aunque en los bienes conocidos, aora sean de dote, Iglesia, o Fisco, seràn preferidos a otros qualesquier acreedores por anteriores, y priuilegiados que sean, con expressa, y general hipoteca, como diximos en las dotes, *vt ita notat Tiraquel. in tract. de priuil. priuil. 140. cum tribus seqq.* 163

§. Menores. 24.

Y aunque los menores tienen tacita hypoteca en los bienes de sus deudores, no la tienen priuilegiada, sino es en las cosas señaladas suyas, y que no estuuieren destruidas, aunque en quanto a las deudas personales, son preferidos a las demas, por anteriores que sean, como no lo sean de mayor, ò igual priuilegio, secundum *Molin. de iust. & iur. 2. tract. disput. 536 numer. 5.* y en los demas priuilegios de que gozan los dichos menores; vease el §. dotes supr. nu. 155. & 156. 162

§. Refacion. 25.

Demas de todo lo susodicho, tiene priuilegio de hypoteca el acreedor que prestò su dinero para el efeto de reparar alguna naue, o casa, ò para pagar su alquiler, ò para pagar la renta, y alquiler de algun almacen, o para el efeto de sustentar ganados, ò para otro qualquier beneficio suyo, siendo propiamente para el dicho efeto, y siendo necessario, y vtil, por cuya causa serà preferido a todos, y qualesquier acreedores, en quanto a la misma cosa donde se gastò: y aunque para lo susodicho no se hypoteque, saluo si los demas acreedores anteriores, son dote, o Fisco, *vt ita probatur in l. 26. in fin. & in l. 28. & 29. tit. 13 par. 5. & ibi Greg. Lop.* 163

De aqui se infiere, que el acreedor que prestò su dinero para comprar alguna casa, o otra qualquier cosa; la qual a su paga fue especialmente hypotecada, sera preferido este dicho acreedor a otros anteriores, aunque sean dote, y Fisco: y esto se entiende en quanto a la misma cosa hypoteca- 164

da,

da, *vt in l.30.tit.13.par.5.& ibi Gregor. Lopez gl.5.4.* de que assimismo hizimos mencion en el primer lib.cap.3.nu.12.

165 Siguese mas, que el que presto su dinero, para que otro comprasse algun oficio, assi como de Regidor, Iurado, Ventiquatro, o Escriuano, ò Procurador, no solo serà preferido este dicho acreedor en el dicho oficio, a los acreedores anteriores, pero tambien al Fisco, y dote, y a otro qualquiera, por anterior, y priuilegiado que sea, saluo por los gastos de entierro, y funeral, porque estos sin distincion alguna deuen ser preferidos a todos, y qualesquier acreedores, como dicho queda.

166 Y porque demos fin a esta regla, se notaràn assimismo en consequencia della otros casos no menos dignos de tener en la memoria.

167 Y assi se aduierte, 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 ha de entender en los bienes adquiridos hasta el dia que se contraxo la deuda del Fisco, dote, ò Iglesia, pero en los demas bienes adquiridos despues, han de ser preferidos a todas las demas deudas, por anteriores que sean, no siendo de igual priuilegio, *vt ita affirmat Cinus, Bald. & Salicet. in l. assiduis, C. qui potior. in pig. hab. & in l.33. & ibi Gregor. Lop. glos.4.*

168 Infierese mas de lo dicho que si vn deudor en diferentes tiẽpos huuiesse contraido muchas deudas, con obligaciõ de sus bienes, y despues de la vltima deuda, y obligacion, el dicho deudor adquiriesse otros bienes, serà preferido el dicho posterior acreedor, en quanto ala mitad de aquellos bienes, nueuamente adquiridos, y ganados, sino es en caso, como dicho queda, q̃ los acreedores anteriores, son Fisco, deuda de dote, ò Iglesia, porque estos por el priuilegio que tienen, deuen, y han de ser preferidos en qualquier manera, sin la dicha distincion, *vt probatur in l. si is qui, ff. de iur. fisc.* Todo lo qual procede en el vno, y otro caso, sino es probando el primer acreedor, que los dichos bienes fueron ganados antes de la posterior obligacion, por la presuncion, que siempre se ha de tener, de que los bienes del deudor fueron adquiridos despues de su obligacion, *vt docet Couarrubias libr.1. variar. resolution. cap.16. numer.5. Gregor. Lop. in l.33. titul.13. part.5. glos.3.*

An-

Ansimismo se considera en la dicha regla, que el señor del censo es preferido a qualquier, por priuilegiado y expressa hyporeca que tenga: lo qual se ha de entender, siendo la cosa hyporecada del señor del dicho censo, porque si es del que vendio el dicho censo, lo contrario se ha de dezir, porque estas tan solamente han de ser priuilegiadas por su anterioridad, *vt in l. generaliter C. qui potiores in pig. hab. Foller. de censib. §. Tanquam, numer. 58 fol. 159. Beneficius de censibus, articul. 67. fol. 172. tom. 6. tract. nouissimorum, par. 2.* 169

Y aunque es verdad, que el que tiene instrumento publico, 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 priuilegiado, porque estas deudas probandose por qualquier genero de entrego, y paga, tienen su antelacion desde el dia del dicho entrego, por ser deudas priuilegiadas *vt docent commun. DD. in l. 1 ff. solut. matrim. Peguera decis. crim. 48. à nu. 1. Bolañ in commercio terrestre, lib. 2. cap. 2 num. 38.* 170

Y hase de notar en esta dicha regla, que el acreedor que vendio la cosa al fiado con especial hyporeca della, sera preferido el dicho acreedor en la misma cosa, por anterior, y priuilegiada que sea, aunque sea a la dote, Fisco, e Iglesia, *vt ita notat Couar. lib. 1. var. resolut. cap. 7. nu. 5. Gomez de Leon in cetur. i format. cap 61. Zeuall. commun. contra commun. quest. 744. numer. 3 Gutier practicar. quest lib. 3. q. 98 numer 6. 7. Balb. in l. sicum dotem §. fin. à num. 31 ff. solut. matrim.* Y de no estar hyporecada especialmente, como dicho es, no serà preferido en la misma cosa a otro primer acreedor, sino es en caso, que al deudor no se le transfirio el dominio de la tradicion, y possession, *vt in l. 46. tit. 28. part. 3. & ibi glos. 3 Matienç. in l. 7. glos. 5 num. 9 tit. 10. lib. 5. Recopil.* 171

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 fe de Escriuano, serà preferido este dicho acreedor a otro qualquiera, por anterior que sea, que tan solamente consta su entrego por confession del deudor, sin testimonio, y fe de Escriuano, *vt ita notat Greg. Lop in l. 27. glos. 1. ad fin. titul. 13. part. 5. Tiraquell. de vtroq retractu, tit. 1. §. 1. glos. 18 nu. 82. Gutier de iuram. confirmat. 3. p. cap. 15. nu. 21. Solis de censib. cap. 5. num. 23* Pero en este caso ya oy se practica lo contrario, como assimismo lo de- 172

declara *Matienç. in l. 7. glos. 1. numer. 11. titul. 16. lib. 5. Nouæ Recopilat.*

173 Procede la dicha regla de anterioridad en el acreedor que tiene cedula con especial hypoteca de la deuda, firmada del mismo deudor, ò otro por èl, firmada assimismo de tres testigos, siendo anterior en tiempo, y reconocida de la misma parte: lo qual es al contrario en las demas cedulas que les falta esta solemnidad, porque tan solamente tienen su anterioridad desde el dia que son en juizio reconocidas, *vt ita probatur in l. si scripturas, C. qui potior. in pig. hab. & in l. 31. titul. 13. p. 5. & ibi Greg. Lop. glos. 4. n. 7. Azeu. in l. 5. tit. 21. n. 23. lib. 4. Nouæ Recopil.* Y en este caso basta que los testigos depongan de la verdad del caso, como del debito, è hypoteca: y para probar esta verdad, son suficientes dos testigos, aunque no ayã firmado la dicha cedula, por tener fuerça de instrumento publico, y assi ha de ser preferido el acreedor desta deuda, a otro que sea posterior, y tenga instrumento publico de su deuda, *vt notat Bartol. & Ang. in dict. l. scripturas, & per l. in exercendis, Cod. de fide instrum. Grego. Lop. in dict. l. 13. glos. 2. & 5. Bald. & Fulgos. in dict. l. escrituras, Vincen. de Franc. decis. 95. n. 6. 7.*

Y en quanto a la segunda regla, se guardarà el antigue-
174 dad del instrumento, segun la regla vulgar, *qui prior est in tempore potior est in iur. l. qui prior, ff. de reg. iur.*

En cuya consequencia se aduierte, que aunque la cosa es-
175 pecial, o generalmente hypotecada, y obligada estè enagenada en tercero posseedor, o acreedor se podra repetir, haziendo primero excursion, assi en los bienes del principal deudor, como de su fiador, sino es que la cosa enagenada estuuiesse especialmente hypotecada, con clausula de no poder ser vendida, y enagenada, ò con clausula constituti, *vt supra in c. 4. diximus in 1. lib. & probatur in l. prior vlt. ff. qui potior. in pig. habeantur.*

176 Y esto procede, aunque esta enagenacion sea por causa de dote, saluo sino estuuiesse especialmente hypotecada, porque entonces ignorando el marido, y esposo, que su suegro, ò la persona que le prometio, ò entregò la dicha dote, no tenia otros acreedores, ò ya que los tenia, tenia bienes suficientes para pagarlos, no se le podràn repetir mientras viuiere èl, y sus hijos, y descencientes. Y tornando a la muger, podrà ser repetida, y es la razon, que de su parte se considera causa lu-

cra-

cratiua, y de parte del marido, causa onerosa, de que fuera cierto no se casara, si entendiera que recibia a su muger indotada, *vt ita probatur in l fin. §. à socero & ibi Bart. & commun. DD ff. quæ in fraudem creditorum, & in l. 2. C. eod. & ibi glos. & Paul. de Castr. & Bald.*

Y si fue dinero lo que assi se enagenò, y que se consumio con el vso, no se podra repetir, siendo consumido con buena fe, *vt in l. pupillus, vers. Si verò, ff de his quæ in fraud. cred. & ibi Bartol. & commun. DD.* saluo si los acreedores fueren Fisco, ò muger por su dote, que en tal caso lo podran repetir, aunque este consumido sin hazer excursion en los bienes de su deudor, *vt ita docent Doctores in l. pecunia, C. de priuil. Fisc. Couarr. practicar. quæst. cap. 29.* 177

Y en caso q̃ el dinero no esté consumido, se podrà repetir haziendo primero excursion en los bienes del principal deudor, y sus fiadores, *vt in auth. hoc est debitor, C. de pig & ibi DD.* 178
Y concurriendo muchas deudas, vnas con especial hypoteca, y otras con general obligacion de bienes, ha de ser primeramente pagado en los bienes especialmente hypotecados, que en los generales por la presuncion que se tiene, de que son quantiosos para aquella paga, cuya excepcion se puede oponer por los demas acreedores, pero no por algun estraño que no lo sea, sino es tercero posseedor de la cosa generalmente hypotecada, que entonces teniendo el dicho tercero posseedor escritura de la dicha cosa enagenada, en que a la seguridad de la venta el vendedor hypoteco sus bienes, que entonces muy bien podra, como dicho es, oponer la dicha excepcion de la excursion, en los bienes especialmente hypotecados del dicho deudor, *vt hæc omnia probantur in l. 2. C. de pignorib. quam post Couarru. lib. 3. variar. resolut. capite 18. numer. 3. eleganter explicat Molin. de primogen. cap. 7. numer. 21. cum alijs seqq.* Y teniendo las dichas escrituras de deudas, la clausula referida de non alienando, cessarà todo lo dicho, y se podrà executar en qualesquier bienes generalmẽte hypotecados, saluo si estuuieren en tercero posseedor, porque entonces se ha de hazer excursion en los demas bienes del deudor, sino es que tambien los dichos bienes enagenados tienen prohibicion de no poder ser vendidos, *vt supra dictum est.*

Y en los casos que ha lugar el repetir el primer acreedor la pecunia al posterior, ha de ser dentro de tres años de 179

la ciencia del dicho primer acreedor, porque si son passados, aunque no esten consumidos, teniendolos con buena fe, el segundo, ò tercero acreedor, no aurà lugar el repetirle los, ex l. 1. & quasi per totum, ff. de vsucap. & in ley penul. C. de euict.

§. Deudas personales 26.

180 Demas de todo lo susodicho se considera, que las deudas personales, adonde no ay general, o especial hypoteca de bienes, aora conste por instrumento publico particular, o por confession del deudor, y aunque conste de entrego de la cosa de que procede, ò numeracion della, siendo embestido, y aunque sean mas antiguas, no tienen prelacion, ni anterioridad vnas mas que otras, en los bienes del deudor, por ser de vna naturaleza, sino que han de ser pagadas pro rata dellas, como iguales en derecho, saluo la deuda que primeramente se pidio en juizio, que desde aquel dia tiene anterioridad a las demas de su calidad, vt ita notatur in l. iudicati actione, ff. de re iudicat. & ibi glos. & communiter Doctores, & in l. 11. tit. 14. part. 5. & ibi Gregor. Lopez idem Gregor. in l 79. titul. 15. part. 4.

181 Y pagando el deudor a su acreedor de su libre, y espontanea voluntad, sabiendo que no le quedauan bienes para pagar a los demas pro rata como dicho es, pecarà mortalmente, no solo el deudor, pero tambien el acreedor que supiesse que tenia otros acreedores, y no le quedauan bienes suficientes para pagar a los demas, y tiene obligacion a restituir lo que recibio para la dicha paga prorata, vt ita docet Flores de Mena variar. quæst. 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 publico, teniendo hypoteca en los bienes del deudor, siendo reconocido judicialmente por el dicho deudor, se prefiere no solo a las dichas deudas personales, pero tambien a las Reales con expressa, y especial hypoteca, y posteriores despues del dicho reconocimiento, vt in l. 19 tit. 18. p. 3 & in l. 5. & 6. titul. 21. lib. 4. Rec. & ibi Azeue.

§. Luto. 27.

183 Despues de ser pagadas todas estas dichas deudas, se le ha

ha de entregar a la muger, demas de su dote, y arras, y ganancias, y bienes parafernales, el luto que de derecho le pertenece, y se le han de dar segun la calidad del difunto, y siendo costumbre porque de otra manera no se le darà, *vt ita docet Palac. Rub. in rubric. de donationib. inter virum, & vxor. §. 12. numer. 6. Afflict. decis. 315. Couar. in 4. p. 2. cap. 3. §. 9. numer. 10. Ioan. Garc. de expens. cap. 8. num. 29 vsque ad 40.* Y en este caso basta le a la muger alegar que se le deue el dicho luto, sin que tenga obligacion a probarlo: porque esta dicha prueba les incumbe a los herederos del marido, *vt ita docet Azeue. in ley 13. titu. 6. num. 6. lib. 5. Recopil. contra Ioan. Garc. vbi sup.*

El qual luto no se deue contar en el funeral del entierro, quando ay deudas, y assi no se deue sacar de todo el cuerpo sino es del quinto: y en conclusion se han de preferir qualesquier deudas a este dicho luto, *vt ita docet Azeu. in dict. l. 13. num 6. col 3 post medium.* 184

Y aunque es verdad que este luto se ha de entregar a los herederos del marido, aora sean descendientes, ascendientes, o 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 deue boluer, por ser visto darse, y concederse para el vso cotidiano, *vt ita tenet Azeu. vbi supr. num. 7. cum Lara in l. si quis à liber. §. Si quis ex his, num. 127. ff. de lib. agnoscend.* Y para dezirse precioso, ò vil el dicho luto, se ha de considerar la calidad, y hazienda del difunto y en caso que este dicho luto se aya de entregar a los dichos herederos en la forma dicha, ha de ser a los que fueren mejorados en el quinto, y sino huuo mejora, o manda del quinto, se partirà por iguales partes entre los dichos herederos, *vt ita notat etiam idem Azeu. vbi sup. nu. 8. & 9.* Demas de lo qual se ha de notar, que todo lo dicho aurà lugar, saluo no constando lo cõtrario de la voluntad del testador. 185

Mas se aduierte, que este dicho luto no se concede al marido, como a la muger, porque tan solamente en ella se juzga tristeza, que es la principal causa porque se le entrega: la qual no se considera en el marido, en el qual no se castigan la deshonestidad, ni la apresuracion de casarse segunda vez dentro del año. Y ansi en caso que aya costumbre de que al dicho se le cõceda, no le deue restituir, aunque se case dentro del año, como la muger, *per ea quæ tradit Tell. Fernan. in l. 6 Taur. num 27. & iterum in l. 15. num. 1.* 186

§. Lecho cotidiano. 28.

187 Y no solamente le pertenece a la muger el dicho luto en la forma dicha: pero tambien el lecho cotidiano, auiendocostumbre en el lugar, y probando estar en el vso la ley 6. titul. 6. lib 3. Fori, *& ita notat Gutie. lib. 2. pract. quæst. quæst. 95. num. 21. in fin. Quesada lib. 2. quæst. cap. 18. col. fin.* El qual ansimismo se le concede al marido, *vt in dicta l. 6. Fori.*

188 Y casandose el marido, ò la muger segunda vez, aora sea dentro, ò despues del año de la triteza han de traerla a particion con los herederos del difunto, aunque sean estraños, y se les ha de reseruar la propiedad, *vt in l. 6. Fori, & secundum ea quæ tradit Azeued. in l. 3. numer. 8. titul. 1. libr. 5. Recopilat.* Y lo mismo es, quando la muger en el estado de la viudez viuio deshonestamente, y en este caso no deue gozar del vso, y aprouechamiento de los dichos bienes, *secundum Auil. in proœm. cap. præt. numer. 37. cum alijs, quem sequitur, & refert Azeuel. in l. 6. tit. 4. numer. 35. Noua Recopil.* aduirtiendo que esta dicha cama no se ha de dar con la madera, y colgadura sino es repugnando la costumbre, porque en estos casos en todo se ha de guardar, considerandose ansimismo la calidad de las personas, y cantidad de hazienda, y dote de la muger, *vt notat Gutier. lib. 1. pract. quæst. 95. numer. fin. Quesada libr. 1. qq. c. 18. num. col. fin.* el qual lecho, y cama cotidiana no se deue, sino es que ay bienes gananciales de aquel matrimonio: y esto es lo que mas se pratica en la mayor parte deste Reyno, *& ita notat Aluar. de coniect. lib. 4. cap. 2. num. 39.* aunque Gutierrez dize, que en quanto a esto se ha de estar a la costumbre de aquel lugar, porque en muchas partes se deue, aunque no aya bienes gananciales, *vt ita affirmat vbi supra numer. 15.* Y en caso que en el primer presupuesto se deua la dicha cama, por auer las dichas ganancias, se entenderà tan solamente la mitad porque la otra son ganancias que de derecho al superstite le pertenecen. Y en el segundo caso siendo costumbre, como dicho es, se ha de restituir enteramente a los herederos del difunto, aunque sean estraños conforme a la ley del fuero, aunque la dicha ley se ha de entender, *segun la decision de la ley 15. de Toro:* id est, que el superstite ha de gozar hasta que muera del vso, y aprouechamiento de la dicha cama, vse ha de reseruar ella, o su estimacion para sus hijos, o herederos, *vt ita affirmat Castillo in l. 15. Tauri*

in

in principio, vers. Potest etiam. Finalmente digo, que en esta dicha cama seràn preferidos los acreedores anteriores del marido, siendo suya, ò ganada constante el matrimonio, y no auiendo suficientes bienes, con la distincion que dize *Gutierrez vbi sup. quæst. 94. numer. 1. & vide etiam Ayora de partit. 1. par cap. 3. numer. 4.* Y lo mismo se ha de entender en quanto a la muger; y para esto vease ansimismo la distincion que hizimos en este capitulo, en el §. dotes, numero 147.

§. Quarta del superstite. 29.

Despues de todo lo supra dicho, dissuelto el matrimonio por qualquiera de los dichos marido, y muger, le pertenece al superstite la quarta parte de los bienes del difunto, siendo tan pobre, que segun la calidad, y hazienda de su persona, no se pueda sustentar, porque esta es deuda forçosa que se le deue desde que se contrae el matrimonio, demas del quinto de que el difunto puede disponer, como todo no exceda de la legitima que a cada vno de los hijos, y decendiẽtes les puede pertenecer, *vt in l. 7 titul. 13. par. 6. & ibi Gregorio Lopez, & notat Leon cẽtur. 8. Tell Fernandez in ley 9. Tauri, num. 31.* Y esto se ha de entender, no dexando el vno al otro algun legado tan suficiente, que sea bastante para alimentarse, y ansi 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, *vt in d. l. 7. & ibi Gregor. Lop. glos. 5.* 190

Y aunque qualquiera de los dichos marido, y muger pueda con su trabajo sustentarse, se le deue ansimismo 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, *vt ita docet Greg. Lop. vbi sup. glos. 6 cum alijs.* 191

Tambien procede, y se estiende la dicha doctrina, aunque el superstite tenga ascendientes, y descendientes, que segun el Derecho natural tengan obligacion a sustentarle, *vt ibi Gregor.* 192

El qual derecho ipso iure le pierde la muger, si en el estado de la viudez viue deshonestamente, segun, y como dizimos en el lecho cotidiano. 193

Y por el consiguiente casandose segunda vez qualquiera 194

ra de los dichos marido, y muger, aora sea dentro, o despues del año, perderan este derecho en quanto a la propiedad, no mas, y ha de quedar reseruada a los decendiẽtes, y no estraños, *Molin. de iust. & iure, 2. tract. disp. 164. n. 19. & in auth. de exhibend. reis, §. Quoniam vero, & in auth. vt liceat matri, & auiæ, §. Quia verò, Azeue. in l. 4. tit. 1. num. 17. lib. 5. Recopilat.*

195 Y dize la ley 7. citada, que esta dicha parte no ha de exceder de cien libras de oro, que cada vna dellas haze sesenta y dos sueldos, o castellanos, o marauedis de oro; de forma, que estas cien libras de oro, siete mil y do ientos castellanos, que cada vno haze, y vale quinientos marauedis de nuestros tiempos, segun diximos en el cap 21. del primer libro, num. 8. aunque Escobar dixo que tan solamente valian quatrocientos y ochenta y cinco marauedis. Y Azeuedo dixo, que por la *ley 2. titul. 10. libr. 8. Recop.* fue declarado lo que cada vno auia de valer, segun que assimismo diximos en el dicho capitulo 8.

196 Y para conclusion deste §. digo, que quedando el padre por vsufrutuario de sus hijos, cessara este derecho, pues con el dicho vsufruto cessa la necessidad, que es el principal fundamento, porque esta dicha quarta se concede ad superstite, *vt ita tenet Greg. Lop. vbi supr. num. 4.*

§. Compensacion. 30.

197 Y no es menos dificultoso en esta materia de particiones, el entender quando aurà, o 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 efeto de sustentarse el superstite por causa de necessidad, aura lugar compensacion, sin distincion de especie ò cantidad, como adelante diremos en las demas deudas que se le deuen al dicho superstite, ex legis dispositione, *vt ita notat Couarrub. in capite officij, de testament. numer. 2. Azeued. in l. 7. titul. 9. libr. 5. Recopilat.* y assi se prueba de la dicha ley 7. de Partida, ibi: *E por esta razon tuuieron por bien los Sabios antiguos, que si el marido no dexasse a tal muger en que pudiesse bien, è honestamente viuir, ni ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dèl*: y esto se entiende en los bienes della, como queda dicho, y aunque sea contra su voluntad, *vt ibi Gregor. sic notat glos. 5.*

La

La qual compensacion no aura lugar en las deudas vo- 197
luntarias, que son las que se deuen por pacto, y conuencion, sin distincion de especie, genero, o cantidad, sino es constando lo contrario de la voluntad del testador *vt ita notat Couarrubias vbi supr. numer.* 11. de donde yo infiero, que por ser las arras voluntarias, y no necessarias, no aurà lugar la dicha compensacion, aora esten, ò no entregadas, *vt ita notat Couarrub. vbi supra, numer.* 4. *Palac. Rub. in capit. per vestras, de donationibus inter virum, & vxorem, cap.* 27. *numer.* 2. 3. *Tell. Fernand. in l.* 16. *Tauri, numer.* 7. 8. *contra Rodrig. Xuar. in titul. de las arras, versic. Tertio limita*: lo qual es al contrario, quando las deudas son necessarias ex legis dispositione, ò que se deuen por costumbre, ò estatuto, como el luto que se le deue a la muger, el qual se reduze a cantidad, y ansi siendo la manda en cantidad, aurà lugar compensacion, y no se le darà, *segun Gregorio Lopez in l.* 16. *titul.* 4 *part.* 6. *quem sequitur, & refert Escobar de ratiocin. cap.* 30. *numer.* 30. aunque no con la dicincion 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 aurà lugar la dicha compensacion; pues es visto no ser bienes hasta sacar las deudas, aora sean voluntarias, ò necessarias, *vt ita notat Xuar. vbi supr. Tell. vbi supr. Iason in auth. prætereà, C. vnd. vir. & vxor. num.* 25.

Todo lo qual cessa, quando lo vno, ò lo otro se diferen- 198
cian, porque el legado es en cantidad, y lo que se deue es especie, ò por el contrario, como en la cama, y lecho cotidiano, que al superstite se le deue en su misma especie, segun *la ley* 16. *titul.* 6. *lib.* 3. *Fori*, ibi: *El lecho que auian cotidiano: sinque a el viuo*: y ansi no aurà lugar la dicha compensacion, *vt idem Gregor. vbi supr.* saluo si el vno al otro le mandare la misma cosa que se deuen. Y es la razon, porque dos causas lucratiuas de vna misma cosa, y en vna misma persona no pueden concurrir, aunque la primera se aya entregado, aunque lo contrario es, quando son diferentes especies, segun dixo, *Pichardo in §. Si res aliena inst. de leg. num.* 9. 10. 11. 15. Y no ignoro que lo que se deue mediante ley, no es en todo lucratiuo, porque basta que se adquiera mediante el matrimonio, de que fuera lo contrario, si la primera, o segunda donacion de la misma cosa se otorgara por causa lucratiua, que por su entrego se hizo onerosa, ansi como si fuera por causa de dote, por juzgarse por contrato oneroso respeto del ma-

rido. Y porque en realidad de verdad no ignorò el testador, que lo que mandaua era suyo y aunque lo ignorara por la conjuncion de las personas, *per ea quæ tradit Iason in l. huiusmodi, §. Cum pater, numer. 15. ff. de leg. 1.* Y ansi en este caso se le deuerà la estimacion: el qual entrego basta que se haga fictè, segun, y que dicho queda en el primer libro en el cap. 14. Y para probarse la possession, y entrego, basta que el matrimonio se siga, *per l. 17. Taur. hodie l. 1. tit. 6. lib. 5. Recopil.* 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 deue dexar al arbitrio del juez, considerando la calidad del superstite y hazienda del difunto, *vt ita docet Palac. Rub. vbi supr. §. 11. num. 9. quem sequitur, & refert Ioan Garc. de expens. c. 8. nu. 14.* Finalmente se juzga por especie el 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 dezir: *Mando el dinero que yo tengo en tal parte*, no se reputa por cantidad, vt infra diximus en el d. §. legados, *& probatur in l. 20 de Toro, & Tell. in l. 16 Taur. sup. citat. n. 2. Ias in l. talis scriptura, n. 12 ff. de leg. 1.*

199 De todo lo qual yo infiero, que si el marido mãdare a su muger las arras, o joyas que antes le tenia dadas, o prometidas, no es visto mandarselas duplicar en estimacion, porque tan solamente fue confirmar las primeras, ad meliorem exactionem: y esto procede, aunque el marido las aya recibido en aumento de dote con los demas bienes dotales, como assi lo tiene Iason vbi supr. numer. 8. aunque si las recibio estimadas con la estimacion que causò venta (vt alibi diximus) se deuerà su estimacion, sino es que se probare fraude, por aumentar las arras a la muger, por no poder exceder de la decima parte de los bienes; y si son joyas, de la octaua parte de la dote de la muger, *vt in l. 50. Taur. & in l. 1. tit. 2. lib. 5. Rec.*

200 Mas se infiere de lo dicho, que si el marido mandare a la dicha su muger todos sus vestidos, y joyas, no se ha de entender mandarselas dos vezes, no siendo consumidas las que al tiempo de la manda tenia dadas por el dicho su marido; pues dos causas lucratiuas de vna misma cosa y en vna misma persona no pueden concurrir, vt sup. num. 197. sino es constãdo lo contrario de la voluntad del testador, ò si los recibio estimados,

dos, vt sup. est dictũ; pero en los demas vestidos, y joyas que la muger tenia, extra de las prometidas, y entregadas por el dicho su marido se le deuen entregar con la distincion siguiente. Y es saber, que si los dichos vestidos, y joyas eran dotales, traidos por la dicha muger al dicho matrimonio, no aurà razon para entregarselos duplicados, segun dicho es, sino es recibiendolos el marido con aquella estimacion q̃ arriba diximos, porque entonces no ay duda, sino que assimismo se le daran los dichos bienes, y su estimacion, *vt ita probatur in l. 2. §. Mella, ff. de dote prælegat. & ibi Bartol. Azeued. in l. 7. tit. 9. num 5 lib. 5. nouæ Recop.* Y en caso que los dichos vestidos, ò joyas, ò parte dellas fueren gananciales adquiridas cõstante el matrimonio, no solo se le darà a la muger lo que le pertenece, pero tambiẽ en lo que fue estimada aquella cosa: y es la razon, que los bienes gananciales no admiten compensacion porque la mitad dellos ipso iure, 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, *vt ita sentit Bartol. in l. 1. §. Primum, C. de rei vxor. actio. quem refert & sequitur Castill. in l. 6. Taur. vers. 4.* Y para bien juzgar estos legados, se deue atender con que palabras son dexados, porque si dixo: *Mando tales bienes mios, ò que yo tengo en tal parte*, y estos fuessen gananciales, no es visto mandarle mas de la parte q̃ al marido le pertenece: y fuera lo contrario si dixera; *Mando a mi muger tales bienes*, sin vsar de le nombre, *Mios*, porque entonces se le deuerà enteramente su estimacion, como en la materia de legados mas largamente diremos. Demas de lo qual se deue tener atencion, que en la dicha manda de los vestidos, no solo se comprehenden los q̃ por entonces tenia, pero tambien los que estauan cortados en casa del sastre, y assimismo el paño, ò tela texida, ò que se estaua texiendo para el mismo efeto, *vt ita tenet Iason in l. cæterà, §. Sed si parauerit ff. de leg. 1. nu. 20. & in l. huiusmodi §. Legatum, num. 8. Bart. in l. quamuis ff. de aur. & argent. legat. & in l. ex facto, §. Ner ff. de heredib. instituend.* Y dize el mismo Bartulo en la dicha l. quamuis, q̃ esto se deue entender, quando los vestidos no son contra ley, y prematica; aunque en este caso se deuerà su estimacion, *vt ita docet Iason in l. quod Iulianum, §. Constat, num. 18 ff. de legat. 1.* Y assimismo se ha de aduertir, q̃ aunque los vestidos se aumenten, porque fortè no muriò el testador por entonces, q̃ no se de-

uera

uerà mas de los que se mandaren, aunque esten rotos, ò algo gastados, saluo si de todo punto estan consumidos, porq̃ entonces sucederàn en su lugar los nueuamente hechos en su valor, y estimaciõ no mas, *ita notat Iason in l. Stichum. ff. de leg. 1. n. 13. Castill. in d. l. 16. Taur. litera Z. ve. s. Adde. f. l. mihi 74.*

201 Y para conclusion de todo lo supra dicho se ha de considerar, que de ninguna manera los dichos legados se deuen compensar con las ganancias, ni dote, sino es en la forma que dicho queda *por la ley 16. de Toro, hodie l. 7. tit. 9. lib. 5. Noua Recop. & ibi Azeued.*

202 Mas se aduierte, que si el marido mandare a su muger alguna heredad, o otra cosa que este hypotecada, especial, ò generalmente a la dote de la dicha su muger, que no es visto auer lugar la dicha compensacion, *vt ita notat Greg. Lop. in l. 16. glos. 3. tit. 9. part. 6.*

203 Demas de lo qual se deue 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, *vt 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 proceda error en esta dicha materia de particiones, que por irreuocable que sea la donacion, ò mejora q̃ excediere de tercio, y quinto, que se podrà reuocar a lo menos en lo necessario para lo funeral, y sufragios del testador: y esto procede, aunque los bienes de la dicha donacion esten entregados por via de contrato lucratiuo, ò oneroso, *vt ita notat Ant. Gom. in l. 17. Taur. num. 10. & Matienç. in l. 1. tit. 6. glos. 4. num. 20. lib 5. Recopil. glos 3. Velazquez in d. l. 17. glos. 3.* aduirtiendo que estos gastos se deuen sacar de lo que cupiere en el quinto: y esto es, porque el testador no puede disponer en perjuizio de sus descendientes de dos quintos para el dicho efeto, *vt docet Aze. vbi supr. Castill. in l. 19. Taur. num. 4. Suar. in l. quoniam in priorib. quæst. 9 nu. 1. cum seqq.* Y assimismo se ha de limitar, si la dicha primera mejora, y donaciõ fue especial de alguna cosa, porque por la mejora general, aora sea del tercio, aora del quinto, no se reuoca la mejora especial en alguna cosa señaladamẽte, *vt tenet Tell. Fernand. in dict. l. 17. n. 125. Ant. Gom. tom. 1. cap. 12. nu. 56. & in l. 7. tit. 18 par. 6.*

De

De aqui se infiere, que la mejora ò donacion causa mortis, 205
no se puede reuocar, auiendose entregado la misma cosa, ò el instrumento, ò possession della: lo qual se deue entender con la distincion siguiente, scilicèt, que si la mejora, ò legado fue entregado por consideracion, y conmemoracion de la dicha mejora, se podra reuocar; pero si fue entregada simpliciter, sin hazer mencion, y conmemoracion de la dicha manda, y mejora, no se podrà reuocar, porque fue visto passar, y ser celebrado assi, como por contrato entre viuos, *vt ita tenet Ant. Gom. in dict. l. 17. n. 24. Mol. de primog. lib. 4. c. 2. n. 19. cum seqq. Aze. in l. 1. tit. 6 lib. 5. Recop. num. 28.*

Y si alguno dellos fuere mejorado por su padre en tercio, 206
ò quinto, en cierta, y señalada cosa, de que por ventura la madre, ò otra qualquier persona tuuiesse parte en ella, no es visto mejorarle en mas de en aquella parte perteneciente al padre, sin distincion de la ciencia, ò ignorancia: *Et est ratio, quia in re sua, vel bonis eorum, & in facto proprio nulla iusta 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 cumplimiento del dicho tercio, ò quinto, se ha de cumplir de los demas bienes del padre, *vt docet Abbas, & DD. maximè Couar. in cap. filius, de testament. & per Ant. Gom. tom. 1. var. resolut. c. 5. fol 44. col. 3. in princip. Mantica de coniecturat. ment. test. lib. 9. vltimar. volunt. tit. 1. nu. 7. cum multis alijs, Azeued. in l. 2. tit. 6. lib. 5. num 6. cum plurib. seqq.*

Y si despues de la mejora de tercio, ò quinto, estuuo la 207
hazienda en compañia, y se aumentaron los dichos bienes; assimismo se ha de aumentar el dicho tercio, ò quinto, y por el consiguiente si fuesse en diminucion, serà la dicha mejora por el dicho grado menor, *vt mirabili doctrina docet, & defendit Azeued. vbi supr. l. 3. nu. 24. cum alijs seqq.*

Siguese de aqui, que si el padre, ò la madre mejoraren à 208
alguno de sus hijos en alguna heredad hasta en cantidad de mil ducados, y despues de muerto el padre, ò la madre, estuuo la haziēda pro indiuiso, o en compañia por algunos años, se le ha de entregar al dicho mejorado el fruto de la dicha heredad pro rata hasta el valor de los dichos mil ducados, *vt tenet Ilell. in l. 20. Tauri, num. 11. & per ea quæ tradit Anton. Gom. var. resolut. lib. 1. cap. 12. num. 5.*

Y todas las vezes q̄ el padre, ò la madre mejorare a alguno 209
de sus hijos en dos quintos, fue visto mejorarle en el tercio

de

de sus bienes, y si estos dos dichos quintos fueron dexados à diferentes descendientes, se deue entender ser mejorado el primero en lo que cupiere el tercio, hasta la cantidad del dicho quinto, y del otro quinto se sacaràn los gastos funerales, *vt probatur Tell. in l. 28. Taur. num. 1 in fin. Ayora de partitionib. 1. par. cap. 8. per totum.*

210 Y assimismo se deue considerar, que si el padre, ò la madre en su testamento, y vltima voluntad declararon deuer alguna cantidad a algunos 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 fauor de persona estraña fue visto mandarle el remanente del quinto: *Et est ratio, quia causa falsa non vitiat legatum, vt est tex. in l. 1. & 2. ff. de causa falsa adiect. legat. Bart. & comm. DD. in l. cum quis decens, §. Titio ff. de leg. 3.*

211 Demas de lo susodicho se ha de notar, que aunque es verdad que pueden mejorar a qualquiera de sus hijos en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes, *conforme a la ley 3. tit. 6. lib. 5. Recop.* teniendo facultad assimismo de señalar el dicho tercio, y quinto en qualquier parte de sus bienes; con todo esso si el dicho tercio, ò quinto fue señaldo por los dichos ascendientes en vna heredad, que aunque no exceda del valor del dicho tercio la dicha heredad, excediendo en el valor del vsufruto, ò siendo mejor heredad, y de mejor calidad que los demas bienes del dicho ascendiente, es perjuizio q̃ se les haze a los demas herederos, y descendientes, y assi los repartidores en recompensa deste agrauio satisfaràn à los demas hijos, y descendientes en los demas 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 frutiferos bienes, *vt ita probat Azeued. in l. 3. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 1. & 2. Couar. in cap. Rainal. §. 2. n. 5. de testament. Matienç. in dict. l. 3. tit. 6. lib. 5. glos. 1. nu. 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 frutifera que los demas bienes del testador: ò porque era heredad nueua, de que en poco tiempo auia de crecer su valor, no se deue suplir la dicha mejora del tercio, ò quinto de los demas bienes; pues en poco tiempo ha de tener mas

valor,

valor, y estimaciõ que el dicho tercio, y quinto, *vt notat Ant. Gom. 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 mas dozientos ducados, por razon de ser mas frutifera, respeto 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 dozientos ducados de los demas bienes de su legitima. Y en el segundo caso tenemos de suponer, q̃ la heredad en que fue señalado el dicho tercio, ò quinto, no valia segun el tiempo presente el tercio de los demas bienes de la hazienda; pero era euidente que dentro de poco tiempo, por ser de mejor condicion, auia de valer la estimacion del dicho tercio, y quinto de mejora; y entonces, consideradas estas dichas calidades, se ha de hazer esta computacion, segun el mejor arbitrio de los Contadores.

Y todas las vezes que la cosa en que se señalò el dicho tercio, y quinto, saliere incierta, no seràn obligados los demas herederos a la euiccion, y saneamiẽto, por ser diuidida por el padre, saluo si fue por cuenta de su legitima, aora se le diesse al hijo en vida, ò por testamento, *per ea quæ tradit Ant. Gom. variar. resolut. cap. 2. numer. 34. in medio, quem sequitur Azeued. in l. 2. tit. 6. num. 14. lib. 5. Nouæ Recop. per l. pen. tit. 15. part. 6.* Y en caso que el testador mandasse è hiziesse la dicha mejora en alguna cosa señalada, en la qual no tenia sino vna parte, entonces no seràn obligados los herederos a su euiccion, por no ser visto auer mandado mas de la parte que alli tenia el testador, saluo si se probasse, que el dicho testador siempre creyò, y tuuo por cierto, que aquella cosa era suya, porque entonces se le deuera toda ò su estimacion, como diremos adelante en el §. Legados, num. 236. *Ita tenet Azeued. vbi sup. l. 3. num. 4. cum sequentibus, per l. 10. tit. 9. p. 6.* Pero en las demas donaciones que se otorgan entre viuos, no se deuera la euiccion, si incipiat à traditione, sino es en que se prometiò y entregò juntamente, y procediò aceptacion. Y assimismo se deuerà la euiccion, aunque tan solamente se aya prometido, y aceptado, *vt ita docet Anton. Gomez 2. tom. variar. resolut. cap. 2. n. 35. per totum*, adonde dize, que en todos los casos que el donante no tiene obligacion a la dicha euiccion; assimismo no la tiene en las mejoras, daños, costas, è interesses de la dicha cosa vencida: lo qual con la misma distincion se 213

deue

deue entender en las dotes prometidas con la limitacion siguiente: conuiene a saber, q̃ si lo que se prometiò, fue en especie indeterminada, assi como si se prometio cien hanegas de trigo, o arrobas de vino, ò azeyte, y esto fuere vencido, que entonces tendra obligacion el donante a la euicion, pero si fue en genero determinada, assi como casa, heredad, y despues de la tradicion sea vencida por otro tercero, entonces no tendrà obligacion a la euiccion, ni a sus daños, è intereses, saluo si la cosa q̃ se dio, y entrego, fue estimada con aquella estimacion q̃ causo, y celebro venta, ò quando el donante se obligo a la euiccion, y saneamiento, ò quando precediò fraude, y engaño, porq entonces tiene obligaciõ a la estimiac on de la cosa vendida, *vt ita tenet Ant. Gom vbi sup. nu. 36. per l. 22. tit. 11. p. 4.* Y en quanto al dolo, y fraude tan solamente ha lugar en este caso de dote, porque en los demas no aura lugar, sino es en quanto a la pena del dolo, que sera pagar los gastos que se huuieren hecho en la cosa vencida, pero no en su valor, *vt in l. Arist. §. fin. ff de donat. & ibi commun. DD.* Finalmente se deuera esta euiccion sin ninguna distincion, quando esta dicha dote se deue de obligacion, *vt Ant. Gom. vbi supr. num. 37.*

214 Y lo que se puede dudar es, si supuesto q̃ por la ley 19. de Toro pueden los padres, y ascendientes señalar el dicho tercio, y quinto en qualquier parte de sus bienes, en fauor de sus hijos, y descendientes, y assimismo en fauor de estraños en quanto al quinto; si podràn assimismo los hijos, y descendiẽtes señalar el tercio de sus bienes, de que puede disponer no teniendo descendientes legitimos, y teniendo ascendientes, segũ la ley 6. de Toro, en qualquier parte de los dichos sus bienes: a lo qual se responde con suma breuedad, que si el dicho tercio fue mandado a alguno de sus ascendientes, que procederà la misma doctrina; pero si fue mandado a estraño, no le podrà señalar, sino q̃ de todas se ha de pagar. Y lo mismo es, aunque el testador dexe facultad al legatario, y mejorado, para que pueda escoger, y eligir el dicho su legado en los bienes que quisiere. Y esto procede aun en los mismos descendiẽtes, por no lo poder cometer; *segũ la dicha ley 19. de Toro & ibi n. 1. & n. 4. & ita ante practicabatur, secundum Rodr. Xuar. in l. quoniam in priorib. fol. 88.*

215 Mas se aduierte, que en lo que el padre gastò por el hijo por causa de alguna trauesura, ò delito, fue visto mejorarle, sino es que el padre era administrador de algunos bienes del hijo,

hijo, porq̃ entonces se presume auerlo gastado por su cuenta, como el tutor, y administrador, *vt ita tenet Alex. in l. in quartum ff. ad l. falcid. num. 23 Ant. Gom. in l. 29. Taur. n. 20. Mol. de iust. & iur. 2 tract. disput. 240. nu. 3.* adonde lo limita con Bartulo, y dize que esta es comun opinion, segun Siluestre, sino es que conste, que el padre quiso se contasse a cuenta de su legitima; pero con todo esso ay diuersas opiniones, en especial lo quiso sublimitar Ayora, y dize, que si lo que se gastò fue en mucha cantidad, no procederà la doctrina de Antonio Gomez, sino es caso que lo que assi se gastò 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 assentasse en su libro, ò constasse de otra qualquier razon, por donde pareciesse no fue voluntad suya, lo gastaua por causa de piedad, ni por mejorarle en ello, *vt ita scribit in tractatu de partitionib. 2. p. c. 17. per totum*: la qual opinion, aunque tiene buena distincion, seguire la que siguieron muchos, y graues Doctores referidos por el Licenciado Zeuallos, Abogado insigne en la ciudad de Toledo, en que dize, 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 assi el mismo Zeuallos reprueba la opinion de Ayora, por no auerlo fundado en derecho, *vide eum in 2. lib. pract. quæst. cap. 513. per totum.*

Y en lo que el hijo huuiere gastado por causa de sus estudios, tambiẽ ha auido diuersas opiniones. Y assi digo, que para quitar confusiones, tengo de seguir la opinion de Auendaño, y sus sequazes *en la ley 29. de Toro ex nu. 5* en que dize, que todo lo que el hijo huuiere gastado en aprender la Gramatica, ò en los otros estudios, ò lo que se le huuiere dado para libros, aora sea en potestad, ò no del dicho su padre, ò lo que gastò en el grado de Bachiller, Licenciado, ò 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 *Zeuallos vbi 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 a ello tienen los padres obligacion, segun su hazienda, y calidad: assi como los mantenimientos ordinarios, como el vestir: y calçar, 216

çar, el habitacion, las medicinas, y las demas cosas ordinarias: saluo si el padre era administrador de su hijo, como dicho queda. Y por el consiguiente se ha de entender en lo que se gasto, para que el hijo deprendiesse a leer, y escriuir, como en aprender algun oficio; assi como çapatero, sastre, carpintero, pintor, platero, escultor, bordador, çurrador, herrero, herrador, y otros semejantes, por computarse con los alimentos q̃ los padres tienen obligacion a dar a sus hijos, *vt in l. qui pater 2 ff. de famil. erciscund. & in l. 5. tit. 15. p. 6. & in l. 3. tit. 4. p. 5.* Demas de lo susodicho se ha de considerar, q̃ la donacion q̃ el padre otorga en fauor de su hijo, para que a titulo de los bienes que assi le da, se ordene, no lo deue traer a diuision, ni particion con los demas herederos, por ser visto ser mejorado en los dichos bienes en tercio, y quinto: lo qual es irreuocable desde el dia del entrego, saluo si el padre protestasse se lo daua a cuenta de su legitima, como assi lo tiene *Auend. in l. 29, de Toro in n. 8. glos. 3. Tell. Fernand. in l. 26. n. 16. quem sequitur Azeu. in l. 10. tit. 6. n. 29. 30. lib. 5. nou. Recop. Ant. Gom. in d. l. 29. num. 21. vers. Idem sub infero.* Y mas dize Ant. Gom. que de ninguna manera se le deue imputar en su legitima lo que se gastò en alcançar algun Curato, Prebenda, o algun grado: lo qual se ha de entender, no protestando el padre; porque entonces, aora sea en este caso, o en otro qualquiera de mucha, o poca cantidad, como sea en los supra referidos, se han de contar en su legitima: y en caso que no se aya hecho la dicha protesta, quedara irreuocable la dicha donacion, como dicho es, *vt ita notat Mol. de iust. & iur. 2. tract. disput. 241. num. 9.* aunque en los demas gastos que se hazen para alcançar estos dichos oficios, o dignidades, assi como combites y colaciones, no se deuen traer a particion, aunque el padre lo proteste: y es la razon, porque estos dichos gastos se deuen computar con los alimentos, como dicho queda. Y assimismo no se le deuen imputar al padre, ò a la madre en lo que libremente puede disponer, supuesto que todos los hijos gastan al tiempo que toman estado, o alcançan algun oficio, ò dignidad, *vt etiam notat Molina vbi supra disput. 138. num. 21.* Pero en los demas oficios, que el padre compra a algun hijo, assi como Regidor, Iurado, Ventiquatro, Escriuano, ò Procurador, y otros semejantes, y en los oficios militares que se compran para la guerra, se traeràn à colacion, y particion, sin ser visto ser mejorados en ellos, sino es que se expressa,

pressa, *vt ita docet Ant. Gom. vbi supr. numer. 21. versic. Item subinfero, cum seqq.* Y en quanto a los gastos que los padres hazen 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 *Moli. vbi sup. nu. 12.* Aunque no procederà lo susodicho en las joyas de oro, y vestidos que el padre dio a su nuera, hijo, ò hija, al tiempo del matrimonio, porque en realidad de verdad se deuen traer a particion, muerto el padre, con los demas herederos, por ser dadas por consideracion de su hijo, a cuenta de su legitima, ò dote prometida, saluo 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 vbi sup. num. 13. 15.* adonde dize, que en caso que las dichas joyas estèn consumidas, o deterioradas, se han de boluer en la estimacion que las recibio, *& vide alios casus, quos refert Anton. Gomez vbi suprà, num. 21. versic. Item subinfero, cum sequentibus.* Mas se deue notar, que todo aquello que el padre, o la madre dieren a alguno de sus hijos, por via de casamiento, lo deve traer a particion, y colacion con los demas herederos, saluo si de su parte renunciaren la hazienda, y herencia de los dichos sus padres; porque entonces no tiene obligacion, sino es que la dicha dote, o donacion propter nuptias, excedio de su legitima, y tercio, y quinto; porque en quanto al excesso se deue traer a particion, *vt 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 tacita, ni expressamente, por via de casamiento, ni por otro qualquier contrato entre viuos *segun la prematica 101. de Madrid, que es la ley 1. titul 2. lib. 5. Recopilat. & ita notat Auend. in dict. l. 29. Taur. glos. 1. num. 1 & 2. Greg. Lop. in l. 8. tit. 4. p. 5. verb. A otro, Matienç. in d. l. 1. tit. 2 lib 5. Recop. glos. 2. n. 1. Baeç. de non melior. cap. 1. n. 27. & cap. 7. vsque ad n. 8.* Y procede en tanta forma la dicha doctrina en fauor de los hijos, que de ninguna manera pueden los padres hazer otras mejoras en su perjuizio, 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 irreuocables tacitamente con su entrego, *vt in l. 9 tit. 6. lib 5 Recop. & ibi Azeu.* adonde assimismo afirma, ha de proceder la misma doctrina en las donaciones simples,

ples, otorgadas en vida por los padres, siendo entregadas: las quales ipso iure son irreuocables, 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 estuuiere, *vt in l. 29. Taur. in fin.* y todas las vezes que los padres han de hazer el dicho entrego a los dichos sus hijos de las dichas dotes, se le han de computar, y contar los vestidos, y joyas que tuuieren al tiempo del matrimonio, saluo los vestidos ordinarios, de los quales comunmente vsauan a traer, porque estos se computan con los alimentos que los padres tienen obligaciõ a dar a sus hijos, *vt notat Molin. de iustitia, & iure, tractatu 2. disputat. 238. num. 11.* ni assimismo se le deuen computar los bienes castrenses, vel quasi castrenses, que son los que diximos en este cap. vbi sup. en el §. Frutos, num. 100. porque estos los ha de lleuar el hijo precipuos, juntamente con el vsufruto q̃ dellos huuiere el padre gozado; y assimismo los bienes q̃ con ellos se huuieren adquirido, *vt in l. 1. C. de pecul. cast. lib. 2.* lo qual sera al contrario en los demas bienes que al hijo le huuieren dexado por testamento, ò por otro qualquier titulo adquiridos; porque aunque son suyos en propiedad, pero con todo esso no lleuarà el fruto q̃ dellos el padre huuiere gozado, por reputarse por bienes aduenticios: y esto procede, aunque sean los bienes donados por sus padres, *per ea quæ tradit Molin. vbi supr. disp. 230 num 4. & in disputat. 233. num. 2.* Y por el consiguiente serà lo contrario en los bienes que el hijo ha ganado con el dinero de su padre, ò madre, que el Derecho llama profecticios, porque dellos no deue lleuar el hijo cosa alguna, por ser propiamente de padre, *vt in l. 5. titul. 17. part. 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 hazienda de sus hijos, en caso que sean administradores, *vt ita docet Anton. Gomez in dicta l. 29. Taur. num. 16. versic. Confirmatur.* Pero con todo esso ha de ser lo contrario en lo que el padre, ò la madre huuieren gastado con los dichos sus hijos en alimentarles, y doctrinarles, y en lo demas, que de no ser sus administradores, se presumiera lo auian gastado por causa de piedad, como dicho queda:

da; y assi en caso que sean tutores, y administradores de los dichos sus bienes, siempre en duda es visto auerlo gastado por cuenta de su capital de los dichos sus hijos, aunque de los bienes comunes no se aya hecho particion, *vt in l. 36. tit. 12. par. 6. & ibi Greg. Lop. Bart. in tract. de duob. frat. num. 16. Nauar. in Manual. cap. 17. num. 160. Ant. Gom. vbi sup. l. vlt. ff de pet. hæred. & in l. Nencen ff. de negot. gest.*

De aqui se sigue, que si la madre siendo viuda dotò a su hija, y le diò algunos bienes para su casamiento, no se presume auerselos dado a 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, vt sup. pero en caso que no fuesse administradora, se entendera auerlos dado por cuenta de la legitima de su madre; y esto procede, aunque sea administradora en lo demas que la dicha dote excediere de los bienes de la dicha su hija: lo qual no procede en el tutor estraño; porque aunque mas le prometa, no se presume hazerle donacion del excesso, sino es constando lo contrario de la voluntad del dicho tutor, *vt ita probat Ant. Gom. vbi in l. 50. Taur. num. 23. & 24.* 218

Y aunque es verdad que lo que el padre promete en dote a algunos de sus hijos, se ha de sacar de los bienes multiplicados, y ganados constante el matrimonio, y de no auerlos de los bienes del padre ò de la madre, obligandose en quanto a 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 dellos; porque entonces no fue visto que el padrastro, ò la madrasta se obligaron de pormitad de sus mismos bienes, sino de los bienes del entenado, y en caso que no los tenga, en duda se presume que prometiò la dicha dote con animo de repetirla; y es la razon, porque de la manera que el padrastro no tiene obligacion a alimentar, ni recibir a los hijos de su muger, y en caso que lo aya hecho, se presume auerlo 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 prometierõ de sus mismos bienes, y no con animo de repetirla. Y debaxo deste parecer nos conformamos el Doctor Carcaua, Abogado en la 219

villa de Ocaña, y el Doctor Gutierrez, Abogado en la villa de Mora, y el Licenciado Ruiz de la Vega, Abogado en Toledo; en vna escritura de promessa de dote, adonde el padrastro, y la madrastra se obligaron juntamente de mancomun de dar mil ducados a la hija della: y assi lo siente *Castill. in l. 53. Taur. litt. G. per text. in l. si paterno, ff. de negot. gest.* sin embargo, que en quanto a los alimentos, dize *la ley 37. tit. 12. part. 5.* es necessario hazer protestacion, porque tan solamente se ha de entender para aquel caso, demas, que en caso que los gastos sean grandes, y el padrasto sea pobre, no es necessaria la protesta, *vt ibi Gregor. glos. 1. in fin.*

220 Y aunque es verdad, que los hijos auiẽdo recibido algunas dotes, o donaciones propter nuptias, q̃ sus padres juntamente les dieron, o de los bienes comunes les entregaron, no se deuen traer todos a particion, sino tan solamente la parte que le puede pertenecer del que muere, sino es en caso q̃ el difunto tenga obligaciõ a pagarla toda, segũ 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, o dotes propter nuptias, de lo q̃ les puede pertenecer a las hijas, podran muy bien ser apremiadas ellas, y sus maridos, a que traygan a particion, y diuision el dicho excesso, aunq̃ sea en vida de sus padres, sin embargo, q̃ las dichas hijas tienen eleccion para aceptar los bienes de sus padres, que es al tiempo de la muerte del q̃ prometiò las dichas dotes, ò el tiempo del entrego, *conforme la ley 29. de Toro, hodie l. 3. tit. 8. lib. 5. Recop.* Y es la razon, q̃ las hijas de ninguna manera pueden ser tacita, ni expressamẽte mejoradas en tercio, ni en quinto, por via de casamiento, ni por otro qualquier contrato *segun la prematica 101. de Madrid, hodie l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop.* Y aunque es verdad, que en este caso ay diuersidad de opiniones; pero siguiendo la mas comun, y probable, digo, que si el padre, ò la madre entregaron la dicha dote, siendo excessiua de la dicha su legitima, podràn muy bien venir contra su mismo hecho, y obligar a las dichas sus hijas, y yernos, a que traygan a colacion, y particion, y diuision las dichas dotes, por la razon dicha, de que no pueden ser tacita, ni expressamente mejoradas, *vt ita in patre dicit Baeza, esse veriorem opinionem in cap. 34. num. 1. & 2. Matienço in l. 3. gloss. 7. num. 6. titul. 8. lib. 5. noua Recopilat. Angulo in l. 10. tit. 6. gloss. 9. num. 2. lib. 5. Recopil. Palac. Rub. in l. 17. Taur. num. 44.* aunque en los hermanos, muchos

de

de los referidos Doctores tuuieron lo contrario, en que dixeron, que de ninguna manera tienen accion a pedir este excesso en vida del padre que prometio la dicha dote, *vt ita disputant Baeza in dicto cap. 34. ex Matienço in l. 1. tit. 2. lib. 5. Recopil. glos 4. numer. 2. cum alijs sequentib. Ayora de partitionib. 2. par. cap. 20. num. 55.* adonde dize assi auerse determinado en el Audiencia de la Chancilleria de Granada, no solo a pedimiento del padre, pero tambien de los demas hermanos, hijos herederos: contra todos los quales, en quanto a los hermanos lo tiene Palacios Rub. y Azeuedo, en que dizen, que no solo se ha de entender la dicha doctrina en fauor de los padres, pero tambien en fauor de los hermanos: y assi, que no solo los vnos, pero tambien los otros podràn pedir en vida el dicho excesso de la dicha legitima, *tu cogita, & vide eos, Palac. Rub. vbi supr. num. 44. Azeued. in dict. l. 1. tit. 2. num. 20. cum sequentib. lib. 5. nouæ Recopil.* adonde todos concluyen, no se han de entender las dichas opiniones contra los hijos dotados, sino tan solamente contra las hijas.

§. Legados. 32.

Y siendo pagadas todas las dichas deudas por el orden referido tendràn lugar los legados, y han de ser pagados en la forma siguiente. Y assi lo primero se ha de notar, que todos los legados que fueren de vna misma calidad, seràn pagados enteramente, auiendo bienes suficientes en el capital del difunto, y testador, y de no ser suficientes para satisfazer a todos, se pagaràn pro rata dellos, considerando su cantidad, rateandose, y desfalcandose lo que en tales casos fuere justo: de manera que todos los legatarios lleuen parte de los dichos sus legados, sin que resulte perjuyzio a la legitima de los descendientes, ò ascendientes, *vt in l. si quis testamento, §. Apud Iulianum, ff. de legat. 1. & in l. si verò composita, §. 1. ff. de milit. testam. Caius Iurisconf. in l. in quantitate, §. fin. ff. ad leg. falcid. Parl. lib. 1. rer. quot. cap. 18.* 221

Y no solo procede en legados graciosos la referida doctrina, pero tambien en los legados piadosos, y de caridad: y aunque sean dexados por causa de remuneracion, y de deudas, *vt notat Bart. in authent. similiter, C. ad leg. falcid.* ibi: *Licèt legata detrahantur, vt æs alienum, Tiraq. de priuileg. præ causæ, priuileg. 72. Gregor. Lopez in l. 1. tit. 11. par. 6. glos. 1. Gutier.* 222

in l. nemo potest, nu. 94. & 97. ff. de leg. 1. No obstante, que en el Derecho de la quarta falcidia, no ha lugar la dicha desfalcacion, *vt supr. diximus in cap. 5. num. 17.* deste segundo libro. Todo lo qual en nuestro caso se deue 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 perjuizio 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 assimismo aurà lugar la dicha desfalcacion, *vt notat Angul. & Azeued. in l. 13. tit. 6 lib. 5. Noue Recop. numer. 19. vsque ad fin.* adonde el mismo Azeuedo dize, que los legados dexados a descendientes, se han de imputar primeramente en el tercio, para que aya menos que desfalcar del quinto, por fauor del Alma.

223 Y no solo aurà lugar la dicha desfalcacion en la forma dicha; pero tambien se deue hazer de la liberacion que el testador haze, de la deuda que le deue su deudor, *vt ita notat Paul. de Castr. in dict. §. Apud Iulianum, Escobar. 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, heredad, libros, o dineros señalados, y estantes en alguna parte, y por el consiguiente en el vsufruto 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, *vt ita notatur in l. in ratione, §. Incertè ff. ad leg. falcid. & in l. Titio, ff. de furt. & in l. 1 ff. de legat. & ita docet Escob. vbi sup. num. 10.* aunque lo contrario tiene Azeuedo en el lugar arriba citado. Finalmente se ha de notar, que todas las vezes que huuiere lugar la dicha desfalcacion, se ha de considerar para que sea justa, que parte es la que manda mas el testador de lo que puede, ò de los bienes, que tiene; porque si es segunda, ò tercera parte, a esse respeto se le quitarà a cada legado otra segunda, o tercera parte, assi como si el testador tenia quatro mil ducados, y mando seis mil, por manera, que mandò la tercia parte mas de lo que tenia, y ansi a cada legado se le quitarà tercia parte, *vt notat Escob. vbi supra.*

De-

Demas de auerse declarado en que forma han de ser pagados los dichos legados, resta q̃ con breuedad se noten algunas dificultades, tocantes, y concernientes a la dicha materia. Y assi lo primero se aduierte, que todos los legados que fueren dexados en cantidad, teniendo el testador dineros, no ay duda, sino que de alli se pagarà, y si dineros no tuuiere el dicho testador, sino tan solamente bienes muebles, y raizes, no aya duda, sino que el heredero cumplirà con los dichos bienes, estimandolos en aquella cantidad: y si el dicho legatario trauò execucion en los dichos bienes, y el dicho heredero ofreciere otros qualesquier, aunque no halle quien los compre, ha de cessar la dicha execucion, *vt in l. fin. §. Et si præfatam, C. de iure deliberan. & ibi commun. DD. Baeza de inop. debitor. capit. 6. numer. 17. Porcellon. in tractat. de inuentario, quæst. 7. cap. 4. num. 3. faciunt dict. per Tiraq. de retr. linag. §. 1. glos. 6. num. 20.* 225

Mas se aduierte 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 ansimismo 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, *vt est text. in l. cum ita, ff. de leg. 2. & ibi Bart. Alber. & Bald. & communiter DD.* y si lo que se mandò fue especial de alguna cosa, ansi como de trigo, ò ceuada, ò otra qualquier cosa, no es visto mandarle lo que antes de su fin, y muerte en aquella parte se agregò; pero si el dicho trigo fue todo, ò alguna parte gastado, y despues fue ocupado el sitio con el mismo genero, es visto subrogarse en su lugar, en quanto a su primera cantidad, y no mas: y es lo contrario en los vestidos, *vt supr. §. Compensacion, num. 201. & ita probat Ant. Gom. 1. tom. res. cap. 12. num. 49. & 50. Molin. de iust. & iure, 2. tractat disp. 202.* adonde dize, que en el primer caso no se comprehenden los instrumentos, y escrituras de las acciones, y derechos del testador, sino es que no ay otra cosa. Y dize assimismo no se deue comprehender en aquel legado, los dineros que alli se hallaren, sino es que estuuieren assi como atessorados para siempre, per leg. *si ita legatum, & l. vxorem, §. Legauerat, vers. Item quæsitum est, & l. quæsitum est, §. Mauia, l. si chorus, §. 1. & l. prædijs, §. Pater filiæ, & l. si mihi, § Vltim. ff. de leg 3.* Y es denotar, que si el testador dixere: *Mando las tres, ò quatro, ò* 226

Formatur alia clausula extra ordinem

Formatur alia clausula.

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 deue distribuir, y diuidir el dicho trigo, ò otra qualquier cosa mueble, ò inmueble en doze partes, y de aquellas se le daràn las que el testador mandò: y fuera lo contrario, si como dixo: Mãdo las tres partes, ò quatro partes, dixera: *Mando la tercia, ò quarta parte*: porque entonces se ha de diuidir en las partes q̃ suena, *vt ita tenet Gurie. de tutellis lib. 3. cap. 22. per totũ quem sequitur Escob. de ratioc. cap. 30. n. 2. in casu ab ipso proposito.*

227 Demas de lo qual se ha de notar en esta dicha materia, que si el marido mandare a su muger la lana que tenia, no se deue entender de lo texido, ni de lo que se esta texiendo; pero se deue entender de lo que estuuiere labrado, cardado, hilado, como no estè teñido en hebra, ò estè en tela, aunque no estè teñido, y no se dize lana mientras no estè esquilada, sino es que està en la piel ya separada: todo lo qual es al contrario, en la manda del lino, porque de qualquier manera que este, siempre es visto mandarse, *vt hæc omnia in l. si cui lana, ff. de leg. 3. & ibi commun. DD.*

228 Y todas las vezes que el testador mandare todos sus bienes muebles, no se deue entender mandar sus derechos, y acciones por juzgarse de derecho otro genero de bienes, *vt tenet Ias. consil. 5. vol. quem sequitur, & refert Villalob. in Ærario mill. commun. opinion. litera L. num. 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 la mas pequeña, y de menos valor, y es en eleccion del heredero de darle la que quisiere, *vt est tex. in l. semper in obscuris, ff. de reg. iur. Couar. in cap. indicante, num. 4. de testament.* Y en caso que el legado fue dexado por causa pia, es en eleccion del legatario, *vt ita notat idem Couarru. Bart. in l. Titio, §. Seia, de aur. & argent. legato.*

230 Y si el testador mandare toda la presea, y alhaje 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 alhaje, y presea, como assimismo no se comprehẽden los libros, y armeria del testador, pero todas las demas cosas comunes para el seruicio de casa, como son las camas, colgaduras, ropa blanca, bufetes, carpetas, mesas, arcas, y todo aquello q̃ fuere para el seruicio de la cocina, aunque

que sean dobladas, y muchas se ha de entender ser la presea, *vt ita probatur in l. supellectili legata, & ibi glos. & commun. DD ff. de supellect. legat.*

Mandando pues el testador cierta cantidad a persona cierta, para dote, y casamiento, se le ha de entregar, aunque al tiẽpo 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 donzellas, ò parientas, no señalando persona determinada, *vt hæc omnia probantur in l. hæc conditio 10. & in l. si iam facta, & in l. conditio nostra 40. ff. de conditionib. & demostrationib. Sarmien. lib. 2. select. cap. 1. num. 11. Spin. de testam glos. 14. num. 152. Palac. Rub. in cap. per vestras, de donationib. inter virum, & vxorem, notabili 3. num 4. Couar. vbi supr. in cap. officijs, num. 9. Thom. Sanchez lib. 1 desponf. lib. disputat. 33. n. 32. vers. Standum, Zeuall. commun. contra commun. q. 138. nu. 6. Iason in l. quo minus, n. 157. ff de flumin. lib. Hippolyt. in practic. §. 2. num. 53.* 231

Y si el testador mandare el quinto de sus bienes a vn hijo natural, aunq̃ huuiesse dexado otros legados, y mandas graciosas, no se han de sacar del dicho quinto, no dexando el testador hijos, ò descendientes legitimos, alias secus; pero en quanto a las deudas, serà obligado el hijo natural a pagar pro rata de lo que le cupiere, sino es constando lo contrario de la voluntad del dicho testador; y auiendo dexado, y mandado otros legados en especie, assi como vn caual o casa, ò heredad, se sacaran primeramente que el dicho quinto: lo qual es al contrario; si las dichas mandas fueron en cantidad, porque estas se han de sacar despues del dicho quinto, *text est in l si quis seruum, §. fin. ff. de legat. 2. & in l. qui quadraginta, ff. ad Trebel.* 232

Y porque en los legados condicionales, especialmente en los que son a dia cierto, se ofrecen algunas dificultades para su claridad se aduierte. Lo primero, que si la manda, y legado de voluntad del testador, fue dexado para dia cierto, assi como si dixesse: *Mando a Sempronio cien ducados, los quales quiero, y mando se le den la Pascua de Nauidad proxima que vendrà, ò mando que se los den dentro de dos meses despues de yo muerto*; que el dicho legado seguirà su efecto. Y assi lo que se quiere dar a entender es, que si el legatario muere despues del dicho testador, y antes del tiempo se transfiere, y passa el dicho legado a los herederos del dicho legatario, *vt est text. in l. si dies* 233

Formatur alia clausula extra ordinem

ap-

apposita, & in l. si post diem, ff. quando dies legat & in l. Sempronius in principio, ff. de vsufr. leg. & in l. 1 §. Cum dies, & in l. hæres meus, ff. de conditionib. & demonstrat. Pero si el testador dixesse: *Mando a Ticio mil ducados, luego que cumpliere veinte y cinco años, ò luego que llegare a la edad pupilar*, por ser legado condicional, no se transfiere, ni passa a los herederos del legatario, muriendo antes de aquel tiempo, sino que quedarà para el heredero, ò a quien el testador mandare: y fuera lo contrario, si cumpliera el dicho tiempo, y edad, muriendo antes el dicho testador, *vt in dict. l. dies apposita, & in l. si Titio, ff. eod. & in l. si cui legatur ff de legat. 1. & in l. 31. tit. 9. part. 6.* ibi: *Otro si dezimos, que si el testador quando fiziesse la manda, dixesse tales palabras: Mando que den a fulano mil marauedis, quando fuere de edad de catorze años, si acaeciere que aquel, à quien la faze, llegare a aquella edad, valdrà la manda: è si muriere en ante, no la puede demandar su heredero, ni ha derecho de la auer.*

Formatur alia clausula extra ordinem

234 Todo lo qual, y con la misma distincion se deue entender en los fideicomisso: y es assi, que muriendo el fideicomissario antes que el testador, no ay duda sino que espirarà el dicho fideicomisso, saluo si murio despues, o si fue el heredero grauado a dia cierto, como diximos en los legados, porque entonces se transfiere en los herederos del dicho fideicomissario, y serà al contrario quando el dicho heredero fue grauado a tiempo incierto, o 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 destos casos, muriendo el dicho fideicomissario antes de aquel tiempo, espira el dicho fideicomisso, y no passa a sus herederos, *vt in l. dies incertus, ff. de conditionib. & demonstrationib. & in l. hæres meus eod titul. & vtrobique communiter Doctores Anton. Gomez 1. tom. variarum resolution. cap. 5. numer. 9.* Todo lo qual se deue entender, no constando lo contrario de la voluntad del testador, expressado, ò conjeturado. Y en caso que los dichos fideicomissos se ayan de transferir a los dichos fideicomissarios, dexando hijos los herederos grauados, se guardarà el orden del capitulo 6 deste primer libro, numero 19. solo quiero aduertir, que aunque es verdad que muriendo antes el legatario, fideicomissario, ò heredero que el testador, espira aquel derecho, y no se transfiere a sus herederos, como dicho es, es al contrario en los contratos de donaciones, y otros qualesquiera, porque

que aunque sean para despues de los dias del otorgante aunque muera el donatario antes, se transfiere a sus herederos, *vt in §. Omnis, versic. In diem, inst. de verborum obligat. & in l. cederem diem. ff. de verbor. signif.*

Mas se aduierte en esta materia de legados, que si el testador mandare a Ticio su misma casa, que por ventura la tenia obligada, e hypotecada a alguna deuda, que tendran los herederos obligacion a remitirla, y entregarsela; y esto se entiende, sabiendo el testador, que aquella cosa estaua hypotecada, secus si lo ignoraua. Assimismo tienen obligacion los herederos a dar libre la cosa mandada por el testador, hypotecada a algun censo, ò deuda, saluo si el acreedor mandare la cosa que le està hypotecada, ò dada en prendas por su deuda, porque entonces se les queda su derecho a saluo a sus herederos a pedir el interes de la dicha deuda al dicho deudor, no constando, ò conjeturandose lo contrario de la voluntad del testador, como todo esto se prueba, *en la ley 16. & 17. tit. 9. par. 6. & ibi Gregor. Lop.* 235

Deuese assimismo notar, que el testador puede licitamente mandar las cosas de su heredero, y aceptando la herencia, tiene obligacion a cumplir los dichos legados, *segun la ley 10. del dicho titulo 9. part. 6.* y si el heredero no quisiere aceptar la dicha herencia, no tiene obligacion à dar la cosa mandada, aunque se le darà su estimacion de los bienes del dicho testador; y esto siempre se ha de entender assi en este caso, como en los demas del numero precedente, quando el testador sabia, que la cosa que mandaua no era suya, sino que sabia en el estado que estaua quando la mandaua, 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, aora lo sepa, o lo ignore el testador, sino es que entendiendo que era del mismo heredero, no lo fuesse, porque entonces aun no se deue su estimacion; y siempre que no se pudiere probar esta ciencia, se presume lo sabia el testador, siendo en fauor de su muger, ò pariente hasta el dezimo grado, o siendo en fauor de libertad, ò de amigo, o criado, *vt in dict. l. 10. & ibi Gregorio, & Antonio Gomez, 1. tom variar. resolut capite 12. numer. 13. per l. cum rem alienam, C. de legatis.* Y teniendo el testador parte en la cosa mandada, assimismo se entiende en toda, saluo si vsasse de palabras que significassen 236

ser

ser suya, porque entonces no es visto mandar mas de su parte, *vt ita notat Gregor. vbi supr. num. 2. Couar. in cap. filius noster, de testam.*

237 Y si dos diferentes testadores mandaren vna misma cosa a vna misma persona, se deuerã entrambas, con la distincion q̃ queda dicho, aduirtiendo que primero se ha de pedir la estimacion della, y luego la misma cosa, siendo de alguno de los dichos testadores, porque si se pide primero la misma cosa, no aura accion para pedir despues la dicha su estimacion, *vt in l. 44 tit. 9 part. 6.*

238 Y si el testador en vn mismo testamento mandasse muchas vezes vna misma cosa en especie, ò vna misma cantidad a vna misma persona, no se deuerà mas de vna vez, sino es constando, ò conjeturãdose lo contrario de la voluntad del testador, pero si la dicha cantidad fue mandada en diferentes testamentos, o codicilos, se deueràn entrambas vezes: lo qual es al contrario en la manda en especie, que aunque se dexe en diferentes testamentos, no se deuerà mas de vna vez, sino es constando lo contrario de la voluntad del testador, *vt ita probatur in l. 45. dict. tit. 9. p. 6. Molin. de iust. & iur. 2. tract. disput. 196. num. 2.*

239 Y si en vn mismo testamento, ò codicilio, el testador mandasse vna cantidad sin condicion, y despues en el mismo testamento dexasse aquella cantidad, ò otra mayor, ò menor, con condicion, ò por el contrario, siempre se presume ser reuocado el primero, y si fueron mandadas estas dichas cantidades en diferentes testamentos, se deueràn entrambas, aora seã menores, ò mayores, aora sean con condicion, ò sin ella, *text. in l. quibus, ff de verb. oblig. & in l. centũ, de adim. leg. & ibi glos. Ant. Gom. 1. tom. var. cap. 12. n. 38.*

240 Ay assimismo otro genero de legados, que el Derecho llama de iure accrescendi, en los quales, por ser su materia dificultosa, se han ofrecido muchas dificultades: y assi para que en estos dichos legados no aya duda, solo se notaràn las palabras de *la ley 33. tit. 9. par. 6.* para que por ella se pueda discurrir en lo que se dificultare, demas de lo que en su consequencia se notara, y dize assi: *A vno, ò a muchos puede ser fecha manda de vna cosa, è quando la fazen a muchos, quier sea fecha a todos ayuntadamente ò a cada vno por si, vale la manda, è deuen la partir todos entre si igualmente. E si por auentura alguno dellos muriere ante que el testador, ò viuiendo renunciasse su*

parte,

parte, ò a caccieſſe otra razon alguna, porque non la ouieſſe aquel, a quien fuera mandada, eſtonce acreſcia aquella parte a todos los otros, a quien fueſſe mandado, como ſobredicho es. E tal mandaſſe faria ayuntadamente en eſta manera, como ſi dixeſſe el teſtador: Mando a fulano, è a fulana tãtos marauedis, ò tal caſa, nombrandolos todos vno a vno quantos fueſſen aquellos a quien lo mandaſſen, è apartadamente ſe faria la manda de vna coſa a muchos, como ſi dixeſſe: Mando a fulono tal viña, è deſpues de eſſo dixeſſe en aquel miſmo teſtamento, que mandaua aquella miſma viña a otro, è deſpues a otro, nombrado cada vno dellos por ſi: ca eſtonce todos la deuen partir entre ſi igualmente, como dicho es. Por manera que lo que ſe ſaca deſta ley, es, que de qualquier manera q̃ ſe juzge conuencion en el legado, aora ſea en la coſa, aora en las palabras, o todo junto, ò cada vna ſola de por ſi, ſiempre ſe ha de juzgar ſer del natural deſte genero de legados: los quales ſe acrecen en la forma contenida en la dicha ley 33. Y en caſo que no aya lugar el acrecerſe, porque fortè muriò antes el teſtador, ſucederàn igualmente los legatarios, ò en la forma que diſpuſo el dicho teſtador, aunque alguno de los dichos legatarios muera antes de aceptar, ò repudiar ſu parte, porque luego con efeto ſe transfiere a ſus herederos, *vt in l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis, & legat. hæred. & in l. hæc ſcriptura. §. 1. ff. de conditionib. & demonſtrationib. Anton. Gomez 1. tom. var. reſol. 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 a los herederos del fideicomiſſario, y eſto ha lugar en los fideicomiſſos que ſon inciertos: entre los quales lo es la coſa que ſe dexa a dos perſonas juntamente, con que primero la goze el vno por ſus dias, con grauamẽ de reſtituyrla al fideicomiſſario: porque ſi en tal caſo muere el dicho fideicomiſſario antes que el otro, ſe le acrecerà ſu parte, y no ſe transfiere a los herederos del difunto, como dixímos arriba en la materia de los fideicomiſſos, *per tex. in l. hæc ſcriptura, §. 1 ſupradict. ff. de cõditionib. & demonſtration. & per tex. in l. dies, ff. eodem, dict. l. 33. tit. 9. part. 6.*

Finalmente ſe aduierte, q̃ prometiendo el teſtador de no 241
reuocar el legado, con clauſula que ſi le reuocare, es toda via ſu voluntad que el dicho legado valga aſsi como donaciõ inter viuos, ſerà valido el dicho legado, y manda, y no ſe podrà reuocar la dicha manda, porque de vna manera, ò otra ha de

valer,

valer, *vt ita affirmat Villalob. in Ærar. mill comm. opinion. litera L. n. 33.* lo qual es al contrario en las instituciones de herederos, porque aunque sea ordenada con qualesquier clausulas, y fuerças, se podra reuocar, *vt sup. in cap. 3. diximus, & docet Iason cons. 122. vol. 4. num. 2. idem Villalob. vbi sup. lit. T. nu. 6. 8. Couar. 2. part. de testam. num. 17.*

§. Vsufruto 33.

242 Si la muger quedasse por vsufrutuaria de todos los bienes muebles de su marido, estantes, y contenidos en su casa, aora 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 sino tuuiere descendientes, y tuuiere ascendientes, es visto dexarla por vsufrutuaria del tercio de sus bienes, *vt alibi diximus cum Anton. Gom. 1. tom. cap. 11. num. 26.*

243 Y no solo al vsufrutuario es visto dexarle el fundo, de adonde ha de gozar el dicho vsufruto; pero tambien se ha de entender ser comprehendidos todos los instrumentos necessarios para labrar, y cultiuar la dicha heredad, assi como los bueyes, ò mulas, arados, y todos los demas apreos necessarios, y deputados para el dicho efeto: y si fue labrador, assimismo se ha de entender la quinteria, y todo lo en ella contenido, para el efeto de la dicha labrança, y si auia trigo para sembrar la dicha heredad y fundo para el dicho efeto señalado, tambien se ha de entender en el dicho legado del vsufruto, *vt ita tenet Bald. per leg. item si fundi, §. Seminarios, ff. de vsufruct. Greg. Lopez in l. 20. glos. 8. tit. 31. part. 3. & ita notat Menoch. cons. 140 nu. 21. 22. & 23. per l. prædijs, §. Titio, & §. Balneas, ff. de legat. 3.*

244 Y si al tiempo que el testador murio, estauan los frutos pendientes en la heredad, que al legatario le fue mandado en vsufruto, ò en propiedad, los ha de gozar el legatario, sin tener obligacion de restituirlos, *vt est tex. in l. si pèdentes 34. ff. de vsufruct. & est tex. in §. Si verò, instituta de rerum diuis. & est tex. in l. nihil, §. Fundus, ff. de leg. 1. & ibi Bart. Paul. & Iason, & cõmun. DD. Ant. Gom. in l. 40. Taur. n. 74. vers. 5 facit, Escob. de ratiocin. cap. 19. num. 5.*

245 Y siendo la muger (ò otra qualquier persona) vsufrutuaria de los bienes de su marido, tiene obligacion antes que pida el entrego de los dichos bienes, a dar fianças de que vsara bẽ

dellos,

dellos, ò a aluedrio de buen varon, obligandose a boluerlos en la estimacion que los recibiò, y le fueron entregados; y esto ha de ser en los bienes que se consumen con el vso, assi como dineros vino, azeyte, y trigo, pero en quanto a los bienes que de su misma naturaleza no se consumen con el vso, no ay obligacion ne dar fianças de su estimacion tan solamẽte, de que se restituiràn los dichos bienes en la forma, y manera que por fin, y muerte del dicho vsufrutuario fueren hallados, auiendo en vida vsado bien dellos. Y dizense bienes que no se consumen con el vso, el fundo, la casa, y los animales, *vt in §. Constituitur, instituta, de vsufruct. & in l. 1. & per totum, ff. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consumuntur.* Y entre estos dichos bienes que no se consumen con el vso, son los vestidos, ropa blanca, colgaduras, y tapizerias, *vt ita probatur in l. sed etsi quid, §. Et si vestimentorum, ff. de vsufructu, Ayor. de partitionib. 2. part. cap. 24. num. 74.*

§. Sucession colateral 34.

Y porque en la sucession de los colaterales pueden ofrecerse, y ocurrir algunas dificultades, especialmente quando los dichos mueren abintestato: y para que justamente los Contadores, y partidores den a cada vno lo que es suyo, y se conozca los que legitimamente pueden suceder, se aduierte lo primero, que muerto el tio abintestato, suceden los sobrinos hijos de hermano; o de hermana juntamente con su tio in stirpem, & non in capita. Por manera, que si quedaron vno, ò muchos sobrinos hijos de vn hermano, estos han de representar la persona de su padre, y partirã entre si la parte que al dicho su padre le pudo pertenecer *segun el tenor de la ley 8. de Toro, hodie l. 5. tit. 8. lib. 5. Nouæ Recop.* 246

Cuya ley se deue limitar en la forma siguiente, scilicet, q̃ si el difunto dexò hermanos legitimos ex vtroque latere, id est, de parte de padre, y de madre, solamẽte estos sucederàn en todos los bienes del dicho su hermano, y seràn excluidos los hermanos ex vno latere tantum, id est, de parte de padre, o de madre tan solamente, *vt est tex. in authent. de hæredib. ab intestato venientib. Anton. Gom. in dict. l. 8. Taur. num. 7. Molin. de iustit. & iure, 2. tractatu. disputat. 164. litera B. 1. conclusio, & est tex. Regalis in l. 5. tit. 13. part. 6.* la qual doctrina assimismo se estiende a los sobrinos hijos de hermanos ex vtroque latere, como dicho es, de parte de padre, y de madre: los 247

qua-

quales asimismo excluyen a sus tios hermanos ex vno latere tantum, id est, de parte del padre, ò madre tan solamente: y es la razon, porque los sobrinos hijos del hermano ex vtroq; latere, representan la persona de su padre, por auer lugar hasta este grado la dicha perrogatiua, *vt est text. in d. authent. de hæredib § Si autem defuncto, & in authent. cessante, C. de legitimis hæredib.*

248 Y cessando el dicho grado, como dicho es, no se estiende a mas el derecho desta sucession porque aunque el difunto tenga primos hermanos hijos de su tio ex vtroque latere, su cederan los hermanos, y sobrinos del difuncto, aunque tan solamente sean de parte de padre, ò madre, *vt habetur in d. authẽt. de hæredib. § Si igitur defunctus, & in authent. post fratres 1. C. de legit. hæredib. Molin. vbi sup. 7. conclus litera D.*

249 Y quedando tan solamente sobrinos hijos de hermano cõsanguineo, ò vterino, id est, de parte de padre, ò de madre: y assimismo quedando hermano cõsanguineo, o vterino, sucederan los dichos sobrinos juntamente con el tio *vt in stirpem, & non in capita, segun la decision de la dicha ley 7. de Toro.*

250 Y si en la sucession del hermano concurriere de vna parte hermano de parte de padre, y de la otra hermano de parte de madre, sucederan estos dos dichos hermanos cada vno en lo que el dicho difunto adquirio, y heredo de los dichos sus padres, conuiene a saber, el hermano, ò hermanos de parte de padre heredaran tan solamente aquella parte que el hermano difunto heredò del dicho su padre, y por el consiguiente, los hermanos de parte de su madre sucederàn en aquella parte que el dicho hermano difunto della sucedio, y en los demas bienes del difunto que por su industria, ò por otro qualquier titulo adquirio, sucederàn los dichos hermanos de diferentes matrimonios igualmente en los dichos sus bienes por nueuo titulo adquiridos, *vt est text. in l. de emancipatis, versic. Exceptis, C. de ligitim. hæredib & ibi commun. DD.*

251 Demas de lo susodicho, dificultarse puede de que forma han de suceder los sobrinos, que quedaron de diferentes hermanos a su tio difunto, assimismo hermano de sus padres, si ha de ser in stirpem, aut in capita, segun la decision de la dicha ley 8. de Toro. Y aunque es verdad que en la determinacion de este caso ha auido diuersidad de opiniones en especial defendiò Antonio Gomez en la misma ley 8. nu. 13.

que

que los dichos sobrinos deuian suceder in stirpem, & non in capita, id est, representando la persona de su padre, a cuyos fundamentos, que para el dicho caso truxo, satisfizo Molina con los suyos lo contrario, con Couarrubias, en que dize tan solamente ha lugar la dicha ley 8. 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 sucession no concurre tio alguno, porque en este caso han de suceder por cabeças, 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 auiendo ascendientes, nin descendientes, ouiesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ò de su madre, è fuessen los hermanos ambos muertos, heredaràn los sobrinos los bienes de su tio, è partirlos entre si por cabeças igualmente*: cuya opinion sigue Gregorio Lopez en la misma ley, y dize, se tenga en la memoria, porque es caso contingente, a quien refiere, y sigue *Molin. supr. relat. de iustit. & iur. 2. tract. disp. 164. litt. B.*

Mas se sigue, que si el difunto dexare tio, hermano de su padre, o madre, por vna parte, y de la otra sobrinos de hermanos, sucederan estos sobrinos en todos los bienes de su tio hermano de sus padres, y sera excluido el tio del difunto, aunque sea legitimo ex vtroque latere, y los sobrinos ex vno tantum, *vt ita notatur per Molinam vbi sup. disput. 164. num. 10. per authent. de hæredib. ab intest. §. Si autem defuncto.* 252

Demanera, que faltando el dicho grado sin distincion alguna de agnacion, y cognacion, el que se hallare mas proximo pariente del difunto, aquel sucederà en sus bienes, aora sea de parte de padre, ò de parte de madre: y si fueren en igual grado, sucederàn igualmente *in capita, & non in stirpem, vt est text. in l. 6. titut. 13. part. 6. Anton. Gomez in dicta l. 8. Tauri, num. 18.* 253

Y faltando herederos colaterales hasta el dezimo grado, sucederà 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 sexta se prueba. 254

Y faltando todos los que dichos son, sucederà el Fisco en los bienes de el difunto, como de la dicha ley sexta se prueba. 255

Y aunque es verdad, como dicho, que muriendo abintestato alguno de los dichos colaterales en la dicha sucession, 256

sion, se puede ofrecer alguna dificultad, assimismo ofrecerse puede muriendo ex testamento. Y assi lo primero se aduierte, que si el testador instituyere a su hermano, è hijos de otro hermano por sus vniuersales herederos, ansi como si colectiuo modo dixesse el testador: *Instituyo por mis vniuersales herederos de todos mis bienes a Ticio mi legitimo hermano, y a mis sobrinos hijos de Seyo, y assimismo mi legitimo hermano,* por ser la dicha institucion ordenada en la dicha forma; no ay duda, sino que sucederan tios, y sobrinos in stirpem, & non in capita, id est, el hermano, ò estraño sucederà en la mitad de los bienes, y hazienda del difunto, y los sobrinos, ò hijos de estraño en la otra mitad: y es la razon, porque todos fueron instituidos con aquella conuencion, id est, *dexo, y nombro por mis herederos, à Ticio, y a los hijos de Seyo,* saluo en caso que se pruebe, ò conste lo contrario de la voluntad de el testador, assi como si dixesse: *Y quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos mis herederos sucedan igualmente, ò juntamente;* y entonces sucederan por cabeças, *vt est text. notabil. in l. interdum, ff. de hered. instituend. & ibi notat Bart. Alb. Angel. Paul. Imol. & commun. DD.*

Formatur alia clausula extra ordinem

Formatur alia clausula extra ordinem

257 Y demas de la clausula referida, se presume de la voluntad de el dicho testador, que los dichos sus herederos sucedan igualmente, assi como si dixesse: *Instituyo por mis vniuersales herederos à Ticio, y a Pedro, y a Iuan, y a Francisco, hijos de Sempronio;* porque por solamente nombrarlos, se conjetura quiere el dicho testador sucedan igualmente por cabeças, y no por generacion: y es la razon, porque quando muchos herederos, ò legatarios son llamados por disposicion copulatiua, siempre es visto conforme a derecho ser admitidos viriliter, id est, igualmente. *vt est text. in l. si pluribus, ff. de legat 2. text. in l. 1. eodem titul. Socin. in l. vtrum, ff. de rebus duob. column. fin. & quæstion.*

Formatur alia clausula extra ordinem

258 Demas de todo lo supradicho se aduierte, que si el testador dixere: *Dexo, y nombro a mis hermanos por mis vniuersales herederos,* no por esso es visto instituir a los sobrinos hijos de hermanos del dicho testador; porque en tal caso tan solamente sucederan los hermanos del testador. Y es la razon, porque en esta disposicion mas se deue considerar (conforme a derecho) la proximidad del grado, y la aficion propinqua, que no la remota, *vt ita probat Bald in l cum ita legatur, §. fin. ff. de leg. 2. Iason in l. 2. C. de succes. Couarrub. in practic. quæstion. cap. 38. num.*

Formatur alia clausula extra ordinem

num.4. Spin. in specul testament. glos. 1. princip. in fin. Azeued. in l.5 tit.8 lib.5 num.6. noue Recop.

Finalmente se aduierte en consequencia de la doctrina supra referida, que si el testador instituyò a sus hermanos por sus herederos vniuersales simpliciter, & genericè, tan solamente es visto instituir por herederos a los hermanos de parte de padre, y madre, y son excluidos los hermanos de parte de madre, ò padre tan solamente. Y es la razon, porque siempre en duda es visto conformarse el testador con la disposiciõ del Derecho, *vt ita docet Paul. de Castr. in l. fin. C. de verbor. significat. col. fin. & ibi etiam Iason col. fin. num. 26. quos sequitur, & refert Anton. Gom. in d. l. 8. Tauri, num. 9. Tellus in dict. l 8. n. fin. Roxas de succes. abintestat. cap. 32 num. 12. & in cap 6. num. 11. & 12. Mier. in tract. maiorat. 2. part. quæst. 7. verb. Edixit, Velazquez in dict. l. 8. Taur. glos. 2. num. 2.* 259

§. De los naturales. 35.

Y en quanto a la sucesion de los hijos naturales, y espurios, se guardarà el orden, y decision 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 auiendo fijos nin nietos, nin madre, estonces sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deuen auer todo lo suyo: E si otros sus hermanos ouiere de parte de su padre tan solamente, no heredaràn ende ninguna cosa estonce; porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre, son ciertos, è los de parte de padre son en duda; mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, ouiesse otros hermanos naturales que le perteneciessen de su padre tan solamente, è non ouiesse de los otros que fuessen nacidos de su madre, como èl, estonce estos atales, bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende, si el que assi muriesse, ouiesse hermano natural, è legitimo de parte de su padre, cà estonce este ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales que son de parte de padre tan solamente. Otrosi dezimos, 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 testamento, bien los pueden heredar seyendo ellos mas propinquos parientes.* Por manera, que segun la decision de la dicha ley, nos dà a entender, que muriendo el hijo natural, no te- 260

niendo hermano asimismo natural de parte de su madre, sucederà 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 suceden, sino es faltando hermano legitimo, y natural, ò natural tan solamente de parte de su madre; ò faltando legitimo, y natural de parte de su padre, y todos los demas parientes de parte de su padre vltra de los supradichos, no le pueden suceder abintestato, nisi ex testamento; pero los demas parientes de parte de su madre bien le pueden suceder. Y sobre todos los dichos hijos naturales no pueden suceder a sus hermanos legitimos, y naturales de parte de su padre, aunque no tengan otros parientes; pero en quanto a la sucession ex testamento, bien seràn admitidos no teniendo decendientes, ni ascendientes; y en quanto a la sucession de los hermanos legitimos, y naturales de parte de su madre, seràn admitidos.

261 Y es de notar en esta materia, que aunque es verdad que en la sucession de los ascendientes teniendo decendientes legitimos, los decendientes naturales a la sucession de los dichos sus padres, no concurren con los demas legitimos, y naturales, segun la decision de la dicha ley 9. de Toro; tan solamente se ha de entender en la sucession de los padres, y abuelos de aquella parte, y ansimismo en la de la madre; pero no en quanto la sucession de los abuelos de parte della; porque faltando decendientes legitimos de la dicha madre, han de suceder los naturales tan solamente a los abuelos, y han de concurrir con los demas decendientes de los dichos sus abuelos, representando la persona de su madre, supuesto que los hijos naturales son capaces herederos de las dichas sus madres ex testamento, y abintestato, cuya sucession es forçosa, no teniendo otros decendientes legitimos, y naturales, *d* conforme a la referida ley 9. cuya es admirable limitacion digna de tener en la memoria, como ansi lo nota *Azeued. cum alijs in l. 7. tit. 8. num. 4. lib. 5. nouæ Recop.*

262 Asimismo se puede dudar en la dicha sucession de los hijos naturales, que si el hijo natural muriesse abintestato, y dexasse otro hermano natural hijos de vna misma madre, y padre, este tan solamente deue suceder en los bienes de el difunto (no teniendo madre) y son excluidos asi los hermanos naturales, como legitimos de parte de madre, como de

pa-

padre, y esto por la conjuncion ex vtroque latere: y en caso que sean de diferentes padres, y de vna misma madre, quedando hermano natural, y otro legitimo de legitimo matrimonio de parte de la dicha su madre, son admitidos igualmẽte a la dicha sucession, como assi lo nota *Ant. Gom. in l. 9. relata, num. 49.*

Demas de todo lo supra dicho se aduierte en esta dicha sucession, que muerto el hijo natural, dexando hermanos assimismo naturales ò legitimos, no puedẽ concurrir con los ascendientes que tienen derecho de heredarles, como son la madre, y demas ascendientes de su parte, y por el consiguiente no se pueden desheredar vnos a otros, sino es por las causas del Derecho, y los compete la querella de inofficioso testamẽto, *vt in l. 11. tit. 13. part. 6. & ibi Gregor. Lop. glos. 3. & ita voluit Molin. de iust. & iur. 2. tractat. disputat. 166. num. 10.* 263

§. Sucession de espurios 36.

Y en quanto a la sucession de los hijos espurios, assi como de Clerigos, y Frayles, y Monjas professas, teniendo hermanos de parte de su madre, les seràn capazes sucessores abintestato: lo qual no procede, ni ha lugar en las mismas madres, segun la decision de la dicha ley de Toro; y assimismo no ha lugar en los hermanos espurios de diferentes madres, ni en los hermanos naturales, ni legitimos de parte de su padre, y otros consanguineos, aunque aurà lugar suceder los parientes de parte de la misma madre, *vt ita tenet Ludouic. de Sard. in tractatu legitim. cap. sequitur, de successione spuriorum, versic. 7. quæritur, tenet etiam Andr. de Isern. in §. Naturales ff. de feud. fuer. controuers. & ita videtur Gregor. Lopez inclinari in dict. l. fin. tit. 13. part. 6. glos. 1. in fin. tenet etiam Molin. vbi sup. disputat. 167. num. 20.* 264

Mas se deue notar, que si el que muere abintestato fue cõcebido, y nacido de muger casada, que el Derecho llama hijos adulterinos, no le sucederan 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 priuilegio tan solamente se concede a los hijos naturales, y no a los espurios, y adulterinos, conforme dicho 265

cho es, *vt in cap. tanta, qui filij sint legitim. & ibi Panorm. & cõmun. Doctores, Molina de iustit. & iur. 2. tractat. disput. 165. versic. Illud verò*: lo qual asimismo se estiende la referida doctrina en quanto a la sucession de las madres, y los parientes de aquella parte: porq̃ basta que sea legitimo por parte de qualquiera dellos, *Ant. Gom. in l. 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, serà legitimo el tal hijo por el subsiguiente matrimonio, y serà capaz heredero ex testamento, & abintestato, asi a los dichos sus padres, como a sus parientes, lo qual es al contrario, si quando embiudò era ya nacido el tal hijo, o despues siendo antes del dicho matrimonio. Y para que no se dude quales se digan hijos naturales, para que dissuelto el matrimonio de qualquiera de sus padres, suceda con los demas hermanos, se consideraràn 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 concebidos sus padres podràn casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo.*

267 Cuya doctrina asimismo procede, si el dicho hijo fue concebido, y nacido entre parientes, que el Derecho llama incestuosos, y que sin dispensacion del Papa no podian contraer matrimonio, aunque si antes que naciesse fue alcançada dispensacion, serà legitimo, siguiendose el dicho matrimonio, aunque fuesse concebido antes de alcançar la dicha dispensacion: porque como dicho es, basta qualquiera de los dos tiẽpos, *segun la dicha ley 11. de Toro, & ita probatur in dict. cap. tanta, & in l. nuper, §. Vltim. C. de naturalib. liber. & in authent. quibus mod. natur. efficiũtur sui, §. Si quis igitur dotalia prop. fin. quã doctrinam refert, & sequitur Molin. vbi supr. disputat. 172. vers. Dictum.*

268 Finalmente digo, que faltando hermanos en la forma que dicho es, no siendo ilegitimos, sucederà al hijo espurio que muere abintestato la muger, siendo casados, segun el orden de la Iglesia: y por el contrario si murio la muger siendo hija espuria, asi como hija de Sacerdote, aunque tan solamẽte fuesse de Epistola, ò hija de frayle, ò adulterina, sera el mas cercano heredero su marido no teniendo hijos, ò descendientes legitimos, *vt ita notat Anton. Gomez in l. 8. Taur. numer. 21.*

lo

lo qual yo limito en caso que la tal hija espuria tenga hijos naturales, porque entonces le seràn herederos forçosos ex testamento, & abintestato, y seràn preferidos al dicho su marido, *segun la ley 9. de Toro*, lo qual no se estiẽde en quanto à los padres, porque aunque tengan hijos naturales, no le suceden, sino es ex testamento, *vt in l. 10. ibi.*

§. Bienes troncales. 37.

Y porque en muchas partes de Castilla, en especial en la villa de Sepulueda, y en los demas lugares del Andaluzia, y en todo el Priorato de San Iuan, por leyes, y fueros municipales son excluidos los ascendientes de la sucession de los bienes, y hazienda de sus descendientes, en particular de los bienes ràyzes, è inmuebles, y que por tales en Derecho se reputan, se notaràn algunos casos que muchas vezes se ofrecen, y dificultan en las dichas particiones, de que ha sido causa auerse consumido las haziendas, y patrimonios de los litigantes, vnas vezes por no diuidir, ni hazer buena distincion de los bienes del difunto, dando a cada vno 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 huuiere vso, y costumbre de que los bienes inmuebles, y rayzes de el que muere abintestato, tornan al tronco, y la rayz a la rayz, se deue guardar inuiolablemente assi como ley Real, q̃ en la dicha forma se manda guardar, como se prueba de la ley 6. de Toro, ibi: *Saluo en las ciudades, villas, y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbra a boluer los bienes al tronco, y la rayz a la rayz.* Y aunque es verdad, como dicho es, que este fuero se vsa, y guarda en muchas partes de Castilla, pero con todo esso son muy diferentes las cosas, que demas del dicho fuero ansimismo se acostumbran, y guardan en los dichos lugares: y assi porque es materia necessaria, y de importancia, en especial adonde son vsadas, y guardadas las dichas leyes municipales, me parecio aduertir lo que actualmente se pratica en esta villa de Yeuenes, Orden de San Iuan, demas del fuero principal que al fin se verà, que yo hallè en ella traduzido del mismo fuero de Sepulueda, que su tenor es el siguiente, ibi: *Otrosi todo ome que ouiere de heredar, assi herede el mas cercano pariente, herede, è que sea en derecho, assi como* 269

la ley manda, è que no sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por consejo, aplaciendo a los parientes que auian de heredar el padre, ò la madre onde viene el heredamiento, y la rayz a la rayz, se torne onde viene el heredamiento, essos los hereden como lo deuen de heredar. Cuyas palabras son las contenidas en el dicho fuero de Sepulueda *segun refiere Auendañ. in d. l. 6. de Toro, glos. 11. nu. 10.* cuyo fuero fue ordenado, è instituido por los Reyes don Alonso, y doña Ines: y otros muchos que se hallaron presentes, que fueron los siguientes.

Vermudo Vermudez.	*Gomez Gonçaluez.*
Señor Diagaluarez.	*Aluar Gonçaluez.*
Diago Gonçalez.	*Fan Fañez.*
Rodrigo Diaz.	*Gonça Gonçaluez.*
Pero Morielez.	*Diego Morielez.*
Zi de Diaz.	*Fruela Muñez.*
Pero Fernandez.	*Rodrigo Gonçalez.*
Stephanus Titislauif.	*Don Alfonso Rey.*
Reyna doña Ines.	

270 Y segun el autoridad del dicho fuero, como diximos, es inuiolable por la inmemorial costumbre, y segun parece de las palabras del dicho fuero, ibi: *Y la rayz à la rayz*, nos da a entender que muerto el hijo abintestato, ò otra qualquier persona, tornaràn al tronco los bienes que posseia, y que iure hæreditario le pertenecieron de sus ascendientes, adonde deuen tornar, *vt ita notat Roxas in epitome successionum, cap. 20. n. 11. Azeued. vbi supr. num. 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 sucediendo *in stirpem, & non in capita, vt in l. 3. tit. 13. part. 6.*

272 Y en quanto a la sucession de los hermanos se guardarà el orden de la ley 8. de Toro, en que dize que en la sucession del difunto que muere abintestato, sucederà igualmente los sobrinos con el tio, representando la persona de su padre, y que hasta este grado tan solamente, aya lugar la dicha representacion, como diximos en este capitulo, en el §. 34. n. 2. y en propios terminos lo tiene *Azeu. in l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. nu. 89.* En consequencia de lo qual se puede dudar, si concurriendo a la sucession de los dichos bienes troncales, hermanos de

parte

parte de padre, y madre de vna parte, y hermanos de padre; ò por el contrario tan solamente de la otra, si seràn todos admitidos igualmente como herederos descendientes del tronco. En cuyo articulo parece se deue responder por la parte afirmatiua, considerando las palabras del dicho fuero, ibi: *Y la rayz a la rayz*: y por el consiguiente, las palabras de la dicha ley 6. de Toro, ibi: *A boluer al tronco, y la rayz a la rayz*. Por manera que de su tenor se colige, que tornando los bienes al tronco, que es el primer ascendiente, sucederàn, y concurriran a la dicha sucession todos sus descendientes, assi como si concurrieran hijos de dos madres, ò padres, a la dicha sucession dellas, *segun la ley 22. tit. 6. lib. 3. Fori, concordante la ley 3. & 6. titul. 13. part. 6.* Y assimismo no se deue considerar en este caso aquella conjuncion, y calidad que se considera en la sucession ordinaria, de que los hermanos, ò sobrinos ex vtroq; latere son preferidos a los hermanos que tan solamente lo son de vna parte tan solamente, vt in d. l. 5 citada. Y es la razon, porque en esta sucession tan solamente se tiene atencion a la persona del difunto, y mediante ella suceden sus hermanos en la forma dicha; porque aunque son en igual grado con los demas ex vno latere, son de mejor calidad, por ser de parte de padre, y madre: lo qual no se considera en la sucession del tronco, supuesto que no mediante la persona que muere, sino adonde tornan, se sucede: y esto se verifica en el derecho de acrecer, quando el hermano renunciò la herẽcia de su padre, q̃ por tornar al tronco de dõde vinierõ, q̃ fue su padre, ò madre, han de suceder todos en el derecho de aquella renunciacion, aunque sean de diferentes madres, ò padres, porq̃ basta q̃ sean todos nietos de aquel tronco, supuesto q̃ no sucede mediãte el hermano renunciante, sino mediante el ascendiente de cuyos eran los dichos bienes, *vt ita declarat Bart. in l. Lucius, col. fin. vers. Quæro ff. de vulgar. Bald. in l. cum hoc iure, §. fin. ff. de vulgar quos sequitur, & refert Azeued. in l. 8. Tauri, glos. 3. n. 4. Anton. Gom. 1. tom. cap. 10. nu. 13. vers. Tertio principaliter.* Demas que este fuero de Sepulueda, es semejante a los feudos, y mayorazgos, pues en ellos se sucede iure sanguinis, mediante la persona del primer instituidor: en los quales no se considera esta conjuncion, ni calidad, sino que el mayor sucede, aunque tan solamente sea descendiente ex vno latere, como assi lo dixo *Baldo en quanto a los feudos in l. 1. C. de leg. hæredib. quem sequitur Iacob. Menoch. in*

cons.

cons. 173. *n.* 14. y en quanto a los mayorazgos, lo afirmò *Greg. Lopez in dict. l.* 5. *tit.* 13. *part.* 6. *glos.* 4. *post med. quem sequitur & refert Auend. vbi sup. nu.* 5. Y no haze menos al proposito, que en los bienes troncales, es admitido el hijo natural, no auiendo otros hijos, y descendientes legitimos del dicho tronco. Y es la razõ porque en esta sucession, basta que el que ha de heredar, sea consanguineo del dicho tronco, assi para el efeto de suceder 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, deue ser admitido, con quanto mas titulo, y derecho sucederà el hermano ex vno latere, con el hermano ex vtroque, siendo de mejor calidad que el hijo natural; pues de derecho es incapaz heredero de parte de padre abintestato, como assi lo tiene en quanto a la dicha sucession *Gutierrez lib.*
273 *3. pract. quæst. cap.* 81. *per totum.*

Pero sin embargo de todo lo supra dicho, se ha de tener lo contrario por la parte negatiua, en que de ninguna forma han de concurrir estos hermanos de vna 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 dicho fuero de Sepulueda, contra el Derecho comun, es odioso, supuesto que por el son excluidos los ascendientes de la sucession de sus ascendientes, vt ibi: *Y la rayz*, se ha de interpretar con restriccion, y no se deue ampliar, *vt notat Bart. in l. si verò, §. De viro, ff. de solut. matr.* Y por el consiguiente todas las vezes que el estatuto habla generalmente, deue ser reduzido 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 iure deliberandi, c cum dilectus, de consuetudine.* Y porque assimismo quãdo se trata de perjuizio, siendo omisso en el estatuto, queda en disposicion del Derecho comun, *arg. l. commodissimè, ff. de liber. & posth. Decius in cons.* 334. *n.* 4. *vol.* 3. Y supuesto que el fuero de Sepulueda es odioso, y contra el Derecho comun, no es justo que en lo que no se expresso, no se haga extension, antes se ha de juzgar, segun el Derecho comun, como se deue en nuestro caso, q̃ por no hablar el dicho fuero, sino tan solamẽte en perjuizio de los ascendientes, no se deue estender a lo q̃ por ventura perjudica contra los descendiẽtes de mejor calidad,

lidad, como lo son los hermanos de parte de padre, y madre.

Lo segundo, porque todas las vezes que huuiere estatuto en algunos lugares, que los mas cercanos sean admitidos a la sucession del difunto, se deue reducir al comun entendimiento de el Derecho comun, como assi lo declara *Decius in consil. 444. numer. 16. volum. 4.* De donde se infiere segun Ancarrano, referido por el mismo Decio, que el hermano de parte de padre, y madre han de ser preferidos, segun los dichos estatutos, a los hermanos de parte de padre, o madre tan solamente, *& in simili notat Paul. de Castr. in authent. itaque, circa fin. C. de succes. & etiam sequitur Castil. in l. 8. Taur. vers. Sed quæro.* 274

Lo otro, porque en esta sucession del tronco, en especial en el fuero de Sepulueda, se ha de guardar el orden del Derecho comun, por las razones que adelante se diràn, en la satisfacion de los fundamentos que al principio defendimos por la parte afirmatiua: y porque en terminos lo truxo *Castillo en la ley 6. de Toro litera A.* adonde dixo, que los herederos que son del tronco, ò de la rayz, deuen suceder iure successiuo, segun el orden *del authentica post fratres, C. de legitim. hæredib.* la qual concuerda con la *ley 5. tit. 13. par. 6.* que dispone que los hermanos ex vtroque latere, sean preferidos a los hermanos ex vno tantum. Y assimismo dixo deuian suceder *segun el orden de la ley 10. tit. de las herencias, lib. 3. Fori, y por la ley 7. & 8. de Toro,* que es el orden, q̃ diximos en el §. 34. deste capitulo; lo qual muchas vezes he visto practicar en propios terminos, y por parecer de Letrados doctos, en esta villa de Yeuenes, adonde se vsa, y guarda el dicho fuero de Sepulueda. 275

A lo qual no contradize lo que arriba diximos del derecho de acrecer: porque aunque es verdad que todos los hermanos del renunciante, de qualquier lado que sean, concurren a 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 tornaron, y de quien todos han de suceder igualmente: lo qual es al contrario en el dicho fuero de Sepulueda; pues los bienes que tornaron al tronco fueron posseidos por el difunto: porq̃ aunque es verdad q̃ mediante el tronco, los descendientes de alli les suceden, no impide para en quanto al derecho sucessiuo de representacion por mejor grado. Y menos contradize el dezir, que el dicho fuero de 276

Se-

Sepulueda es semejante a los feudos, y mayorazgos, la razõn es, porque en los dichos mayorazgos, y feudos se sucede por voluntad del primer instituidor dellos, y en el fuero por ley municipal, el qual no se deue estender a mas de lo que suena, como dicho, y probado queda. Y por el consiguiente, menos obsta en que el hijo natural suceda en el derecho del tronco; pues no es cierto el argumẽto del rectrato, supuesto que se dà a entender, que si deue ser admitido, es porque no ay otro decendiente q̃ lo pueda impedir, y ser preferido: lo qual es cierto que aura lugar en los hermanos ex vno latere, quando el que lo es ex vtroque latere no lo contradize: el qual ha de ser preferido iure sanguinis: como assi lo tiene *Montaluo in l. 13. tit. 10. lib. 3. Fori, litera G.* adonde cita el fuero municipal de Sepulueda *en el libro 11. tit. de foro emptionis, l. 4. 5.* y lo mismo tiene *Anton. Gomez in l. 8. Tauri, numer. 8. 2. colum. in medio.* Y aunque es verdad, que el hijo natural es heredero del tronco faltando decendientes legitimos; pero con todo esso se ha de juzgar lo contrario del fuero de Sepulueda, segun sus palabras, ibi: *E que no sea fecho barragana*, y aunque no sea legitimado por el Principe, no deue suceder, sino es que fue ligitimado por voluntad de los parientes que auiã de heredar los bienes troncales, en caso que el vltimo posseedor muriera abintestato, vt ibi: *Fueras ende si fuere fecho fijo por consejo, aplaciendo a los parientes que auian de heredar el padre, o la madre onde viene el heredamiento.*

297 Y si por muerte del difunto concurren a sus bienes dos, ò mas hermanos, el vno de parte de padre, y el otro de parte de madre, siendo bienes troncales los que dexaren, que los heredò de su padre, lo sucedera el hermano, ò hermanos que tuuiere de aquella; y que por el contrario auiendolos sucedido de parte de su madre, los heredaran los hermanos de aquella parte. Y si los dichos bienes fueron adquiridos por el hermano que murio, ò los sucedio de otra persona, fuera de los dichos sus ascendientes, sucederàn igualmente en los dichos bienes los hermanos, no siendo ninguno ex vtroque latere, porque en tal caso, no se considera trõco, mientras los dichos bienes no vienen por via de decendencia, y entonces se sucede, segun el derecho comun, *vt est text. in l. de emancipatis, vers. Exceptis, C. de legitim. hæred. & ibi Bart. & communiter DD. & in l. 6. tit. 13. part. 6.* lo qual se deue limitar, si el hijo que ganò estos dichos bienes tenia

algun

algun ascendiente, porq̃ entonces sucederà en los dichos bienes, puesto que podemos dezir, q̃ el primer trõco es el hijo q̃ las gano, ò adquiriò: lo qual no se puede dezir, q̃ tornaron al trõco, miẽtras no vienẽ por via de ascendencia, como dicho es, *vt ita notat Roxas in epitome succes. cap. num. 11. quem sequitur Gutierrez lib. 2. pract. quest. cap. 98.*

278 Pero ha se de notar que el padre, aunque es verdad que por fin, y muerte de su hijo, pierde la propiedad destos dichos bienes troncales; pero con todo esso deue gozar del vsufruto de ellos, miẽtras viuiere, cõ fianças de boluerlos tales, y tan buenos, *vt ita tenet Azeued. 4. resp. c. 5. n. 5. quem refert & sequitur Gutier. vbi sup lib. 3. c. 78. n. 5. vers. Segundo loco.*

279 Lo qual es al contrario en el fuero de Sepulueda, que no solo tornan al tronco los dichos bienes en propiedad, pero tambien en vsufruto, saluo en los que constante el matrimonio, el padre, ò madre huuieren ganado, porque en estos ha de gozar el padre, o la madre, tan solamente por sus dias, y luego tornan al tronco de quien los ganò, id est, el postrer ascendiente, y esto procede viuiendo el hijo nueue dias, porque si murio dentro dellos, no gozaràn los dichos sus padres de los dichos bienes tiempo ninguno, sino que luego tornan al tronco que los ganò, y esse se reputa por tal y esto se vsa, y guarda del fuero de Sepulueda, que es el que se guarda en esta villa de Yeuenes, y en todo el Priorato de San Iuan: y si estos bienes gananciales de que el padre, ò la madre han gozado, los heredare el hijo por fin, y muerte de su padre, muriendo despues el hijo abintestato, se reputan todos por troncales, jũtamẽte con los patrimoniales, supuesto que han de tornar al postreraicendiente, *vt ita notauit Azeued. in l. 6. Taur. nu. 17. glos. 11. vbi sup. in hoc num.*

280 Y no solo han de tornar los dichos bienes al dicho tronco pero tambien los frutos pendientes que estan en las heredades al tiẽpo de la muerte del vltimo posseedor, *vt ita tenet idem Auend. Gutier. & Azeued. vbi supr.*

281 Assimismo se deue limitar la dicha regla, que recibiendo el marido los bienes dotales, estimados con aquella estimacion que de derecho causò, y celebrò venta, muerto el hijo sucede el padre en los bienes dotales troncales; pues con la dicha estimacion salieron de el dominio de la muger si siguiò el natural de diferente, y diuersa condicion, pues por la dicha venta no puede el padre ser obligado precisa-

mẽ-

mente a dar la misma cosa suelto el dicho matrimonio, sinõ tan solamente el precio della, *vt probatur in l. quoties, C. de iure dotium, & in l. 18. & 19. & 20. tit. 11. part. 4. & ibi Greg. Lop. & ita tenet Castill. in d. l. 6. Taur. glos. la rayz, vers. Quæro etiam: & est ratio, quia pretium rei non dicitur res ipsa, vt est tex. in l. vẽditor ex hæreditate, ff. de hæreditate, vel action. vend. Tiraquel. de retract. lig. §. 1. glos. 1. n. 113.*

282 Y de qualquier manera que los dichos bienes ayan de tornar al tronco, y que como dicho es, sea en perjuizio de la legitima de los dichos ascendientes, pero con todo esso se ha assimismo de limitar, en caso que los dichos ascendientes sean tã pobres, que no tengan de adonde poderse alimentar, porque entonces se les deuen dar alimentos de los dichos bienes trõcales, por ser deuidos de derecho natural, *vt in l. si quis à liberis, ff. de lib. agnosc. Cadunt enim alimenta sub quarto præcepto Decalogi secundum Diuum Thom. 2. 2. q. 122. art. 5. ad tertium, Soto de iust. & iure, 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, *vt ita tenet eleganter Rodrig. Xuar. in l. quoniam in priorib. C. de inofficios. testament. limit. 2. Mantic. de coiect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 22. num. 41. 42. & 43.* Y esto se deue entender hasta la cantidad necessaria, *vt tenet Greg. Lop. in l. 32. tit. 9. p. 6. glos. magna in princ. Ant. Gom. 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 en seña el mismo *Gregor. Lop. in l. 2 glos. fin. vers. Quia ego, tit. 19. p. 4.*

284 Y en quanto a las deudas que dexò el vltimo posseedor de los dichos bienes troncales, se aduierte que se deuẽ pagar pro rata de los bienes que quedaron, aora sean rayzes, inmuebles, semouientes, ò muebles, *vt qui plus habuerit, plus soluat, per legem Celsus, ff. de religios. & sumpt. fun. Roxas vbi supr. capit. 30. num. 25.*

285 Y segun el dicho fuero, ibi: *La rayz à la rayz*: y llamanse bienes inmuebles, y rayzes, todos aquellos que segun su naturaleza no se pueden mouer, sin q̃ primero se destruya su forma, segun la ley 1. tit. 17. p. 2. ibi: *E las rayzes son las heredades,*

des, è las labores, que se non pueden mouer, en ninguna destas maneras que dicho auemos. Por manera, que todas las vezes que es necessario destruir la forma para mouer, y sacar adonde està fixa: y aũque despues de sacada se pueda mouer, es rayz, y por tal se reputa.

De aqui se sigue, que las tinajas, ò cubas que lo estuuieren, y aunque no lo esten, si para sacarse de adonde estuuieren, es necessario deshazerse, ò destruirse su forma, *segun otra ley de Partida, quæ est l. 29. tit. 5. par. 5.* 286

Assimismo se dizen bienes rayzes todas aquellas cosas que estuuieren fixas, y metidas en la frabrica de alguna casa, ò otro edificio, ò mouidas della para tornarse a fixar, saluo si se truxeron de nueuo para la dicha frabrica; porque en tal caso se hã de reputar por bienes muebles *segun otra ley de Partida, quæ est l. 28. tit. 5. par. 5.* 287

De aqui se sigue que los molinos, y sus ruedas y rodeznos, aunque se mueuã, o esten separadas para tornarse a fixar para el dicho efeto, se reputã por bienes rayzes, saluo que si de nueuo se truxeron para el dicho efeto, ò fueron separadas para vsar mas dellas, lo contrario se ha de dizir, *vt ita notat Bald. in cap. contigit, de dolo, & contumacia, & in l. cum fundus, de apell. leg.* 288

Siguese mas de lo dicho, que los colmenares q̃ estan fixos en la tierra y palomares, y estanques de pescado, se dizen bienes rayzes, *vt ita refert Montalu. in l. 1. tit. 20. lib. 3. Fori.* 289

Y los que se reputan por bienes muebles, son aquellos que segun su naturaleza, y sin mudar su forma, se mueuẽ, o se pueden mouer, *vt ita colligitur ex l. 1. tit. 17. par. 2.* 290

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 propiamente inmuebles, y assi se ha de restringir el dicho fuero: *Et ita tenet Aluar. Vaez de iure emphyt. 1. par. quæst. 32. n. 15. vers. Alia insuper, Gutier. de pract. quæst. 83. lib. 3. numer. 8. Greg. in l. 1. glos. 2. tit. 17. part. 2. Villadieg. in sua Politica de la instruccion, cap. 3. num. 69. fol. 25. Autor Curiæ Philipp. 2. par. §. 15. num. 16.* 291

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 el accion se intẽte sobre bienes rayzes, por estar obligados, è hypotecados 292

a la

a la dicha deuda, y aũque sean los dichos bienes troncales por ser tercera especie de bienes, *vt ita notatur per Tiraquel. de retract. lign. §. 1. glos. 7. num. 9. & est commun. secundum Pinel. in l. 1. C. de bon. mater. 1. part. num. 24. Matienç. in l. 6. tit. 6. glos. 1. n. 84. & in l. 7. tit. 11. glos. 1. num. 33. lib. 5. Recop. Gutier. de pract. quæst. lib. 2. q. 146. n. 3. Roman. in l. apud Iulian. §. Sed etsi quis, vers. Circa, ff. ad Trebel.*

293 Reputanse assimismo por bienes muebles, el precio que sucede de la venta de los bienes rayzes troncales, y aun el mismo dinero que estè destinado para comprar otros bienes rayzes troncales, mientras no estuuiere hecha, y celebrada la dicha venta, *vt ita colligitur ex doctrina Castill. in l. 6. Tauri, verb. Al tronco, vers. Quæro*: y dize Gutierrez, *vbi supra, lib 3 quæst. 87.* que aunque con el precio de la dicha cosa rayz se compre otra de la misma calidad, assimismo troncal, no se ha de entender suceder en ella, como en los demas bienes troncales: y esta doctrina se ha de entender, que los bienes que vltimamente se compraron, o 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, o la muger, *vt ita probat Roxas vbi supr. cap. 30. num. 11. in principio.*

294 De aqui se sigue, que trocandose vna cosa por otra assimismo troncal, ha de proceder la dicha doctrina, saluo que si la otra que sucediò en su lugar, no era troncal, y aunque lo fuesse la primera, no sucederà en ella iure 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 Sepulueda: *Et hoc modo doctrina Gutierrez intelligi debet de practic. quæst. q. 88. num. 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 recibiò inestimada: porque aunque es verdad que sigue el mismo priuilegio, y prerrogatiua, que la primera *segun la ley 11. tit. 4. lib. 5. Fori*: pero con todo esso no ha de seguir el primer tronco de los dichos

pri-

primero bienes troncales, sino tan solamente ha de ser el primer tronco la muger, por auerse enagenado por el dicho consentimiento de la muger; y los que sucedieron en su lugar, ser nueuamente adquiridos, segun la supra referida doctrina.

Y esto procede con la misma distincion en la cosa troncal 296
comprada con el dinero dotal, por donde en materia tan odiosa no sigue esta calidad de el primer tronco, sino es empeçando desde la muger; porque el dicho tan solamente se ha de entender en los bienes rayzes heredados abintestato, como de sus palabras se colige, ibi: *T la rayz a la rayz*, aunque en este caso, segun comun opinion de graues 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, *vt ita affirmat Gutierr. lib. 2. quæst. 117. quem sequitur Molin. de iustitia, & iur. 2. tractat. disputat. 433. num. 7.* y en el vno, y otro caso ha de gozar el marido, o la muger del vsufruto dellos, por ser adquiridos constante el dicho matrimonio, como del dicho fuero de Sepulueda se guarda, vt supra diximus.

Y en caso que el marido huuiere vendido, ò trocado la co 297
sa troncal, con otra de la misma calidad, sin licencia de la dicha su muger, siendo assimisma inestimada, tendra eleccion la muger a pedir la misma cosa, ò su precio, aunque estè en tercero posseedor, y ha de seguir el mismo fuero, y tronco, sin que primero sea necessario hazer excursion en los bienes de su marido; y assi lo he visto practicar muchas vezes: y en los mismos terminos ha sido determinado en esta villa de Yeuenes por juezes arbitros, y acuerdo de el Licenciado Diego Vazquez Muñoz, Abogado en la villa de Torrijos, por defensa del Licenciado Iuan Carpio, Abogado, y Comissario del Santo Oficio en este lugar, y villa de Yeuenes, persona de grande doctrina, y opinion, 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 juezes arbitros, y amigos componeres, entre Sebastian Blas, y Francisco Blas, y Maria Garcia, è Isabel Garcia sus hermanos, vezinos de este lugar de Yeuenes, actores de la vna parte, y Iuan Bermejo

vezino deste dicho lugar reo, de la otra parte, visto el compromisso fecho por las dichas partes, y vsando del poder, y facultad, que por ellos nos fue dada, y atento los autos, y meritos deste processo, &c.

FALLAMOS, Los dichos Sebastian Blas, y consortes, auer probado su pretension, como les conuino, y el dicho Iuan Bermejo no auer probado sus excepciones, y defensiones, en cuya consequencia deuemos declarar, y declaramos, ser bienes troncales de Ana Garcia ya difunta, muger que fue del dicho Iuan Bermejo, los contenidos en el memorial, presentado por parte de el dicho Sebastian Blas, y consortes, que està fojas treinta y cinco, y treinta y seis, y treinta y siete deste processo, y està confessado por el dicho Iuan Bermejo, en catorze de Abril de seiscientos y diez y siete años, a fojas treinta y nueue de este dicho processo. Y assimismo declaramos ser bienes troncales, y dotales de la dicha Ana Garcia, el hereñal que està al alberquilla, y haza que està a la vegilla, y haza que està al camino de Lerma, que parece auer recibido el dicho Iuan Bermejo por dote de la dicha su muger, en pago de cierta deuda, y estar sitos en termino de la Orden, donde se guarda, y deue guardar en la sucession el fuero de Sepulueda. En cuya consequencia declaramos auer sucedido en los dichos bienes, los dichos Francisco, y Sebastian Blas, y consortes, por fin, y muerte de Maria hija del dicho Iuan Bermejo, y Ana Garcia, y heredera vniuersal de la dicha su madre, conforme al dicho fuero de Sepulueda. Y condenamos al dicho Iuan Bermejo, que dentro de seis dias de la notificacion desta nuestra sentencia, dè, y entregue, buelua, y restituya al dicho Sebastian Blas, y consortes, los dichos bienes, con que atento que por las escrituras de trueques, presentadas en este pleyto, parece auerse trocado algunos de los dichos bienes troncales, por otros bienes rayzes, sitos en el termino, y jurisdicion de la Orden, deuemos de mandar, y mandamos, que los bienes que el dicho Iuan Bermejo recibiò en el dicho trueque, los buelua, y restituya enteramente despues de sus dias, y vida, a los dichos Sebastian Blas, y consortes: y lo mismo se entienda auerse de guardar, y cumplir en quanto a las tres possessiones, que constante el matrimonio entre los dichos Iuan Bermejo, y Ana Garcia recibiò en pago de la dicha deuda, por aumento de dote de la dicha Ana Garcia: los quales dichos bienes troncales, y auidos en pago de la dicha deuda, declaramos auer de restituir el dicho Iuan Bermejo a los dichos Sebastian Blas, y consortes, despues de sus dias, y vida, sin tener para si cosa alguna. Y atento, que el dicho Iuan Bermejo es heredero de la dicha Maria su hija, declaramos estar obligado a la pa-

paga del censo, que sobre los bienes de la dicha Ana Garcia està impuesto, y cargado en fauor de Catalina Lopez, y a sacar indemnes del dicho censo los dichos bienes troncales, con que los dichos Sebastian Blas, y consortes contribuyan a la paga, quita, y redencion dèl, a rata del valor que tienen los bienes troncales, que por esta sentencia les van adjudicados, respeto de la demas hazienda que el dicho Iuan Bermejo huuo, y heredò de la dicha su hija. Y atento assimismo, que la dicha Ana Garcia en su testamento dexò, y mandò al dicho Iuan Bermejo su marido, el remanente de el quinto de sus bienes, mandamos, que aya el dicho quinto, assi en bienes troncales, como en no troncales, ratcando el valor de lo que huuiere de auer, en los vnos, y en los otros, respeto de la estimacion de todos los bienes, por muerte de la dicha Maria. Y con esto absoluemos, y damos por libres a las dichas partes, de todas las demas pretensiones que tiene la vna contra la otra, y la otra contra la otra. Y mandamos que estèn y passen por esta sentēcia precisamente, so las penas del compromisso: las quales pagadas, ò graciosamente remitidas, toda via se guarde, y cumpla, y execute lo contenido en esta sentencia, arbitrandolo, y cōponiendo. Assi lo pronunciamos, y mandamos.

Iuezes, Diego Palacios. Francisco Lopez. Assessor, el Licenciado Diego Vazquez Muñoz.

299 Y lo que se aduierte desta sentencia, que todas las vezes q̄ el padre, ò la madre deue gozar por sus dias del vsufruto trōcal, ganado, ò nueuamente 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 vso.

300 Y assimismo se deue notar, que este fuero tan solamente ha lugar abintestato, probandose primero, y no ex testamento, aunque ninguno puede poner condicion en su testamento, que no se guarde, y aya lugar el dicho fuero, y leyes municipales, en la sucession de sus bienes, sino es que los dexa vinculados, ò debaxo de institucion de mayorazgo, como en el capitulo sexto deste segundo libro diximos; pero bien podra el padre testar por el hijo, no solo en los bienes troncales suyos; pero en los demas que el hijo adquiriere, ò heredare de qualquiera de sus ascendientes, muriendo en la edad pupilar de catorze años, siendo varon, y doze siendo muger, vt supra en el cap. 8. num. 8. diximos.

301 Y esto procede, aunque los bienes estèn en el lugar adon-

de su guarda el dicho fuero, y el q̃ muere abintestato, estè en otra jurisdicion, adonde no estè en costumbre el dicho fuero, y ley municipal, *vt ita notat Roxas vbi sup. cap. 30. n. 12. Tellus in l. 6. Tauri, num. 70. Azeued. in l. 1. tit. 8. lib. 5. num fin. lib. 5. nouæ Recopilationis.*

302 Finalmente se ha de notar, que todo aquello que fuere contrario de todo lo dicho en el lugar de el dicho fuero, y se probare, que esso se ha de guardar, *vt ita notat Gutier. ibi supr. quæst. 8. 7. in fin.*

FVERO QVE SE OBSERVA, Y GVARDA EN ESTA VILLA DE YEVENES, ORDEN DE SAN IVAN, Y TODO su Priorato, traducido de el fuero de la villa de Sepulueda, que en sustancia es sobre lo que queda escrito.

ET Quilibet filius hæredet bona patris, & matris, tàm in re mobili, quàm in radice, & pater, & mater bona filij in mobili; pater enim non habet hæreditare radicẽ filij, quæ eum de patrimonio contigerit: aliam autem radicem, quã parentes simul acquisierunt, habet parens hæreditare superstes omnibus diebus vitæ suæ iure filij, si filius per nouem dies vixerit: post mortem autem parentis radix redeat ad radicem (id est, ad parentẽ, qui radicem lucrabit) quod licèt parens superstes habeat hæreditare hanc radicem omnibus diebus vitæ suæ, tamen quia ad radicem habet redire, det fideiussores, quòd 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 tàm ex testamento, quàm abintesteto, aora sean muebles, inmuebles, ò rayzes: 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 rayzes heredados de su patrimonio (hoc est, muriendo el hijo abintestato, alias secus) y que los demas bienes rayzes ganados por los dichos sus

pa-

padres, sean successibles, y los goze el superstite por los dias de su vida, dando fianças de boluerlos indemnes luego que muera, y esto con tanto, que el hijo heredero de los dichos bienes viua nueue dias desde el dia que heredo, y que estos bienes rayzes bueluan al tronco que los ganò.

§. Prescripcion. 38.

Y para que se dè fin, assi a la materia referida, como a la conclusion de lo que pretendemos probar en el principio de este capitulo, de que nos dio que dudar la *ley* 80. *tit.* 18. *part.* 3. dandonos causa el traer a 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 ya que se truxeron a particion de ellos, no se dispusieron conforme a la disposicion de el Derecho, ò voluntad de el testador, entonces, sin embargo de la excepcion de replicatione diuisionis, podra tratar qualquiera de los dichos herederos, è interessados, de la reformacion de aquella enmienda, 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 agrauio, 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. in debit. & ita notat Montalu. in l 8. tit. 4. lib. 3. Fori, glos. Desfecha.* 305

Y en caso que alguno de los dichos herederos pida reformacion de la dicha particion, alegando, que aunque no se ocultaron bienes algunos en los que le adjudicaron, o respeto de los demas bienes, y herederos fue leso, y engañado, entõces 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 deue ser oido, y caso que lo alegue, y no lo pruebe, no deue ser reformada la particion, como en los demas contratos, *segun la ley* 2. *Cod. de rescindend. vendit.* Y siendo hecha la particion por titulo de transaccion, y la lesion excedio de la mitad del justo valor, y precio, aunque sea jurada, aura lugar su remedio, *vt ita notat Petrus Sen. de assecura. & Spons. merca.* 5 *part. num.* 4. *Gutierr. pract.* 306

practic.quæst.lib 2 quæst.141.per totam, quos sequitur, & refert Villadieg.in Politica forma de libelar,num.139.versic. Y no aurà lugar,fol.248.

305. Lo segundo, que este remedio de la lesion se ha de intentar dentro de quatro años, como fuere otorgada, ò aprobada la dicha particion, *vt ita notat idem Gutierrez vbi sup.quæst.* 143. adonde dize, que passado este dicho tiempo no se puede intentar, aunque sea por via de excepcion, *Villadieg. vbi sup. versic.Puedese intentar.* Saluo si la lesion fue enormissima, que entonces se puede intentar dentro de treinta años, aunque la dicha particion estè jurada, *vt ita notat Villadieg.vbi sup. vers. Y siendo enormissima*: solo se ha de notar, especialmente, quando no interuino juramento: que si el heredero intentò esta accion dentro de vn año de como fue aprobada la particion, alegando, y probando fue leso, y engañado en la sexta parte de la cantidad que le deuia pertenecer, que entonces ha de ser oido; y caso que lo pruebe, ha de ser reformada la dicha particion, y deshazer el agrauio, *per text.in l.si soror,C. de col.& ita notat Molin.de iustitia,& iur. 2.tract.disp.245.num.11.* Y esto mas se practica en Portugal.

306 Lo tercero, que ha de considerar el juez, si es menor de 25. años el que pide esta lesion, y agrauio; porque siendolo, aunque no exceda de la mitad de lo que fue agrauiado, ha de ser restituido desde el dia que otorgò, y aprobò la dicha particion, hasta cumplir veinte y nueue años, *vt probatur in l.8. tit.4 lib.3. Fori,& ibi Montalu. glos. No fuere de edad, Molin. vbi supr. num.fin. in fin.* saluo el menor (extra del contrato de la transaccion, vt supra diximus) huuiere jurado la dicha particion, como menor, secus sino le huuiere jurado como tal; porque todavia tendra la misma restitucion, *vt ita concludit Matienç. in l.1.glos 8.num.50.tit.11.lib.5. Recopilat.& 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, vt suprà est dictum, pidiendo relaxacion ad effectum, agendi, & exci-
307 piendi.

En conclusion, si alguno de los dichos herederos, pidiendole trayga a particion, y diuision los bienes que possee, y alegare prescripcion, sin embargo de la dicha excepcion, los ha de traer a particion con sus coherederos, auiendo razon legi-

tima

tima. Y es la razon, que las cosas comunes no siendo partidas, no se prescriuen por ningun tiempo, *como se prueba en la ley 5. tit. 15. lib. 4. Nouæ Recopilat. & ibi Azeued. num. 1. cum pluribus alijs.*

La qual doctrina se ha de limitar, quando el posseedor de los bienes alegare, y probare, que la particion fue hecha, ò se presumiere auerse hecho, por estar posseyendo los demas herederos algunos de los bienes del difunto, que entonces con aquella buena fee, y siendo passados diez años entre presentes, y ciento entre ausentes, no ha lugar el hazer la dicha particion, aunque parezca que los demas herederos fueron lesos; pues demas de que les pudieron dar otros bienes que ayã gastado por el lapso del tiempo, cessa la excepcion, ò accion de la lesion, sino es probando los dichos herederos, que nunca fueron partidos los dichos bienes, ò que no posseen parte dellos, *vt omnia probantur per Doctores in dict. l. 5. tit. 15. lib. 4. Recopil. Montalu. in dict. l. 8. tit. 4. lib. 3. fori, gloss. No ay escrito, in fin. Ayora de partit. 3. part. quæst. 30. per totam, Ant. Mon. in l. si aquam, num. 34. Cod. de seruit. & aqua, Gutierr. in repetit. l. nemo potest, num. 211. ff. de legat. 1.* Los quales afirman, no corrige, ni deroga la dicha ley 5. de el Reyno a la glossa de la ley si maior, C. comm. diuid. en su decision. Dando fin a este sumario tratado, adonde en tan pequeño volumen van resueltos tan infinitos, è innumerables casos contingentes en el Derecho, y oficio de Escriuanos y Abogados. A honra, y gloria de Dios Nuestro Señor, y de la Virgen su Madre. Agosto 2. de 1624. 308

Benedictus Deus cum Virgine Matre.

TABLA

DE LO MAS ESSENCIAL, Y NOTABLE, QVE EN ESTE PRIMER Libro, sobre el tratado de clausulas, se trata; y en lo que no se hallare, vease la letra Clausulas.

Acciones.

ACCIONES, y derechos, que genero de bienes sean, y si se comprehenden en los bienes muebles, è inmuebles, cap. 3. lib. 1. num. 13. & 14. fol. 20.

Acumulacion.

Acumulacion, quando, y en que forma se deue hazer, c. 1. lib. 1 num. 74. 75. folio 14.

Arrendador.

Arrendador, si puede ser echado de la casa por la segunda enagenacion della, y en que casos no aurà lugar, c. 13. lib. 1. n. 5. fol. 18.

Arrendador, si puede ser echado de la casa para el vso, y viuienda del señor della, ibi num. 9. fol. 19.

Arrendador si està obligado a los casos fortuitos, cap. 17. num. 1. & 2. fol. 50.

Arrendador si està obligado a los casos fortuitos, que suceden por descuido, y culpa de sus criados, ibi num. 5. fol. 51.

Arrendador de mula, o cauallo, si està obligado a los casos fortuitos, y quando, ibi num. 7. fol. ibid.

Antelacion.

Antelacion, si tiene el acreedor en la cosa comprada con su mismo dinero, cap. 3. num. 12 fol. 20.

Antelacion si tiene el segundo acreedor en las acciones, y derechos de su deudor, no siẽdo obligados al primero, cap. 3. num. 15. fol. 20.

Casos fortuitos.

Casos fortuitos, è inopinados, si se pueden renunciar, cap. 16. num. 2. 3. fol. 48.

Casos fortuitos, quales se dizen en el Derecho, cap. 17. num. 1. 2. 3. 4. fol. 50. y 51.

Cession de acciones.

Cessiõ de acciones, si se puede pedir al principal, para cõtra los demas cõsideiussores, c. 17. n. 8. fol.

8.fol.51. Y por la dicha decision sucede el cessionario en su lugar de antelacion, y perrogatiua: y si ha lugar assimismo en los poderes en causa propia, ibi n.11.fol.54.

Cession de acciones, si se puede dar sin titulo, y causa, c.38 nu. 1.fol.110.

Cesiõ de acciones, y poder en causa propia si es necessario para q̃ siga su efeto, que ayan precedido del cessionario, siendo otorgado por causa lucratiua, ibi n.2.fol.111.

Cession de acciones, y poder en causa propia, si puede ser reuocado por el cediente, ibi n.3. fol.111.

Clausulas.

Clausulas, quales sean, q̃ sin voluntad de los cõtrayentes pueden ser escritas, y ordenadas, en todos, y qualesquier cotratos c.1.n.61.fol.2.

Clausulas ordinarias, siẽdo omissas, y oluidadas en los dichos contratos, si se juzgaran por escritas, ibi n.62.fol.12.

Clausulas siẽdo ordenadas en fin de la escritura, si es visto referirse a las precedentes, ibi nu. 63.fol.12.

Clausulas si siendo ordenadas en medio de las dichas escrituras serà visto assimismo referirse a las precediẽtes, ibi n.64.f.13

Clausulas siendo ordenadas para difirẽtes fines, si assimismo se refieren a las passadas escritas, ibi n.65.fol.13.

Clausula siendo ordenada, y escrita en cierta parte de lo que se dispone, si se ha de entender referirse a lo que parece, y se cõjetura, fue voluntad de los cõtrayentes, ibi n.66.fol.13.

Clausulas generales, si es visto referirse a las especiales, ibi n. 67 fol.13.

Clausula siendo ordenada para vn solo fin si es visto estenderse a otros dissimiles, y no semejantes, ibi n.68 fol.13.

Clausulas dudosas, en que forma y manera se deuen probar, y si bastarà la declaracion del Escriuano para la dicha prueba, ibi n.70 fol.13.

Clausula de non alienando, de q̃ efeto sea en los contratos de enagenacion, c.3.n.6.fol.18.

Clausula de non alienando, de que efeto serà en los contratos de censo, cap.32.lib.1.num.6. fol.91.

Clausulas de subscripcion de todas, y qualesquier escrituras, y testamentos, en que forma deuen ser ordenadas, cap.1.nu. 2.fol.4.

Clausulas de los juramentos que se interponen a los contratos, que de su naturaleza se requieren, con que palabras deuen ser ordenadas, cap.2.num.1. fol.14.

Clausula de la especial, y general hypoteca, en que manera deue ser escrita, y ordenada, para que se siga su efeto, cap.3. num.1.fol.17.

Clau

Clausula, con la qual quedan obligados los menores en todos, y qualesquier contratos por los dichos otorgados, con que solemnidad han de ser ordenas, cap. 5. num. 1. fol. 20.

Clausulas de renũciaciones de herencias entre padres, è hijos, en q̃ forma se deuen escriuir, y con que palabras se deuen ordenar, c 6 n. 1. fol. 23. & ibi n. 12. fol. 25.

Clausula, por la qual los hijos renuncian el beneficio del Macedoniano, con que palabras deue ser ordenada, para que los hijos familias queden por los empreſtidos obligados, cap. 7. num. 1. fol 27.

Clausulas de emancipacion, en q̃ forma, y con que solenidad se deuen celebrar, y ordenar, cap. 8. num. 1. fol. 28.

Clausulas, como deuen ser ordenadas, para que los adultos, y mayores de 14. años puedan otorgar donaciones por causa y temor de muerte, cap. 9. n. 1. fol. 30.

Clausulas para que las mugeres de qualquier calidad que sean, queden obligadas, en que forma han de ser ordenadas, cap. 10. num. 1. fol. 32.

Clausula para que los contratos comissarios no se juzguen por nulos, en q̃ manera se deuen otorgar, y ordenar, cap. 12. n. 1. fol. 40.

Clausula para que cesse el remedio de la lesion de la mitad mas, ò menos del justo valor, y precio de la cosa vẽdida, y enagenada, con que palabras deuen ser ordenadas, cap. 13. nu. 1. fol. 41.

Clausulas para que se trãsfiera el dominio de la cosa vendida, en que forma se deue ordenar, cap. 14. numer. 1. fol. 43. & ibi num. 5.

Clausulas de euiccion, con q̃ palabras deuẽ ser ordenadas, para que el vendedor no solo sea conuenido al interes principal; pero tambien à las costas, interesses, gastos, vtiles, necessarios, y voluntarios, y mas el duplo del valor de la cosa vendida, y por via executiua, cap. 15. num. 1 fol. 44.

Clausula para que no aya remedio el derecho de la esterilidad, como deue ser ordenada, cap. 16. num. 1. fol. 48.

Clausula, por la qual se renunciã los casos fortuitos en los contratos de arrendamientos, como se deue ordenar para q̃ siga sus efetos, cap. 17. num. 1. fol 50.

Clausula de la mancomunidad, y renunciacion de la autentica presente, C. de fideiussorib. y renunciacion de la excursiõ, y diuision, en que forma se deue ordenar, cap. 18. n. 1. fol. 52.

Clausalas de fianças de la haz, y pagar lo juzgado, y sentenciado, como deuen ser ordenadas, c. 19. n. 1. fol. 56.

Clusula en que forma se deue ordenar

denar, para que sin embargo que el contrato principal se de por nulo, quede obligado su fiador, c 20 n.1 .fol.59.
Clausula sobre la renunciacion de la insinuacion de las donaciones que exceden de los quiniẽtos sueldos, de que efeto sea en estos dichos contratos, cap. 21.n.1.fol.61.
Clausula si se puede dar para que las donaciones no se reuoquen en todo por el nacimiento de los hijos del donante, y en que forma se deue ordenar, c. 22. n.1.fol.63.
Clausulas con que palabras deuen ser ordenadas, para que las donaciones por causas de ingratitud, no puedan ser reuocadas, cap. 23. num. 1.& 7. fol.64.
Clausula cierta, si se puede dar, para que valgan, y sean perfetas las donaciones otorgadas de todos los bienes, presentes y futuros, cap.24 num.3 .folio 66.
Clausulas con que palabras deuẽ ser ordenadas, para que las donaciones otorgadas por causa de muerte queden perfetas, e irreuocables, cap. 25.num. 1. fol.68.
Clausula si se puede dar, para que las donaciones otorgadas entre marido, y muger sean perfetas, y validas, cap.26.nu.1. fol.70.
Clausulas adinuicen de succedẽdo, otorgadas entre marido, y muger, y otras personas particulares, en que forma se deuen ordenar, para que tengan efeto, aunque sea en perjuizio de ascendientes, cap.27. num.1. fol.78.
Clausula de la renunciacion del priuilegio, y exempcion de la hidalguia, en que forma se deue ordenar, cap. 28. num. 1. fol.80.
Clausula sobre la renunciacion del capitulo Odoardus, de solutionibus, en que manera, y con que palabras deue ser ordenada para que siga su efeto, c.29 n.1 fol.82.
Clausula cierta si se puede dar, para que se pueda executar la pena conuencional, c.30.n.1. fol.83.
Clausula de compromissos, en que forma deuen ser ordenadas, cap. 31. num.1.fol. 62.& in 8.fol.88.
Clausulas de censos, quales se juzgan por licitas, ò injustas, c.32. per totum, fol.90.
Clausulas de retrovendendo, & adiectionis in diem, & legis commissoriæ, en que forma deuen ser ordenadas, cap.33. nu. 1.fol.98.
Clausulas con que palabras deuẽ ser ordenadas, para que no se rescinda el tronco de venta de algun cauallo, ò mula, por enfermedad, ò vicio que tenga cap 34.num.1.fol 101.
Clausulas ciertas, si se pueden dar para que no se prescriua la accion

cion personal, y el derecho de executar, c. 35. n. 1. per totum fol. 105.
Clausula con general, y libre administracion, con que todos, y qualesquier poderes son ordenados, y otorgados, de que efeto sea, cap. 36. n. 1. fol. 107.
Clausula de la excepcion de la nō numerata pecunia, en que forma se deue ordenar, cap. 37. n. 1. fol. 109.
Clausula de cession de acciones, y de poder en causa propia, en que manera se deue ordenar, cap 38. n. 1. fol. 110.
Clausulas en que forma se deuen ordenar, para que por sus palabras se cause nouacion, y delegacion del primero, y precedente cōtrato, c. 39. n. 2 f 112
Clausula en q̄ forma se deue ordenar, para q̄ precisamente sea apremiado el deudor a pagar en el especie a que se obligo, cap. 40. n. 1. fol. 114.
Clausula con que palabras se deue ordenar, para q̄ precisamēte los esposos cumplan las palabras del matrimonio, ò paguē las arras, y señal que prometieron en pena de no cumplirse, c. 41. n. 1. f. 116.
Clausulas de los finiquitos de los tutores, y curadores, otorgados en su fauor por sus menores, si deuen seguir su efeto, aū que no conste ser justamēte dadas las cuētas de la administraciō de los bienes de los dichos sus menores, c. 42. nu. 1. per totū, f. 121.

Censos.

Cēsos si se puedē imponer sobre bienes muebles, y semouiētes, cap. 32. n. 2. fol. 90.
Censos si se puedē vēder por deudas antiguas, ibi n. 4. fol. 90.
Censos si se puedē vēder con renunciacion de su paga, y si se requiere testimonio, y fe del Escriuano, ibi n. 3. fol. 90.
Censos si se pueden imponer con condicion que los reditos que no se pagaren, se incorporē en el principal, para efeto que se paguen reditos de reditos, ibi n. 25. fol. 95.
Censos si se pueden vender con condicion, que el vendedor tēga obligacion al tiēpo de la retencion, de pagar su precio en mejor moneda, y demas valor ibi n. 27. fol. 96.
Censos si se puedē redimir en parte, y quando no, ibi n 27. 28. fol. 96.
Censos si se pueden imponer cō pena de caer en comisso, ibi n. 29. 30. fol. 96.
Censos si se pueden imponer, cō cōdicion q̄ se pueda sacar la cosa hypotecada siendo vendida por el tanto, ibi n. 31. fol. 97.
Censos quando se pueden juzgar por ilicitos, y vsurarios, ibi n. 32 fol. 97.

Conjeturas.

Conjeturas si hazen entera prueba, y fue, no siendo contra derecho, cap. 1. num. 37. fol. 9.
Conjeturas si se deuen hazer, segun

gun en natural del contrato, ibi n.38.fol.9.
Conjeturas siendo diferentes, y dudosas, si se prefiere la de mejor propiedad al natural del crotrato, de que se dificulta, y trata, ibi n.39 fol.9.
Conjeturas, è interpretaciõ, si se deue hazer segũ fuero, y costũbre, ibi n.40 fol.9.
Conjeturas, e interpretaciõ, si se deue hazer demanera q̃ no se destruya lo forma de lo que se trata, ibi n.41.fol.9.
Conjeturas, è interpretacion, si se deue hazer antes de lo que de la voluntad de los otorgantes se pudiere aueriguar, q̃ de lo q̃ fuere escrito, siendo dudoso, ibi n.42 fol.9.
Conjeturas si se pueden hazer, si dellas resultar puede algũ perjuizio, y daño contra las partes otorgantes, ibi n.43.44. f. 9.

Compensacion.

Compensacion, si ha lugar en las causas de euiccion, gastos vtiles, y necessarios, como los frutos, y arrendamientos, cap.15. num.5.fol.45.
Compensacion si ha lugar en mejoras con arrendamientos, en caso que en tercero posseedor aya posseido cõ buena fè, c.32 n.15.fol.93.

Compromissos.

Cõpromissos, si son licitos, y con que clausulas deuen ser ordenados, c.31.n.1.fol.86.

Clerigos.

Clerigos siẽdo posseedores de los bienes especialmente hypotecados, si pueden ser conuenidos ante los juezes seglares, c. 32.n.9.fol.92.
Clerigos tutores, y curadores ante que juez deuen dar la cuẽta de los bienes de sus menores, c.42.n.18.19. & 20. fol.123.

Contratos.

Contratos otorgados entre padres, è hijos, si son validos, c.6 n.15.16.17.18.19.20.fol.26. 27.

Curador.

Curador si puede cõprar los bienes de su menor, y si serà valido el dicho cõtrato, y enagenacion, q̃ entre los dichos se otorgare, y celebrare, c.5.nu.4 fol. 22.

Cuentas.

Cuentas q̃ se deue tomar a los tutores, y curadores de los bienes de sus menores, si ha de ser cõ el rigor de las leyes pupilares cap.42.num.15.fol.123.
Cuẽtas quãdo se les deue tomar a los dichos tutores, y curadores, ibi n.16 fol.123.
Cuentas que los dichos tutores deuen dar, si son obligados a darlas en el lugar que administraron los bienes de los dichos sus menores, ibi num.17. fol.123.
Cuentas que los dichos tutores, y curadores tienen obligacion a dar, si pueden ser remitidas

por

por los padres de los menores, ibi n. 21. fol. 124.
Cuenta, si se le deue pedir a la madre tutriz, auiēdole sido remitida por su marido, ibi nu. 22. fol. 124.
Cuentas si tiene obligacion el padre a dar el administracion de los bienes de sus hijos, ibi nu. 23. fol. 124.
Cuētas, si se deuē recibir, sinque primero se manifiesten los inuentarios, y libro de cuentas de los dichos tutores, y curadores, ibi n. 27. 28. fol. 124.
Cuētas, si se les deue tomar a los tutores, y curadores de los frutos, y arrendamientos de los bienes de sus menores, ibi nu. 30. fol. 125.
Cuenta, si se les deue tomar de los interesses licitos del dinero que entrò en su poder, ibi nu. 31. 32. 33. 34 fol. 125.
Cuēta, si se deuen dar de las escrituras que ricibieron de sus menores, ibi n. 35. fol. 126.
Cuenta, si deuē dar de los bienes rayzes q̄ huuierē vendido, sin autoridad de juez, ibi num. 36 fol. 126.
Cuenta, si deuen dar de las deudas que huuieren cobrado en nombre de los dichos sus menores, ibi n 44. fol. 127.
Cuenta si se les deue tomar de las cosas que por su culpa, y negligencia se cayeron, y destruyeron, ibi n. 45. & 47. fol. 127.
Cuenta, si deuē dar de lo que huuieren gastado en los pleytos de sus menores, sin acuerdo de Letrado ibi n. 46 fol. 127.
Cuenta, si se les deue pedir de los salarios que los dichos menores huuieren ganado por razon de sus soldadas, ibi. n. 48. fol. 127.
Cuēta, si se les deue tomar de los arrendamientos de las casas en que los dichos tutores, y curadores huuieren viuido, q̄ eran de sus menores, ibi nu. 49. fol. 127.
Cuentas, si se deuē emendar por razon del error de la suma, ò por otro qualquier error, y engaño, ibi n. 67. fol. 130.
Cuentas de particulares en que forma, y con que solenidad se deuen tomar; ibi num. 76. 77. 78. fol. 131. y 132. Vease la letra, Descargo, ibi n. 50. cum sequentibus, fol. 128.

Delegacion.

Delegacion, si ha lugar siendo la deuda incierta, cap. 39. nu. 6. fol. 112.

Despojado.

Despojado, siendo el posseedor sin ser citado, ni vendido, si ha de ser ante todas cosas restituido, c. 32. nu. 21. 22. 23. 24. fol. 95.

Deudor.

Deudor en que genero de moneda tiene obligacion a pagar, c. 11. n. [illegible] fol. 37.

Dominio.

Dominio de la cosa vendida si se transfiere por gastar de la mercaderia, ò por entrego de las llaues, cap. 14. n. 2. fol. 43.

Dominio de la cosa vendida, si se trãsfiere por el yerro, y señales y por entregar la escritura de la venta, y enagenacion, ibi n. 3. 4. fol. 43.

Dominio, si se tranfiere ansimismo por la clausula constituti, ibi n. 5. fol. 45.

Dominio, si se trãsfiere por la especial hypoteca de la cosa vendida, ibi num. 6. fol. 45. Y si por la ciencia del segundo cõprador de la cosa primeramẽte vendida, serà preferido en ella, auiendole sido entregeda, ibi n. 7. fol. 46.

Donaciones.

Donaciones, si para ser validas en excesso de los quinientos sueldos, deuen ser insinuadas, cap. 21. num. 1. 2. fol 61.

Donaciones en que casos seràn validas, aunque excedã de los dichos quinientos sueldos, sin ser insinuadas, ibi num. 3. fol. 61.

Donaciones si se reuocan por el nacimiento de los hijos, c. 22. num. 1. 2. 3. fol. 63. Y si por la muerte de los dichos hijos, y decendientes nacidos despues tornaràn a reuiuir las dichas donaciones, ibi n. 5 fol. 64.

Donaciones, si por causas de ingratitud se pueden reuocar, y quales sean estas causas, cap. 23. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. fol. 64. 65.

Donacion de todos los bienes, si serà valida, y en que casos se podrà limitar la ley del Reyno, que lo prohibe, cap. 24. n. 1. 2. 3. 4. 5 6. fol 66.

Donaciones otorgadas por causa de muerte, si se podran reuocar, y quando es visto quedar irreblocables, cap. 25. n. 1. 2. 3. fol. 68.

Donaciones por causa de muerte celebradas, si es necessario para que valgan aceptarse expressamente, ibi n. 4. f. 68. Y si por el entrego de los bienes se deue juzgar por irreuocable, ibi n. 6. fol. 68.

Donaciones otorgadar entre marido, y muger, si son validas, y si se confiman con la muerte del donante, cap. 26. numer. 1. fol. 70.

Donaciones otorgadas entre el poso, y esposa de futuro, si se cõfirman luego q̃ son otorgadas, aunque el matrimonio no se siga, ibi n. 2 fol. 70.

Donaciones otorgadas entre esposos de presente, si se confirman luego que se otorgã, ò se deuen juzgar, assi como donaciones otorgadas entre marido, y muger, constante el matrimonio. ibi n. 3. fol. 71.

Donacion prometida a la muger por aumento de su dote, si se puede reuocar, ibi n. 4. fol. 71.

Donacion otogada por causa de remuneracion, si se podrà reuo-

uocar, ibi nu.6 fol.72. Y si en las dichas donaciones, se requiere insinuaciõ, ibi num.7. fol.72.

Donacion otorgada entre marido, y muger, con condiciõ que la goze otro tercero a dia cierto, si se podrà reuocar, ibi nu. 8.fol.72.

Donacion si se presume entre marido, y muger, pagando el vno por el otro las deudas que deuian antes de su matrimonio, ò lo que gastaron en leuantar, ò adereçar las casas, o edificios caidos, ibi nu.7.10.& 11. fol.72.

Donaciones entre marido, y muger si para ser validas se requiere tradicion, y possessiõ dellas, ibi n.15.fol 73.

Donaciones entre marido, y muger, si pueden ser otorgadas en perjuizio de acreedores, ibi n. 16.fol.73. Y en que casos sera la muger preferida, siẽdo otorgadas en su fauor, ibi num.17. fol.73.

Donaciones otorgadas entre marido, y muger, si se confirman con la muerte del donante, aũque muera abintestato, ò el heredero no quiera aceptar la herencia, o muriendo ciuilmente, ibi num.20.21.fol.74. Y qual dellos es visto morir antes, muriendo por alguna desgracia, ò naufragio, ibi nu. 25.fol.74.

Donacion entre marido, y muger si serà valida quando el donante la otorgò con temor de perder sus bienes por algun delito, que preuenido tenia, ibi n. 22.fol.74.

Donaciones otorgadas entre marido, y muger si se confirman por el estado de la Religion, ibi n.23.fol.74.

Donaciõ otorgada por el hijo familias, de consentimiento, y voluntad de su padre, en fauor de su madre, si serà irreuocable, ibi n.24.fol.74.

Donaciõ entre marido, y muger, si es visto auerse reuocado, hypotecãdo en donãte la cosa donada, ibi n.26.fol.74.

Donaciones entre marido, y muger, si pueden ser otorgadas en perjuizio de decendientes, y ascendientes, y si deuen ser insinuadas, ibi n.29.fol.75.

Donaciones entre marido, y muger, siendo cõfirmadas por testamento, con que palabras lo deuen ser, para que no se juzguen por legados, y mãdas, ibi n.30.fol.75.

Donaciones entre marido, y muger, de los bienes gananciales si es valida, ibi numer.31.folio 75.

Donaciones entre marido, y muger, si se confirman con el juramento, ibi n.35 fol.75.

Donaciones entre marido, y muger, en que forma, y manera, y porq̃ causas pueden ser reuocadas, ibi n.36.37. cum alijs sequentibus, fol.75.cum alijs.

Dote.

Dote.

Dote confessada, y numerada, si se presume donacion entre marido, y muger, cap. 26. nu. 14. fol. 72.

Enagenar.

Enagenar, si puede el marido los bienes de la muger, sin consentimiento della, y si bastara el tacito consentimiento, cap. 10. num. 20. fol. 35.

Emancipacion.

Emancipados si pueden ser los hijos por sus padres, y de que edad, y con que solenidad: y si por el premio dela dicha emãcipacion deue gozar el padre de alguna parte del vsufruto de los bienes aduẽticios de los dichos sus hijos, cap. 8. num. 1 1.2.3.4.5.6.7.8.9.10.11. fol. 28.29. y sig.

Emancipados si pueden ser los Clerigos hijos familias, ibi nu. 12. Y si por causas de ingratitud se anulara la dicha emancipacion, ibi n. 13. fol. 30.

Emendar.

Emendar si pueden los Escriuanos sus mismos errores, despues de otorgadas las escrituras, c. 1. n. 48. fol. 10.

Emendar si pueden los dichos Escriuanos las dichas escrituras, no viciandose los dichos contratos, ibi n. 49. fol. 10.

Emendar si se podrà el instrumẽto, en quanto al año, y dia, siẽdo omisso, y oluidado, ibi nu 51. fol. 10. y 11.

Emendar si pueden los dichos Escriuanos las dichas escrituras, sin voluntad, y consentimiento de los otorgantes, ibi n. 52. 53. fol. 11.

Emẽdar si pueden assimismo las dichas escrituras, despues de auer sacado su traslado, ibi n. 54. fol. 11. Y en que casos aurà lugar prueba para el efeto de las dichas emiendas, ibi n. 55. fol. 11.

Error.

Error de Escriuanos en que forma se deue probar, c. 1. n. 56. 57. 58. 59. fol. 11.

Escriuanos.

Escriuanos si pueden tener trato de grangeria en el lugar adonde vian, y exercitan los dichos sus oficios, cap. 1. n. 6. fol. 4.

Escriuanos si pueden ser fiadores de los Iuezes, adonde assimismo tienẽ los dichos sus oficios ibi n. 7. fol. 4.

Escriuanos si pueden ser fiadores de las rentas Reales, y alcaualas, y obligarse al abasto de las carnes de los dichos lugares, ibi n. 8. fol 4.

Escriuanos si por no saber, y vsar mal de los dichos sus oficios, tienen obligacion a restituir, y satisfazer lo que por la dicha causa en daño de tercero se siguiere, ibi n. 10. fol 4.

Escriuanos si para vsar de los dichos sus oficios deuen por su

Mageſtad ſer aprobados, ibi n. 11. fol. 5.
Eſcriuanos mere legos, ſi puedē citar a perſonas Eclesiaticas por mandado de ſus juezes, ibi num. 15. fol. 5.
Eſcriuanos ſi deuen ſer creidos, quando por el antigueuad de las eſcrituras, los teſtigos no tienen entera noticia de ſu ſuſtancia, ibi n 21. fol. 6.
Eſcriuanos ſi deuen ſer creidos en caſo de duda, ibi nu. 24 folio 6.
Eſcriuanos ſi deuen ſer creidos por el autoridad de los autos de citaciones, ibi n. 25 fol. 7.
Eſcriuanos ſi deuen exercitar, y vſar de ſus oficios contra ſu voluntad, ibi n. 27. fol. 7.
Eſcriuanos ſi tienen obligaciō a conocer las partes otorgātes, ibi num 34. fol 8.
Eſcriuanos ſi pueden ordenar las eſcrituras con mas clauſulas, y circunſtancias, de lo que entre los dichos otorgātes fuere tratado, ibi n. 35. fol. 8.
Eſcriuanos ſi tienen obligaciō a repetir las notas, y clauſulas de las dichas eſcrituras, para mas ſatiſfacion de las partes otorgantes, ibi n. 36 fol. 8.
Eſcriuanos ſi puedē emendar ſus miſmos errores, deſpues de otorgadas las dichas eſcrituras, ibi n. 48. fol. 10.
Eſcriuanos ſi deuen ſer creidos, y ſe les deue dar entera fe, y credito, de todo aquello q̄ ſe hallare eſcrito en ſus regiſtros, y protocolos, ibi n 60. fol. 11.
Eſcriuano ſi puede ſer juez, è interponer ſu decreto, ibi n. 76. fol. 14.
Eſcriuanos que reciben juramētos en cōtratos, que de ſu miſma naturaleza no ſe requierē juramentos que pena tienen, ibi cap. 2. n. 9. fol. 16.

Eſcrituras.

Eſcrituras, è inſtrumentos, ſi para que hagan entera prueba, y fe, es neceſſario que ſean otorgados ante los Eſcriuanos numerarios del lugar donde ſe celebran, y otorgan, c. 1. n. 1. 2. fol. 3.
Eſcrituras publicas, ſiendo otorgadas en cauſas profanas ante notarios Apoſtolicos, ibi n. 13 fol. 5.
Eſcrituras que ſe han de preſentar en otro lugar fuera de la juriſdicion, en que forma ſe deuen autorizar, para que hagan entera prueba, y fe, ibi nu. 16. fol. 5.
Eſcrituras ante que numero de teſtigos han de ſer otorgadas, para que haga entera fe, y prueua, ibi n. 18. 19 fol 6.
Eſcrituras otorgadas ante Eſcriuanos publicamēte deſcomulgados, ſi hazen entera prueba, y fe, ibi n. 17. fol. 5.
Eſcrituras ſi para que hagan entera prueba, y fe, en juizio, y fuera dèl, es neceſſario, que vayan firmadas delos dichos teſtigos, ibi n. 20. fol. 6.

Eſ-

Escrituras si pueden ser reprobadas, y con que numero de testigos, ibi n.22.fol.6.

Escrituras signadas por Escriuano, como persona particular, si hazen fe, ibi n.26.fol.7.

Escrituras si deuen ser ordenadas en la forma que entre las partes otorgantes fue conuenido, y tratado, sin dexar cosa en blãco, ibi num.28.fol.7.

Escrituras originales, si es fuerça que se representen en juizio, para que hagan prueba, y fe: ò si es suficiente el traslado signado del mismo Escriuano ante quien se otorgò, ibi nu.30. fol.7. y 8.

Escrituras perdidas, si se pueden probar por testigos, ibi nu.32. fol.8.

Escrituras si para hazer prueba, y fe en juizio, y fuera del, es necessario que estèn firmadas de las partes otorgantes, ibi nu. 45.fol.10.

Escrituras si deuen ser sacadas de sus registros con mas notas, y clausulas de las en los dichos registros escritas, ibi n.46.47. fol.10.

Esterilidad.

Esterilidad del tiempo, si es causa para pedir el arrendador remission de la pension de el dicho arrendamiento, cap. 16. num.1.fol.48.

Esterilidad, si ha lugar pedirse sucediendo por culpa y negligẽcia del arrendador, ibi n.7.fol. 49. Y si se deue remitir la dicha pension, siendo tan abundante de frutos los años adelante, que basten para suplir los passados, ibi n.8 fol.49.

Excepcion.

Excepcion de la nõ numerata pecunia, si se puede oponer, y dẽtro de que tiempo, cap 37.n.2 fol.109. Y si ha lugar en todos, y qualesquier contratos, ibid.

Excepcion de la non numerata pecunia, si se puede renunciar, ibi num.5.fol.109.

Excepcion de la nõ numerata pecunia, si se puede oponer en las causas executiuas, ibi num.6. fol.109.

Excursion.

Excursion, si se deue hazer primero en los bienes del principal que en los del fiador, cap. 18.n.7.fol.54.

Excursion si se deue oponer por el fiador, para que aya lugar su derecho, y pretension, ibi n.4. fol.55.

Excursion si se hade hazer primero en los bienes del deudor, q̃ conuenir al tercer posseedor, cap.32.num.7.fol.91.

Euiccion.

Euiccion, y su derecho, quãdo se podra intentar contra el vendedor, c.15.n.1.2.fol 44.

Euiccion, y su derecho si se ha de intentar por via excutiua cõtra el vendedor, assi por el interes, y costas, como por los gastos vtiles, necessarios, y voluntarios, ibi n.12.fol.47.

Fiado.

Fiado auiendo de ser lo q̃ se vende, si para que no passe su dominio en primero acreedor, sera bien que en la escritura de la dicha venta al fiado se hypoteque especialmente, cap. 3 num. 10. fol. 19.

Fiadores.

Fiadores si pueden ser conuenidos antes de hazer excursion en los bienes del principal deudor, c. 18. n. 1. fol. 52.
Fiadores si obligandose insulidũ quedarà cada vno obligado por su parte, ò en todo, ibi n. 3 fol. 53. Y si lo podràn ser, siendo fiadores por vna sola deuda indiuidua especialmente siendo labradores, ibi n. 4. fol. 53.
Fiadores si pueden ser insolidum conuenidos, haziendo de deuda agena suya propia, ibi n. 11. fol. 54.
Fiadores si pueden ser conuenidos insolidum, renunciando el autentica presente, C de fideiussorib. ibi. n. 13. fol. 55.
Fiador de indemnidad, si puede ser insolidum conuenido auiẽdo renunciado la excursiõ, ibi num. 16. fol. 55.
Fiadores si seràn libres de sus fiãças, quando por omissiõ de la creedor no cobrò del principal deudor en tiempo que podia, ibi n. 18 fol. 56.
Fiãça de la haz, y de iudicio sisti, & de iudicati soluẽdo, en que se difieren, cap. 19 num. 2. folio 57.
Fiador de la haz si cumplira con solo assistir a los autos del primer juizio, sin tener obligacion a assistir a los demas, ibi n. 3. 4. fol. 57.
Fiadores del haz dentro de que tiẽpo tienen obligacion a presentar al reo, y deudor para no incurrir en la pena a que se obligaron, ibi n. 5 6 fol. 57. 58. Y si vna vez preso el reo, quedarà obligado el fiador a la dicha pena, è interes huyendo de la carcel, ibi n. 8. 9. fol. 58.
Fiadores, porq̃ causas quedaran obligados, assi a presentar al reo, como a pagar lo juzgado, y sentenciado, ibi n. 11. 12. fol. 58. 59.
Fiadores si quedaràn libres, en caso que por alguna razon el contrato principal se dè por nulo, cap. 20. num. 2. 3. 4. 5. 6. folio 60.

Finiquitos.

Finiquitos otorgados por los menores en fauor de sus tutores, y curadores, si seràn validos siendo lesos, y engañados los dichos menores, cap. 42. nu. 29. fol. 125.
Finiquitos generales, si son validos, no expressandose las causas porque se otorgã, ibi n. 66. 67. fol. 129. 130.
Finiquitos si se deuen dar por nulos precediẽdo el dicho error, y en

y engaño cōtra los dichos menores, ibi n.68.69 fol.130.
Finiquitos jurados por los dichos menores si pueden ser reuocados, ibi n.70.fol.130.

Frutos.

Frutos pendientes al tiēpo de la vēta de alguna heredad a quiē pertenecen, cap.3.n.8.fol.19.
Frutos si vienen en las donaciones otorgadas entre marido, y muger, y desde que tiempo, c.26.num.28.fol.74.
Frutos q̄ se huuieren cogido de la heredad vendida con pacto de retrovendendo, a quiē pertenecen, c.33.n.7.fol.99.
Frutos que se huuieren cogido de la heredad vendida con pacto legis commissoriæ, a quien pertenecen, en caso que la vēta sea ninguna, ibi num.12.folio 100.
Frutos que se huuierē cogido de la heredad vendida con pacto in diem adiectionis, a quien pertenecen, ibi n.18.fol.101.

Gastos.

Gastos vtiles, necessarios, y voluntarios, hechos en casa agena, si se deuen pagar por el señor della, c.15.n.3.4.fol.45.

Hijo familias.

Hijo familias, si puede obligarse en los bienes aduenticios, dōde el padre goza el vsufruto dellos, cap 5.num.3.fol.22
Hijos familias si deuen ser restituidos siēdo lesos, ēn especial en las renunciaciones q̄ otorgan en fauor de sus padres, c.6 n.6.fol.24.
Hijos familias si seràn admitidos a la sucession de sus padres, sin embargo de la dicha renunciacion, especialmente no auiendo otros ascendientes, ibi n.7.8 fol.24.
Hijos familias si puedē testar de todos sus bienes en fauor de estraño, de consentimiento, y expressa licēcia de sus padres, siendo en perjuizio de los demas decendientes, ibi nu.10. fol.25.
Hijos familias si quedan obligados, por razon de empreſtidos que han recibido, cap.7.num.1.fol.27.
Hijos familias si quedan obligados, negando el serlo al tiempo del contrato, n.4 fol.27.
Hijos familias de que edad deuē ser, para quedar ciuil, y naturalmente obligados en los casos que pueden, ibi num 6.folio 28.
Hijos familias si quedan obligados, comprando al fiado para el tiempo de alguna sucessiō, ò matrimonio, ibi num.7 folio 28.
Hijos familias si pueden ser por sus padres emancipados, y con que solenidad, cap.8.num.1.2.3.fol.28.y 29.

Hypoteca.

Hypotecada siendo especialmē-

te la cosa arrendada, si puede ser segunda vez enagenada, y vendida, cap. 3. n. 5. fol. 18.
Hypotecada siendo la cosa vẽdida al fiado, si se transfiere su dominio en el primer acreedor, cap 3. num. 10. fol. 19.
Hypoteca especial, si deroga la general, ibi n. 11. fol. 19.

Ignorancia.

Ignorancia si se requiere en el segũdo comprador de la primera y precedente enagenacion, para que la segunda se prefiera, c. 3. n. 7. fol. 18.

Iuezes.

Iuezes seglares si puedẽ ser apremiados con censuras, por los juezes Eclesiasticos, a cũplir, y executar los contratos jurados, c. 2. n. 8. fol. 16.
Iuezes seglares, si pueden apremiar a los legos a que remitan los juramentos ilicitos, ibi n. 11. fol. 16.
Iuezes si deuen pagar los alcãces q̃ se hizieren a los tutores, y curadores de la administracion de los bienes de sus menores, c. 42. n. 73. 74. 75. fol. 131.

Insinuacion.

Insinuacion, si se requiere en las donaciones que exceden de los quinientos sueldos, c. 21. num. 1. 2. 3. fol. 61.
Insinuaciõ, si se requiere en la donacion que se otorga, para el tiempo futuro, ibi n. 4. fol. 61.
Insinuacion destas dichas donaciones, con que estilo, y solenidad se deue otorgar, ibi n. 6. Y si en las escrituras de las dichas donaciones, se puede dar poder al donatario, para que en nombre del donante pida la dicha insinuacion, ibi nu. 7. fol. 62. Y qual sea el valor destos sueldos, ibi n. 8. fol. 62.

Iuramento.

Iuramentos, en que contratos, y con que solenidad se deuen interponer, cap. 2. n. 1. 2. 3. 4. 5. fol. 15. y 16.
Iuramentos, si pueden ser interpuestos en los cõtratos de menores, ibi num. 6. fol. 16.
Iuramentos interpuestos en cõtratos, que de su naturaleza no los requieren, si por el mismo hecho seran nulos, ibi n. 7. fol. 16.
Iuramentos interpuestos en contratos ilicitos, si deuen ser remitidos por las partes, en cuyo fauor se interpusieron, y si a ello pueden ser apremiados, ibi num. 11 fol. 16.
Iuramẽtos interpuestos en las renunciaciones de futura sucession, otorgadas por decendiẽtes, en fauor de sus ascendientes, si seguiràn su efeto, cap. 6. n. 1. & 4. fol. 23. y 24.
Iuramentos interpuestos por las mugeres en los contratos que otorgan, de que efeto seran, c. 10. n. 13. fol. 34. Y si es necessario, que las dichas juren como menores, en caso que lo

sean

ſean, para que lós dichos contratos ſe puedan executar, ibi num. 14. fol. 34.
Iuramentos interpueſtos en los contratos de venta, y otras enagenaciones, en quanto la leſion, y engaño de que efeto ſeràn, cap. 12. n. 5. fol. 41.
Iuramētos interpueſtos en los cōtratos de arrēdamiēto, en quāto a la renunciacion de los caſos fortuitos, de q̄ efeto ſeràn, c. 16. n. 9. fol. 50. Y ſi en las rētas Reales ha lugar la dicha remiſsion, ibi num. 10. fol 50.
Iuramentos interpueſtos en los contratos de donaciones, ſi ſuplen la ſolenidad de la inſinuacion, cap. 21. n. 10 fol. 62.
Iuramentos interpueſtos en los contratos de donaciones, en quanto a la obligacion, y promeſſa de no reuocarlas por ingratitud, de que efeto ſeran, c. 23. n. 7. fol. 65.
Iuramentos, de que efeto ſeran en los ſiniquitos otorgados por los menores, en fauor de ſus tutores, y curadores, c. 42. num 70. fol. 130.
Iuramentos interpueſtos en las donaciones que ſe otorgan de todos los bienes, de que efeto ſeran, cap. 24. n. 7. fol. 67.
Iuramentos interpueſtos en las donaciones, q̄ el Derecho llama cauſa mortis, de que efeto ſeràn, cap. 25. num. 7. fol. 69.
Iuramentos interpueſtos en las donaciones, otorgadas entre marido, y muger, de que efeto ſeràn, cap. 26. num. 35. fol. 75
Iuramentos interpueſtos en los contratos, otorgados por perſonas Ecleſiaſticas, para el efeto de poder ſer preſos, ſi ſeràn de algun efeto, c. 29. n. 4. f. 82.
Iuramentos interpueſtos en las obligaciones, para el efeto de executar las penas conuencionales, ſi ſeràn validas, cap. 30. num. 8. 9. 10. fol. 85.
Iuramentos, de que efeto ſerā en las obligaciones, adōde el deudor preciſamente ſe obliga a pagar en cierta eſpecie, c. 30. num. 10. fol. 85.

Labradores.

Labradores, ſi pueden ſer fiadores de quien no lo es, y ſi por negarſelo quedarā obligados, c. 18. n. 4. 5. fol. 53.
Labradores ſi pueden ſer fiadores de la haz, ibi n. 6. fol. 53.

Laſto.

Laſto, quando ſe deue dar, para poder pedir, aſsi al principal, como a los demas fiadores, c. 18. n. 9. 10. fol. 54.

Legados.

Legados condicionales, no ſe deuen eſtender a los demas puros, y ſin grauamen, y condicion, cap. 1. num. 69. fol. 13.

Leſion.

Leſion, y engaño, ſi ha lugar en los contr[illegible] de venta, y otras [illegible] en eſpecial en en[illegible]ad mas, o [illegible]lor, y pre-

[illegible]na Lo-

Lesion, y engaño, en que forma se deue conocer, assi de parte del vendedor, como del que compra, ibi n.8.fol.42.

Lesion, y engaño, si se deue cōceder a los oficiales, y maestros de qualquier oficio, de las obras que toman a destajo, ibi n.9 fol 42. Y si este remedio se podra intentar contra tercero posseedor, ibi n.10. fol.42.

Licencia.

Licencia, si puede dar el padre a alguno de sus hijos para disponer, y testar de todos sus bienes en perjuizio de los demas decendientes, c.6.n.10.f 25.

Licencia que el padre dà a sus hijos, para disponer de los dichos sus bienes, si la podrà en qualquier tiempo reuocar, ibi num.11.fol.25.

Lucro.

Lucro cessante, si se puede lleuar de la dote prometida, y no entregada, cap.11.n.2.9.fol.38.

Menores.

Menores de 25. años, si puedē ser obligados, y si por el engaño, y enormissima lesion seran restituidos, cap.5.n.1.2. fol.21.

Menores si quedā obligados por fuerça, y virtud del juramēto, ibi num.6.fol.22.

Menores si pueden disponer de sus bienes sin licēcia de sus curadores, por c[illegible]to de donacion causa [illegible] n.1. fol.30. [illegible] las dichas [illegible] qui[illegible]

Menores si puedē ser restituidos en la le[illegible]on, y engaño de la mitad mas, ò menos del justo valor, y precio de la cosa vendida, ò en otra manera enagenada, cap.13.n.7.fol.42.

Menores si pueden pedir restitucion in integrum, contra los finiquitos otorgados en fauor de sus tutores, y curadores, c.42.n.1.cum seqq.fol.121.

Menores si deuen ser alimentados en casa de los dichos sus tutores, y curadores, ibi num.6. fol.122.

Menores si pueden pedir entrego de sus bienes antes de los 25. años, ibi n.26.fol.124.

Moneda.

Moneda siendo aumētada, ò disminuida, que tiempo se ha de considerar, para pagarse por qualquier causa que se deua, cap.11.n.4.fol.37.

Mugeres.

Mugeres, si pueden sin licencia de sus maridos disponer de sus bienes, especialmente por cōtrato de donacion, que el Derecho llama causa mortis, c.9. n.3.fol.31.

Mugeres si pueden ser fiadoras, y con que solenidad deuen ser obligadas para que se executen los dichos contratos, c.10. n.1.2.fol.32.

Mugeres en que casos quedan ipso iure obligadas, aunque no renuncien el beneficio del Ve[illegible]vano, ibi num.4.fol.32.

Mu-

Mugeres si quedã obligadas por la mitad del arrendamiẽto de la casa, en q̃ constante el matrimonio habitaron, ibi n.5. f.32

Mugeres si puedẽ ser executadas por las dichas obligaciones, en especial en virtud de cedula reconocida, ibi n.6 fol.32.

Mugeres obligãdose, como principales, si es necessario renunciar el dicho beneficio del Veleyano ibi n.9.fol.33.

Mugeres casadas si pueden ser fiadoras de sus maridos, ibi n.36. Y si lo podrã ser obligãdose como principal juntamente con el dicho su marido, ibi n.11. fol.33. Y si en virtud de juramento quedaràn obligadas, ibi n.13.fol.34.

Mugeres si deuen ser restituidas por causa de lesiõ, y engaños, y por quedar indotadas, por razõ de los dichos cõtratos, ibi n.15.fol.34.

Mugeres si para quedar obligadas es necessario expresso consentimiẽto de sus maridos, ibi n.20.fol.35.

Mugeres si puedẽ ser administradoras de los bienes del ausente, y si lo puedẽ ser las madres de los hijos, c.36.n.10.f.108.

Nouacion.

Nauaciõ del primer cõtrato por otro semejante, si se causa ipso iure, c.39.n.1.2.3.4 f.112.

Nouaciõ si se causa por la delegaciõ, siẽdola deuda incierta n.6 f.112. Y si se causarà viniẽdo en quiebra, y probeza despues el deudor en quien se delegò, ibi n.7.fol.113.

Nouaciõ si ha lugar, hasta que se cumpla la condicion del primer contrato, ibi n.8.fol.113.

Nouacion si se causa eligiendo el marido la dote prometida, en los bienes que para su paga le fueron especialmente hypotecados, ibi n.10.fol.113.

Pacto.

Pacto ilicito si sera prestrar alguna cosa, cõ condiciõ de boluer la mejorada, c.11.n.2 f.36.

Pacto ilicito si serà vender plata por mas de lo que vale, ibi n.3. fol.37.

Pacto ilicito si serà prestar dinero, con condicion de boluerlo mejorado, y con ganancia, ibi num.6 fol.47. Y si se reputarà por vsurario el pacto otorgado cõ condicion, que mientras no se pagare el dinero prestado, que se pague reditos de se cantidad, por causa que el acreedor lo tenia destinado para imponer, ò quitar algũ censo, ibi n.7.fol.37.

Pacto ilicito si serà lleuar el lucro cessante de la dote prometida, miẽtras no se entregare, ibi n.8 fol.37.

Pacto ilicito si serà recibir la co-
sa fru[illegible] prenda de la
de[illegible] de gozar
[illegible] eu-

Pacto ilicito si serà assegurar el capital, ò industria sin peligro de la perdida, ibi n. 12.13. fol.38.

Pacto ilicito si serà pagar quatro ò cinco por ciento, sin peligro de la deuda, ibi num. 14. folio 38.

Pacto ilicito si serà mercar trigo adelantada la paga, a menos precio de lo que vale, para el tiempo de la cosecha, ibi num. 16 fol.39. Y si lo serà assimismo en la venta de las lanas, ibi n.18. fol.39.

Pacto ilicito si serà vender el ganado cō peligro del vēdedor, hasta su entrego, ibi num.19. fol.39.

Pacto ilito si serà recibir mulas y cauallos sin el dicho peligro ibi n.20. fol.39.

Pacto ilicito si sera prestar dineros, con condicion que el que los recibe, ha de trabajar en su heredad, o molino, ibi nu.2. fol.39.

Pactos ilicitos si se deuen anular assi en el interes principal, como en lo acessorio, logro, y ganancia, ibi n.22. fol.39.

Pacto comissorio si es valido, c. 12.n.1.2.3.4. fol.40.

Pactos reciprocos, adinuicen de succedendo, otorgados entre marido y muger, y otras personas par[illegible] si seràn validos [illegible] folio de ascendientes, si es valido ibi n.11. fol.80.

Pacto de retrovendendo, si es licito, cap.33. num.1 fol.98.

Pacto de retrovendendo, que tiempo puede durar, ibi n 2.3 folio 98. y 99. Y si les pararà perjuizio a los menores el lapso del tiempo, sin poder ser restituidos, ibi n.4. fol.99.

Pacto legis commissoriæ, si es licito, ibi n.8 fol.99.

Pacto adiectionis in diem, si es licito, ibi n 13. fol.100.

Paga.

Paga si serà bien hecha al Procurador, despues de auerle reuocado el poder, cap.36. num. 8. fol.108.

Paga si serà bien hecha al Procurador que tiene poder cō clausula de libre, y general administracion, ibi n.7 fol.108.

Paga si serà bien hecha al Procurador, ò administrador por el ausente, ibi n.9. fol.108.

Paga si se puede hazer en diferente especie de la que el deudor se obligò, cap.39. n.1.2.3. fol. 114.

Pagar si puedē los mayordomos y depositarios, del trigo del Concejo en diferente especie de trigo, auiēdolo vēdido sin orden, ibi n.4. fol.114.

Pagar si deue el tercero posseedor de la cosa hypotecada, en el especie que el deudor enagenante se obligò, ibi num.7. fol. 115.

Pena

Pena conuencional.

Pena conuencional si es permitida en los cõtratos, cap. 30. n. 1. 2. 3 fol. 83.

Pena conuencional si aurà lugar en quanto a los salarios, y costas, ibi n. 4. fol. 84.

Pena matrimonial si es licita, y permitida entre esposos de futuro, cap. 41. nu. 1. 2. 3. 4. 5. 6. fol. 116 y 117.

Possession.

Possession si se requiere en las donaciones otorgadas entre marido, y muger para que sean validas en los casos, que pueden, cap. 26. nu. 15. fol. 73. & num. 32. 33. 34. fol. 75.

Poderes.

Poderes que las mugeres otorgan, para quedar obligadas como fiadoras, en que forma se deuen ordenar, cap. 10. nu. 8. fol. 33.

Poderes si deuen ser ordenados con libre, y general administracion, cap. 36. numer. 1. 2. folio 107.

Poder especial, si es necessario para que el Procurador respõda a las posiciones pedidas por la parte contraria, ibi nu. 5. fol. 108.

Procurador.

Procurador si puede confessar en perjuizio de su parte, la paga recibida de su deudor, cap. 36. n. 6. fol. 108.

Prescripcion.

Prescripcion si se perpetua por el juramento decissorio, c. 35. num. 1. fol. 105.

Prescripcion si se perpetua, assi en el derecho de executar, como en el accion principal, por clausula que diga, que en fin de cada vn año, ò en nueue años, se ha visto renouarse el dicho contrato, ibi n. 2 fol. 106.

Prescripcion si se perpetua por su especial renunciacion, ibi n. 3. fol. 106.

Prescripcion si se perpetua por las dicciones quomodocũque & quandocumque, & quocũque, ibi n. 4. fol. 106.

Prescripcion si ha lugar en la obligacion que los tutores, y curadores tienen, de dar la cuenta de los bienes de sus menores, c. 42. n. 24 fol. 124.

Preso.

Preso si puede ser el deudor no estãdo obligada su persona en la escritura de obligacion, cap. 3. n. 3. 4 fol. 18.

Preso si puede ser el hidalgo, auiẽdo renunciado su propio priuilegio, cap. 28. num. 1. 2. 3. 4. 5. 6 fol. 80. 81.

Preso si puede ser el clerigo, auiẽdo renunciado su propio priuilegio, c[illegible] folio 82.

[illegible] de los [illegible] es[illegible] [illegible]ra

ta impuesto algun censo, cap. 32.n.3.fol.91.
Recitos de los dichos censos si se pueden pedir por entero, al tercero posseedor dela cosa hypotecada, ibi n.10.fol. 92.

Registros.

Registros si se deuen firmar en fin de cada vn año, y de que efeto sea, cap.1.n.31.fol 8.
Registros si se deuen manifestar por los Escriuanos, siendoles pedido, y que pena tienen sino los dieren, ibi n.33.fol.8.

Relaxacion.

Relaxacion de los juramentos ante que juez se deue pedir, c. 2.n.12.fol. 17.
Relaxaciõ de los dichos juramẽtos, en que tiempo, y forma se deue pedir para q̃ por su omission no se cause nulidad della, ibi n. 13.14. fol.17.

Remedio.

Remedio del engaño, vltra de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vendida, si aurà lugar valiendo menos, por razon de vicio, ò enfermedad que tẽga, cap.34 n.25 fol.103.

Renunciacion.

Renunciando el arrendador el derecho [illegible] cedido en su fa- [illegible] su arren- [illegible] dada, [illegible] si

Renunciar si pueden los hijos familias la sucesion futura que espera tener en fauor de sus padres, cap.6.num.1.2.3.fol.23. 24.
Renunciacion otorgada por los dichos decendiẽtes, si perjudicarà a los nietos, ibi n.6.f.24.
Renunciacion otorgada entre hermanos de consentimiento de su padre si serà valida, ibi n. 9.fol.25.
Renunciar si se puede la haziẽda en perjuizio de acreedores, ibi n.12.fol.25.
Renunciar si pueden los frayles los bienes, y hazienda de su legitima, y en que tiempo, ibi n. 13.14.fol.26.
Renunciando el hijo familias el beneficio del Macedoniano, si quedarà obligado a boluerlo que recibio empreſtado, c.7. n.1.2.3.fol.27.
Renunciar si deuen las mugeres, para quedar obligadas al beneficio del Veleyano, c.10 num. 1.2.3.fol.32. Y si en la renunciacion general es visto coprehenderle este beneficio, ibi nu. 7.fol.33.
Renunciar si deuen las mugeres este dicho beneficio en los poderes q̃ otorgan para quedar obligadas, ibi n.8.fol.33.
Renunciar si puede la muger la hypoteca tacita que en los bienes de su marido tiene por razon de su dote, ibi num. 17. fol.35.
Renunciar si pueden assimismo los

las mugeres el derecho de no poder ser presas por causas ciuiles, ibi n.18.19.fol.35.

Renunciando el marido el derecho del consentimiento, y licẽcia, si serà necessario el expresso para que sus mugeres queden obligadas, ibi num.22.folio 35.

Renunciacion de la ley 2. C. de rescindẽda venditione, de que efeto serà en los contratos de venta, y otras enagenaciones cap.13.n.1.fol.41.

Renunciacion de la dicha ley 2. si aurà lugar auiendo lesion, y engaño, que exceda de la mitad del justo valor, y precio de la cosa vendida, ibi nu. 2.3.folio 41.

Renunciacion de la dicha ley 2. si tendrà efeto auiendose hecho ex interuallo, ibi nu.4.folio 41.

Renunciada siendo la dicha ley 2. con juramento, si aurà lugar el pedir la dicha lesion, ibi nu. 5.6.fol.41.42.

Renunciacion de la dicha ley 2. siendo en perjuizio, y daño de menor, si aurà lugar aũque sea jurada, ibi n.7.fol.42.

Renunciando el vendedor el derecho de ser citado, y requerido, si le pararà perjuizio, siendo el comprador en juizio vẽcido, cap.16.num.1.2.fol.47. 48.

Renunciando el arrendador los casos fortuitos, si podrà pedi[illegible] remission de la pension, y [illegible]cio del arrendamiẽto, por causa de esterilidad, c.17.n.2.fol. 50.51. Y si en esta dicha renunciacion se comprehẽdẽ los casos inopinados, ibi nu. 3. Y si en la general renunciacion se comprehendẽ estos dichos casos, ibi n.4.5.fol.5.

Renunciando el arrendador los casos fortuitos, si tendrà obligacion al interes de la cosa destruida, y quemada, aunque sea por culpa leue, cap.16.nu. 8.fol.5. Y si en la general renũciacion se comprehenden estos dichos caso[illegible], ibi num. 10. 11.fol.5.

Renunciando el fiador el autentica presente, C de fideiussoribus, si podrà ser conuenido in solidum, antes que el deudor principal, cap.18.num.13.folio.55.

Renunciando assimismo la excursion si lo podrà ser antes q̃ el dicho principal, ibi num.15. fol.55.

Renunciando el fiador de indemnidad la dicha excursion, si podra ser conuenido antes que el principal obligado, nu.16.17. fol.55.56.

Renunciando el fiador de la haz la ley Sancimus, C. de fideiussoribus, si tondrà derecho a pedir term[illegible] para presentar al [illegible]a, cap. 19. [illegible]ie causas [illegible] 14.15.

[illegible]nante el excess.

excesso de los quinientos sueldos, para que sin insinuacion sean validas las dichas donaciones, c.21.n.10.fol.62.

Renunciar si se puede la ley Si vnquam, C. de reuocad. donat. Y si por el nacimiento de los hijos del renunciante se reuocaràn las dichas donaciones, c. 22 n.5 fol.64.

Renunciar si se puede el priuilegio publico en odio de los demas particulares, c.28.num 3. fol.81.

Renunciar si puedē los clerigos el capitulo Odoardus, de solutionibus, y de q̄ efeto sea, cap. 29.n.3.fol 81.

Renunciar si se puede la ley 34.y 35.tit.11.part.5. para que tēgan efeto las penas conuēcionales, n.6. fol.81.

Renunciar si se puede la paga en los contratos de censo, c.32. n.3.fol.90.

Renuuciar si se puede la prescripcion, para perpetuar el accion c.35.n.3.fol.106.

Renunciar si se puede la excepcion de nō numerata pecunia, c.37.n.5.fol.109.

Renunciar si puede el cedente el derecho de poder ceder sus acciones, y derechos, c.38.num. 4.fol.111.

Reuocar si puede el cedente la cession, y poder en causa propia, cap.38.n.3.fol.111.

Signo.

Signo de Escriuanos, siēdo omisso, y oluidado en las escrituras, si se podràn ex post facto firmar, y signar, cap 1.nu.50. fol.10. ò si serà causa para que se anulen las dichas escrituras, ibi n.71.72.fol.13.14.

Tercero posseedor.

Tercero posseedor de los bienes hypotecados, si deue ser conuenido antes que el principal cap.32.num.17.18.19 20.à fol.94.

Tercero posseedor siēdo clerigo, si puede ser conuenido ante juez seglar, ibi n.9.f.92.

Tercero posseedor de los bienes hypotecados, si puede ser apremiado a que reconozca el censo a que estan obligados, ibi numer.14 fol.93. Y ni tiedar los frutos, y arrendamienna fè, y titulo, ibi num.15.fo- tos auiendo posseido con buelio 93.

Tercero posseedor de la cosa especialmente hypotecada, si cūnia al tiempo que se hypote- po tiene obligacion a pagar re 16.fol 93.94. , ibi num.

Tercero posseedor desde que tiē diros de la cosa especialmēte hypotecada a algun censo, ibi 17.fol.64.

Reuoca[illegible] ...es
adiio[illegible]
torg[illegible]
muer[illegible]

Ter-

Tercero posseedor de la cosa vendida con pacto de retrovēdendo, si tiene obligacion a entregar precisamente su precio, ò la misma cosa, cap.33.n.6. folio 99.

Tercero posseedor de la cosa vēdida con pacto in diem adiectionis, si tendra obligacion a restituirla precisamente, ibi n.19 fol 101.

Tercero posseedor de los bienes del menor, si tiene obligacion a restituirlos juntamente con los frutos, cap.42.n.37.38.29 40.41.42.43.fol.126.

Testamentos.

Testamentos de ad inuicē succedendo si puedē ser otorgados entre marido, y muger, c.27. n.1.2.3.fol.78.

Testamento otorgado por el marido, cō expresso consentimiēto de su muger, de los bienes de entrambos, si se puede reuocar, ibi nu.9. Y si aura lugar la dicha reuocacion, siēdo mejorado alguno de sus decēdiētes, ibi n.10.fol 79.

Tutores.

Tutores si tienen obligacion a enseñar a sus menores el oficio, ò facultad a que se inclinaren, segū su calidad, y haziēda. c.42.n.3 fol.121.

Tutores si deuen alimentar a los dichos sus menores, de suerte que no se destruya su patrimonio, ibi num 4.fol.122 Y si deuen ser alimentados en casa de los dichos sus tutores, ibi nu. 5.fol.122.

Tutores, y curadores si tienen obligacion a tener mayor cuydado en los bienes de sus menores, que en los suyos propios, ibi n.7 8.fol.122.

Tutores, y curadores, si tienen obligacion, en caso de naufragio, ruina, ò fuego, a guardar antes los bienes de los dichos sus menores, que los suyos propios, ibi n 8 fol 122.

Tutores, y curadores si tienen obligacion a acudir al reparo de las casas, y troxes de trigo de los dichos sus menores, ibi n.9.10 fol.122 123.

Tutores si tienen obligacion a cultiuar las heredades, arrendar las casas, y a criar, y guardar sus ganados, ibi num. 11. fol.123.

Tutores si tienen obligacion a vender las mercaderias de los dichos sus menores, que sin peligro, no se pudieren cōseruar, ibi n.12 fol.123.

Tutores, y curadores si deuen ser condenados en los daños, è interesses, en caso que no cumplan con sus obligaciones, ibi n.14 fol.123.

Tutores [illegible] cas pueden de s[illegible] uidos, [illegible] ados [illegible] zie- [illegible] los [illegible] e-

biencs de sus menores, ibi nu. 71. fol. 130.
Tutores, y curadores si deuen ser presos, y apremiados, a que dèn las cuentas de los dichos sus menores; ibi num. 72. fol. 131.

Venta.

Venta al fiado, en que forma se deue hazer 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. n. 10. fol. 19.
Venta si puede rescindir por el defeto, y vicio de la cosa vendida. cap. 34. n. 1. fol. 101.
Venta si puede deshazerse por auer manifestado el vicio el vẽdedor de la cosa vendida, ibi nu. 5. 6 fol. 102. Y quales sean estos vicios, ibi n. 10. cum seq. fol. 103.
Venta si se puede rescindir, manifestandose de presente el vicio de la cosa vendida, ibi nu. 19. fol. 104. Y dentro de que tiempo se deuen intentar estas acciones, ibi num. 21. fol. 104.
Venta si puede rescindirse, auiendo renunciado el comprador el vicio de la cosa vendida, ibi n. 22. fol. 104.

Vendedor.

Vendedor si tiene obligacion, y queda obligado a la euicciõ de la cosa vendida, y a todos sus daños, è interesses, cap. 15. n. 3. 4 fol 44. 45.
Vendedor si tiene obligaciõ, siendo citado a tomar, y defender la causa en su mismo nombre, ibi num. 13 fol. 47. Y ante que tribunal se ha de seguir esta dicha causa, siendo vno de los dichos contrayentes Clerigo, ibi n. 24. fol. 47.
Vendida siendo vna cosa a diferentes personas, quien deue ser preferido en ella, y porque causas se transfiere su dominio, cap. 14. numer. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. fol. 43. 44.

TA-

TABLA DE LO MAS NOTABLE, Y ESSENCIAL, QVE EN EL SEgundo libro del mismo tratado se tratra, sobre testamentos, y particiones, y en lo que no se hallare letra, vease la letra Clausulas.

Aprecios.

APRECIOS, Si se deuen hazer de los bienes de el testador, y en que forma, c.11.lib.2.n.9.fol.177

Aprecio de los bienes si se deue hazer con citaciõ de los herederos: y si en caso de discordia se deue nombrar tercero, ibi num.10.11.fol.177.

Aprecios de los dichos bienes, si se pueden aumentar por mejora de los dichos herederos, ibi n.12.f.177.178. Y si despues de aprobados podran pedir reformaciõ dellos, ibi n.13.fol. 178.

Aceptacion.

Aceptar si se deuen los bienes hereditarios, y dentro de q̃ tiempo, c.11.n.20 fol.179.& in n. 22.23. Y que pena tiene el heredero, que a pedimiento de los acreedores no aceptare la herencia dentro del dicho tiẽpo, ibi n.24.fol.180.

Aceptar si puede la dicha hazienda, y dentro de q̃ tiẽpo, con b[illegible] neficio de inuentario, ibi n. 26.fol.180. Y porq̃ causas es visto auer aceptado el heredero la dicha hazienda, ibi n.27. Y en que lugar se deue aceptar, ibi n.30.fol. 181.

Arras.

Arras siẽdo prometidas, ò entregadas, en que forma, y de q̃ bienes se deuen pagar, dissuelto el matrimonio, cap.11.n.62. fol. 187.

Arras, hasta que cantidad se deuen prometer, ibi nu. 63. fol. 188. Y si se pueden prometer de los bienes de futuro, ibi nu. 64. fol.188.

Arras, y joyas, en q̃ manera se deuen diuidir, dissuelto el matrimonio, ibi n.65.fol.188.

Bienes troncales.

Bienes troncales quales sean, y en q̃ forma se sucede en ellos en el fuero de Sepulueda, cap. 11.fol. 2[illegible]1.

[illegible] *icios.*

Bie[illegible] geuados [illegible] den repe- [illegible] 1. num. [illegible] gar a- [illegible] cep-

ceptando la hazienda de su padre, ibi n.226.fol.232.

Bienes castrenses.

Bienes castrenses quales seã, y si se deuen comunicar, y diuidir cõ la madre, y demas hermanos, ibi n.100.fol.195.

Bienes indiuisibles.

Bienes que no tienẽ comodadiuision, como deuen ser partidos c.11 n.44.45.46.fol.183.

Bienes subrogados.

Bienes cõprados, y trocados con el dinero, y bienes dotales, si siguẽ su mismo priuilegio, ibi n. 153.154.fol.205.

Bienes parafernales.

Bienes parafernales quales seã, y si siguen el mismo priuilegio, que los bienes dotales, cap.11. n.75.fol.190.

Bienes parafernales si son las donaciones, y lo de mas que el marido dà, y entriega a su muger, ibi n.76.fol.190.

Bienes parafernales, si se dizẽ assi mismo las donaciones q̃ en fauor de la muger se otorgã por otra qualquier persona, ibi n. 77 fol.190.

Bienes parafernales en q̃ forma se le deuẽ entregar a la muger o a sus herederos, dissuelto el matrimonio, ibi n 78.f.190.

Bienes gananciales.

Bienes gananciales, [illegible]lados en el segũdo [illegible] se deuẽ comu[illegible]deros, als[illegible] prin[illegible] 14[illegible]

Bienes gananciales si pueden ser enagenados por el padre, dissuelto el matrimonio en perjuizio de sus hijos, ibi nu.147. fol.203.

Bienes gananciales, enagenados en otro acreedor por el marido, si se podràn repetir por la muger por razõ de su dote, ibi n.148.f.204. Y lo demas tocãte a ganancias: vease la letra, y §. Mejoras, ibi c.11. y el §. Renunciacion, y el §. Fructus, n. 97.98.fol.194.

Capital.

Capital de la muger, en que forma se deue pagar, siẽdo estimada, y porque causas se le aumẽta, c.11.n.59.fol.186.

Cedulas.

Cedulas particulares cõ especial hypoteca, y firmadas de tres testigos, en que lugar deuẽ ser pagadas, c.11.n.173.fol.208.

Censos.

Censos en que lugar deuen ser pagados, c.11.n.169 fol.208.

Clausulas.

Clausulas cõ que todos, y qualesquier testamentos, y vltimas voluntades se deuen otorgar, en que forma se deuẽ ordenar. c.1.n.1.fol.134.

Clausula codicilar, en que forma, y con que palabras deue ser ordenada, c.2.n.1.fol.143.

[illegible]lausula derogatoria, en que forma [illegible]eue ordenar, para que [illegible]ga

siga su efeto, cap, 3. num. 12 folio 145.
Clausula en que manera, y forma se deue ordenar, para que sean validos los pactos, y transacciones sobre testamentos, c. 4. n. 1. fol. 147.
Clausula, y condicion por qual el testador remite la cuenta a los tutores testamētarios que de obligacion deuen dar delos bienes de los menores, si serà de algū efeto, c. 5. n. 2 3. f. 149
Clausula, y condiciō, por la qual se dispone cōtra la costumbre, y fuero del lugar si serà valida, ibi nu. 4. fol. 149. Y si esta dotrina se puede verificar en el fuero de Sepulueda, y en los lugares a donde se guarda, ibid.
Clausula por la qual se remite al vsufrutuario la fiança, q̄ de derecho tiene obligaciō a dar, si se deue cūplir, y guardar, ibi n. 5. Y si en caso de pobreza cumplirà el dicho vsufrutuario cō dar vna fiança juratoria, ibi n. 6 fol. 150.
Clausula, y condicion del testador en que manda, que el Obispo, ò su Vicario no se meta en pedir cuenta de la memoria, ò capellania que dexa, si se deue cumplir, ibi n. 7. fol. 150.
Clausula por la qual el marido cōcede a su muger la tutela de sus hijos, y que no la pierda, aunque segunda vez se case, si se deue cumplir, ibi n. 8 fol. 150.
Clausula, y condiciō contra la l[illegible] bertad dela persona del [illegible] rio, si se deuē cumplir, y guardar, ibi numer. 9. fol. 151.
Clausulas, y cōdiciones injustas, si se deuen juzgar por no escritas, ibi numer. 12. fol. 151.
Clausula, y cōdicion, por la qual consta de la voluntad del testador q̄ el legado q̄ dexa sea para casar huerfanas, si tendra el mismo efeto entrando en Religion, ibi nu. 12. 13. 14. fol. 151.
Clausula, por la qual se prohibe la quarta falcidia, y Trebelianica, si se deue cumplir, ibi nu. 16. 17. fol. 152. Y en que casos de derecho no se deuen, ibi n. 15. 16. 17. 18. 19. fol. 152.
Clausula, y condicion por la qual se manda, que los bienes vinculados, ò legados, no puedan ser vēdidos, ni enagenados, de q̄ efeto sea, y como deue ser ordenada, c. 6. n. 2 3. f. 164. 154.
Clausula de prohibicion, y graua men, de que los bienes vinculados o mandados, no pueda ser vendidos, ni enagenados, si se deue cumplir, y quando es visto ser mas buen consejo del testador, que agrauar al heredero, ò legatario con la dicha cōdicion, y con que palabras deuen ser ordenadas las dichas clausulas, para que esto se entienda assi, ibi n. 4 fol. 154.
Clausula, y [illegible] con la dicha [illegible] efeto se [illegible] n pa- [illegible] esen- [illegible] cion

si ha lugar en los contratos otorgados entre viuos: y si seguira el mismo efeto, que si se otorgara por testamento, y vltima voluntad, ibi nu. 11. fol. 155.

Clausulas con las dichas prohibiciones, en que forma, y cō que palabras deuen ser ordenadas para que los vinculos, ò mayorazgos de ninguna manera puedan ser enagados, ibi num. 16. fol. 157.

Clausula, y condiciō, en que forma ha de ser ordenada, para q̄ los hijos espurios puedā ser capazes herederos, en los bienes y hazienda de sus padres, cap. 7. n. 3. fol. 158.

Clausula como se deue ordenar, para q̄ los hijos naturales sean herederos forçosos de sus hermanos legitimos, muriēdo en la edad pupilar, ibi numer. 11. fol. 159.

Clausula en q̄ forma, y manera se deue ordenar, para que los hijos naturales puedan suceder a sus padres ex testamēto, en perjuizio de los demas hijos legitimos, siendo frayles, ibi num. 17. 18. fol. 160.

Clausula en q̄ forma ha de ser ordenada, para q̄ el sustituto suceder pueda, no solo en los bienes del tes[illegible] tambien en [illegible] ilo adqui[illegible] pilar [illegible] ma[illegible]

Clau[illegible]

los padres, y madres puedē hazer a exemplo de la pupilar de los hijos mudos, y sordos, y mētecatos en q̄ forma se deue ordenar, c. 9. n. 1. fol. 163.

Clausula primera de las escrituras de particiō, y diuisiō, otorgadas por los herederos, en q̄ forma deue ser ordenada, y que efeto seguir se puedan della, c. 11. n. 1. fol. 175.

Clausula, por la qual se declaran los bienes q̄ cada vno de los herederos ha de lleuar, en q̄ forma se deue ordenar, para q̄ despues no pidā reformacion, ibi n. 41. fol. 182.

Clausula, por la qual se obligā los herederos a pagar prorata lo q̄ alguno dellos lastare, por razō de deuda que deua la dicha hazienda, en que forma, y con que palabras deue ser ordenada ibi n 48. fol. 183.

Clausula en q̄ forma deue ser ordenada, para q̄ los herederos no puedan ir cōtra la particiō de los bienes, que entre los dichos se hizo, ibi n. 53. fol. 185.

Codicilo.

Codicilo con que solenidad se deue otorgar, cap. 2. n. 1. fol. 143. & in n 6. fol. 144.

Codicilo si puede ser otorgado con condicion, y si en èl se p[illegible] de hazer reuocaciō, ò deshe[illegible] dacion, ibi n. 3. fol. 144.

Comissarios.

Comissarios si puedē disponer a su voluntad de los bienes del [illegible]or, y en que forma, y con que

que solemnidad deue ordenar los dichos testamentos, cap. 1. num. 33. 34. 35. 36. 37. cum pluribus sequentibus, fol. 141 142.

Compañia.

Compañia de bienes del primero, y segundo matrimonio, si durara hasta que se diuidan, y partan los bienes, cap. 11. nu. 110. fol. 197.

Condiciones.

Condicion irreuocable si puede ser puesta en las mandas, y legados, de que en ningun tiempo se reuocaran, cap. 11. nu. 241. fol. 223.

Deposito.

Deposito, si se deue hazer de los bienes del testador, cap. 11. n. 14. fol. 178.

Deposito de bienes por cuēta de quiē se deue hazer, y a cuyo pedimiento, ibi num. 15. & n. 16 fol. 179.

Deposito si deue ser remouido a pedimiento de alguno de los herederos del dicho testador, ibi num 17. fol. 179.

Depositario si puede vender los dichos bienes, y porque causas lo podrà hazer, ibi n. 19. folio 179.

Deudas.

Deudas contrahidas antes del matrimonio si se han de pagar de los bienes gananciales adquiridos constante el dicho matrimonio, c. 11. n. 145. f

Deudas que proceden de dinero prestado, si se deuen pagar primero que las demas anterrores, ibi num. 165. fol. 207.

Deudas que proceden de dinero prestado, para comprar algun oficio, en que lugar deuen ser pagadas, ibi num. 166. folio 207.

Deudas que proceden de censos, en q̄ lugar deuen ser pagadas, ibi num. 169 fol. 208.

Deudas que proceden de cosa vē dida al fiado, en que lugar han de ser pagadas, ibi n. 171. folio 208.

Donaciones.

onaciones otorgadas en el articulo de la muerte, si pueden ser reuocadas, cap. 11. nu. 205. fol. 214.

Dote.

Dote inestimada, ò estimada, en que forma deue ser pagada, y quando se dize estimada, cap. 11. num. 59 fol. 186. y nu. 61. fol. 187.

Dote dentro de que tiempo, disuelto el matrimonio, se deue restituir, ibi numer. 127. folio 200.

Dote en que l[illegible] ibi nu. 140. [illegible] e deue [illegible] ma se d[illegible] rric[illegible] f[illegible]

Dote segunda, si ha de ser paga-
da en los bienes ganãciales del
primero matrimonio, ibi nu.
144.fol.203.
Dote primera si deue ser priuile-
giada en los bienes ganancia-
les, adquiridos constante el se-
gundo matrimonio, ibi n.147
fol. 203.
Dote, y fisco si deuen ser preferi-
dos en los bienes de su deudor
adquiridos en aquel tiempo,
ibi num.167.fol.207. Y si pro
cedera en las demas deudas
particulares, aunque no sean
priuilegiadas, ibi nu. 168. fol.
207.
Dote prometida por la madre, ò
padre, siendo viudos, de que
bienes es visto auerlos prome
tido, siendo administradores
de los bienes de sus hijos, ò siẽ
do padrastros, ibi nu.218. fol.
218.

Error.

Error, y agrauio que los partido
res hizieron en la diuision de
los bienes del testador, si se de-
ue reformar, y deshazer, espe-
cialmente consistiendo en de-
recho, cap.11.num.53.cum
alijs, fol.185.

Eleccion.

[illegible] legatario en
[illegible]eron manda-
[illegible]ima cali-
[illegible]20.
por auer salido incierta la co-
sa en que fue señalada la parte
de bienes, cap.11.nu.48.cum
alijs, fol.183.ibid.
Euiccion, y su derecho, si se pue-
de intentar contra los herede-
ros, saliẽdo incierta la cosa en
que se señalò el tercio de los
bienes, ibi n.213.fol.215.

Fianças.

Fianças que el vsufrutuario tie-
ne obligacion a dar, si se pue-
den remitir por el testador,
cap.5.num.5.fol.150. Y si en
caso de pobreça cumplirà el di
cho vsufrutuario con dar vna
fiança juratoria, ibi num. 6. fo
lio 150.
Fianças si tiene obligacion a dar
el marido de los bienes mue-
bles, y semouientes, de que de-
ue gozar vn año desde el dia q̃
el matrimonio fuere dissuelto
cap.11.n.129.fol.200.
Fianças si tienẽ obligaciõ los pa-
dres, passando al segundo ma-
trimonio, de los bienes que de
derecho tienen obligaciõ a re-
seruar a los hijos del primero,
ibi n.122.123.fol.199.

Fisco.

Fisco por razon de su deuda en
que lugar deue ser pagado, c.
11.num.136.cum alijs seqq.
fol.202.

Funeral.

Funeral, y gastos de entierro en q̃
lugar deuen ser pagados, c.11.
n.132.fol.201.
[illegible]neral si se deue sacar del cuer-
[illegible]ienes comunes de mari
do,

do, y muger, ibi num. 133. fol. 201.

Frutos.

Frutos pendientes de la heredad mandada, si se deuē juzgar por parte de la misma heredad, ibi num. 144. fol. 203.

Frutos pendientes en las heredades al tiempo del diuorcio, como, y en que forma se deuen partir, y comunicar, num. 108 fol. 196.

Frutos pendientes de los bienes del mayorazgo, si se deuen comunicar entre marido, y muger, ibi nu. 109. fol. 197. & in num. 97. fol. 194.

Frutos de q̄ el hijo goza del mayorazgo, y su padre, como su v ufrutuario, si se deuē comunicar entre marido, y muger, como bienes gananciales, ibi n. 98. fol. 194.

Frutos aduenticios de que el padre goza, si se deuen comunicar como los demas bienes ganaciales, passando a segundo matrimonio, ibi num. 99. fol. 195.

Frutos de los bienes castrēses, vel quasi castrenses, ganados por el hijo, si assimismo se han de comunicar, ibi num. 100. fol. 195.

Frutos que se hā cogido de la heredad, en el interin que sobre su propiedad se ha litigado, si se deuen comunicar entre marido, y muger, mandandosel restituir a alguno dellos, ibi 101. fol. 195.

Frutos q̄ se han cogido de las heredades en el interin que se diuidieren los bienes del testador, siēdo marido, ò muger alguno de los herederos, si assimismo se deuen comunicar, ibi n. 102. fol. 195.

Frutos que el marido, ò la muger gozā de algun vinculo, ò legado temporal, si assimismo se deuen comunicar, ibi nu. 103. 104. fol. 196.

Frutos que se consolidaron con la propiedad, si se deuen comunicar entre marido, y muger, ibi n. 105. fol. 196.

Frutos destos dichos bienes, si tēdra el marido obligacion a entregarlos a la muger, recibiendolos estimados con aquella estimacion, que causò y celebrò venta, ibi n. 106. fol. 196.

Ganancias.

Ganancias entre marido, y mu ger, si se reputa todo aquello que se ha causado constante matrimonio, cap. 11. n lio 191.

Ganancias si son los ar des, plantados en redad de vno rido, y mu 191.

Gana es

Dote segunda, si ha de ser paga-
da en los bienes ganãciales del
primero matrimonio, ibi nu.
144.fol.203.
Dote primera si deue ser priuile-
giada en los bienes ganancia-
les, adquiridos constante el se-
gundo matrimonio, ibi n.147
fol. 203.
Dote, y fisco si deuen ser preferi-
dos en los bienes de su deudor
adquiridos en aquel tiempo,
ibi num.167.fol.207. Y si pro
cedera en las demas deudas
particulares, aunque no sean
priuilegiadas, ibi nu. 168. fol.
207.
Dote prometida por la madre, ò
padre, siendo viudos, de que
bienes es visto auerlos prome
tido, siendo administradores
de los bienes de sus hijos, ò siẽ
do padrastros, ibi nu.218. fol.
218.

Error.

Error, y agrauio que los partido
res hizieron en la diuision de
los bienes del testador, si se de-
ue reformar, y deshazer, espe-
cialmente consistiendo en de-
recho, cap.11.num.53. cum
alijs, fol.185.

Eleccion.

[illegible] legatario en
[illegible]eron manda-
[illegible]isma cali-
[illegible]20.
por auer salido incierta la co-
sa en que fue señalada la parte
de bienes, cap. 11.nu.48. cum
alijs, fol.183. ibid.
Euiccion, y su derecho, si se pue-
de intentar contra los herede-
ros, saliẽdo incierta la cosa en
que se señalò el tercio de los
bienes, ibi n.213.fol.215.

Fianças.

Fianças que el vsufrutuario tie-
ne obligacion a dar, si se pue-
den remitir por el testador,
cap.5.num.5. fol. 150. Y si en
caso de pobreça cumplirà el di
cho vsufrutuario con dar vna
fiança juratoria, ibi num. 6. fo
lio 150.
Fianças si tiene obligacion a dar
el marido de los bienes mue-
bles, y semouientes, de que de-
ue gozar vn año desde el dia q̃
el matrimonio fuere dissuelto
cap.11.n.129.fol.200.
Fianças si tienẽ obligaciõ los pa-
dres, passando al segundo ma-
trimonio, de los bienes que de
derecho tienen obligaciõ a re-
seruar a los hijos del primero,
ibi n.122.123.fol.199.

Fisco.

Fisco por razon de su deuda en
que lugar deue ser pagado, c.
11.num. 136. cum alijs seqq.
fol.202.

Funeral.

Funeral, y gastos de entierro en q̃
lugar deuen ser pagados, c.11.
n.132.fol.201.
[illegible]neral si se deue sacar del cuer-
[illegible]ienes comunes de mari
do,

do, y muger, ibi num. 133. fol. 201.

Frutos.

Frutos pendientes de la heredad mandada, si se deuē juzgar por parte de la misma heredad, ibi num. 144. fol. 203.

Frutos pendientes en las heredades al tiempo del diuorcio, como, y en que forma se deuen partir, y comunicar, num. 108 fol. 196.

Frutos pendientes de los bienes del mayorazgo, si se deuen comunicar entre marido, y muger, ibi nu. 109. fol. 197. & in num. 97. fol. 194.

Frutos de q̄ el hijo goza del mayorazgo, y su padre, como su vsufrutuario, si se deuē comunicar entre marido, y muger, como bienes gananciales, ibi n. 98. fol. 194.

Frutos aduenticios de que el padre goza, si se deuen comunicar como los demas bienes gananciales, passando a segundo matrimonio, ibi num. 99. fol. 195.

Frutos de los bienes castrēses, vel quasi castrenses, ganados por el hijo, si assimismo se han de comunicar, ibi num. 100. fol. 195.

Frutos que se hā cogido de la heredad, en el interin que sobre su propiedad se ha litigado, si se deuen comunicar entre marido, y muger, mandandosele restituir a alguno dellos, ibi 101. fol. 195.

Frutos q̄ se han cogido de las heredades en el interin que se diuidieren los bienes del testador, siēdo marido, ò muger alguno de los herederos, si assimismo se deuen comunicar, ibi n. 102. fol. 195.

Frutos que el marido, ò la muger gozā de algun vinculo, ò legado temporal, si assimismo se deuen comunicar, ibi nu. 103. 104. fol. 196.

Frutos que se consolidaron con la propiedad, si se deuen comunicar entre marido, y muger, ibi n. 105. fol. 196.

Frutos destos dichos bienes, si tēdra el marido obligacion a entregarlos a la muger, recibiendolos estimados con aquella estimacion, que causò y celebrò venta, ibi n. 106. fol. 196.

Ganancias.

Ganancias entre marido, y muger, si se reputa todo aquello que se ha causado constante el matrimonio, cap. 11. n. [illegible] lio 191.

Ganancias si son los ar[illegible] des, plantados en [illegible] redad de vno d[illegible] rido, y mu[illegible] 191.

Gana[illegible] es[illegible]

por otras causas injustas, se deue sacar para la múger otro tãto, ibi n.88.89.90.fol.192.
Ganancias si se puedẽ enagenar por el padre, dissuelto el matrimonio, y si se pueden repetir por los hijos que las han de auer, ibi n.149 fol.204.
Ganancias si se reputan entre marido, y muger, lo que se adquiere sin el trabajo de entrambos, ibi n.107.fol.196.

Ganados.

Ganados, y otros bienes semouiẽtes, en que forma se deuen restituir, dissuelto el matrimonio, cap.11.n.60.fol.187.

Gastos.

Gastos que la muger huuiere hecho por razon de auer sacado su dote, si se le deuen restituir, cap.11.num.152.fol.205.

Hijos.

Hijos naturales, y espurios, en parte de los bienes de sus ; seran capazes herede- 7.n.1.2.fol.158.
lerigos, y Frayles si rederos capazes haziẽda de sus de que clau- folio

Hijos naturales si puedẽ ser instituidos por herederos vniuersales por sus padres, ibi num. 13.fol.160.& ibi num.17.folio 160.
Hijos naturales si pueden 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 num.19. fol.161.

Herederos.

Herederos si estan obligados a la euiccion de los bienes que a alguno de los coherederos le salieron inciertos, cap.11.n.49. 50.fol.184.
Herederos si quedan obligados insolidum a la paga de la parte que huuo de auer el heredero ausente, ibi n.51.fol.184.

Hypoteca.

Hypoteca tacita anterior, y priuilegiada, si se prefiere a la expressa, y tacita, y de igual priuilegio posterior, cap.11.n.141. fol.202.

Interesses.

Interesses si se deuen a la muger de los bienes dotales, desde el dia que ay obligacion de entregarselos, cap.11.num.151.folio 205.

Institucion.

Institucio de heredero, si se deuẽ hazer bocalmẽte, ò si basta por ales, para que sea valida, c. 26.27.fol.140.

Insti-

Institucion, ò manda escrita por el heredero, ò legatario, si serà valida, o si se viciarà, ò anulara, ibi n.28.29.fol.140.ibi.

Institucion de heredero en cedula particular, si serà de algũ efeto, ibi n.30.fol.141.

Institucion de heredero remitida a la voluntad de otro tercero, si se viciara, y quando no, ibi n. 31.fol.141.

Institucion de heredero, directa, ò indirecta, si se puede hazer en codicilo, cap.2.nu.2.4. fol. 144. Y assimismo si se puede otorgar con reuocacion de otros, ò desheredacion, ibi n. 3. fol.144.

Institucion de heredero en cosa particular, si se conuierte en legado, o manda, ò si se viciarà la dicha institucion, ibi num. 5. fol.144.

Institucion de heredero, si puede el padre hazer en sus hijos espurios, cap.7.num 8 fol.159.

Institucion de heredero, si puede hazer el suegro en el yerno, casado con su hija espuria, ibi n. 9 fol.159.

Inuentario.

Inuentario si se deue hazer de los bienes del difunto, y testador, para diuidirlos, y partirlos, c. 11.num.3.fol.175.

Inuentario si tiene obligaciõ a hazer el heredero escrito en testamento, ò el que ha de suceder abintestato, ibi numer. 176.

Inuentario si deue hazer el tutor y curador de los bienes de sus menores, y que pena tiene si no lo hiziere, o ocultare alguna parte de sus bienes, ibi num.5. fol.176.

Inuentario en que tiempo se ha de empeçar, y acabar, ibi n.6. fol 176.

Inuentario, sino fuere hecho por el heredero, en el tiẽpo del derecho, si por el mismo hecho perderà la quarta falcidia, y Trebelanica: y si assimismo estaràn obligados a los acreedores extra vires hæreditarias, ibi n.7.8.fol.176.

Iglesia.

Iglesia en que lugar deue ser pagada por razõ de sus diezmos, y demas deudas, cap.11.num. 161.162.fol.207.

Iuramentos.

Iuramentos, de que efeto son en las transaciones sobre testamentos, cap.4.n.4.fol.148.

Lecho.

Lecho cotidiano si se le muger, ò almarido, nes gananciales fol.210.

Lecho cotidi tuir rido n.1

11. numer. 221. 222 fol. 219.
Legados en especie, si han de ser preferidos a los legados en genero, ibi n. 227. fol. 220.
Legados si se deuē dar con su aumento despues de mandados, ibi n. 226. fol. 220.
Legado de lana, hasta q̄ labor se deue entender se presume ser mandado, ibi n. 228. fol. 220.
Legados de bienes muebles, si se comprehenden en ellos las acciones, y derechos del testador ibi n. 229. fol. 220.
Legado de presea, y alaxe de casa hasta que bienes se deue entender, ibi n. 230. fol. 220.
Legados, y fideicomissos condicionales, y a dia, y tiēpos ciertos, en q̄ forma, y modo se deuen pagar. Y si por muerte de los legatarios, ò fideicomissarios, se trāsfiere aquel derecho a sus herederos, ibi n. 233. 234. fol. 221.
Legado de algun vsufruto si se ha [illegible]le entēder assimismo compre[illegible]derse los instrumentos ne[illegible]rios para el efeto de sem[illegible], ararlos, y cogerlos, ibi [illegible]ol. 223.

[illegible]ion.

[illegible] here[illegible]delo q̄ [illegible]tene[illegible]

Liberacion.

Liberaciō de deudas, si han de ser pagadas pro rata no auiendo bienes suficientes para satisfazer a los demas legados dexados por el testador, cap. 11. nu. 223. fol. 219.

Luto.

Luto si se deue a la muger, por fin y muerte de su marido, cap. 11. n. 183. fol. 210.
Luto si se deue sacar de lo funeral ibi n. 184. fol. 210.
Luto si se deue repetir, passando la muger a segundo matrimonio dentro del año de la tristeza, y llanto, ibi num. 185. folio 210.
Luto si se le concede al marido, por fin, y muerte de su muger, ibi n. 186. fol. 210.

Mandas.

Mandas que el marido haze a su muger de los bienes dotales, si se le deue dar juntamente con su valor, cap. 11. n. 79. fol. 190 Y si es visto mandarselos cō todos los mejoramientos, ibi n. 80. fol. 190.
Mandar si puede el marido a su muger todos los bienes, teniēdo decendientes: y en que parte de los bienes se deue entender, ibi n. 82. fol. 191.
Manda que el marido haze de los bienes muebles, si se ha de entēder de los bienes vēdibles que [illegible]entro de su casa, ibi nu. [illegible]91.

Man-

Manda dexada debaxo de causa incierta, o falsa, si se viciarà por esso, ibi n. 210. fol. 214.
Mandas para casar huerfanas, ò parientas, en que tiempo se deuen entregar, y pagar, ibi num. 231. fol 221.
Mandas graciosas si se han de sacar del quinto dexado al hijo natural, ibi n. 232. fol. 221.
Mandas si se deuen cũplir, en caso que el testamento se vicie por defeto de solenidad, c. 1. n. 3. fol. 135.
Manda en pena de reuocaciõ del testamento si es valida, y se deue cumplir, cap. 3. n. 9. fol. 146

Menores.

Menores si tienẽ tacita hypoteca de priuilegio, en los bienes de sus tutores, y curadores, c. 11. n. 163. fol. 207.
Menores si puedẽ ser restituidos, siendo lesos, y engañados en la particion, y diuision de los bienes del testador, ibi num. 306. fol 235.

Mejora.

Mejora de tercio, y quinto si se puede reuocar auiẽdose entregado la cosa en que señalo la dicha mejora, ò el instrumẽto della, c. 11. n. 204. 205. f. 213. 214.
Mejora de tercio, y quinto en cosa agena, en que parte deue valer, ibi n. 206. fol. 214.
Mejora de tercio, y quinto si se deue aumẽtar, ò dimi[illegible] tras la particion de[illegible] no se hiziere, ibi num. 201. & 207. fol. 213. 214.
Mejora de dos quintos, en qual dellos se comprehende el tercio, ibi n. 209. fol. 214.
Mejora si se vicia por causa falsa, ò incierta, ibi n. 210. fol. 214.
Mejoradas si pueden ser las hijas por via de casamiẽto, ò por otro qualquier cõtrato celebrado entre viuos: y si se podrà repetir el excesso por los dichos sus padres, ò hermanos, ibi nu. 220. fol. 218.

Mugeres.

Mugeres si pueden ser testigos en codicilios, c. 2. n. 7. fol. 144.

Publicacion.

Publicaciõ si es necessaria en los testamentos cerrados, y en que forma, y con que solenidad se deue hazer, cap. 1. nu. 7. & 8. fol. 136.

Particion.

Particion, en que forma, y con q[illegible] solenidad se deue hazer, y c[illegible] nar, para que no resulte ag[illegible] uio contra alguno de los h[illegible] deros, cap. 11. num. 1 fo[illegible]
Particion de bienes, en [illegible] formas, y maneras [illegible] puede hazer, ibi n[illegible]
Particion de bien[illegible] formar[illegible] ibi [illegible] tro[illegible]

nes que no estuuieren diuidi-
dos, y partidos, entre los here-
deros, è interessados a los di-
chos bienes, cap. 11. num. 307.
fol. 235.

Quarta.

Quarta parte de los bienes del ma
rido, ò de la muger ya difunta,
si se le deue al superstite, quedã
do pobre, cap. 11. nu. 190. fol.
211.
Quarta parte si se le deue al super
stite, teniendo algunos bienes
para sustentarse, ibi num. 191.
fol. 211.
Quarta parte si se deue al superst-
tite, pudiendo alimentarse cõ
su trabajo, y oficio, ibi n. 190.
fol. 211.
Quarta parte si se le deue a qual-
quiera de los dichos marido, y
muger, teniendo ascendientes
q̃ les puedan sustentar, y alimẽ
ar, ibi n. 192. fol. 211.
arta parte si se le deue a la mu
er, viuiẽdo deshonestamẽte,
.163. fol. 211.
parte de los dichos bie-
deue reseruar, en quan
dad, casãdose qual
dichos marido, y
los hijos
er ma-
4. fol.

Quarta falcidia.

Quarta falcidia, y Trebelianica,
en q̃ casos, y quando se deue, y
de que bienes, cap. 5. num. 15.
cum seqq. fol. 151.

Quinto.

Quinto de bienes, si se ha de con-
sumir enteramente para el gas
to funeral, cap. 11. num. 134.
fol. 201.
Quinto de bienes si se deue ente-
ramẽte gastar, siẽdo en mayor
cantidad, que lo que a cada v-
no de los hijos le puede perte-
necer de su legitima, ibi n um.
135. fol. 201.
Quinto de bienes, si puede el ma-
rido mandar a la muger, o por
el contrario, demas de la quar-
ta parte, que de derecho se le
deue, ibi n. 196. fol. 211.

Renunciacion.

Renunciar si puede la muger en
perjuizio de sus acreedores, las
ganancias que le pertenecen,
siendo antes del matrimonio,
cap. 11. n. 95. 96. fol. 193. 194.

Reseruacion.

Reseruar si deue el marido, ò la
muger passando a segundo ma
trimonio, la propiedad de los
bienes aduenticios de los hijos
que murieron abintestato, c.
11. n. 111. fol. 197.
Reseruar si deue la muger la pro-
de que los hijos gana-
dquirieron, vltra de la
sustan-

ſuſtancia paternal, ibi n. 112. fol. 197.

Reſeruar ſi ſe deuen aſsimiſmo las arras, donaciones, y mandas adquiridas por el primer marido, paſſando la muger a ſegundo matrimonio, ibi num. 113. fol. 198.

Reſeruār ſi deue el padre, ò la madre, la propiedad de los dichos bienes, en caſo q̄ el difunto le dexaſſe facultad para poderſe caſar, ò ſe la ayan dado los dichos ſus hijos, ibi num. 120. folio 199.

Signo.

Signo de Eſcriuano ſi ſe requiere en todos, y qualeſquier teſtamētos, y vltimas volūtades, y ſi por ſu omiſsion ſe viciara ſu diſpoſicion, y ſe daràn por nulos, c. 1. n. 5. fol. 136.

Salarios.

Salarios de criados en que lugar han de ſer pagados, cap. 11. n. 157. fol. 205.

Salarios de criados, porque tiempo ſe preſcriuen, y ſi es neceſſario buena fè, cap. 10. nu. 158. fol. 206.

Salarios ſi ſe deuē a los hijos que eſtan de baxo de la poteſtad de ſus padres, ibi num. 159. folio 206.

Salarios que el hijo ha ganado en otra qualquier parte, ſi ſe le uen enteramente, i fol. 206.

Suceſsion.

Suceſsion colateral, aſsi de los legitimos, como de los naturales y eſpurios, veaſe el c. 11. §. ſuceſsion colateral, y el §. De los naturales, y el §. De eſpurios, fol. 173. 174.

Suſtitucion.

Suſtitucion ſi puede el padre hazer en los hijos naturales, cap. 7. n. 11. 12. fol. 159. 160. & in c. 9. n. 5. fol. 164.

Suſtitucion ſi puede el padre hazer, aſsi de ſus bienes, como de los demas que el hijo pudiere adquirir dentro de la edad pupilar, c. 8. n. 1. 2. 3. 4. f. 162. Y ſi aurà lugar, aunque ſean bienes heredados de ſu madre, o otro qualquier aſcendiente. Y aunque los dichos bienes ſean t cales, ibi num. 8 fol. 163

Suſtitucion ſi ſe puede haz los hijos mētecatos, mud ſordos a natiuitate, ca fol. 163.

Suſtitucion ſi puede zer en los bienes del prim los de lio 1

Suſti h

en los bienes de su capital, ibi n um.8.fol.165. Y porque causas cessan estas dichas sustituciones, ibi n.9.fol.165.

Testamento.

Testamento cerrado con que solemnidad deue ser otorgado, cap 1.n.4 fol.135.
Testamento si se vicia por defecto de signo del Escriuano, ibi num.5.fol.136.
Testamento cerrado, si se vicia, auiendose muerto algun testigo antes de su publicacion, n. 9 fol.137.
Testamento si puede otorgar el mudo, y sordo à natiuitate, ibi num.10.fol.137.
Testamento, si puede otorgar el prodigo, y gastador de sus bienes, ibi n.11.fol.137.
[illegible]estamento si puede otorgar el [illegible]blico descomulgado, ibi.n. [illegible].fol.137.
[illegible]ar si puede el infame por fa- [illegible] libelo, ibi n.13.fol.137.
[illegible]to, si se vicia, y anula, [illegible] nombrado por he- [illegible]ne lo escriuio, ibi n. [illegible]
[illegible] orgar el [illegible]ondena [illegible]s sus [illegible].14
frenetico, ibi num. 16.folio 137.
Testamento si puede otorgar el hijo familias, y de q̃ parte de sus bienes. Y si de la parte, que segun el Derecho puede disponer, ha de gozar el padre primeramente de su vsufruto, ibi num.17.fol.138.
Testamento si puede otorgar el Clerigo hijo familias de todos sus bienes, y en q̃ parte de sus bienes, ibi n.19.20.fol.139.
Testamento otorgado por algũ Clerigo en fauor de otro Clerigo, si deue tener la misma solenidad q̃ los demas, ibi n.21. fol.139.
Testamento si puedẽ otorgar los ciegos, y cõ que solenidad, ibi n.22.23.fol.139.140.
Testamentos otorgados entre hijos, que solenidad deuẽ tener, ibi num.24.fol.140.
Testamento que de derecho ipso iure es nulo, si se le da fuerça por la clausula codicilar, cap. 2.n.9 fol.145.
Testamento, y vltima voluntad, quando es visto ser otorgado con clausula codicilar, ibi nu. 10.11.fol.145.
Testamento, y vltima voluntad, si deroga a la primera, y precedente, c.3.n.1 fol.145.
Testamento, y vltima voluntad siendo jurado, si tacitamente es visto reuocar el primero, y [illegible]dente, ibi n.6.fol.146.
[illegible] entre hijos, si es visto [illegible]lo con clausula de- [illegible]roga-

rogatoria, ibi num. 7. 8. folio 146.
Testamento si se reuoca por ser roto, y cancelado, ibi n. 10. 11 fol. 146. 147.

Tercio, y quinto.

Tercio, y quinto si puede el testador mandar, y disponer por su alma, auiendole mandado en vida por cõtrato entre viuos, ò si podra disponer de dosquintos, cap. 11. n. 204. fol. 213.
Tercio, y quinto si se puede señalar en la heredad de mejor calidad, y mas frutifera, ibi num. 211. fol. 214.
Tercio, y quinto si se deue suplir de los bienes del testador, quãdo en la cosa en que fue señalado, no era suficiẽte para su valor, y paga, ibi n. 206. fol. 214.
Tercio de bienes de que el testador decendiente puede disponer, si le puede señalar en cosa cierta, ibi n. 214. fol. 215.

Transaccion.

Transaccion si ha lugar sobre testamentos, cap. 4. nu. 1. 2. fol. 147. Y en que casos aura lugar, ibi num. 3. 4. fol. 148. Y que pena tiene el que ocultare los testamentos, ibi num. 6. fol. 148.
Transaccion, si es permitida sobre alimentos, ibi num. 5. fol. 148.

Vinculos.

Vinculos, ò legados con condicion de q̃ de ninguna manera puedan ser vendidos, ni enagenados, si es visto por su enagenacion impedirse su dominio, cap. 6. n. 1. 2. fol. 154.

Vsufrutuario.

Vsufrutuario si deue ser el padre mientras viuiere de los bienes del hijo que muriò que por algun titulo adquiriò, aunque la madre suceda en la mit[illegible] destos dichos bienes, c. 1 [illegible] 117. fol. 198. Y si se deu[illegible] der la dicha dotrina a [illegible] los de parte de padre, en los [illegible] sos que pueden ser vsufrutu[illegible] rios de sus nietos, ibi nu. 1 [illegible] fol. 198.
Vsufrutuaria si puede ser la m[illegible] ger de todos los biene[illegible] marido, teniendo de[illegible] tes legitimos, y en [illegible] se deue ent[illegible] 242. fol. 2[illegible]
Vsufrutu[illegible] y de q[illegible] fol. [illegible]

FI[illegible]

475621