

10. Cuando el tercer opositor se opone, diciendo ser suyos los bienes ejecutados, y no del ejecutado, constandingo por conocimiento de Causa sumaria llanamente sabida la verdad, ha de cesar la ejecucion en ellos hecha, y se ha de hacer y mejorar en otros del ejecutado, sin que sea contenida, conforme una ley notable de Partida (1), concordante con otra del Derecho civil.

11. Oponiéndose á la ejecucion el acreedor tercer opositor, con instrumento que la trae aparejada, se impide y suspende la ejecucion, como lo trae Gregorio Lopez (2); mas si sin él se opone, y mediante ello tiene necesidad de pedir por Via ordinaria, aunque sea anterior, no impide, ni suspende la ejecucion; antes se ha de continuar y acabar, haciendo pago á la Parte, sin embargo de la oposicion, dando fianza de lo juzgado y sentenciado en ella, como consta del Derecho civil (3) y real, y de Bártulo, y de lo que traen Suarez y Dueñas; salvo si la muger se opone por su dote, de que consta por prueba del Instrumento, ó solo de testigos, que entonces por el derecho que tiene de apelacion, se impide la ejecucion, y en el inter que se trata de la Causa de la oposicion, le compete la retencion de los bienes ejecutados, y se han de dar en prendas de su deudor, hasta que la Causa se determine y fenezca, dando fianza de los tener de manifiesto, como consta del Derecho (4). Y así se entiende una ley de la Recopilacion (5) que sobre esto trata.

12. De la oposicion hecha por el tercer opositor se ha de dar traslado al ejecutado y ejecutante; y siendo necesario prueba, se recibe á ella, y sigue la Causa por Via ordinaria entre ellos, hasta fenecerse, sin ser necesario tratarse con

otro opositor, que despues se opusiere, porque su oposicion no perjudica, ni suspende el estado de la Causa de la primera oposicion, la cual sin embargo de ello se puede continuar y determinar, aunque si se hubiere de ejecutar la sentencia que se diere, se ha de dar fianza de pagar lo juzgado y sentenciado en la segunda oposicion: la Causa de la cual se ha de tratar de nuevo con todos los litigantes de la primera, respecto de no haber obligacion de tomarla en el estado en que estuviere: todo lo cual se entiende cuando el tercer opositor sale á la Causa alegando su derecho propio, como consta de una ley de Partida (6) y otra de la Recopilacion, y lo trae Covarrubias; porque si sale á la Causa, coadyuvando el derecho de otro con quien se sigue, obligado está á tomarla en el estado en que la hallare, segun una ley de la Recopilacion (7).

13. La sentencia dada en la Causa ejecutiva, en que hubo oposicion de tercero, ó terceros opositores, aunque mediante su oposicion se haya suspendido la ejecucion y Via ejecutiva, seguida la Causa por Via ordinaria, quanto el ejecutado y ejecutante preferido y opositores que salieron á coadyuvar su derecho, se ha de ejecutar sin embargo de apelacion ni nulidad, segun con la fianza, y como la de remate, por serlo, segun unas leyes de la Recopilacion (8); porque la suspension de la ejecucion y Via ejecutiva, y el seguirse por Via ordinaria, fue solo en la orden de proceder y no en la decision, segun otra ley de la Recopilacion (9), y lo resuelve Paz; mas cesante esto, y quanto á los terceros opositores que se opusieron y salieron á la Causa por su propio derecho, é interes, lo contrario se ha de decir, porque la Causa no fue ejecutiva, sino or-

(1) L. 3, t. 27, p. 3, dict. l. à Div. Pio, § Si super rebus, in fin. \* Rod. de Exsec. c. 8, numer. 11. Carl. t. 3 de jud. disp. 12, numer. 18. D. Salg. 3 p. Labyrinth. c. 10 à numer. 18. D. Olea, de Cess. t. 4, q. 3, numer. 17. Cast. de Alim. c. 36, § 3. Amat. l. 2 Var. res. 3.  
(2) Greg. Lop. in l. 11, glos. 1, t. 4, p. 5. \* DD. sup. prox. rel. Vel. cons. 55.  
(3) L. à D. Pio. § Si super rebus, ff. de Jud. et ibi Bart. et L. Is à quo, ff. de rei vend. L. 6, t. 10, p. 3. Suar. in l. Post rem, q. 8, n. 7. Duen. reg. 274. \* Cit. Carl. ubi sup. in dict. disp. 12. Nog. alleg. 8, numer. 63. Font. de Pact. claus. 7, glos. 2, p. 4 et 5.  
(4) L. Ubi ad huc, C. de Jud. dot. \* Bob. l. 2. Gut. in Rep. l. Nemo potest, n. 391, ff. de Leg. 1. Rod. de Exsec. c. 8, n. 2. Salg. de Reg. Prot. p. 4, c. 8, n. 65. Avend. de Cens. c. 109, ex n. 1. Barb. in l. Si alienam,

12, n. 20, ff. Sol. mat. Greg. Lop. in l. 11, t. 14, p. 5, glos. 1, in princ. Parl. 2 Rer quot. c. fin. 5 p. § 11, n. 58.  
(5) L. 16, t. 28, l. 11 Nov. Rec.  
(6) L. 5, t. 10, p. 3, l. 16, t. 28, l. 11 Nov. R. D. Cov. in Pract. QQ. c. 14, n. 4. \* Ant. Gom. l. 2 Var. c. 2, n. 39. Carl. de Jud. t. 3, disp. 12, n. fin. D. Salg. 4 p. de Prot. c. 7, n. fin. Acev. in l. 16, t. 28, l. 28, l. 11 Nov. Rec. Rod. de Ann. redd. l. 1, q. 21, n. 4. Gut. ubi sup. et l. 1 Pract. q. 114.  
(7) L. 17, t. 2, l. 11 Nov. Recop.  
(8) L. 1 et 12, t. 28, l. 11 Nov. Rec.  
(9) L. 16, t. 28, l. 11 Nov. Rec. Paz, in Pract. l. t. 4 p. n. 7. \* Villad. in Pol. c. 2 ex n. 126. Rod. de Exsec. c. 8, n. 2. Acev. Parl. et Gut. ubi sup. Carl. de Jud. t. 2, disp. 8, n. 10.

dinaria, así en la orden de proceder como en la decision, como se dice en el Derecho (1), y en propios términos lo tiene Castillo.

\* 14. El tercer opositor que sale á la Causa que se ha seguido entre otros, debe proseguirla en aquel estado en que la halla, sin ser necesario volver al principio; ni se puede decir de nulidad de lo actuado, pues sería proceder *in infinitum*, como dicen el señor Covarrubias, Antonio Gomez y otros (2); y cómo, y cuándo se admita el tercero opositor en el Juicio de Tenuta pendiente en el Consejo, lo trae latamente Guzman (3), que no lo repetimos por no dilatarlos.

\* 15. Tres géneros de terceros opositores ponen los AA.: El primero es el que sale al pleito coadyuvando, y para favorecer al Actor; el segundo el que concurre para coadyuvar al Reo; y el tercero el que intenta excluir de la pretension así al Actor, como al Reo. En el primero y segundo género procede la regla general del número antecedente; esto es, que se deben admitir y se ha de seguir el pleito en el estado que lo hallaren al tiempo de la oposicion, y en el que lo tenían los litigantes. En el tercer género se tiene por regla general que se pueden admitir para tratar la Causa desde el principio, lo mismo que si por otros no se hubiese comenzado; y no está obligado á seguirla en aquel estado en que estaba al tiempo de la oposicion, como lo dicen el señor Covarrubias, Cancero y Barbosa (4).

## SUMARIO DEL PARRAFO XXVII.

## POSESION HEREDITARIA.

Cómo se ha de aceptar la herencia y tomar posesion de ella, n. 1.  
Cómo el heredero ha de probar serlo para pedir y cobrar la herencia y su posesion, n. 2.  
Cómo se ha de dar la posesion de la herencia al heredero, n. 3.  
Si el que posee los bienes del difunto al tiempo de su

(1) Cap. Super eo de Offic. Del. Cast. in l. 64 Taur. n. 69. \* Cit. Carl. in dict. t. 3, disp. 12. Rod. de Exsec. c. 3. Salg. de Reg. protect. c. 8, p. 4, n. 65. Acev. et Gut. ubi sup.  
(2) Cov. Pract. c. 13, à n. 1, c. 14, n. 3 vers. Hact. Gom. l. 2 Var. c. 2, n. 39. Carl. de Jud. t. 3, disp. 12. Par. de Edit. Inst. t. 6, res. 3. Canc. p. 2 Var. c. 16. Barb. in l. 49, n. 99, ff. Solut. mat.  
(3) Guzm. Ver. jur. var. 4 et 36.

muerte es legítimo contradictor para impedir esta posesion en ello, n. 4.  
Si el sucesor del Mayorazgo es legítimo contradictor para impedir esta posesion en los casos de él, n. 5.  
Si el hijo de mejorado en tercio y quinto es legítimo contradictor para impedir esta posesion en la mejora, número 6.  
Si el hijo desheredado es legítimo contradictor para impedir esta posesion en su legítima, n. 7.  
Si la muger por su dote, bienes, cama y vestidos ordinarios, es legítimo contradictor para impedir esta posesion en ello, n. 8.  
Si la muger por la mitad de multiplicado es legítimo contradictor para impedir esta posesion en ello, n. 9.  
Si la muger que queda preñada al tiempo de la muerte del marido es legítimo contradictor en nombre de la criatura para impedir esta posesion, n. 10.  
Cuándo el tenedor de los bienes de la herencia es legítimo contradictor para impedir esta posesion, n. 11.  
Cómo es legítimo contradictor el que muestra mejor derecho, ó título igual para impedir posesion, n. 12.  
Cómo por la prescripcion es excluido este remedio posesorio, n. 13.  
Si del Juicio posesorio de esta posesion hereditaria, y de los demas, ha lugar apelacion, n. 14.  
Cuando de dar la posesion á los herederos pro indiviso resulta no conformarse, ó rencillas, qué ha de hacer el Juez, n. 15.  
\* Si el usufructuario puede transigir sobre la herencia, y es legítimo contradictor de la posesion hereditaria, y si lo son los testamentarios y donatario, ó su heredero y el pretendiente de feudo, n. 16.  
\* Qué cualidades se necesitan para la inhibicion en la posesion hereditaria, n. 17.  
\* Si la posesion hereditaria se adquiere cuando el inquilino arrienda al heredero, ó le paga la pension en reconocimiento del dominio, n. 18.

1. La herencia se ha de aceptar por el heredero mismo á quien pertenece, porque no se puede aceptar por Procurador, como se dice en el Derecho (3) explicado por Baldo. Y aunque el derecho de la herencia se transfiera en el heredero por la aceptacion, no se transfiera empero la posesion, si no es que se toma, como lo dice un Jurisconsulto (6). Ni el dominio si no es tomándola, segun una ley de Partida (7). Y estando la posesion de la herencia vaca, la puede tomar el

(4) Covarrub. ubi sup. in capit. 14. Canc. ubi sup. num. 1. Barb. in l. Si alien. 12 ex num. 16 vers. Pro vera igit. res. et in l. Tit. 37 ex num. 7, ff. Sol. mat.  
(5) L. Paul. per Procur. n. 80, ff. de Acquir. hered. Bald. in l. 1 Cod. Qui admit. q. 20 et 30.  
(6) L. Cum hered. de Acquir. pos. \* Gom. l. 1 Var. c. 9, n. 1, et in l. 4 Taur. n. 54, vers. 5, num. 103 et 114.  
(7) L. 1, t. 14, p. 6.

heredero y usar del derecho de su autoridad, sin tener la judicial, según Baldo y Jason (1).

2. Para pedir y cobrar el heredero la herencia, cosa y deudas de ella y darle y entregarle su posesión, basta averiguar ser consanguíneo del difunto á quien se hereda, y estar en grado de parentesco que pueda heredar, sin ser necesario probar que no hay otro más propincuo, porque el que lo contrario dijere ó alegare, lo ha de probar: de lo cual es Autor Rafael Cumano (2), á quien sigue Ludovico Romano, Alejandro y Jason, que cita otros.

3. Una ley del Derecho civil y otras de Partida (3) dicen que el heredero instituido por testamento, sea metido en la posesión de la herencia y bienes que el difunto poseyó al tiempo de su muerte. Y lo mismo dice otra ley Soriana de la Recopilación (4) en cuanto al heredero consanguíneo, instituido por testamento, ó sucesor *ab intestato*. Y procede aunque el heredero sea instituido en cosa particular y cierta, ora se le dé, ó no coheredero universal, ora acepte ó repudie el tal la herencia, como consta de una glosa (5); y lo traen Bártulo y Paulo, aunque aceptándola, lo contrario tienen Angelo, Saliceto (6) y Alejandro, y es verdadera y comun opinion. Procede también en el hijo instituido por heredero en su legítima, aunque esta institución no sea cuota y parte de la herencia, sino de los bienes; y por consiguiente compete á los demás instituidos en ella, como lo traen Baldo y Décio (7); aunque

lo contrario tiene Alejandro. Asimismo procede en el sucesor del Mayorazgo cuando en el testamento el padre le deja al hijo mayor; porque la división de los bienes que hace entre sus hijos tiene lugar de institución, como lo dice Bártulo (8). Y no solo de la manera dicha se da el dicho remedio posesorio al heredero; sino también al substituto y fideicomisario, como consta de una glosa (9), y lo traen Bártulo, Décio y Baldo, aunque el heredero no quiera aceptar, ó repudie, conforme una ley de la Recopilación (10).

4. De lo dicho se sigue ser legítimo contradicтор para impedir al heredero la posesión de los bienes del difunto el poseedor que al tiempo de su muerte legítimamente los posea, pues las dichas leyes solo se la mandan dar de los que el difunto poseía al tiempo de ella; y así de ellos solos se ha de dar la posesión al heredero, y al tal poseedor ampararle en la que tuviere, sin ser necesario mostrar mejor título que el heredero, sino solo la posesión legítima que tuviere; porque en este caso al heredero, respecto de sí mismo, no le compete el remedio posesorio, que poseyendo el difunto tenía; sino solo la acción á los bienes, ó restitución de ellos, que á él compete, respecto de la persona suya que representa, como, demás de otros, lo traen Afflictis (11), Suarez, Palacios Rubios y Antonio Gomez.

5. En las sucesiones de las cosas de Mayorazgo, muerto el tenedor de él, *ipso jure*, luego, sin otro acto de aprehensión, se transfiere la pose-

(1) Bald. in l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. Tollend. col. 1 Jas. in l. Non dubium, C. de Leg. \* Gom. in l. 45 Taur. n. 124 et 129. Gut. l. 1 Pract. q. 79 et seq. Cir. cont. 248. Olea, de Cess. t. 6, q. 5, n. 17. Cast. l. 3 Cont. t. 24. Men. de Adipis. possess. remed. 6. Herm. in l. 7, glos. 2, num. 19, t. 4, p. 5. Carlev. de Jud. t. 3, disp. 5 á num. 14. Val. cons. 35.  
(2) Rafael Cumano in leg. Sed si de sua, et illic Ludovic. Rom. ff. de Acquirend. heredit. et Alej. in Is potest. eodem, t. et ubi plures, cit. n. 61. \* Citat. Ant. Gom. l. 1 Var. c. 9, et in l. 45. Taur. n. 134, l. 2, t. 14, p. 6. Olea, ubi sub. proxim. Tond. l. 2, quaest. 53. Castill. l. 3 Controv. c. 24. Carlev. ubi sup.  
(3) L. fin. C. de Edict. D. Adrian. Tollend. l. 2 et 3, t. 14, p. 6.  
(4) L. 3, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* Cit. Olea et Carlev. ubi sup. Ant. Gom. in cit. l. 45 Taur. n. 134. Hermosil. in l. 7, t. 4, p. 5, glos. 2, num. 19. Val. consil. 35. Ciriaco. cont. 426. Jul. Cap. tit. 4, disc. 300.  
(5) Gloss. in dict. l. fin. et ibi Bart. et Paul. Ciriaco. controv. 248, 305 et 399 citat. Jul. Cap. discept. 312. Gu-tierr. t. 1 Pract. q. 79 et seqq. Vela, dissert. 11, num. 112. Olea, ubi sup. n. 16 ubi citat. Noguier. al-

leg. 23, n. 136, et allegat. 22, num. 66, et allegat. 25 et 37, n. 78. Salg. de Reg. 3 p. c. 12.  
(6) Angel. Salicet. in dict. l. fin. Alex. in leg. Quoties, Cod. de Heredit. institut. \* Barbos. in Rub. ff. Solut. matrim. 4 part. á num. 19. Vela, dissertat. 5, num. 40, dissertat. 40, num. 64. Franch. deciss. 92, num. 4. Giurb. ad Consuet. cap. 9, glos. 5, num. 3.  
(7) Bald. in dict. l. fin. q. 1 ubi Dec. col. 7 ibi Alex. col. 2. \* Castill. l. 3 Controv. c. 17. Ciriaco. contr. 44.  
(8) Bartul. in leg. Marcellus, § Quidam. ff. Ad Trebell. \* Anton. Gom. in leg. 45 Taur. 134.  
(9) Gloss. in tract. l. fin. ibi Bart. Decius, et Bald. \* Gom. ubi sup. num. 138, et l. 1 Var. cap. 5, num. 30. Larrea, deciss. 6, num. 4. Ciriaco. controv. 12. Parl. l. 2 Rer. quot. c. fin. 1 p. § 9, n. Gratiano, Discept. t. 13. Acev. in l. 3, t. 34, l. 11 Nov. Rec.  
(10) L. 1, t. 18, l. 10 Nov. Rec.  
(11) Afflict. deciss. 110 in fin. Suarez, t. de las Herencias, num. 5 et 19. Palacios Rub. in leg. 44 Taur. num. 27 ibi Antonio Gom. num. 128. \* Salg. 4 p. de Protect. c. 8, num. 41, 90 et 123. Mieres, de Majoratibus 3 part. quaest. 17. Julio Caponio, tit. 4, discept. 291 et 300. Castill. leg. 3 Controv. cap. 24.

sion civil y natural, y verdadera, y no ficta, en el siguiente en grado, que, según su disposición, le debe suceder, aunque otro le haya tomado en vida ó en muerte del difunto, ó él mismo se la haya dado, según una ley de la Recopilación (1). De que se sigue, que no solo á este próximo sucesor del Mayorazgo le compete este remedio posesorio contra el que así antes había tomado la posesión de él, sino que también es legítimo contradicтор para impedir á los herederos del difunto la posesión de la herencia, en cuanto á las cosas del Mayorazgo, en que ha de ser metido y amparado, y los herederos en los demás, para lo cual basta solo constar que el último poseedor, como cosas de Mayorazgo, las tenía y poseía, y por tales eran habidas y reputadas, aunque no conste del título de él, como bellísimamente lo escribe Suarez (2). Y lo mismo que queda dicho en el Mayorazgo, se ha de decir y tener en la sucesión de los bienes de fideicomiso vinculados, como lo dice Covarrubias (3), y se confirma por una ley de la Recopilación.

6. Asimismo es legítimo contradicтор para impedir á los herederos la posesión de la herencia, el hijo, ó nieto mejorado en tercio y quinto de los bienes, en cuanto á la mejora, pues en ella tiene lugar de heredero, y como él obligación de pagar lo que le toca por rata de las deudas del difunto. Y así por la mejora le compete remedio posesorio, y ha de ser metido en la posesión de ella por su parte en los bienes de la herencia pro indiviso con los herederos, como consta de una ley de la Recopilación (4), y contra Rodrigo Suarez lo resuelve Paradorio.

7. El hijo legítimo, preterido, ó olvidado, de quien el padre no hizo mención en el testamento, heredándole, ni desheredándole, es legítimo con-

tradicтор por su legítima y parte para impedir al heredero la posesión de la herencia, y así sin embargo, como él ha de ser metido en ella, y se le ha de dar. Y lo mismo se entiende aunque sea desheredado por causa justa, no lo probando el padre, ó el heredero instituido, por tener obligación, como acontece muchas veces, de probarla; mas probándola, lo contrario se ha de decir, como consta de dos leyes de Partida (5).

8. La muger por su dote y arras, siendo apreciado, no es legítimo contradicтор para impedir al heredero la posesión de la herencia; pues solo hay obligación de darle el precio; empero no siendo apreciado, es legítimo contradicтор para impedir al heredero la posesión de los bienes dotales, pues son y pertenecen á la muger á quien se han de dar, según una ley de Partida (6). Lo cual se entiende siendo los bienes raíces, luego como el matrimonio fuere disuelto; siendo muebles, pasado un año de como lo fue, según otra ley de Partida (7). Y lo mismo con la misma distinción de precio, ó sin él, se ha de decir de los bienes parafernales, que fuera de la dote y arras, son de la muger, aunque se le han de entregar luego como el matrimonio fuere disuelto, ora sean raíces, ó muebles, conforme una ley de Partida (8), y se confirma por otra ley de ella. Y también es legítimo contradicтор la muger para impedir al heredero la posesión de la cama cotidiana en que ella y el marido dormían, y los vestidos ordinarios de ella, y se le ha de dar por pertenecerle, según otra ley de Partida (9).

9. Los bienes que tienen marido y muger, son de ambos por mitad, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente; y así lo dice una ley de la Recopilación (10). Y lo mismo

(1) L. 1, t. 24, l. 11 Nov. Rec.  
(2) Suar. t. de las Herencias, num. 24. D. Salg. in Labyrinth. 2 p. c. 14 á num. 14. D. Olea de Cess. jur. t. 6, q. 5 á num. 13. Paz, de Tenut. cap. 28. Gom. in l. 45 Taur. num. 111 vers. Praeterea, et num. 117 vers. Tertio. D. Molin. de Primog. l. 3, c. 12. Herm. in l. 7, glos. 2, t. 4, p. 5. Giurb. de Feudis, § 2, glos. 2, n. 82 et 85. Mieres, de Majorat. 3 p. per tot.  
(3) D. Cov. l. 3 Var. c. 5, n. 5, l. 3, t. 24, l. 11 Nov. Rec. \* Barb. vot. 126, num. 159. Cyr. controv. 12, 262 et seqq. Surd. decis. 333.  
(4) L. 5, t. 6, l. 10 Nov. Rec. \* Parl. l. 2 Rer. quot. c. fin. 1 p. § 9, num. 5 usq. ad. 12. \* Garcia de Expens. c. 11, num. 13. Noguier. allegat. 4, num. 57. Castill. l. 5, controv. 156 et 161, num. 28. Molin. de Primog.

l. 1, c. 10, num. 13. Vela, dissert. 48 á num. 24.  
(5) L. 8 et 10, t. 7, p. 6. \* Cyr. cont. 262. Jul. Cap. t. 4, discept. 303 et seqq. Cast. l. 3 cont. c. 24. Ayll. ad Gom. l. 1 Var. q. c. 5, num. 42 vers. An autem.  
(6) L. 18, t. 11, p. 4. \* Giurb. ad Cons. cap. 1, gloss. 5 á num. 31. D. Salg. 3 p. Labyrinth. c. 44, num. 50.  
(7) L. 31, t. 11, p. 4.  
(8) L. 49, t. 11, p. 4, l. 2 in fin. t. 14, p. 3. \* Gom. in l. 40. Taur. num. 54 vers. Quod, el segundo. Vela, diss. 9, n. 39.  
(9) L. 23 in fin. t. 11, p. 4. \* Gut. l. 2 Pract. q. 94. Garc. de Expens. c. 8, num. 41. Jul. Cap. t. 4, disc. 282. Spin. de Testam. glos. 2, num. 64. Pat. Sanch. l. 6 de Mat. disp. 1, num. 5.  
(10) L. 4, t. 4, l. 10 Nov. Rec.

se entiende de los adquiridos durante el matrimonio, segun otras leyes de ella (1). De aquí se sigue que la muger es legítimo contradictor para impedir al heredero del marido difunto la posesion de sus bienes, en cuanto á la mitad de ellos, que le pertenece; y así se le ha de dar posesion de ellos por su parte *pro indiviso*, como al heredero por la suya.

10. La muger que queda preñada del marido difunto, constando ser su muger legítima, y estar preñada de él por algunas presunciones, ó pruebas, aunque no sean muy ciertas, sino dudosas, es legítimo contradictor para impedir al heredero, ó tenedor de los bienes del difunto la posesion de ellos, y se ha de dar á ella en nombre de la criatura, aunque haya contradiccion; así lo dice una ley de Partida (2).

11. El tenedor de los bienes de la herencia no es legítimo contradictor para impedir al heredero la posesion de los bienes de ella, aunque por ello alegue falsedad del testamento, en que fué instituido, ó que el que hizo no lo pudo hacer, ú otro embargo semejante, sino es que luego incontinenti lo pruebe; porque en este caso le ha de ser admitido, salvo siendo el heredero menor de catorce años, y pretendiendo la posesion de los bienes de la herencia de sus ascendientes, que entónces se le ha de dar la posesion de ella, sin embargo de contradiccion, y sin admitirla hasta que tenga edad de catorce años; y teniéndolos, bien se puede admitir, como lo dice una ley de Partida (3).

12. Asimismo es legítimo contradictor para impedir al heredero la posesion de los bienes de la herencia el que alega tener de ella mejor derecho que él, por ser despues establecido por heredero, ó por otra razon alguna; mostrándolo,

(1) L. 1, 2, 3, 5 y 6, t. 4, l. 10 Nov. Rec. \* D. Olea de Cess. t. 4, q. 8. Carl. de Jud. t. 3, disp. 34, num. 22. Larr. dec. 62. Bar. in l. 1, p. 1 à n. 33 ff. Sol. mat. Sol. t. 2 de jur. Ind. l. 2, c. 15, n. 37. Vela, dissert. 2, n. 67.

(2) L. 7, t. 22, p. 3. \* Lara, de Vita hominis, C. 3, et c. 7 et seqq. Avend. res. 28. Valenz. consil. 96. D. Olea, de Cess. jur. t. 3, q. 4, n. 25. Giurb. de Cons. c. 1 glos. à n. 69.

(3) L. 2, t. 14, p. 6.

(4) L. 3, t. 14, p. 6. Gom. in l. 45 Taur. num. 147 et seqq. D. Olea, de Cess. t. 8, q. 3, n. 11. Ang. de Legitim. contrad. q. 2, art. 1 in Addit. n. 45. Canc. 1 p. Var. c. 4, n. 45. Par. de Edit. Inst. t. 7, res. 5, n. 48 et 51.

ó probándolo luego incontinenti; y mostrándolo y probándolo así, se ha de dar la posesion al que tuviere mejor derecho; y si ambos mostraren igual derecho, á ambos se les ha de dar la posesion igualmente; así lo dice una ley de Partida (4); mas no es legítimo contradictor el hermano que al hermano pretende impedir la posesion de la herencia de su padre, por decir haber recibido de él tantos bienes que montaba su legítima; y así sin embargo se le ha de dar la posesion *pro indiviso*, por no ser tocante á este sumario Juicio posesorio, sino al ordinario de la peticion, en que se ha de pedir, como consta de las leyes de un título de Partida (5).

13. De este remedio posesorio no es excluido el heredero por ninguna prescripcion de tiempo, sino es por la que se prescribe la causa principal y propiedad, como se dice en el Derecho (6), sin que lo resista una ley de la Recopilacion (7) que dice, que la posesion con título y buena fe, en haz y en paz del contrario, prescriba por año y dia; porque como el derecho excluya en la posesion hereditaria generalmente toda la prescripcion de tiempo, si no es el especial de la propiedad, no se entiende de esta ley real general en esta prescripcion especial, segun Baldo (8), á quien siguen Felino y otros.

14. En el dar de la posesion hereditaria por favor de la última voluntad, la apelacion no tiene efecto suspensivo, sino solo el devolutivo al superior. Y así esta posesion se ha de dar sin embargo de apelacion que se interponga, como se prueba en una ley de Partida (9) y otra de la Recopilacion, aunque en los demas Juicios Posesorios se admite, y ha lugar apelacion, y tiene este efecto suspensivo, si no es habiendo dos sentencias conformes, segun otra ley de la Recopilacion (10).

(5) Tit. 13, p. 6.

(6) L. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. Toll. \* D. Olea, de Cess. t. 6, q. 5, n. 16. Cast. t. 3 Cont. c. 25. Angel. de Legit. cont. q. 7 à n. 39 de Acquir. poss. q. 4, art. 1, n. 68.

(7) L. 3, t. 8, l. 11 Nov. Rec.

(8) Bald. in l. Omnes. C. de Præsc. 30, vel. 40, ann. ad fin. Fel. in c. Ascendentes, de Præsc. Bald. de Præsc. 5 p. q. 9. \* Parl. l. 2 Rer. quot. c. 5, n. 27. Cast. l. 3 Controv. c. 24, n. 188. Gom. in l. 45 Taur. num. 102. Vela, diss. 48, num. 6 et 7.

(9) L. 2, t. 14, p. 6, l. 3, t. 34, l. 11 Nov. Rec.

(10) L. 5, t. 22, l. 11 Nov. Rec. \* Julio Cap. t. 4, disc. 298, 301 et 305.

15. Silos herederos en la posesion *pro indiviso* no se conformaren, ú de ella resultaren rencillas, ó pesadumbres, para evitarlo el Juez mande y haga que la herencia y bienes de ella se pongan en secuestro y depósito, y mande que se haga la division y particion de ella y de ellos como, se dice en el Derecho (1).

\* 16. No puede ser legítimo contradictor de la posesion hereditaria el usufructuario, ni puede transigir sobre la herencia, aunque esté yacente, segun lo dice Fabro (2), aunque lo son los Testamentarios hasta que se cumpla el testamento, segun la disposicion del testador, como lo advierten Valenzuela y Tiraquelo (3). Y del mismo modo es legítimo contradictor el donatario, ó su heredero, en virtud de la donacion, con la cláusula de constituto, é impide la inmisión en la posesion al heredero en los bienes donados, como lo aseguran el Señor Salgado, Olea, Noguerol y Fontanela (4). Y tambien lo es el pretendiente de feudo que posea el testador, segun Giurba (5).

\* 17. Para la inmisión en la posesion de la herencia se requiere que conste ser heredero, y que el testamento no esté cancelado, borrado ni viciado en parte alguna, cuyo vicio ha de ser visible y aparente, que en este caso se impide la posesion, segun Antonio Gomez, Ciriaco y Julio Caponio (6); pero si el vicio que se alegare para impedir la posesion fuere invisible en el testamento, como el vicio de pretericion, ó falsedad, ú otro semejante, entónces no se impide la posesion hereditaria, aunque se alegue por alguno, porque estas son excepciones que requieren mayor conocimiento de causa, que no pueden impedir el juicio posesorio en que se procede sumariamente, como se prueba por una ley del Derecho civil, en que se funda Antonio Gomez, á quien sigue Julio Caponio y otros (7). Pero esto

se limita si el que opone el vicio, ó excepcion, estuviere pronto á probarla incontinenti, porque en tal caso se admite, y si se prueba, impide la posesion, como dice el citado Antonio Gomez (8); lo cual procede cuando el que la opone se halla en la real posesion de los bienes del difunto, pues de lo contrario no se admite, como tambien lo dice Antonio Gomez, á quien se puede ver, que lo trae latamente en el lugar citado.

\* 18. Es modo tambien de adquirir la posesion hereditaria cuando el inquilino, despues de la muerte del poseedor, arrienda al heredero, ó le paga la posesion, reconociendo dominio en él; porque el arrendador parece que quiere insistir y tener la cosa en nombre del heredero y como su Procurador, segun el citado Antonio Gomez (9).

## SUMARIO DEL PARRAFO XXVIII.

## DESPOJO.

- Cómo y cuándo ha lugar restitucion del despojo, n. 1.  
Pena del despojador, n. 2.  
Cómo ha lugar la restitucion del despojo de los bienes del difunto, y pena del despojador de ellos, n. 3.  
Cómo se ha de hacer la restitucion del despojo, n. 4.  
Si contra esta restitucion se admite alguna excepcion, n. 5.  
\* Si el despojador está obligado no solo á la restitucion de la alhaja, sino tambien de los frutos, n. 6.  
\* Si el despojador, confesando el despojo, deba gozar del beneficio de la restitucion, n. 7.

1. Cuando alguno despoja á otro de la posesion que tuviere privadamente de su autoridad ó con la del Juez sin ser citado, oido y vencido por derecho, aunque sea en virtud del Rescripto del príncipe, luego el despojado ha de ser restituido del despojo, como lo dice una ley (10) de la Reco-

(1) L. Si usufructus. § Sed si inter duos, ff. de Usufruct. L. Si quis cautiones, ff. Fam. ersicund. \* Ant. Gom. in l. 45 Taur. n. 124. Larr. decis. 58. Herm. in l. 1, glos. 4, n. 3 et in l. 5, glos. 6, n. 1, t. 3, part. 5. Julio Cap. t. 1, disc. 18. Cyriac. controv. 507.

(2) Faber. in C. de Hær. instituend. diffinit. 10, fol. 606.

(3) L. Val. cons. 35. Tir. in Tract. Mort. Læ p. 7, de clar. 5.

(4) L. Salg. de Reg. 4 p. c. 8, n. 123. D. Olea, de Cess. t. 6, quæst. 5, num. 8. Nogueer. allegat. 25, num. 207. Font. de Pact. nuptialib. claus. 5, glos. 8, p. 4, n. 20.

(5) Giurb. de Feud. cap. 118, § 2, gloss. 12, num. 64.

(6) Ant. Gom. in l. 45 Taur. n. 145. Cyr. cont. 426. Jul. Cap. t. 4, discept. 303. Cev. de Cognit. 2 p. q. 2.

(7) L. 2 C. de Edit. D. Adrian. Tollend. Ant. Gom. Cyr. Cev. Jul. Cap. ubi sup. et disc. 302 et 297. Cast. l. 3, cont. c. 24.

(8) Ant. Gom. ubi prox.

(9) Ant. Gom. in citat. leg. 45 Taur. num. 67.

(10) L. 2, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* Gut. de jur. confirm. p. 3, c. 19, n. 3 et 1. Pract. q. 78. Rod. de Reddit. l. 1, q. 17, n. 54. Barb. in Collect. ad. c. 7, de Restit. spoliat.

pilacion, y así se entienden otras leyes de ella (1) que sobre esto disponen.

2. El que privadamente de su autoridad despoja á otro de su posesion por fuerza, ó en otra manera, sin su voluntad (demás de la pena del delito), pierde el derecho y accion que tuviere, segun una ley (2) de Partida, corroborada por otra de la Recopilacion.

3. Si el difunto dejare herederos consanguíneos, que por testamento ó *ab intestato* hayan derecho de heredar sus bienes, si alguno de su autoridad y sin la vena judicial entrare, y tomare la posesion de ellos; aunque sea por decir que la halla vaca por no la haber tomado los herederos, los tales, sin embargo, han de ser restituidos y metidos en la posesion sumariamente, sin figura de Juicio, respecto de la persona del difunto que representan; y el tal despojador (que lo es verdadero y no ficto) pierde el derecho y accion que tuviere, y no le teniendo, otro tanto valor como montare el despojo; así lo dice una ley (3) de la Recopilacion.

4. La restitucion del despojo hecho por persona privada de su autoridad, ó con la del Juez sin ser citado, oido y vencido por derecho el despojado; se ha de hacer sin citar al adversario, con solo constar (aunque sea por solo sumaria informacion) de que teniendo el despojado la posesion, fué despojado de ella, como consta de dos leyes de la Recopilacion (4); porque lo que de hecho se hace, de hecho es de derecho sea rescindido, como se dice en él (5).

5. La restitucion del despojo hecho por persona privada de su autoridad, ó con la del Juez, sin ser citado, oido y vencido el despojado, se hace *ante omnia*, sin embargo de oposicion que haga el despojado, ú otro tercero, diciendo que

los bienes son suyos, ó que tiene derecho de ellos, aunque se ofrezca á probar, y lo pruebe luego incontinenti, sino es probando por instrumento ejecutivo, porque esta ejecucion no impide la restitucion, sino que despues de hecha se ha de tratar de la causa de ella, como lo dice una ley (6) de Partida, y su glosa Gregoriana; salvo cuando el despojador reconviene al despojado de otro despojo precedente en la misma cosa, probándolo, porque entónces se ha de admitir la oposicion, é impide la restitucion del segundo despojo, hasta que vista la Causa del uno y otro se determine cuál ha de ser restituido, segun (7) Cepola, Celso y Gutierrez. Y cuando uno demanda una cosa de otro, y el demandado le hace otra demanda de algun despojo, primero se ha de determinar la Causa del despojo y restituirse que la otra. Y si uno demanda á otro alguna cosa, y el demandado defendiéndose por via de defension, alega que no le debe responder á ello, porque de la cosa demandada, ú de otra le tiene despojado, alegándose antes de la contestacion, por ser excepcion dilatoria, primero se ha de determinar la Causa del despojo y restituirse que la demanda se continúe: mas si por via de reconvention, ú despues de la contestacion, se alegare y pidiere, entrambas Causas se han de seguir y determinar juntamente, segun una ley de Partida (8), y así se entiende una de la Recopilacion que sobre esto trata. Y suelen los Jueces cuando dan la posesion, decir que se da sin perjuicio de mejor poseedor, lo cual sirve de que habiéndole, la dada en su perjuicio es habida por no dada, segun Baldo (9).

\* 6. El despojador no solo está obligado á la restitucion de la alhaja que despojó, sino tambien á la de los frutos que hubiere reedituado, como lo dicen el señor Salgado y Giurba (10).

(1) L. 3, 4 et 5, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* Gut. Pract. l. 1, q. 81, 82, 83. Cast. Controv. l. 3, c. 25, n. 8.

(2) L. 14, 15 et 16, t. 10, p. 7, l. 5, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* L. 11, t. 31, l. 11 Nov. Rec. Acev. gl. Pierda. Gut. ubi sup.

(3) L. 3, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* Nog. alleg. 25, n. 160. Cast. ubi sup. c. 24. Part. l. 2 Rer. quotid. c. 5.

(4) L. 2 et 3, t. 34, l. 11 Nov. Rec. \* Acev. Barb. et Bob. ubi sup. Rod. de Reddit. l. 1, q. 17, n. 45.

(5) L. Mirror, ff. de Evict.

(6) C. 18, t. 10, p. 7, ibi glos. \* Giurb. de Feud. § 2, glos. 12, n. 88. Cov. Pract. c. 23, n. 3. Gom. in l. 45 Taur. n. 182. Barb. in l. 37, n. 66 et 114 de jud. c. 1

et 2 de Caus. posses. c. 5, 6 et 13 de Restit. spoliat. Cov. c. 7, § 5, n. 19 de Matrim. Cast. l. 3, c. 24. Scac. de Appell. l. 3, c. 2, q. 17, lim. 6, memb. 6, n. 14.

(7) Cae. cons. 60, col. 3. Cels. cons. 19, n. 6. Gut. injur. confirm. 3 p. c. 19, n. 2. \* Ant. Gom. ubi sup. n. 183. Barb. in dict. l. 37, de jud. à n. 171. Vel. cons. 88. Cov. ubi sup.

(8) L. 18, l. 10, p. 7. L. 5 et 6, t. 34, l. 11 Nov. Rec.

(9) Bald. in l. fin. C. de Edict. D. Adrian. Tol. q. 4. \* Giurb. de Feud. § 1, glos. 9 à n. 74.

(10) Salgad. de Reg. 4 p. cap. 9, numer. 207. Giurb. de- cis. 39, numer. 6.

\* 7. Si el despojador confiesa que el despojado es señor de la alhaja, y no obstante esto, resistiéndose á reintegrar, implorare el beneficio de la restitucion por ser menor, ú otra persona

privilegiada, no se debe restituir, por obstarle la excepcion de dominio, como dicen Antonio Gomez, Covarrubias y Vela, y está dispuesto en el Derecho canónico (1).

(1) Antonio Gomez. in leg. 45 Taur. num. 183. Cov. Pract. c. 23, num. 3, c. 2, 3 et 4 de Reg. spo-

liator. Vela, dist. 49. Garc. de Nobilitat. gloss. 11, num. 42.