

que la contraviene en caducidad, á distincion del caso, en que se hubiese puesto aquel como por modo (1).

4 Hechos ya estos presupuestos, pasamos á tratar de las condiciones en los ultimos elogios, que miran al matrimonio, ó viudedad del que ha de suceder en el mayorazgo; sobre cuyos puntos podremos ceñir toda su materia á quatro inspecciones, quales son acerca del tiempo, ó cierto, ó incierto, antes, ó despues de la muerte del testador, y á la crítica coyuntura de tener efecto la substitution á el Lugar, en cierta Ciudad, Provincia, ó Reyno: á las personas ciertas, ó inciertas de cierto número, ó clase, como por exemplo nobles, ó de la familia del testador, y á el modo, mediante la licencia, ó consentimiento de alguna, ó algunas personas, que haya de preceder al matrimonio, entendiendose este el carnal, y de ningun modo el espiritual (2).

5 No deseamos entrar en disputas, ni quëstiones, que deben excusarse, y por lo mismo sostenemos ya como verdad constante, que todos aquellos preceptos de los testadores no ofenden, ni hieren á la libertad de los matrimonios (3), quando se conducen por un espíritu prudente, justo, y racional, como en tan criticas circunstancias puede, y debe decirse de todo hombre sensato (4).

6 La grave dificultad en esta materia, que nosotros hallamos es, en aquella voluntad, donde el testador absolutamente prohíbe el matrimonio á qualesquiera joven, que jamas se haya casado, y hubiese de suceder

(1) Luca de Testament. discurs. 72. n. 5. & 6.

(2) Luca loc. citat. discurs. 72. per tot.

(3) Luca loc. citat. discurs. 84. per tot.

(4) D. Molin. de Prim. & ibi Addent. lib. 2. cap. 13. per tot. Ley 1. tit. 2. lib. 3. del fuero.

der en el mayorazgo, sobre todo lo qual hacen los Escritores diferentes observaciones en varios casos particulares; para cuya decision remitimos á los mismos á la juventud estudiosa (1). No entendiendose jamas prohibido el matrimonio por la cláusula con este compatible de haber de vivir el sucesor *en castidad*.

7 Si bien las condiciones justas, y racionales puestas por los testadores deben observarse, y cumplirse, han de constar á aquel contra quien por su inobservancia se pretende quede privado de la sucesion, interpe-lándole judicialmente el sucesor, ó el interesado inmediato, quando el precepto sea modal, pero no si condicionado (2); en cuyo caso es suficiente por sí misma la contravencion, aun para los juicios de tenuta, y demas posesorios (3), así en Castilla, como en Navarra, donde, muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil, y natural al siguiente en grado, y se conoce de la tenuta en una instancia por aquel Consejo con cierto término, executandose la sentencia, sin embargo de suplicacion, y remitiendo el pleyto á la Corte en propiedad (4): siendo aquí digno de notar con este motivo: Lo primero, que si bien las sentencias de tenuta en Sala de Mil y Quinientas causan executoria, puede verificarse su revision por especial gracia del Soberano, de que tenemos exemplar: Y lo segundo, que las dilaciones maliciosas en los juicios tenutarios, contra el espíritu de brevedad que se propusieron las Leyes de su introduccion, quando eran puros posesorios, y quando se

(1) D. Perez de Lara de Annivers. cap. 21. n. 86. Luca de Fideicommissis, discurs. 44. n. 19.

(2) D. Molin. lib. 2. cap. 14. n. 13. D. Larr. dec. 59.

(3) Aguil. ad Rox. de Incompatibilit. p. 3. cap. 1. n. 118. Noga alleg. 26. n. 389.

(4) Leyes del tit. 9. lib. 3. de la Recop. de aquel Reyno.

se graduaron de mixtos: Extjen hoy una Ley taxativa del término, en que han de concluirse necesariamente: Y de él, en que han de oirse, y como las tercerias estudiadas, de que abundan los Pleytos de tenuta.

8 Con esta separacion de casos, en que versan el modo, ó la condicion con las penas de su contravencion, no podemos menos de indicar aqui, que otras tantas veces, quantas haya duda racional, y prudente sobre la caducidad, compete el beneficio de la restitucion á todo aquel, que le implore por causa de ignorancia (1).

9 A ocasion de esta materia juzgamos por oportuno significar ahora, puede el Rey suspender, ó ampliar el término, aun convencional puesto en los contratos, y últimas voluntades temporales, conmutando estas: derogando los mayorazgos, y substituciones: habilitando, ó dispensando por la legitimacion á los hijos naturales, ó espurios, interviniendo una justa, y necesaria causa, que hace se diga entonces lo dispuesto mas bien interpretacion, ó suplemento, que destruccion de lo acordado (2).

10 Esta potestad de los Príncipes se funda en la sujecion, que les prestan en toda Europa los contratos, y últimas voluntades de todos sus vasallos en los casos de necesidad, ó utilidad pública (3), por proceder aquellas de la facultad de testar, que concedió á los hombres el Derecho positivo Civil, de donde procede, y no del Natural, ó de Gentes Positivo, el qual á niaguno obliga

(1) Luc. discurs. 84. n. 10.

(2) Id. de Testament. discurs. 72. ex n. 9. præ omnib. Monet. de Commut. ult. volunt. cap. 5. per tot.

(3) Real Cédula dada en S. Ildefonso á 14. de Agosto de 1768. á consulta del Consejo Extraordinario, con asistencia de los Prelados de asiento y voto en él.

ga á disponer de su patrimonio por un principio de bien comun, que basta á llenar la sucesion abintestato, y sí por la utilidad privada, y favor de los testamentos, apoyada en importar mas, mueran los hombres con disposicion, que sin ella (1); cuya consideracion sirvió de impulso á los establecimientos de Augusto en su tiempo para dar pauta á los testamentos con sujecion á los Príncipes temporales en cada Imperio para innovarla, alterarla, ó disminuirla, quando lo exija la necesidad del bien comun de sus Pueblos.

11 En las disposiciones puras espirituales, que hacen los hombres por sus testamentos, ó últimos elogios, pueden los Obispos, como Delegados de la Santa Sede, conmutar aquellas voluntades, informandose antes sumariamente, no haber sugestion, ó falsedad en las preces, y sí intervenir una causa de necesidad, y piedad igual, ó mejor, en favor del culto, ó utilidad de la Iglesia (2); cuyas circunstancias lejos de impugnar la disposicion del hombre, satisfacen mas cumplidamente á su intencion, haciendo lo que el mismo testador ejecutaría, si viviera, y fuese preguntado sobre el caso, y sus circunstancias.

Pedimento solicitando, que un predio no debe sufrir cierta servidumbre de agua.

F. en nombre de N. de este vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo, que mi parte es dueño en propiedad de tal hacienda, sita en tal término, para cuyo riego se saca la agua de la acequia principal, que llaman madre, y corre por un brazal, que va por la parte inferior de un molino de pan, construido en

(1) Werent. de Jure nat. & gent. p. 2. cap. 20. signant. n. 74.

(2) Monet. de Commut. cap. 3. per tot.

el comedio de aquella finca , á cuyas inmediaciones disfruta R. vecino de esta Ciudad , y por mas abaxo de aquella , una hacienda compuesta de estas , y aquellas tierras , las quales ha regado habrá como cosa de seis á ocho años por pura voluntad de mi parte , dando paso al agua por el brazal hasta descender en aquella hacienda , sin otra alguna causa , que por hacerle merced , no obstante las incomodidades , que ha sufrido la mia ; de modo , que para evitarlas , le ha significado , no es posible continuar por mas tiempo su tolerancia , que está empeñado en perpetuar , valiéndose al mismo intento de los Alcaldes de aguas , que se las han dado en las tandas de su voluntad , causando á mi parte tanta cantidad de daños , en que los estima baxo juramento ; y para evitarles en lo succesivo: A V. pido , y suplico se sirva declarar , que la heredad de mi parte no debe servidumbre alguna á la de R. y en su consecuencia , que carece de obligacion á dar paso á la agua por el referido brazal con el perjuicio , que se halla sufriendo , condenándole , á que satisfaga á mi parte los daños causados hasta hoy , y que se le causen por su injusta detentacion : pido justicia , costas , juro , &c.

Auto.

Traslado.

1 Aunque en el tomo segundo de esta obra (1) referimos las acciones confesoria , y negatoria en general , á que se ciñe la materia del libelo antes figurado , nada insinuamos entonces de las servidumbres de agua , su constitucion , y resolucion , hasta que la multitud de pleytos pendientes , y decididos en nuestro Tribunal sobre las mismas (donde comunmente hablando , es parte el oficio Fiscal por el interese pro-

(1) Pag. 70. 71. y 72.

comunal de los Pueblos) nos ha hecho ver , quan útil y necesario será tratar específicamente de ellas por sus disputas , no menos frecuentes , que interesantes al beneficio comun de los Ciudadanos.

2 Aunque la agua de qualquier rio es pública , y comun , siempre que entre una vez en tierra de algun particular se hace privada , y del dominio de este , de modo , que no es justo queden las tierras sitas en el mismo sin riego para pasar al de las siguientes , é inferiores (1); pero esta regla general envuelve en sí muchos hechos , que conviene no univocar : uno qualificado con posesion de servidumbre , adquirida por el predio subsiguiente , que pretende interrumpir , y excluir al antecedente , y otro sin estas qualidades , y solo el auxilio del uso de la agua por algun tiempo : siendo indubitable en el primer extremo la manutencion de posesion , y uso de servidumbre á favor del dueño del fundo inferior contra el del superior , y en su perjuicio , por cesar , y limitarse la presuncion de derecho , que protege á este adquirido , y á el del uso del agua por aquel , no al impulso de su curso natural derivado , y sí de la convencion , y servidumbre , que le sostiene (2).

3 En el segundo caso , ó hecho propuesto , es indispensable sentar , se gana la servidumbre de agua por el dueño del predio inferior contra el del superior , regando diez años , si este se hallase en la tierra , y no lo contradixese , y veinte en su ausencia , haciéndolo aquel de buena fé , y juzgando tener derecho á ello sin fuerza , ú otro medio violento (3) ; de modo , que nunca es lícito divertir la agua , ó desviarla de su curso acostumbrado en otra forma , y con agravio , ó perjuicio

(1) Luca de Servitutib. discurs. 25. signant. n. 5.

(2) Id. loc. citat. n. 3.

(3) Ley 15. tit. 21. Part. 3.

juicio de alguno (1), excepto quando el fundo superior trate hacerlo de la agua, que nace de él, ó de la comun, y pública, que se introduxo en el mismo, y ni debe servidumbre á otro, ni llegó á preocuparla; pues en estas críticas circunstancias tiene aquel fundada su intencion á divertir, ó desviar libremente el uso del la agua, no obstante el perjuicio, que pueda resultar con la variacion á esta (2).

4 Hecha ya esta diferencia de casos, que son frecuentes en la práctica, descendemos á otros no menos notables, y reducidos. A quales actos serán capaces de inducir servidumbre, ó se entiendan executados por este concepto?

5 Juzgamos ser uno nada equívoco en el asunto la custodia, y mantenimiento por el predio inferior del cauce, acequia, canal, ó lugar por donde corra la agua, limpiandole, y compeliendo al dueño á ello (3) los Alcaydes de aguas, donde los haya privativos con Juzgado de este nombre, como en Granada, de cuya ereccion, facultades, y demas anexo á su conocimiento hasta executoriarse estas causas hablan difusamente las Ordenanzas de esta Ciudad (4), y los privilegios de otras de su Reyno, que hemos tenido á la vista en repetidos pleytos; de forma, que adquirido ya una vez aquel derecho, no puede el fundo superior dispensarle á otro contiguo en perjuicio del primero, lo que advertimos con cuidado: porque si se expidiese licencia para la fábrica de un molino, no se puede despues de hecha conceder á otro para labrar uno nuevo en la par-

(1) Cepola de Servitut. cap. 69. D. Valenz. cons. 20. n. 26. & cons. 81. n. 10.

(2) Luca discours. 25. d. n. 2.

(3) Ley 4. tit. 31. Part. 3. Cepola de Servitut. cap. 4.

(4) Tit. desde el 94. al 108. inclusiv.

parte superior, donde se divierta la agua, que no basta al inferior para sus usos necesarios (1).

6 Establecida ya la servidumbre de agua, está obligado el predio superior á sufrirla, aunque con ocasion de la misma reciba unos daños considerables (2): los quales no puede evitar por sí, impidiendo el tránsito á la agua, para que no descienda á la heredad inferior; pues en el caso de hacerlo tendrá obligacion á deshacer á su costa el estorbo, ó impedimento, y reducir las cosas al estado, que tenian antes, con los menoscabos, que hubiesen resultado por la novedad (3).

7 Así como la servidumbre puede adquirirse por actos, que la induzcan, se destruye por los contrarios, los quales se llaman negativos (4), y reducen á dexar el dueño del predio inferior de usar del aqueducto por algun tiempo, ó permitir se regase el canal, ó divertierra la agua á otras heredades, quitandola á la suya, ó por haberse secado el rio, de donde se tomaba, ó desviándose naturalmente su curso, ó por otro de los medios, que difusamente refieren los Escritores tratadistas, á quienes remitimos á la juventud (5).

Pedimento solicitando un Apoderado removido sin causa, se le mantenga en su posesion.

F. en nombre de N. de este vecindario, ante V. como mas haya lugar, digo: que R. de tal vecindad nombró á mi parte con tanta dotacion anual por su Apoderado

(1) Luca discours. 30. per tot.

(2) Ley 14. tit. 32. Part. 3.

(3) Ley 13. tit. 32. Part. 3.

(4) Cancr. Variar. 3. part. cap. 4. ex n. 139.

(5) Luca de Servitutib. Cepola & Pechius in suis tractatibus integris de Servitutib.

rado general en esta para la administracion, y cobranza de los bienes, y mayorazgos, que posee en su término, reservando en sí la facultad de amoverle con causa, ó sin ella, segun se acredita del instrumento, que presente, y juro; á cuya consecuencia ha desempeñado aquel encargo por espacio de tantos años con el zelo, actividad, y desinterés, que son bien notorios, anticipando de sus propias facultades á R. los maravedises, que ha tenido á bien pedirle, y dando á las fincas un aumento considerable por sola su industria, alcanzándole en las últimas cuentas en tanta cantidad, como se justifica por las mismas originales aprobadas, de que hago presentacion; pero hoy se halla mi parte con la inesperada novedad de haberle separado R. de aquel manejo, sin motivo alguno justo, que le impeliese á ello, creando en su lugar á H. por Apoderado universal, quien ha pasado á manifestar privadamente á los inquilinos, y colonos de las casas, y heredades propias de los referidos mayorazgos, no concurran á mi parte con las cantidades de sus arrendamientos, padeciendo por este medio un violento despojo, y con él su difamacion, que no le es posible dexar pendiente del concepto, que puede formarse contra su conducta por aquella inopinada ocurrencia: En esta atencion, y para remedio de todo, A V. pido, y suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar se haga saber á H. que en el acto de la notificacion exhiba, y ponga de manifiesto el poder, con que se halle, el qual se recoja, y una á los autos, sobrecediendo en el uso, y ejercicio de su administracion por ahora, y en el interin, que con conocimiento de causa no se determina por V. otra cosa; á cuyo fin se mantenga á mi parte en caso necesario por el remedio sumarisimo de interin en la posesion, con que se halla del referido encargo, requiriéndose á los inquilinos, y colonos le concurran con los

ar-

arrendamientos vencidos, y que se venciesen; sobre lo qual, y á mayor abundamiento formo artículo de previo pronunciamiento: pido justicia, costas, juro, &c.

Auto.

Hágase saber á H. como se pide, y unido que sea á los autos el nuevo poder, traslado del artículo formado por N.

1 Apenas podrá darse materia mas controvertida en el foro, que la remocion de los empleados en oficios, ó destinos amovibles, públicos, ó particulares, temporales, ó eclesiásticos, como nos lo ha hecho ver la experiencia en infinitos exemplares, que hemos patrocinado, ó visto disputar con el mayor teson.

2 Examinado al primer aspecto qualesquiera oficio nutual, ó creado á voluntad de otro, parece facultativa al dueño la remocion del nombrado con causa, ó sin ella; pues el que usa de su derecho no hace á otro injuria, especialmente recibiendo el elegido su encargo con la calidad de nutual, á la que es conforme disolverse por las mismas causas, que se estableció, conservando igual libertad para revocar, que se tuvo para elegir, aun quando hubiesen intervenido en la nominacion las formalidades de un riguroso contrato (1).

3 Nosotros distinguimos los oficios, que incluyen una administracion pública, jurisdiccion, ó ejercicio, de los puros domésticos, siendo indispensable en los primeros, aunque creados con la calidad amovible nutual, una justa causa de remocion, á distincion de los segundos (2); de modo, que por esta regla general no puede arbitrariamente removerse al que sirve un oficio jurisdic-

(1) Giurba cons. 65. per tot. D. Vela disert. 44. n. 36.

(2) D. Larr. decis. 2. præcipue n. 17.

diccional , como por exemplo á los Tenientes de Corredor (1) á los Vicarios generales de los Obispos , ó en Sede vacante sus Promotores Fiscales , ó Notarios mayores ; ni tampoco á los que regentan ministerios , oficios , ó destinos públicos , como los Escribanos , aunque en el título de creacion se hubiesen concedido al propietario facultad *para removerle con causa , ó sin ella* (2) : á los Médicos , y Maestros de qualesquiera profesion (3) : á los Mayordomos de Concejo , ú otras Comunidades , Alcaldes , ó Castellanos , Solicitadores de causas , y agentes de negocios , de quienes tenemos repetidos exemplares : al socio Administrador en una compañía , de que hemos visto una executoria en el Supremo Consejo de las Indias : á los Tenientes de Iglesias Parroquiales , y Sacristanes , de los quales tuvimos una decision del Consejo en recurso de fuerza de providencias del Vicario de Madrid : á los Capellanes *ad nutum* amovibles (4) : á los Curadores *ad litem*, especialmente Letrados , que se nombran á los Grandes en la Corte , como lo hemos visto executoriar por el Consejo : á los Síndicos Procuradores generales , y otros , cuyos destinos por ley , estatuto , ó costumbre no fuesen anuales , ó por tiempo limitado (5) , pasado este.

4 Los Abogados á quienes se encarga el patrocinio de alguna causa , pueden ser removidos por las partes á su arbitrio , y voluntad ; sucediendo lo mismo á los Procuradores para pleytos , siempre que se les revocuen los poderes con la cláusula precisa de dexarles en su buena opinion , y fama (6).
Con

(1) Bobadilla *lib. 1. de su Politic. cap. 16. por todo el.*

(2) Gutierrez *lib. 3. Pract. q. 11.*

(3) D. Larr. *decis. 2. n. 22.*

(4) D. Valenz. *cons. 130. per tot. Lara de Capell. lib. 2. c. 6. n. 32.*

(5) Cabedo *decis. 84. per tot. Gutierrez loc. cit.*

(6) Guzman *verdad 21. n. 11.*

5 Con estos principios , que nos ha hecho ver la práctica de los Tribunales ser inconcusos , descendemos ahora á manifestar , que á qualesquiera de aquellos empleados en oficios jurisdiccionales , ó públicos , aunque sean amovibles , corresponde , si fuesen despojados , el remedio posesorio de reintegracion , y el de manutencion , quando solo se trate de su despojo (1) , como lo hemos visto executoriar en el Consejo repetidas veces , especialmente á favor de Administradores de estados , y mayorazgos : porque la pena de privacion es siempre gravísima , y por lo mismo requiere plena prueba del delito , sin valer el argumento , de que pudiendo estos dexar á su arbitrio los encargos , debe ser reciproca la facultad de amover á aquellos , que se les confiaron , por no seguirse jamas en el primer extremo la difamacion , que se ocasiona por el segundo ; y providos los Tribunales á contener , dispensan el auxilio de la manutencion , y reintegro en sus casos ; de cuya providencia solo tiene lugar la apelacion , ó súplica en el efecto devolutivo (2).

6 Quando la remocion se hiciese por delito del que sirve el oficio , como jamas aquel se presume sin una prueba específica , y perentoria , debe concluyentemente liquidarse con su audiencia , y vencimiento , confiriéndosele en el ínterin la manutencion , y amparo , ó su reintegracion , si hubiese sido despojado.

Demanda de incompatibilidad de un mayorazgo.

F. en nombre de N. de tal vecindario , ante V. como mas haya lugar en derecho , digo , que M. por sus
tes-

(1) D. Larr. *decis. 2. n. 8. Escob. de Ratiocin. dec. 40. per tot. Luca de Beneficiis, discurs. 97. per tot.*

(2) Giurba *decis. 51. n. 91.*