

tos errores, & gravamina facta vidi.

Y para evitar este agravio se deve hazer desta manera que primero se haga cuerpo de bienes de todos los bienes que deyo el difuncto al tiempo de su muerte; y de estos, sacadas primero las deudas se saque el Quinto y despues el Tercio despues se haga cuerpo de bienes de por si de los dichos frutos sacando dellos la costa que la muger y hijos hizieron en labrar las heredades y cogierlos, y lo demas se junte con toda la otra herencia del difuncto, sacado el Quinto y Tercio, como dicho es, para que lo ayen entre todos los herederos del difuncto, y desta manera se hara justamente, y sin agravio de ninguna de las partes: la dicha particion quando a los dichos frutos, excepto los frutos del año que murio el testador maduros o verdes en el punto que estavan se apreciavan de por si, o con las heredades lo que mas valen, y aquella sera herencia del difuncto, ut prædiximus in secunda parte hujus tractatus, & in exemplo cuiusdam partitionis quod in sine hujus operis inferemus, ubi claritius, & opportunius apparebit.

55 ¶ Pero parece que esta particion de frutos en la manera dicha, no esta bien hecha, porque al hijo mejorado en Tercio, no se le da ni lleva parte de los frutos que se cogieron despues de la dicha herencia

en los años que estuvo sin hazer se la particion, como diximos arriba, porque solamente se le saco el Tercio de los bienes y herencia que deyo su padre al tiempo de su muerte, y no de los frutos, y parece que podria agraviar se dello si su padre le mejoró en el Tercio de todos sus bienes y herencia, y pues estos frutos pertenecen a los herederos, parece que se avia de dar parte dellos al Tercio en que esta mejorado este hijo pues es heredero en el Tercio mas de su legitima. Respondeo quod multum sunt inspicienda verba quibus usus sit testator in hoc prælegato, porque si el testador dijo que mandava el Quinto de sus bienes a su muger, y el Tercio a su hijo, en tal caso procede lo que arriba esta dicho, y no llevara el ni la muger parte de los frutos, que se cogieren despues de los bienes y herencia del testador, porque no los pueden llevar por razon de ser herencia del difuncto, porque no lo es como esta dicho, ni por frutos del Tercio y Quinto, porque no se le deven frutos, ex legato partis bonorum, ut diximus in superioribus, per tex. notabilem in l. si quis bonorum, ff. de legat. 1.

Pero si el testador dixesse que mandava el Quinto de sus bienes a su muger, y hiziesse otros legados y mandas pias y graciosas, y despues dixesse (ut solet fieri frequenter) en el remanente de mis bienes, deyo

por.

por mis universales herederos a mis hijos, los cuales los ayen y hereden por yguales partes, excepto el Tercio que quiero que lleve demas, o por mejora, fulano mi hijo, y si es necesario lo mejoró en el por la mejor via y forma que aya lugar de derecho, &c. En tal caso este hijo mejorado e insituydo en el Tercio, llevara la parte de los dichos frutos que pertenecen al Tercio, y despues llevara la parte que le perteneciere, como uno de los otros sus hermanos y herederos.

Ratio differentia hæc est, quod in primo casu iste filius melioratus habuit Tertium jure prælegati, & ad legatarios non pertinet augmentum hereditatis, vel diminutio, sed ad hæredes, ut in l. in ratione legis falcidia mortis, & l. in quantitate, ff. ad legem falcid. In secundo vero casu, cum jure institutionis filius habeat illud Tertium plusquam ceteri fratres simul instituti, & fructus postea collecti ex hereditate defuncti pertineant ad hæredes. merito habebit partem fructuum respectu Tertii, & aliam partem, ut hæres in reliquo cum aliis fratribus, ideo multum inspicienda sunt verba testatoris; quia uno modo prolata faciunt unum effectum, & sensum, alio vero modo faciunt alium, ut ait Jurisconsultus in simili, in l. unum est

familia, §. sed & si fundum, ff. de lega. 2. & in l. Plautius, ff. de auro & argento lega. tradit latè Bartol. in l. centurio, in 4. column. num. 20. cum seq. ff. de vulga. & pupi. ubi latè distinguit quando quis possit capere, ut hæres directo, & quando quis possit capere ut legatarius, & fideicommissarius jure obliquo; quæ omnia faciunt verba à testatore prolata, ex quibus colligitur ejus voluntas; ut ibi latè per eum est videre.

QUÆSTIO XVIII.

Decimo octavo quæritur, 56 Si uno de los hermanos y coherederos de su padre, o madre, hizo algunos gastos en defender la herencia de alguno que la pedía, y pretendía ser heredero en toda ella, y no el hijo del testador que la posesía, porque forte, era hijo natural del padre de los hijos instituidos que la posesen, ex testamento, vel ab intestato, y pretendía ser legitimo, diciendo que su padre avia contraido matrimonio de presente con su madre, y que el segundo matrimonio que despues contrajo con la madre de los poseedores no era matrimonio ni valio por esta causa, o porque eran parientes dentro del quarto grado, o por otras causas; de tal manera, que este hijo legitimo del

testa-

testador, que poseya toda la herencia, porque el otro hermano estava ausente en partes muy remotas, y se tenia por muerto, gasto mucho en el pleyto defendiendo la dicha herencia: despues vino el hermano ausente, y quiere y pide su mitad de la herencia de su padre, y no quiere pagar la mitad de las cosas que el hermano hizo en defender toda la herencia, diciendo que el las avia de hazer de necesidad para defender su parte, y por esto no es obligado à pagar parte dellas, pues no las hizo por su mandado, nec tanquam negotiorum gestor, quia propter suam partem causam habuit gerendi, & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit, ut in l. heredes ejus, §. non tantum, ff. famil. heriscund. Quæritur quid juris sit in hac specie? Respondeo que el hermano que hizo los dichos gastos, solamente tendra derecho para cobrar del otro hermano ausente las cosas y gastos que hizo en defender la herencia, si algunos gastos hizo por defenderla toda, mas de lo que hiziera y pudiera hazer por defender su parte, quod multis modis accidere potuit. Exempli gratia, si pago mas salario al Abogado, procurador, o solicitador, por defender toda la herencia, que pagava por defender sola su parte, porque el Abogado

puede llevar de salario la veintena parte de lo que monta el pleyto, el procurador, o solicitador llevara tambien mas derecho y salarios por ser la causa de mas qualidad y quantidad, lo qual no le costara tanto al poseedor si solamente defendiera su parte de la dicha herencia, y esta demasia y gasto que hizo el poseedor en defender toda la herencia, podra pedir y cobrar del hermano ausente, que viene à cobrar su parte de la dicha herencia, y no la mitad de los dichos gastos; ut est tex. expressus, & notabilis in l. ex parte, in princip. ff. fami. herisc. qui notandissimus est in sua decisione hujus quæstionis.

QUESTIO XIX.

DECIMO nonò quæritur, si quid ex contrario, Si esse hermano presente no defendio la dicha herencia, porque no la poseya, sino que la pidio toda por suya à otro que la tenia y defendia injustamente, pretendiendo que era suya, aliquibus justis rationibus, vel injustis, tandem esse hermano del ausente la pidio toda por suya porque se tenia por muerto el hermano ausente: o vino otro hermano que estava cautivo: venido este hermano cautivo ausente, pide la mitad de la herencia, como de los herederos de su

su padre: el hermano que la posee, y la avia sacado por suya no se la quiere dar, porque dice, que la victoria que el tuvo no le aprovecha al hermano y coheredero que estava ausente, porque el litigo solo, y la pidio toda la herencia para si, en su nombre, y la sentencia se le adjudico à el solo, y no al otro hermano, que no litigo; videamus nunc, quis eorum habeat potiora jura; & rationem suæ prætentiois? Respondeo, que este heredero presente tuvo la victoria y sentencia en su favor de este pleyto, sera obligado à comunicar con el heredero la victoria del pleyto, y cederle su derecho por mitad, para que el aya y cobre la mitad de la dicha herencia. Quod tamen intelligo refertis expensis pro parte secundum distinctionem dictæ legis, ex parte, quia eadem est ratio; o darle facultad y dejarle à este hermano que vino despues, que pida su parte à los poseedores y deudores hereditarios, sin que le contradiga ni impida la victoria y cosa juzgada que tiene en su favor. Casus est notabilis in l. si heres unus, ff. famil. herisc. qui ita distinguit, & decidit hanc quæstionem.

QUESTIO XX.

VIGESIMò quæritur, Si uno de los coherederos hizo algunos gastos, o expensas en reparos o me-

gastos, o expensas en reparos o mejoramientos utiles y necesarios de las cosas hereditarias comunes, si los arbitros Comadores y juezes de la particion podran condenar à los coherederos, à que se les paguen pro rata cada uno lo que le cupiere, o descontarlos de su parte? Respondeo, que si y no solamente lo que gasto pero todos los intereses justos de aquel dinero que gasto, si los coherederos estuvieron en mora y le dilataron la paga, ut in l. his confiterentur. §. i. in fin. ff. fami. herisc. cujus verba sunt; Sumptuum quos unus ex heredibus bona fide fecerit, usuras quoque consequi potest à cohærede ex die moræ secundum rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, quod est bene notandum; nam cum mora contrahatur non solum per interpellationem judicialem, sed etiam extrajudicalem, ut not. Glo. quam communiter sequuntur ibi Doctores in l. vinum, ff. si certum petat. facillimè poterunt isti arbitri ad dividendum dari rationem horum sumptuum, & interesse eorum habere, si invenerint quòd iste hæres, qui sumptus prædictos fecit testato, vel aliis interpellaverit cohæredes suos, ut sibi solverent, quod ipse impenderit in re communi. Nec obstat si dixerint, quod ille textus in d. §. sumptuum, loquitur de usuris, ut

ex verbis ejus patet; quod hodie non potest procedere cum de jure Canonico sint prohibita. Nam illud cessat, & non habet locum quando usura debentur, & veniunt ratione interesse, ut tenet *Glos.* quam communiter sequuntur ibi *DD.* in *l. curabit, Cod. de action. empt.* Idem tenent communiter Doctores Canonici in *cap. per venit, & in cap. conquestus, de usuris*, idem decisio illius textus in *d. l. huius consequenter, §. 1. in versic. sumptuum*, est multum notanda, & mente tenenda, & servanda cum casus occurrerit; nam simile statutum est in socio eadem ratione, ut in *l. si fratres, §. idem respondit, ff. pro socio*, quæ in eadem æquitate, & ratione fundatur.

QUÆSTIO XXI.

Vigésimo primò quæritur; Si el padre vendió, o arrendo à uno de sus hijos una casa, o viña, o heredad, en mucho menos de lo que valia, si los otros hijos tendrán algun remedio para pedir esto que mas valia al hermano, que lo recibí, si el padre leavia mejorado à el, o à otro, en el Tercio y Quinto de sus bienes: porque sino huviesse mejorado à ninguno de sus hijos, es cosa llana y sin dâda, que se lo pudo al padre dar al hijo que vendió, o arrendo en menos de lo que

valia, si aquella demasia no excedio del Tercio y Quinto, pues se lo pudo donar expressamente, à fortiori, por titulo oneroso: & videtur quod talis venditio, vel locatio valeat, etiam si excedat Tertium & Quintum bonorum patris illud quod plus valebat quam vendita, vel locata fuit, etiam si pater alium filium melioraverit in Tertio & Quinto, nam titulo oneroso potest pater omnia bona alienare, nec filius contra alienata titulo oneroso potest contravenire, nec habet aliquod remedium de jure ad revocandum res alienatas hoc titulo, ut tenet *Glos.* in *l. prima, C. de inoffic. donation.* quam sequitur ibi *Cinus, Bal. & Paul.* & ceteri Scribentes.

¶ Sed hoc non obstante, se61 deve tener lo contrario, si el exceso de lo que mas valia la cosa, que el padre vendió, o arrendo al hijo, de lo que recibio por ella fuesse mucho, porque esta de derecho se llama y es donacion velada en aquello que mas vale la cosa, aunque suene titulo de venta o arrendamiento; ut tradit latè *Barr.* quem ceteri sequuntur in *l. ambiciosa, ff. de decre. ab ordi. faci. 1. col. num. 1. C.inus & Pau. in dicta lege 1. C. de inoffic. dona. & in l. 1. C. si quid in fructu. p. Hostien. in c. Raynuntius, de testament.*

Pero esto se entiende y limita, si62 el

el hijo, o hijos en cuyo perjuizo el padre huviesse hecho esta donacion velada por titulo oneroso le pidiesse, y se querellosen dentro de cinco años despues de la muerte y acceptacion de la herencia del padre por que por este tiempo de cinco años se prescribe contra la querella inofficiosi testamenti, & inofficiosa donationis, ut in *l. si. C. de inoffic. dona. & l. si quis filium, in si. C. de inoffic. test.* quod jure novo non est immutatum, nam licet juri agendi ad supplementum non prescribatur, nisi tempore triginta annorum, quando filio relinquatur minus legitima sua: tamen quando gravatur per donationem alii factam, tunc necesse est quod de inofficiosa donatione quærat, intra quinquennium, ut tenet *DD.* in *d. l. si. C. de inoffic. donat.* & hæc est communis opinio modernorum, ut firmat *Paul. de Cast.* in *d. l. si. C. de inoffic. donation.*

QUÆSTIO XXII.

Vigésimo secundò quæro, Si la madre, muerto el padre dio à uno de sus hijos comunes en dote y casamiento, o en donacion propter nuptias una casa, o viña, o otra rayz, de los bienes comunes, antes que hiziesse particion con sus hijos: si valdra esta donacion o assignacion de dote en perjuizo de los otros

hijos, e si podran pedir que se parta como los otros bienes comunes, con mas los frutos que haventado, y rentare hasta que se parta? Qua in re sic distinguendum puto. O esta cosa que la madre dio à uno de sus hijos, era propria della y de su capital: y en este caso no ay dâda, sino que la pudo dar à uno de sus hijos, quia in re propria quilibet est moderator, & arbiter, ut in *l. in re mandata, C. d. mandati: cum concord.* O era propria del capital del marido: y tambien es caso sin dâda, que la madre na la pudo dar enteramente al uno de los hijos, siendo era comun de todos los herederos del padre, per regulam juris, Id quod nostrum est, ff. de regula juris.

Pero si esta heredad era comun de marido y muger, porque la ganaron y adquirieron durante el matrimonio; en tal caso parece que valio enagenacion que la madre hizo, dandola enteramente à uno de sus hijos en dote y casamiento, o donacion propter nuptias, para en cuenta de su legitima que le pertenece de su padre; argumento *tex. in l. Marcellus, §. res que ff. ad Trebellian.* & que ibi notant Doctores post *Gloss.* & *Paul.* in *l. fin. §. fin. Cod. commu. de legat.* ubi habetur quod hæres gravatus restituere alii hæreditatem, potest unam rem hæreditariam alienare,

nare, quæ non faciat ultra quartam Trebellianicam sibi debitam, & eam imputabit in Quartam. Si ergo hæres gravatus restituere hæreditatem, potest unam rem hæreditariam integram alienare, quæ non faciat ultra Quartam, quæ sibi competit ex Senatus consulto Trebelliano, multo magis poterit mulier alienare rem communem acquisitam constante matrimonio, in qua habet plus Quartam, quia habet dimidiam ejus jure societatis per leges hujus regni; maxime quod non alienavit eam in extraneum; sed in filium, qui in ea habebat partem tantamquam unus hæres patris, & sic non poterunt alii fratres prædictam rem vindicare pro partibus suis si mater habet alia bona, ex quibus possit pars eorum suppleri: Quod est notabile, & mente tenendum, quia quotidie contingit; est pulchra limitatio ad regulam juris, id quod nostrum est; sine facto nostro, a nobis velis non potest, quia in prædicto casu cæteri filii amittunt dominium rei suæ sine facto suo, si mater habeat alia bona, ex quibus possit suppleri quod eis debetur.

Sed certè non caret scrupulo prædicta opinio, nam pro contraria parte facit tex. in l. nemo ex se-

ciis. ff. pro socio. ubi habetur, quod socius non potest alienare plus parte sua, quam habet in re communi, invito socio. Si ergo socius non potest durante societate plus parte sua alienare; multo minus poterit uxor finita societate morte mariti plus parte sua alienare; & ideo fortè hæc pars verior est. Et ad legem, Marcellus, §. res qua: potest responderi, quid ibi permittitur hæredi alienare unam rem quæ non faciat ultra Quartam, quia hæres erat dominus totius hæreditatis ante restitutionem factam fideicommissario: in casu verò nostro, mulier non habet dominium plusquam pro parte sua dimidia, ideo non potest alienare totam rem, sed partem solum quam habet in ea.

Sed quid dicendum de fructibus illius rei quam mater tradidit uni ex filiis? Respondeo, que si eran del propio capital de la madre, o comun con sus hijos, porque fue adquirida durante el matrimonio menos derecho tienen los otros herederos para pedir que se traigan à particion los fructos, pues la madre pudo dalla à uno de sus hijos enteramente, como arriba esta dicho, teniendo bienes de que poder suplir sus partes à los otros. Pero si esta heredad que dio enteramente al uno de los hijos era del padre, y la heredaron todos los hijos por lo qual

no

no la pudo enagenar la madre, ni dalla toda enteramente al uno de los hijos, quanto à los fructos respecto del possedor, no sera obligado à traerlos à particion con los otros hermanos, porque posses con titulo y buena fee y haze los fructos suyos, ut in §. si quis à non domino, & quæ ibi notant DD. post Glo. Insti. de rerum divis.

Pero es la duda, si la madre que dio, en dote, o donacion propter nuptias, à uno de los hijos esta heredada que era comun de todos ellos, porque la heredaron de su padre, sera obligada à pagar à los hijos, o remar en su parte el valor de los frutos que ha rentado esta heredad, los quales perdieron los hijos por su hecho della que la dio en dote o donacion propter nuptias à uno de los hijos, los quales no pueden cobrar los fructos del possedor, porque los hizo suyos por aquel titulo y buena fee, que tuvo en posseser aquella cosa que le fue dada por la madre. Respondeo, que si la madre era tutora, o curadora de los hijos, tenebitur ex mala administratione, à pagar à los otros hijos la parte de los fructos, que les pertenecian de aquella cosa comun; pues no pudo dar en dote, ni propter nuptias, mas que la parte que le pertenecia à aquel hijo, à quien la dio, y no la parte de los otros: quia facto culpabili tutoris, vel curatricis amiserunt fructus rei

suæ de quo tenentur omnes tutores, vel curatores, ut in l. quicquid, & in l. cum interdicta, C. arbit. ut. & l. pupillorum ff. de administratione.

Pero sino era tutora ni curadora de sus hijos, en tal caso no seria obligada à pagar à los otros hijos estos fructos que perdieron, nam magis quam si alienasset prædictam rem quilibet extraneus, qui proculdubio de dictis fructibus non tenetur, sed possessor rei tenetur de fructibus restituendis, secundum regulam juris traditam in d. §. si quis à non domino, Insti. de rerum divis. & in l. & ex diverso, ff. de rei vendi. ubi hoc distinguitur, & deciditur.

¶ Conclusionem tamen prædictam sic puto limitandam & intelligendam, que si los otros hijos y coherederos tuviesen otros bienes rayzes comunes, de los fructos, de los quales se pudiesse suplir el daño de los fructos que perdieron, por haver dado à la madre aquella heredad enteramente, que era comun al uno de ellos, porque sino se la diera entera en pago de su legitima al hijo, que se la dio en dote, o donacion propter nuptias, avia de llevar otros tantos fructos de la otra rayz que se quedo para los otros hermanos, en tal caso notendrian los otros hermanos recurso contra la madre para pedir la los fructos que avia rentado.

Xx 3 aquella

aquella heredad que dio à uno de los hijos, aunque fuesse tutora o curadora dellos, pues cessa el daño de los menores, en quanto à los frutos que perdieron, pues lo cobran por otra parte, Argumento leg. si negotia, & quæ ibi notant DD. ff. de neg. gest. & in lex duobus, eod. titul. & in l. de illo, ff. pro socio.

QUÆSTIO XXIII.

66 **V**igesimo tertio quaritur, Si el padre, o madre mejoraron à uno de sus hijos en el Tercio, y remanente del Quinto de sus bienes, y despues edifico, o compro una Capilla para su entierro y de su familia, y doto en ella una Capellania perpetua para que se digessen ciertas Missas en cada un año, en lo qual gasso mucha suma de maravedis, assi en la dotacion de la Capellania, como en edificar la Capilla y ornamentos della, o compralla: muerto el padre o madre, los hermanos dicen, que todo esto se ha de sacar del Quinto, en que el otro hermano fue mejorado: el mejorado dice, que no se han de sacar estos gastos del Quinto, sino de todo el monton de la hacienda, y que han de contribuir en ello todos los herederos.

Et videtur quod hæc omnia deduci debeant de quinta parte bonorum, & melioratus in Quinto, imputare debeat in Quin-

to hanc impensam; quia videtur quedam præventio facta in vita ad sepulturam, & sic videatur impensa funeris, & donatio seu legatum pium pro anima factum: quæ omnia de Quinto deducibent: ut habetur in l. 30. de Toro, quæ expressè disponit.

Ex contrario videtur dicendum, quod hæc omnia quæ in his impensa sunt, agnoscere debeant omnes hæredes, cum sit alienatio facta à patre in vita ejus titulo oneroso, quo potest pater in vita sua omne patrimonium suum expendere & consumere invitis filiis, etiam si nihil eis reliquerit pro legitima sua; ut tenet Glof. Cinus, & Paul. Bal. & Salice. & cæteri scribentes in l. 1. super glof. magna, prope finem, C. de inoffic. donat.

Respondeo, que quanto à los gastos que el padre hizo en comprar o hazer de nuevo la Capilla y ornamentos della, todo esto se ha de sacar del monton de la hacienda que deyo, si se devian o estan por pagar, y si esta gastado tanto menos queda de la hacienda y herencia del difunto y no sera obligado el mejorado en el Quinto à sacarlo de la dicha mejora: ratione suprà dicta, videlicet, quod pater possit titulo oneroso omnia bona sua alienare in vita; nec possunt filii contradicere, nec aliquem recursum habere

pro

pro legitima sua, ut tenent prædicta Glo. & DD. supra citati in l. 1. C. de inoffic. donat. ubi hoc notant DD. & in l. non usque adeo, ff. si quis à paren. fuerit manu. & in l. 1. §. si quis, ff. si quid in fraudem patro. nec tenetur pater emere rem fructiferam aut utilem quæ augere possit suum patrimonium; sed sufficit rem honorificam emisse, vel expensis ædificasse, ut liberè possit totum suum patrimonium in hoc consumere; vel partem ejus, invitis vel contradicentibus filiis propter legitimam suam; sed poterunt contradicere, & querelam proponere de his quæ pater alienavit titulo donationis vel lucrativo, ut tenent omnes in d. l. C. de inoffic. donat. alias sequeretur quod pater non posset emere Decurionatum, vel aliud officium publicum, quod nullum commodum, sed potius onus aut parum utilitatis haberet: & quod illud officium, vel pretium ejus exire debeat de Quinto, de quo potest disponere pro anima; quod esset absurdum; de quo nunquam quisquam dubitavit, idcirco prædictam conclusionem verissimam puto, quod hæc impendia agnoscere debeant omnes hæredes, non solum filius melioratus in Tertio & Quinto honorum: & ita respondi consultus in simili casu in civi-

tate Granatensi ab hæredibus, del Licenciado Xaramillo, super divisionem bonorum ejus quod justum visum fuit Advocatis utriusque partis, & sequuti sunt responsum meum.

Nec ad rem pertinet, quod hæc videatur impensa funeris, & ideo de Quinto sit deducenda. Nam solum dicitur impensa funeris quod moderatè expenditur ad funus, & corpus sepeliendum, non ad extruccionem monumenti vel Capellæ, sine quo funus fieri potest; ut habetur in l. 1. §. fin. ff. ad legem falcid. quæ notabilis est in proposito.

Pero en lo que toca à la Capella, y Missas perpetuas y dotacion dellas, esto se sacara del Quinto; quia est impensum pro anima & causa pia, quæ deduci debet de Quinto; ut in d. l. 30. Tauri, etiam si testator contrarium disponat: Nec obstat si dicatur, quod pater emit aliquod prædium aut fundum ut ex eo dotaretur prædicta Capellania, & Missæ dicerentur ex fructibus dicti prædii: quæ quidem emptio negati non potest quin fuerit contractus onerosus non donatio vel liberalitas ex lucrativa causa, & sic videtur quod non debeat hoc exire de Quinto, sed de toto patrimonio, vel hereditate defuncti, sicut paulò ante diximus in Capella.

PELLA EMPta, vel ædificata ex pecunia patris: Nam dissimilis est causa, & ratio in uno casu quàm in alio: nam dotatio Capellaniz fit, ut ex redditibus prædii ad hoc comparati eleemosynæ solvantur Capellani pro Missis dicendis annuatim in dicta Capella, ne quotidie hæredes hoc solvere tenerentur: nec interest ut quotidie hæ solvantur eleemosynæ, aut retributiones Sacerdotibus, an simul omnes eis præstentur in fine cuiuslibet anni ex redditibus prædiorum ad hoc destinatorum; sed si quotidie hæ distributiones, aut eleemosynæ darentur Sacerdotibus pro Missis dicendis, nullum dubium est, quod exire deberent & deduci de Quinto; Ergo idem erit de prædio empto ad hoc destinato, ut ex fructibus & redditibus ejus hoc onus impleatur: quod proculdubio ad causam piam implendam perpetuò comparatum est, non ad aliam rem familiarem; idcirco de Quinto deduci debet; non autem cæteri fratres hæc impendia agnoscere tenentur rationibus supradictis.

QUÆSTIO XXIV.

68 **V**igesimo quarto quero, Si el padre o madre hiciere su testamento ante un escrivano, y cinco

escrivos, e instituyo por sus herederos a sus hijos, y dividioles la hacienda en cierta forma, y mejorra al uno dellos en el Tercio y Quinto de sus bienes, y acabado el testamento, y todas las mandas pias y gracias, e institucion de herederos al tiempo que se havia de firmar y otorgar perdio la habla y espiró sin que lo pudiesse acabar ni firmar, es aora la duda si valdra el testamento, o la mejora en el contenida que el padre hizo a uno de sus hijos? Et videtur quod tale testamentum non valeat, nec prælegatum seu melioratio facta uni ex filiis, nec etiam valeat ut codicillus, ut est text. expressus in *l. fideicommissa*, in *princi. versio. quoties*, ff. de leg. 3. & in *l. si is qui*, ff. de testa. & *l. ex ea scriptura*, eod. tit. & *l. 1. ff. de jure Codicill.* Mayormente estante oy la Pragmatica del Reyno, que de la forma como se han de hazer y otorgar las escripturas publicas ante los escrivanos que require por forma, que se lean a las partes, y las firmen de sus nombres, y que de otra manera, no valgan ni hazgan fee, ut habetur in *pragmatica*, de los Reyes Catholicos hecha en Alcalá año de 1503. fol. 191. Por lo qual parece claramente, de jure communi como de jure Regio, que este testamento y mejora en el hecha no valgan por testamento, ni por codicillo. ¶ Pero sin embargo de lo arriba dicho

dicho in præposita quæstione, se deve tener lo contrario, y que valdra el dicho testamento por testamento nuncupativo hecho sine scriptis, o alomenos en quanto a la dicha mejora y particion de sus bienes que el padre quiso que se hiziesse entre sus hijos por iguales partes, conque el hijo mejorado llevasse mas la dicha mejora, Rationibus sequentibus (supposito quod quinque testes viderunt & audierunt quod pater instituit omnes filios suos æqualiter hæredes; excepta melioratione facta uni ex eis, & viderunt & audierunt omnia in testamento contenta pronuntiata esse a testatore, legitimo numero testium interveniente: attenta dispositione legis Regiæ quæ non solum requirit præsentia quinque testium ad faciendum testamentum nuncupativum, ut habetur in *l. 1. tit. de los testamentos*, lib. 5. *ordin. anti.* & in *l. 3. Tauri*, quæ illam confirmat.

¶ Et ad majorem declarationem hujus articuli, est præmittendum: quod si testator cepit facere testamentum in scriptis coram Tabellione & legitimo numero testium, & non potuit perficere in scriptis, quia postquam pronuntiavit hæredes suos, obmutuit, vel expiravit, non videtur ad unam speciem testandi se restrinxisse, sed voluisse quod testamentum suum valeret meliori modo quo possit; Ayora de Partitionib.

cum ergo pronuntiaverit coram quinque testibus voluntatem suam, & institutionem hæredum, & prælegata, si non constat quod voluit alios plures hæredes pronuntiare, valebit testamentum tanquam nuncupativum sine scriptura, licet scriptura non valeat: hoc tenet expressè Cinus, Paul. & Alexan. in *l. hac consultissima*, §. per nuncupationem, *Cod. de testam.* quod etiam probatur & fundatur ex text. in *allegata l. si is qui*, ff. de testam. qui est casus notabilis: & bene probat dictam conclusionem, si bene consideretur, cujus verba sunt: *Si is qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis priusquam secundos exprimeret hæredes obmutuisset, magis cepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus Digestorum lib. 1. Servium scripsit respondisse: itaque primos hæredes ex eo testamento non futuros. Labeo tamen hoc verum esse existimat si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset hæredes pronuntiare, ego nec Servium puto aliud sensisse.*

De la qual dicha decision se colige y prueva que aunque el testador no aya acabado de hazer su testamento, si luego hasta institucion de herederos, que es en lo que consiste la fuerza y ser del testamento, sino constase que queria pronunciar otros herederos demas de los primeros, y

por la enfermedad no pudo, en tal caso valer el testamento hecho por el testador con todo lo en el contenido, y los legados, y mandas en el hechas, Etiam si constaret alia legata voluisse facere, non ideo minus valebit testamentum factum: quod est valde notandum; non enim ait tex. si constaret testatorem aliud disponere voluisse, hoc est alia legata facere, tunc non valere testamentum; sed solum si constaret voluisse plures hæredes pronuntiare, tunc enim non valebit testamentum, quia nescitur quot hæredes esse voluit testator hæreditatis suæ; & in specie istam conclusionem quod testamentum valeat si testator caput id facere, & hæredes instituit coram legitimo numero testium, si non constaret quod plures hæredes testator pronuntiare voluisset, ultra DD. ibi tenet Rod. Xua. in l. quoniam in prioribus, quest. 4. fol. 89. & Ant. Go. in l. 3. Tauri, num. 18. & num. 102. cum seq. ubi dicunt valere testamentum etiam in casu dubii, quando non constaret quod testator voluit alios hæredes pronuntiare: non solum quando constaret noluisse alios hæredes pronuntiare. Quod evidenter colligitur ex illo tex. in eo quod dicit, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, hæredes pronuntiare. Ergo si non

constaret, in casu dubii, valet testamentum. Tassi se deve tener, que aunque el testamento no valga quanto à probarse por la escriptura, porque no fue acabada con la solemnidad y forma que se requeria, conforme à la pragmática de los Reynos. pero valdra por testamento nuncupativo que no requiere escriptura, sino solamente es que el testador nombre por su boca los herederos que instituye, coram legitimo numero testium ex doctrina Alex. & aliorum quos supra citavimus.

¶ Pero pongamos que no huvio⁷² en el dicho testamento empeçado, y no acabado como dicho es cinco testigos, sino dos o tres con el escrivano, o si huvio cinco o siete alomenos, no vieron, ni entendieron mas que los dos o tres la mejora que el padre hizo al uno de sus hijos: en tal caso no valdra el testamento, ni menos valdra por codicili o, porque se requiere oy en el codicili o la misma solemnidad de testigos que en el testamento abierto, aunque sea entre hijos, como lo dispone la dicha ley tercera de Toro y no aviendo intervenido cinco testigos, ni valio por testamento la dicha disposicion, ni por codicilio, pero aunque no valga por testamento ni codicilio: valdra con dos o tres testigos aquella voluntad, in genere, declarada por el padre o madre, en que manera quiere que se partan sus bienes entre sus hijos, que es aquella, que aquet

recta jure communi, vel Regio.

QUÆSTIO XXV.

aquei hijo mejorado lleve mas que los otros los bienes contenidos en la dicha mejora. Hic est tex. notabilis, quem ad hoc notant ibi DD. post Gloss. in l. filii patris, Cod. famil. her. ubi habetur, quod voluntas patris circa divisionem bonorum suorum servanda est, etiam si tam circa testamentum quam circa codicillos judicium ejus deficiat; ubi Gloss. & DD. dicunt, quod decisio illius legis procedit, si voluntas patris declarata sit coram duobus, aut tribus testibus, sine aliqua solemnitate juris civilis.

73 ¶ Nec obstat si dicatur quod hoc est correctum per d. l. 3. Tauri, que disponit, quod inter liberos, & in codicillis requiritur eadem solemnitas que in testamento nuncupativo data; per legem Ordinamenti. Nam illud verum est quoad testamenta & codicillos, non quoad aliam voluntatem patris circa divisionem bonorum; nam illa non corrigitur per dictam legem Tauri, cum illa evidenter locatur quantum ad solemnitatem testium tam circa testamenta quam codicillos: prædicta verò lex filii patris, Cod. fam. her. apertè loquitur, quod sit servanda voluntas patris in hoc, etiam si testamentum vel codicilli ejus deficiant; ideo decisio illius legis servanda erit cum non reperitur cor-

Vigesimo quinto quarto, Si⁷⁴ el padre o madre muriese y dejase quatro hijos, o mas: tres Hermanos varones y una hembra, antes que partiesen la herencia de su padre o madre queriendose casar la hermana, que tenia de menos veynete y cinco años. dieron los hermanos en lugar de la quarta parte de herencia que tenia comun con ellos una heredad, o fundo, enteramente en lugar de su quarta parte, pro indiviso, que tenia en la herencia de su padre, o madre, y ella les dio y cedio el derecho, que tenia à la quarta parte de toda la dicha herencia, y ella dio en dote à su marido aquella heredad, o fundo, que le dieron sus hermanos en lugar de la quarta parte, que tenia en la dicha herencia: passados muchos años que se caso esta hermana dentro de la edad de los veynete y nueve años que tenia para pedir restitucion parecio que la quarta parte que le pertenecia de la dicha herencia, valia mucho mas que la heredad que le dieron sus hermanos, por la quarta parte de la dicha herencia, por lo qual pide restitucion contra el dicho contrato o permutacion, que hizo con sus hermanos de la quarta parte de herencia por la dicha heredad: los hermanos dicen que en caso que aya

Y y 2 lugar

lugar la dicha restitucion que la hermana les ha de volver la dicha heredad, que le dieron por la quarta parte de la herencia. El marido no quiere volverla à la muger, ni à sus hermanos, porque vale aora mas de lo que valia quando se le dio, y porque aunque la quarta parte de la herencia vale mas que la heredad, forte es en dineros, o mueble que no le renta tanto como la heredad, y por esso no quiere volverla porque son suyos los frutos de la cosa dotal conforme à derecho: es aora la duda si el marido sera obligado à tomar la quarta parte de la dicha herencia, y dejar la heredad que recibio en dote, o si la muger sera obligada à volverla queriendo gozar del beneficio de la restitucion para que se le entregue su quarta parte de herencia, o bastara volver la estimacion de la heredad, pues no es en su mano restituirla por haverla dado en dote à su marido: en caso que cumpla con volver la estimacion de la heredad, que recibio, si sera el precio que oy vale, o quando la recibio? Et videtur quod maritus non teneatur reddere fundum uxori constante matrimonio, & eo restituito, possit obtinere restitutionem, ut in l. si constante, ff. solut. matrim. & in l. ubi adhuc. Cod. de iure dotium, & in l. sicut, ab initio, C. de act. & obligat. si ergo maritus non teneatur reddere fundum dota-

lem uxori, ergo nec ipsa poterit restitui adversus prædictum contractum permutationis factum cum fratribus; nam quando minor restituitur adversus contractum, major etiam restitui debet ut consequatur rem suam quam dedit minori; aliàs autem non auditur minor restitutionem petens rei suæ, nisi quod recepit restituat, ut in l. quod si nolit, §. restituito, ubi notant DD. post Glof. ff. de minor. & in l. patri pro filio, §. si pecuniam, eod. tit.

Pero sin embargo desto, en este ca-76 so se deve tener lo contrario, y que à esta muger se ha de otorgar la restitucion que pide contra sus hermanos y coherederos, probado el agravio que recibio en dejar y permutar la quarta parte de la herencia por aquella heredad, ofundo, que recibio, aunque no le vuelva, porque lo tiene enagenado en el marido que se lo dio en dote: el qual no es obligado à volverlo sino quiere mientras dura el matrimonio, y solamente sera obligada à volver el precio que valia aquella heredad que recibio en trueco por la quarta parte de la dicha herencia, al tiempo que lo recibio; tex. est notabilis & mente tenendus in l. Titia cum esset minor, ff. de iure dot. qui declarat totum titulum ff. de mino, nam licet minor teneatur reddere rem quam emit carius quam valeret, si petat restitutionem, contra emp-

emptionem, ut habeat rem suam, vel pretium quod dedit pro ea, ut in dist. l. quod si nolit, §. restituito, & in l. patri, §. i. de minor. illud verum est si rem quam emit possideat: Sed si eam non possidet, quia eam alienavit, sufficit quod restituat pretium ejus, quod valebat tempore quo eam accepit; & in hoc ultimo est ille sex. valde notandus. Quod si fortè res quam emit, hodie cum petitur restituito, valet multo plus quam valebat tempore quo eam recepit, quia tempore crevit valor ejus, non tenetur restituere illud; sed solum pretium quod valebat tempore quo eam habuit: quod probat ille text. in d. l. Titia cum esset minor, ff. de iure dot. in fine, cujus verba sunt: Modestinus respondit, nihil proponi cur marito dos auferenda sit, sed in meram estimationem pretii mulier, vel ejus heredes condemnandi sunt, in hoc tempore referendam quo in dotem datus est. Quæ quidem decisio dura esse videtur; quod licet mulier restituat contra permutationem quam fecit, & non teneatur reddere fundum quem recepit, quia non habet facultatem rei restituende, solum teneatur ad pretium quod valebat fundus eo tempore quo illum recepit, & non pretium quod nunc valet tempore quo petitur restituito; licet opera sua non sit fa-

cta melioratio aliqua in eo; sed tempore in quo videtur gravari fratres; tamen ita lex scripta est, ideo multum est notanda, & mente tenenda ejus decisio.

QUÆSTIO XXVI.

Vigesimo sexto quæritur de 77 questione, quæ nunc pendet in hoc Granatensi pratorio, Si el padre o madre prometio en dote à su hija, seys mill ducados en esta manera, los dos mill ducados en un cortijo o heredamiento, apreciado en dos mill ducados, y tres mill ducados en un juro perpetuo de treynna mill maravedis de renta à razon de cien ducados por cada millar de renta, lo demas en dineros y mueble apreciado por dos personas hasta benchir la dicha cantidad de seys mill ducados. Parece que el cortijo, o heredamiento valia mucho mas al tiempo que se hizo la capitulacion y promesa de dote, dada la dote como se prometio, muerto el padre, o la madre que la dio, y suelto el matrimonio; la hija que fue dotada quiere pedir al marido, o à sus herederos el mas valor del cortijo que llevo en dote, que lo recibia en justo precio, o le supla, y pague lo que mas valia, el marido o sus herederos lo contradizen, porque aunque en el precio del heredamiento fue engañada la muger; o su padre o madre que le dieron;

apreciado en la dicha cantidad, no fue tanto el engaño que llegue a la mitad del justo precio, y aunque llegara a la mitad no puede la muger pedir este agravio, porque no dio ella estos bienes en dote, sino su madre, y ella recibió el agravio, a la qual, y a los otros sus hijos y herederos compete el derecho de pedir este engaño si alguno hubo en el aprecio del dicho heredamiento, queritur quid iuris sit in proposita questione?

Et primò videndum est, si deceptio que contingit in aprecio prædicti fundi, non excedat dimidiam justii pretii. an prædicta mulier vel pater ejus qui dotem dedit vel ejus hæredes agere possint ad rescindendum prædictum contractum, vel ad supplementum justii pretii. Secundo an uxori vel parenti ejus qui dotem dedit, competat hæc actio?

Quoad primum videtur, quod si non ultra dimidiam justii pretii læsio contingat in estimacione prædicti fundi, non possit peti rescissio prædicti contractus: ut in l. 2. & que ibi notant Doctores, C. de rescin. vendi. & in l. 4. tit. 7. lib. 5. ordinamen.

Sed veritas est in contrarium, imò, que aunque el agravio no sea tan grande que llegue a la mitad del justo precio sino en qualquier cantidad que sea se ha de deshazer el engaño aora el marido sea agraviado

en el aprecio de la cosa dotal, aora la muger o qualquier otra persona que dio la dote. ut habetur in l. jure iurisdictionum, ff. de jur. dot. & in l. 16. tit. 11. de ius dotes, par. 4. Tassi se concluye, que el agravio que en esto hubo en aprecio del dicho heredamiento se ha de deshazer aunque no sea tan grande que llegue a la mitad del justo precio, sino que el engaño sea en mucha menos cantidad, quia hoc statum est favore dotis, ut in dictis iuribus.

¶ Quanto a lo segundo, digo que 79 aunque sea verdad que el padre, o madre que dieron la dote, pueden pedir que se deshaga el agravio que hubo en el aprecio del dicho heredamiento, pero no lo puede pedir la muger en cuyo favor se dio esta dote, por que ella no hizo el contracto, ni dio la dicha dote, ni recibió agravio alguno en ello, porque al principio no fue dado ni prometido el dicho heredamiento en dote, sino la dicha cantidad de seis mill ducados, y en parte de pago dellos fue dado el dicho heredamiento en precio de dos mill ducados valiendo como valia mucho mas, y este agravio solo lo recibió el padre, o madre, cuyo era el dicho heredamiento, que valiendo tres mill ducados, o dos mill y quinientos lo dio apreciado en dos mill ducados.

¶ Pero esto se ha de entender y limitar, salvo sino precedio promessione de dote, en que le prometieron el pa-

el padre o madre de dar en dote a su yerno este heredamiento, y las otras cosas en dote, porque si precedio la dicha promessa de dote del dicho heredamiento sin aprecio, y despues se aprecio y dio en los dichos dos mill ducados; en tal caso podra pedir la lesion y agravio que hubo en el aprecio la hija, y no el padre ni la madre, porque ella recibió el agravio en el dicho aprecio: y no su padre ni madre, porque ya fue dotal el dicho heredamiento, y el aprecio que hizo despues su padre o madre, no le pudo perjudicar a ella, porque ella no lo hizo ni consintio, y aunque lo consintiera, podia pedir que se deshiziese el dicho engaño pues era suyo y para ella el dicho heredamiento que se dio en dote: ut in l. plerumque & in l. si ego, ff. de jur. dot. & in l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstrat.

¶ De lo qual se sigue, que en el primero caso, quando el padre o madre dieron el dicho heredamiento apreciado en menos de lo que valia, que si la hija es su heredera juntamente con los otros sus hermanos, podra pedir que se deshaga el dicho engaño y lesion por la parte que es heredera de su padre, o madre, juntamente con los otros sus hermanos, cada uno por la parte que es heredero, ut in l. pro hæreditariis, Cod. de hæreditariis, & in l. cum a matre, C. de rei vendi. cum concordant.

¶ Pero en un caso no podrian pedir el dicho engaño y lesion los otros hermanos de la muger que llevo la dicha dote, ni ella como herederos de su padre o madre, si el padre o la madre que dieron el dicho heredamiento apreciado en dos mill ducados, valiendo como valia tres mill ducados; supieron el valor del dicho heredamiento, y aunque entendieron que valia mas, lo dieron en el dicho precio de dos mill ducados para efecto que se hiziese el casamiento, porque el marido no se casara con la dicha dote sino se le diera el dicho heredamiento apreciado en los dichos dos mill ducados, y no en mas, y assi lo puso por condicion y capitulacion al tiempo que se contrato el dicho casamiento, ut patet in prædicta specie nostri casus: quia in tali casu non habet locum remedium legis secundæ, Cod. de rescin. vendi. quando quis scienter vendit rem suam minori pretio, sciens quod plus valebat; non potest agere ad rescindendam venditionem, ut notant DD. communiter post Glossam in dict. l. secunda Cod. de rescin. ven.

¶ Tassi non podran pedir este engaño el padre, o madre, ni sus herederos, quia tali casu non competit eis remedium legis secundæ: C. de rescin. ven.

¶ Pero en este caso podran pedir los hermanos de esta muger que fue dotada, contra

contra el marido y no ella. si aquel mas valor del dicho heredamiento, de lo que fue apreciado, excediese la legitima de la hija, porque no puede ser mejorada tacita ni expresamente, por via de casamiento, en el Tercio ni en el Quinto de los bienes de su padre, o madre, conforme à la pragmática, y capi. de cortes de Madrid del anno de treinta y quatro; porque fue ninguna, ipso jure, la dicha promission o dacion de dote en lo que fue mas que la legitima, este derecho lo pueden pedir los otros hermanos, y herederos como bienes de su padre, o madre, ut in l. si donacione, & ibi not. Glos. & DD. C. de colla. & in l. 1. C. de inoffi. donat. y la hija no lo podra pedir, porque es dote inofficiosa, en todo aquello que exceda de la legitima, conforme à la dicha pragmática.

81 ¶ Pero si la hija fue instituyda por heredera de su padre o madre juntamente con los otros sus hermanos, en tal caso arriendado acceptado la herencia podra pedir al marido juntamente con los otros sus hermanos la parte, que le cabe como à un heredero de la dicha dote inofficiosa, en lo que excede de la legitima como bienes y herencia de su padre, como sino se huviera dado ni prometido, porque no valio la dicha promission y dacion de dote en quanto fue mejora de Tercio o Quinto tacita,

o expresamente; hoc jus repetendi dorem inofficiosam pertinet ad heredes pro portionibus hereditariis, ut in l. haeres in omne jus, ff. de acquir. here. & in l. pro hereditariis, Cod. de heredit. action. cum concordan.

¶ Pero si el padre o madre con-32 firmasse en su testamento la dicha promission, o dacion de dote inofficiosa, que hizo à su hija al tiempo que la caso, o le mandasse y legasse toda la dicha dote que la huviese enteramente, suelto el matrimonio, no aviendo hecho antes mejora de Tercio y Quinto irrevocable à otro; en tal caso la hija sola podra pedir y llevar la dicha dote inofficiosa, y no los otros hijos y herederos, porque la dicha pragmática de Madrid que prohibe que la hija no pueda ser mejorada tacita ni expresamente, en el Tercio ni Quinto de los bienes de su padre, o madre, habla quando se le diessse por via de dote o casamiento. Pero en el testamento, bien puede el padre mandar, y dar à su hija parte del Tercio o Quinto de sus bienes, no lo teniendo dado à otro por contrato irrevocable; y assi se entiende communiter la dicha pragmática de Madrid. Et hoc expresse colligitur ex ea, in quantum dicit: y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija Tercio ni Quinto & ces. nam licet prædicta dotis promissio & constitutio

constitutio non valuerit, à principio in quantum excedit legitimam filia, convalescit tamen propter legatum ei factum in testamento: ut in l. legata inutiliter, ff. de lega. 1. & l. si quis à filio: in principio, & l. servo alieno, §. penul. eo tit. & in l. si purè, & l. si sic, ff. de legat. 3.

83 ¶ Sed dubitari potest in casu præmisso, quando el marido recibio en dote mas que monta la legitima de la hija, de la manera que diximos, recurriendo en dote el heredamiento apreciado en dos mill ducados que valia tres mill, o dos mill y quinientos, scilicet: quo casu videtur donatum quod plus valebat, si esta demasia que valia mas el heredamiento, de lo que fue apreciado, cupiese en el Quinto de los bienes del padre, o madre, que le dio, si lo podra retener el marido, ut quilibet extraneus, cui potest pater donare Quintum bonorum suorum, quia in hoc non tangitur legitima filiorum, sed potest pater de Quinto liberè disponere de quo poterat disponere pro anima sua: ut in l. 9. tit. 5. lib. 3. fori: & in l. 9. Teuri. Respondeo, que se le podra pedir al marido esta demasia que valia mas este heredamiento de lo que fue apreciado, aunque cupiese en el Quinto de los bienes del padre, o madre, que lo dieron en dote, y no lo podra retener el Quinto de que po-

Ayora de Partitionibus,

dia el padre, o madre disponer liberamente, y dallo à qualquier estrano, porque aqui lo recibio por via de dote y casamiento, que es titulo lo reprobado per legem, por el qual, no puede recibir el marido mas que la legitima de la muger: todo lo demas que recibio, est ipso jure nullum, ut in dicta pragmática de Madrid del año de 34. cap. 101. & in hoc filia est deterioris conditionis quam extraneus, qui hoc poterat retinere titulo donationis usque ad Quintum: filia verò, vel maritus ejus non potest retinere, si titulo dotis sibi datum est, quod est valde notandum.

¶ Ad unum tamen est advertendum, quod in casu præmisso, licet fratres agere possint contra maritum fororis suæ, que recibio la heredad apreciada en menos de lo 84 que valia, del padre o madre, de su muger, sabiendo que valia mas: quo casu diximus esse donationem dotis causa factam, & non valere si excedit legitimam filia, que en este caso no podran los hermanos pedir à la hermana la tal demasia aunque sea suelto el matrimonio, sino al marido o à sus herederos; porque la muger no llevo cosa alguna desta demasia, sino los herederos del marido, porque este heredamiento fue apreciado en dos mill ducados, aunque valia tres mill, y se hizo proprio del marido, como si le comprara,

7 solos los dos mill ducados fue obligado à volber à la muger, y estos son de su dote en lugar del dicho heredamiento, y no la heredad o fundo que le fue prometida en dote en dos mill ducados, ut in l. plerumque ff. de jure dot. cum concordant.

QUÆSTIO XXVII.

85 **V**igesimo - septimò quæritur in casu proposito, si el padre, o madre, que dio este heredamiento en dote à la hija, en menos de lo que valia, tenia mejorado por contrato irrevocable à uno de sus hijos en el Tercio y Quinto, de sus bienes, o lo mejoró despues: si podran pedir todos esta demasia que valia mas este heredamiento al marido que la recibio, o solo el mejorado? Respondeo, que si la mejora fue hecha antes que el padre o madre diese la dote à la hermana como esta dicho, sine dubio podrá pedir solo el mejorado esta demasia que valia mas esta heredad de los dos mill ducados en que fue apreciada si la mejora fue hecha por contrato irrevocable conforme à la ley 17. de Toro, porque no pudo despues hazer donacion del Quinto à otro, ut in dicta lege 17. de Toro, & in l. 26. de Toro; salvo si este heredamiento no cupiese en el Quinto, porque en tal caso por lo que excediesse del Quinto, podrian pedir los otros hijos, porque en aquel-

lo fue inoficiosa, y se les quito de su legitima; ut in l. 29. de Toro, & in l. 9. titulo, de las mandas. lib. 3. fori.

Pero si esta mejora de Tercio y 86 Quinto se hizo despues de la dote à uno de los otros hijos, es la duda si podran pedir esta demasia de lo que valia mas la dicha heredad, que los dos ducados en que fue apreciada, todos los otros hermanos y herederos del padre, o madre, que la dio; o solo el hijo mejorado? Et videtur quod nemo eorum petere possit, ut in l. 25. Tauri, & l. 9. tit. 6. lib. 5. rec. qua cavetur, ut de dotalibus, & donationibus propter nuptias, aliis filiis factis, etiam si prædicti filii conferant, vel eas trahant ad partitionem, non possit deduci melioratio Tertii & Quinti; & sic non possit deduci de ista dote data filiz; sed illa loquitur de dotalibus, vel donationibus propter nuptias validis; nam cum recesserint prædicta bona alienata à patrimonio patris, non potest pater de eis disponere, nec de eis aliis meliorationem facere, etiam si eas trahant ad collationem: hæc enim fuit ratio dubitandi, & decidendi illius legis 25. de Toro, ut ibi notant omnes Scribes; sed in casu nostro non valuit dotis constitutio ipso jure, in portione qua pater melioravit filiam, ut in dicta pragmatica de Madrid; & sic

sic cum remaneat melioratio facta fuisset; havia el mejorado su parte en esta porcion que el padre dio, y mejoró à la hija por via de casamiento, pues no valia la mejora hecha à la hija y de necesidad ha de llevar el mejorado en el Tercio y Quinto (aunque la mejora se hiziesse despues de dada la dote) su mejora de todos los bienes y derechos y acciones que el padre tenia, y assi ha de llevar su parte de mejora y herencia en este derecho, que el padre y sus herederos tenian de repetir y cobrar los bienes desta mejora que hizo à la hija, y todos los herederos llevaran su parte pro rata, pues no valio ipso jure; & venit dividendum inter hæredes tanquam patrimonium patris, ut in l. si donatione, & quæ ibi notant DD. post Glof. in simili quæst. C. de collation.

87 Sed hic est advertendum, que si la mejora de Tercio y Quinto se hizo à otro hijo despues que el padre o madre dotaron à su hija, como esta dicho no podrá el hijo mejorado pedir à la hermana la parte que llevo en dote mas que su legitima; si esta dote que llevo, no excediesse de la parte que le podía haber à esta hija, como à uno de los hijos y herederos de su padre, o madre, sino hizieran la dicha mejora de Tercio: Exempli gratia, pongamos que el padre o madre tenian quatro hijos varones y hembras, y quatro mill ducados de patrimonio; caso una hija y dióle mill

ducados en casamiento; en este caso parece, que si el padre no hiziera mejora de Tercio y Quinto à ninguno de sus hijos, o muriera ab intestato, que esta hija podía llevar de su legitima estos mill ducados que recibio en dote, pues les quedan à los otros hermanos cada mill ducados como ella recibio en dote, pues no llevo en ellos mejoría alguna de Tercio ni de Quinto.

Sed revera, si hoc bene consideretur, filia dotata tenebitur reddere filiis & hæredibus patris, partem dotis quam recepit plusquam legitimam suam, quatenus tangit Quintum bonorum patris, non autem quatenus tangit Quintum & Tertium, sed solum Quintum: alioquin sequeretur, quod si filia contenta dote quam recepit, abstinuisset se ab hæreditate paterna, quod cæteri fratres tenerentur de legitima sua, quam receperunt ex bonis patris, non majorem quam filia dotata facere impensam funeris, & solvere legata, si pater fecisset testamentum, & in eo aliqua legata, quæ omnia non excederent quintam partem bonorum, quod esset absurdum; & cæteri filii gravarentur in legitima sua.

¶ Et ut hoc melius percipiatur, præmittendum est quod legitima filiorum potest dupliciter considerari; uno modo; legitima larga; alio verò, legitima minuta; larga