

tando (aun quando acceptata mal) consumió su gracia, y no tiene derecho de pedir otra.

41 Si admitieramos lo contrario en las Encomiendas, nunca el Fisco se viera libre de semejantes pleytos, y demandas, ni tuviera caudal para satisfacerlas: razon que aun por sí sola pudiera bastar para no admitirla, como en otros tales casos lo advierten con prudencia Covarruvias, y otros Autores (k).

42 Y en el mismo de que tratamos lo practica el Real, y Supremo Consejo de Indias, y las Audiencias, y Chancillerias de ellas, donde nunca vi que se diese entrada á demandas, y pleytos de esta calidad, la qual observancia, aun quando faltaran las razones dichas, pudiera, y debiera bastar para no admitirlos: pues se puede tener, y alegar por ley, así para lo ordinativo de los pleytos, como para lo decisivo, segun lo enseñan muchos textos, y Autores (l), y latísimamente hablando en terminos de nuestras Encomiendas el Señor Obispo de Salamanca Don Juan Bautista Valenzuela Velazquez (m).

43 Pero no por lo que se ha dicho cerca de que en rigor de derecho no se deben admitir estos pleytos, dexo de conocer, que sucediendo tales casos, será de la equidad, y benignidad Real

usar de su acostumbrada liberalidad, y clemencia, y mandar que á los benemeritos, que por ocasion de ellos se hallasen destruidos de los premios, y remuneraciones, que por sus servicios havian merecido, y conseguido, y se vén pereciendo en desventura, y pobreza, se les hagan otras nuevas mercedes en oficios, pensiones, ó Encomiendas, como mas conveniente le pareciere: porque como dicen Seneca, y todos los que escriben de beneficios (n), los antiguos se han de procurar conservar, y aun acrecentar con otros nuevos, y el haverlo ya hecho parece que añade mayor obligacion de hacerlos de nuevo, aun quando en los primeros no hubo mas razon que la voluntad, y esta ley dice el Papa Gregorio que es propia de la nobleza (o).

44 Y Casiodoro con palabras elegantísimas (p) la hace tan propia de los Reyes, que dice, que siempre han de estar deseando exercitarla, duplicando las honras, aumentando mercedes, reparando los dones, y no teniendo por enfado el multiplicarlos, sino antes probocandose gustosamente á frecuentarlos, por haverlos ya comenzado á hacer: porque si en los nuevos se ocupó el juicio, á los siguientes nos lleva el favor que se debe, á lo que ya una vez mereció nuestro agrado.

(k) Covarr. in c. cum in officis, n. 9. de testam. DD. in l. propterandam. C. de iudicis, & in c. finem litibus, de dolo, & contum. Suid. cons. 11. n. 15. Gratian. discept. 762. n. 12. (l) L. minimè, ff. de leg. c. dilectus, de conuet. l. si quando, C. de iniuriis. Thesaur. decis. 6. n. 9. Afflicti, Ossascus, & alii ap. Me. d. cap. 10. n. 76. & 77. (m) Valenzuela consil. 83. num. 115. & seqq. Velasc.

in axiomas. jur. list. T. num. 127. (n) Seneca de benef. lib. 2. c. 11. & lib. 4. Marcial, lib. 6. epigram. 71. Plin. Jun. lib. 1. epist. 4. latè Pineda de rebus Salomon. pag. 362. vide verba apud Me. d. c. 10. n. 76. (o) C. 1. de donat. ibi: Hanc sibi nobilitas legem imponit, &c. (p) Casiod. 1. var. epist. 22. & lib. 2. epist. 2. vide verba ap. Me. d. c. 10. n. 73.

CAPITULO XII.

SI LOS QUE TIENEN PODER PARA ENCOMENDAR PUEDEN poner algunas nuevas condiciones, ó gravamenes en las Encomiendas al tiempo de proveerlas, y de otras questions de esta materia.

* De la materia de las Encomiendas trata el tit. 8. y sig. del lib. 6. de la Recop. *

SUMARIO.

- 1 Introduccion.
2 Dada la Encomienda se entiende dada segun las leyes.
3 Puedese dar por sola una vida.
4 El tenor de la investidura es la ley á que se ha de atender.
5 Si la pueden conceder por mas vidas, ó perpetuas, y n. 6.
7 Si los meritos son muy grandes tambien lo deben ser las remuneraciones.
8 El Virrey que excede con justa causa obra bien, y n. 9.
10 Si puede poner mayores cargas á las Encomiendas, y n. 11.
12 En los beneficios se pueden poner cargas. Si las puede poner el Obispo con causa, ó sin ella, ibidem.
13 En las Encomiendas se halla mucho de gracia, y num. 14.
15 El que tiene facultad para elegir para alguna limosna, le puede poner gravamen.
16 Referense las cargas, y son justas, y n. 17.
18 Otras condiciones que se pueden poner.
19 Muerto el que tuvo la gracia condicionada antes de entrar en la Encomienda, pasa al hijo á que cumpla la condicion si es potestativa, y num. 20.
21 Para la alcavala se atiende al tiempo del contrato, no al de la condicion.
22 Y en quanto al lugar, se atiende al del contrato condicional, no al en que se purifica.
23 Al que se le concedió Encomienda debaxo de condicion, no le obliga á sacar la confirmacion, mientras dura la condicion.
24 Si no es que sea condicion potestativa, y numero 25.
26 Estas condiciones se pueden poner al tiempo de dar la Encomienda, pero no despues.
27 El que tiene facultad de elegir, en eligiendo no puede variar.
28 Referese un caso de una carga puesta despues.
29 Sino es que el Virrey expresamente dexó reservado el cargar cierta pension.
30 Si la Encomienda se refiere ser de 200. tributos, y se hallase ser de 300. no por eso se ha de restringuir, y numeros siguientes.

Despues de miradas, y escogidas bien las personas á quien se han de dar las Encomiendas, ó Gobernadores, á cuyo cargo está su provision, á despachar los títulos de ellas: cuyo ordinario estilo es decir, que se les dán conforme á la ley de la sucesion, y con las cargas á ellas anexas, y eso basta, y es lo mejor para cesir mucho en pocas palabras, y escusar dudas, y pleytos que suelen resultar de multiplicarlas, y de añadir clausulas extraordinarias, como en las instituciones de los herederos lo aconseja un Jurisconsulto (a): en los mayorazgos de nuestra España Don Luis de Molina, y Don Diego de Simancas (b).

2 Porque la ley de la sucesion expresa las cargas, y en qué personas, y herederos ha de estar, y pasar la Encomienda por las dos vidas, por que se suele conceder de ordinario, como lo diremos despues, y lo dexó advertido bien Juan Matienzo, y por el mismo caso que no se añade cosa en contrario, solo con dar la Encomienda quedan virtualmente insertas en la concesion de ella todas las leyes, y clausulas acostumbradas (d), y el goce de dos vidas, y en la Nueva-España demás por via de disimulacion, conforme á la costumbre de cada Provincia, como lo dispone, y enseña en derecho (c), especialmente habiendo ley particular, y municipal que trate de estas cargas, y sucesiones, con la qual aun en casos dudosos son vistos quererse conformar los Gobernadores, y no pervertir, ni alterar lo bien ordenado (f).

3 Pero esto no estorva que el Rey, ó los que tienen sus veces en esta parte, puedan si quisieren restringir el goce de las dos vidas á sola una al tiempo de dar la Encomienda, como algunas veces lo suelen hacer, y si lo hacen se ha de guardar: porque como es suyo el medir, ó pesar los meritos, y servicios de los que pretenden estas mercedes, y la calidad, y estado de sus personas, para que la remuneracion se ajuste con ellos, y ellas, pueden, quando la hacen, poner estas limitaciones, y modificaciones, y quedan como afixadas, y pactadas en la fuerza de la entrega, como en otras tales lo dicen muchos textos, y Doctores (g), ampliandolo aun á lo que se dispone, y capitula fuera de la ordinaria naturaleza del acto, ó contrato que se celebra, y enseñando que estas especiales cautelas, ó provisiones hacen cesar las comunes, y generales, por donde de otra suerte huviera de caminar el negocio (h).

4 Esto es lo que en terminos de los feudos (i),

tan parecidos á nuestras Encomiendas, se suele decir vulgarmente, que toda la propiedad de sus palabras, lo riguroso, y natural de sus observancias, y condiciones lo vence lo especial, que de voluntad, y conformidad de partes, al tiempo de su entrega, se capitula; y que su primera, y principal ley, y la que sobre todas se ha de seguir, es el tenor de su investidura, de que tenemos tantos textos, y AA. (j) que sería cansancio referidos, y mas habiendolo hecho copiosa, y laboriosamente Tiraquelo, y Rosental, y antes de ellos Martin Laudense, el qual dice que esta es la máxima de los feudos (k).

5 Mayor dificultad tiene el averiguar, si podrán los Virreyes, ó Gobernadores prorrogar las dos vidas, ó mas, que por ley, ó costumbre se suelen dar en estas Encomiendas, á otras vidas mas, ó concederlas por via, y título de mayorazgo perpetuamente, como sabemos lo hizo el insigne Capitan, y Gobernador de la Nueva-España Don Fernando Cortés, en las que allí dió á una señora llamada Doña Isabel Motezuma, que se decia ser hija del Emperador Motezuma, cuya fue aquella tierra en tiempo de su infidelidad, y el Virrey Don Andrés Hurtado de Mendoza, Marqués de Cañete, que llaman el Viejo, en otras que dió en el Perú en el Valle de Yucay, juntamente con otras haciendas, á Don Diego de Sayre Topy, que tambien se decia haver quedado de los Reyes Incas de aquellas Provincias, de quien hoy por línea materna traen su origen, y conservan este derecho los Marqueses de Oropesa.

6 Y la razon de dudar es, que como el poder que los Virreyes tienen para encomendar, es limitado á la forma que en esto tiene dada la ley, y están obligados á guardar diligente, y estrechamente sus terminos, como tantas veces havemos dicho (l), no parece que se pueden alargar á conceder estas prorrogaciones, ni perpetuaciones, aun quando en el dicho poder se halle puesta la clausula cum libera, la qual conforme reglas de derecho, y doctrinas ciertas de sus AA. (m) solo puede obrar en lo permitido, ó en lo que no vá lexos de ello.

7 Y á la verdad en rigor dél así debiera declararse; pero en los casos referidos se toleró la perpetuidad de aquellas mercedes por la gravedad, y exuberancia de los meritos, y causas que obligaron á hacerlas, pues siempre pide la ley, y buena razon (n), que los premios correspondan á los servicios, como en los mismos terminos de nuestra question lo dexó advertido Gregorio Lopez,

(a) L. 1. §. qui neque, de hered. inst. (b) Molin. de majorat. lib. 2. c. 17. in princip. Simanc. eod. trad. lib. 1. c. 26. (c) Matienz. in l. 6. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 22. (d) L. ut se toto, de acq. hered. cum vulg. (e) L. si servus, 33. §. fin. de legat. 1. l. 4. tit. 33. p. 3. cum aliis ap. Menoch. lib. 1. prax. 28. & Me. d. 2. tom. lib. 2. c. 11. num. 5. (f) L. heredes mei, §. cum ita, ubi Bartol. & DD. ad Trebel. l. conficiuntur, ff. de jur. codicil. l. ex facto queritur, 43. ff. de vulgar. & pupil. cum latè adductis á Menoc. lib. 4. prax. 22. 63. & 202. Farinac. decis. 508. Fusar. de substit. q. 211. ex n. 42. & Me. d. c. 11. n. 6. (g) L. in traditionibus, 49. §. 1. inter, 42. ff. de pactis, l. lege, C. eod. cum vulg. & in terminis ferè ap. Perey. de renovat. empbit. q. 11. n. 19. & Me. d. cap. 11. n. 8.

(h) L. fin. C. de pact. convent. cum aliis apud Velascum, in axiomas. jur. list. P. n. (i) C. si cui, de exord. c. contr. c. 1. de duobus fratrib. latissimè Tiraq. in l. si unquam, verbo Libervis, n. 8. & 9. c. de renov. donat. Rosent. de feud. c. 1. concl. 12. lit. A. & seqq. (k) Laudens. in c. 1. col. 1. qui feud. dar. pors. Erasmo Coker de advoc. feudali. (l) L. diligenter, ff. mandat. cum latè adductis á Me. d. 2. tom. lib. 2. c. 6. n. 18. & seqq. (m) L. quam Tuberonis, juncta glossa, verbo Alia, ff. de pecul. l. si hominem, ff. mandat. latè post antiq. Jas. qui dicit communem in l. 1. de offic. proc. Cas. n. 12. Covarr. 1. var. c. 6. n. 2. Schrad. & alii apud Me. d. c. 11. n. 16. (n) Text. & Glos. in c. dicat. aliquis, 23. q. 5. ubi Turcrem. & in c. jur. militare, dist. 1. & Joann. Andr. in rubr. de reb. Ecclat.

glosando unas leyes de Partida; que así lo enseñan (o), y quando el servicio es perpetuo (quiero decir, tal que haya producido perpetuos, y durables efectos) tambien debe ser perpetuo el beneficio, ó remuneracion con que se compensa, como singularmente lo dicen algunos textos, y muchos de los Doctores que lo comentan (p).

8 Demás de que no es nuevo sustentarse lo que los Virreyes, ú otras personas hacen excediendo en algo de sus poderes, quando no contraviene mucho á la voluntad, é intencion del que se las dió, sino antes lo ordenan á la mejor consecucion de lo que se les manda; y verosimilmente se puede creer que ellos hicieran lo mismo si estuvieran presentes; segun que por palabras formales nos lo dexaron dicho algunos Jurisconsultos, y lo notan á cada paso graves Autores (q).

9 Ni dexarse anular los actos, que en sí tuvieron, y tienen utilidad, y justificacion por solo el efecto de solemnidad, quando el mismo que los ha de revocar halla, que debe, y está obligado á proveer lo proprio que así revoca, como para un caso semejante lo dexé ya notado en el cap. VIII. de este libro, y para otros muy utiles en derecho lo ponderan, y fundan en él los Doctores (r).

10 Consiguientemente á lo referido se puede, y suele dudar, si podrán los Virreyes, y Governadores en las Encomiendas, que dan, y reparten en nombre de su Magestad, y títulos de ellas, poner algunas nuevas condiciones, y cargas sobre las ya impuestas, y expresadas en sus Reales Cédulas, y ocasiona la duda, parecer, que supuesto que no son dueños, sino dispensadores de estas Encomiendas, y que conforme á las mismas cédulas están forzosamente obligados á distribuir las entre los benemeritos, como tambien lo tengo advertido, y probado en el dicho capitulo VIII. no se les debe permitir que puedan gravar á los que no honran, sino solo nombran como meros Executorés contra lo que las reglas vulgares del derecho ordenan en tales casos (s).

11 Pero todavía se puede seguramente defender lo contrario, y así lo he visto practicar muchas veces por la razon arriba apuntada, de que se les remite el pesar, y premiar los meritos, y servicios de los pretendientes: y así no es mucho que tambien se les permita poner las condiciones, ó gravámenes que los proporcionen, como lo dá á entender una ley de Partida (t): *Debe entonces el Cabdillo haver Consejo, y alve-*

driar sobre aquello, catando qual es aquel hombre que le demanda el galardón, y el hecho que hizo, y el lugar, y el tiempo en que lo buvo de hacer, y segun aquello le debe galardonar.

12 Especialmente, que pues por razon de este arbitrio tienen facultad de escoger unos benemeritos, y dexar á otros á quienes por ventura con igual justificacion pudieran dar la Encomienda, ya son vistos que tienen algo en que les hacer gracia, y usar con ellos de liberalidad; y por el consiguiente no estamos en terminos de la regla de derecho que se ha referido, sino en el simil de los Beneficios Eclesiásticos, que por esta causa se llaman, y tienen por concesiones graciosas (u), y por el consiguiente los Obispos, y otros á cuyo cargo está la provision de ellos, les pueden cargar algunas pensiones, no obstante la prohibicion del Concilio Lateranense, que mandó se confiscasen sin disminucion (x).

* *Ram. Val.* Esta facultad concedida á los Obispos, se entiende *justa interviniente causa*, porque es contra el derecho regular, *c. extirpanda, de preb. c. unico, ut Eccles. Benef. sine diminut. conf. Garc. de Benef. part. 1. cap. 1. numero 296.*

El P. Avendaño en su *Tes. Ind. tom. 2. tit. 13. num. 88.* estende esta facultad de los Obispos á que puedan dar Notarías, y oficios semejantes, con carga de alguna pension.

Y debe constar de la causa, porque si no consta es nula la pension. *Garcia ibidem numero 324.*

Ni basta que el Obispo diga que tuvo causa. *Garc. ibidem num. 325.*

13 Y que en las Encomiendas, y su reparticion se halle, y pueda considerar mucho de gracia, aunque en su título se diga, que se dan por remuneracion de servicios, lo dixo bien Don Francisco de Alfaro (y), al qual Yo añado de derecho comun un texto maravilloso, que á semejantes concesiones, aunque del todo no parezcan gratuitas, las llama beneficios (z).

14 Y del municipal de nuestras Indias la cédula, ó capitulo de carta del año de 1619. que dexé apuntada en el cap. III. de este libro, que llama á las mercedes de estas Encomiendas *gratuitas, aunque remuneratorias*; y de aí saca no se hace agravio á nadie, dándole la Encomienda con esta carga, que es lo que en los feudos pondera tambien Rosental (a), despues de otros, diciendo,

melior text. in Lunum ex fam. §. sed si fundum, ff. de legat. 2. cum latè adductis á Tiraq. de priv. pie. caus. priv. 37. & Velasc. in axiom. jur. lit. G. n. 33.

(t) *L. fin. tit. 2. part. 2.*

(u) *C. relatum, de prebendis, & c. quomodo, el 2. eod. tit. in 6. c. consultationibus, ubi DD. de donat. Gutierr. Molin. & alii ap. Me d. c. 11. n. 27.*

(x) *C. si quis, 1. q. 2. c. §. fin. ut Eccles. Benef. c. majorib. de prebendis, §. 1. r. 6. p. 1. ubi Greg. & plures alii ap. Nicol. Garc. de benef. p. 1. c. 5. ex n. 295.*

(y) *Alfar. de offic. Fisc. gloss. 6. §. 7.*

(z) *L. Titius puerum, ff. de obseq. á liber. pat. prast. libi: Et enim ille, licet non gratuitum, beneficium tamen prestitit.*

(a) *Rosenth. de feudis, c. 6. q. 14. n. 48. * Vide. l. 1. 4. §. 6. tit. 8. lib. 6. y l. 1. y. todo el tit. 9. diebo lib. 6. Recop. **

(o) *Greg. Lop. per text. in l. 4. tit. 2. p. 2. & in l. fin. eod. tit.*

(p) *L. si verò, §. inde Pap. in fin. ff. mand. ubi Bart. Bald. & Salicet. l. 6. tit. 17. p. 2. ubi Greg. Lopez, pulchrè Alex. in l. 3. ff. quod quisque juris. Decius concl. 498. Valenz. consil. 82. per tot. Ego d. c. 11. n. 18. & c. 31.*

(q) *L. jam tamen, §. in hoc, ff. rem. rat. hab. l. si hominem, & l. fin. ff. mand. l. si quis mihi, §. sed, & mandavit, ff. de acquir. hered. ubi DD. & innumeri alii ap. Tiraq. d. l. si unquam verbo Libertis, n. 48. & Me d. c. 11. n. 22.*

(r) *Text. celeb. & ibi DD. in l. fin. §. fin. ff. quod mercau. latè Jas. in l. nec quidquam, 8. de offic. Proc. Marsil. Gutierr. Gamma. & plur. alii apud Me d. c. 11. n. 22. & c. 7. num. 80.*

(s) *L. ab eo, C. de fideicom. l. si adrogator in fin. ff. de adop.*

do, que aunque en ellos se halla lo que los Griegos llaman *Synallagma*, que es obligacion correspondiente entre los que los dan, y los que los reciben, todavia prepondera mas en ellos la gracia y el beneficio; y de que hablaremos mas de espacio quando tratemos de las cargas de las Encomiendas.

15 Y volviendo al intento de que se les puedan poner las nuevas de que tratamos, aun es simil mas ajustado el de aquel á quien un Testador ú otro permite elegir uno de muchos para alguna limosna ó distribucion, al qual le es concedido poner en la que así hiciere algunos gravámenes á el electo, yá que no en favor de otros extraños, por lo menos en el de aquellos entre quienes tuvo facultad de escoger y elegir: como latamente lo disputan y resuelven Berengario Fernandez, los dos Molinas y otros muchos AA. (b).

16 El qual caso parece el mas ajustado al nuestro: porque siempre estas condiciones y gravámenes que se ponen en las Encomiendas de que tratamos, son y deben ser en gracia de otros benemeritos que pudieran ser proveídos á ellas, como quando se cargan pensiones en favor de ellos, segun lo yá resuelto en el capitulo IV, ó se le pone por condicion que se haya de casar con alguna doncella honesta, pobre y huérfana descendiente de benemeritos, para que así queden ambos remediados y acomodados, ó que pague alguna cantidad por una vez, ó un tanto cada año para edificar ó reparar algunas Iglesias, puentes ó caminos, sustento de Hospitales, defensa comun de la Provincia, ú otras obras y cosas semejantes.

17 Todas las quales cargas, y condiciones son justas y dignas de admitirse, y así puestas y aceptadas al tiempo de dar y recibir la Encomienda, quedan como por parte de ella, y firmadas con su coherencia, é informan (como se dice en derecho) (d) su colacion é investidura, de suerte que en virtud de ellas se adquiere accion util á aquellos en cuyo favor se pusieron, aunque estén ignorantes ó ausentes para pedir lo que les tocara, segun lo dispuesto en una célebre ley del Código, y la doctrina comun de infinitos AA. (d).

18 Lo mismo se ha de decir en otras condiciones que se pusieren en orden á justificar mas la concesion ó colacion de la misma Encomienda, como de que el proveído alcance legitimacion ó alguna confirmacion ó dispensacion del Principe, ó si otro tercero dexare la Encomienda que á este se le

dá, aceptando lo que en su lugar se le ofrece, ó viniere dentro de cierto termino alguna orden de España, ó allí ó en otra parte se probare que ha acontecido, ó no ha acontecido tal ó tal cosa: porque estas y otras semejantes condiciones valen y son licitas, ahora las llamemos potestativas, ahora casuales ó mixtas: y antes de su cumplimiento, no parece se le adquiere al Encomendado derecho alguno, sino solamente una esperanza de adquirirle despues de cumplida y purificada la condicion, como es vulgar en derecho comun (e), y muy en terminos hablando de beneficios lo prueba un buen texto del canónico (f): donde por esta razon se manda sea preferido el que tiene expectativa pura, y absolutamente concedida para alguna prebenda, aunque sea posterior en la data al que impetró primero otra, pero condicional, si aquel fuere proveído pendiente la condicion, y no se revoca la provision así hecha, aunque la condicion se cumpla despues.

19 Pero aqui entra ahora una question elegante que algunas veces he visto en práctica, conviene á saber, si muriendo aquel á quien se hizo la Encomienda debaxo de las dichas condiciones ú otras antes de su cumplimiento, pasará al hijo ó heredero que le debe suceder conforme á la ley de la sucesion, el derecho de pedirla si está presto de cumplir la condicion, siendo potestativa, ó sucedió cumplirse de hecho entonces por ser de las casuales? Y digo brevemente, que si era potestativa, y el encomendado pudo y no quiso cumplirla en su vida, por el mismo caso se privó de ella, y así no tendrá ni dexará derecho alguno que pueda pasar á tal heredero segun las doctrinas Juridicas de esta materia (g); pero si no era potestativa, sino casual, y sucedió cumplirse muerto yá aquel á quien se la puso, entonces no tendrá duda que podrá pedir la Encomienda, y que en su cabeza se le despache título de ella al dicho heredero segun otros textos, y Autores que de esto tratan (h), que dan por razon, que en los contratos, y gracias suspensas con tales condiciones, por lo menos pasamos á los herederos la esperanza de conseguir las y gozarlas quando se cumplan, y somos vistos negociar, y estipular para ellos, aun quando expresamente no los nombramos, como no se especifique que los excluimos (i).

20 Purificada la condicion como queda dicho, ó yá en vida del primer encomendado, ó yá en la del heredero, tampoco tendrá duda que se les debe dar precisamente el título de la Encomien-

(b) *Bereng. in tit. de filiis natis ad Morganat. c. 9. n. 4. Molina de primog. lib. 2. c. 4. & 10. alter Molin. disp. 592. cum seqq. plures ap. Castell. §. contror. c. 161. ex n. 6. Fuzar de substit. q. 521. Robles de Salced. de repres. lib. 3. c. 59. & n. 63. & Me d. c. 11. n. 31.*

(c) *L. juris gentium, §. quinimo, ff. de pact. l. pacta, 72. & l. fundi partem, 79. de contrab. empr. cum aliis.*

(d) *L. quoties, 3. C. de donat. que sub modo, ubi DD. cum aliis ap. Jul. Clar. §. donatio, ex n. 1. Covarr. 1. var. c. 14. n. 2. Molina lib. 4. c. 2. d. n. 58. Cevallos practic. comun. quest. 249. & Me d. c. 11. n. 33.*

(e) *L. cedere diem, ff. de verb. signif. §. ex conditionali, inst. de verb. cum multis ap. Castell. §. contror. c. 119. n. 6. & seqq. Velasc. axiom. jur. litt. D. n. 16. & lit. C. n. 119. & seqq.*

(f) *C. si pro te, de rescrip. in 6. ubi DD. & latè Gabriél, 3. com. lib. 6. tit. de claus. concl. 2. Paris & Rota, Girona, & alii ap. Me d. c. 11. n. 37.*

(g) *Text. & DD. in l. qui Romæ, §. Augerius, de verbor. Bart. & alii, in l. si decem cum petiero, ff. eodem. Misinger. & alii, in d. §. ex conditionali, & innumeri ap. Tiraq. de retract. conv. §. 1. glos. 6. ex n. 15. Galganet. de condit. 2. p. c. 1. q. 10. ex n. 5. & Me d. c. 11. n. 39.*

(h) *Dist. §. ex conditionalis, & AA. supr. relat. Galganet, d. q. 10. n. 3. & 39.*

(i) *L. veteris, 13. C. de cont. stipul. Viam, C. de locat. l. si pactum, 9. ff. de probat. l. 11. tit. 14. p. 3. cum aliis ap. Tiraq. d. glor. 6. in princ. Dueñas, reg. 178. Peregr. de fidei com. art. 16. n. 125. & Me d. c. 11. n. 42.*

mienda así concedida no solo por el Virrey ó Gobernador que la concedió, sino por qualquier otro que hubiese sucedido en su cargo en cuyo tiempo aconteciere cumplirse: porque aunque solemos decir que los actos suspensos con condiciones, por entonces no suponen ni propriamente pueden tenerse por tales (k), pero en llegando á purificarse con el cumplimiento de ellas, son, se juzgan y reputan por puros y existentes desde la hora en que se celebraron y á ella se retrotraen, y por eso se dice que es lo mismo lo puro que lo purificado (l).

21 De esto muy á nuestro proposito infiere Baldo (m), que si por algun estatuto se mandase que de los contratos hechos en las ferias no se pagase alcavala, y en ellas se hubiese celebrado alguno debaxo de condicion, la qual se vino á cumplir despues que pasaron, todavia no se deberá alcavala, porque se ha de mirar el tiempo del contrato, y no el en que se cumple la condicion.

22 Lo mismo que dice Baldo en quanto al tiempo, enseña en quanto al lugar una célebre glosa, diciendo, que se ha de atender el en que se hace el contrato condicional, y no el en que se purifica (n), fundada en las leyes y razones que se han referido.

23 De lo qual consiguientemente se puede inferir, que aunque en la Encomienda se ponga termino, dentro del qual se haya de pedir su investidura, como se suele poner en los feudos segun Zasio y Rosental (o), y traer confirmacion Real de ella conforme las nuevas cédulas de que luego diremos (p), no dañará el lapso, ó transcurso de este termino á aquel á quien se le hubiere dado suspendida con alguna condicion casual ó mixta, ni tampoco á su heredero, si sucediere que él muera pendiente la condicion, aunque por muchos años estén sin sacar los despachos: porque el impedimento de esta dependencia los libra de caer en mora ó tardanza, y de las penas de ella hasta que llegue el caso de estar cumplida la condicion, como lo enseñan muchos textos y AA. (q) y la regla vulgar de que al impedido para hacer ó pedir alguna cosa, no le corre el termino señalado para ella, hora el impedimento sea de hecho, hora de derecho (r).

24 Lo qual no fuera tan llano si la condicion fuese de las que llaman *potestativas*, porque como esta pende de la voluntad de aquel á quien se puso, dañale su negligencia, y tendrás por pasado el plazo desde el día que pareciere que comodamente la pudo cumplir, como tambien lo enseña el derecho (s).

(k) *L. si quis sub condit. ff. si quis omis. causa, cum vulgat. ap. Velasc. in axiom. jur. lit. O. n. 103.*

(l) *L. ultim. §. 1. ff. de vulg. ubi DD. l. si pupillus, 16. ff. d. con. inst. l. si filius fam. ff. de verb. oblig. cum aliis ap. Galganet. sup. 1. p. c. 63. n. 2. §. 2. p. c. 1. q. 106. pag. 161. & Me d. c. 11. n. 44. §. seqq.*

(m) Baldo. in l. 1. ad fin. C. de nundin. sequuntur, & extollunt, plures apud Tiraq. de retract. lmag. §. 5. glor. 4. n. 77. Lassarte, Girona, Gutierrez, & alii apud Me d. c. 11. n. 47.

(n) Gloss. in l. si uxor. 42. ff. de iudiciti.

(o) Zasio, in tract. de feud. tit. ad quid. Vassall. domin. sen. pag. 34. Rosent. c. 6. concl. 41.

(p) *Infrá hoc. libr. cap. 28.*

(q) *L. 3. §. si quis, de stat. lib. l. si rem. §. fin. de pignor. l. si mandavero Titio, ff. mand. cum notatis á Bart. & DD. in l. si cui legatur, de legat. 1. Socin. Sen. cons. 76. vol. 1.*

25 Aunque en este caso, y en el apuntado arriba del que no cumplió la condicion potestativa en su vida, debemos ir con tiento, de que su descuido perjudique lo menos que ser pudiese á los llamados despues dél por la ley á la sucesion de estas Encomiendas, porque parece que pues no se la dá él sino ella, no les ha de perjudicar su descuido (t); si yá no es que digamos que en las así concedidas no se adquiere pleno derecho, y que en lo que es no adquirir pueden los padres perjudicar á sus hijos, como lo dicen algunas leyes (u).

26 Pero todo lo que hasta aqui se ha dicho de cómo y quando pueden los Virreyes y Gobernadores poner condiciones y cargas nuevas en las Encomiendas que distribuyen, se ha de entender quando las ponen, expresan y capitulan al tiempo de concederlas, porque si yá una vez las hubiesen dado libres, y absolutamente en la forma ordinaria, no podrán despues con color ni pretexto alguno ponerles nuevas cargas, condiciones, ni modificaciones, como hablando de las donaciones, y de los feudos nos lo enseñan muchos textos, y AA. (x) ampliandolo aun á las mercedes y concesiones hechas por los Reyes, que regularmente despues de estar perfectas tampoco las pueden alterar, ni modificar en perjuicio del que yá una vez en virtud de ellas tuvo adquirido pleno derecho (y).

27 Lo mismo sucede en qualquiera que tiene facultad de elegir entre muchos, (aunque es simil mas ajustado á nuestro intento) porque este tal en habiendo hecho una vez la eleccion no puede variar, como lo resuelven Berengario, Fernandez, y otros, juntando algunas cosas notables cerca de la prohibicion de la variacion, y que nunca se permite en daño de otro, y que en nadie es mas reprehensible que en los Reyes y Principes superiores.

28 Por esta razon en el Supremo Consejo de las Indias en un pleyto de D. Manuel Geronymo de Cabrera, vecino Encomendero de la Ciudad del Cuzco, se dió por nula la prorrogacion de una vida mas en cierta pensión que el Virrey del Perú, concedió á Don Pedro Portocarrero, mucho despues de dada la Encomienda al D. Geronymo, en que se declaró que la pensión se daba por sola una vida, por ser esto contra lo que vamos diciendo, y en grave perjuicio del Encomendero, pues mediante esta prorrogacion se le dilataba la esperanza de la consolidacion de la pensión con la propiedad de que hablamos en el cap. IV.

29 Pero si diésemos caso que el Virrey ó Gobernador al tiempo de conferir la Encomienda, y en el auto de ella digese que reservaba en

& Me d. c. 11. n. 51.

(t) *L. 1. §. fin. C. de an. except. cum aliis ap. Rodrig. Suarez, alleg. 3. Velasc. in axiom. jur. lit. L. n. 22. §. 23.*

(u) *L. 1. §. qui sub condit. ff. si quis omis. caus. ubi Baldo, Cuman, & alii laté Balb. de prescript. 4. p. in princ. q. 3. x. Secundi pecca, & Ego d. c. 11. n. 53.*

(v) *L. non debet quis, ff. de reg. jur.*

(w) *L. 4. ff. de jur. dot. l. qui autem, ff. que in fraud. cred. cum laté congestis á Tiraq. in l. si unquam, verbo Donacione, Boer. Tello, Gutierrez, Baeza, & Parlador. & alii ap. Me d. c. 11. n. 55.*

(x) *L. perfecta donatio, C. de donat. que sub modo, l. cum dos, ff. de pati. dotal. laté Borrel. de feud. loquens, cons. 1. n. 107. Menoch. lib. 2. pres. 9. n. 10. §. 11. Burgos de Paz, cons. 25. ex n. 4. Valenz. cons. 93. n. 60. & Ego d. c. 11. n. 56.*

(y) *L. venditor, §. si constat. ff. com. prad. l. quacumque, C. de fundis patrim. ubi Bart. & DD.*

en sí cierta cantidad, para irla despues repartiendo entre benemeritos á su voluntad, como muchas veces lo suelen hacer, y reservar: entonces estaríamos fuera de las reglas, y doctrinas que se han referido, y podría, no solo el que hizo la gracia, sino aun su sucesor en el cargo hacer la dicha reparticion quando le pareciese, sin que en ella pueda formar justa queixa el encomendado, pues se le dió la Encomienda con este gravamen, y su execucion, aunque sea posterior á la concesion de ella, es visto haverse hecho en un mismo tiempo, y no ser carga nueva, sino declaracion de la reservada, como en semejantes casos lo dicen algunos textos (z), y en terminos de reservaciones en materias benéficas Simoñeta, y Garcia (a).

30 Otro caso se suele tambien ofrecer en la nuestra, que no es menos dificultoso, y digno de notarse que los pasados, conviene á saber, qué sería, si el Virrey diese á uno una Encomienda con relacion, ó asercion de que era de 200. ó 300. tributarios, expresandolo así en la gracia, y merced de ella, y despues se hallasen muchos mas quando se fuese á hacer su tasa, y numeracion?

31 Porque se suele poner en duda si se ha de restringir la merced á solos los expresados, quedando facultad al que gobierna, para dar los demás á otro; ó si el aumento que despues se halla en el repartimiento cede en provecho del encomendado.

32 En la qual question me parece se debe seguir lo que en otra muy semejante resolvió Oldrado (b), diciendo, que si se concede una Insula, que está cerca de los lugares de la Obispaia, y tendrá 50. brazas, ó yugadas en largo, esta concesion, por haver tomado su principio de aquel cuerpo, ó nombre universal de la Insula, siempre quedará tambien universal en toda ella sin restringirse, por haverse despues añadido el numero de las brazas, aunque hecha la medida se halle que tiene mas de las expresadas.

(z) *L. heredes palam, 12. §. si quis post. ff. de testam. l. Judo, 7. §. cum quis, de acquir. rer. dom. l. sicut, 8. §. & quidem, ff. si servus. vind. vide verba ap. Me d. c. 11. n. 62.*

(a) Simoñeta, in tract. de reserv. per tot. Garcia de benef. 1. p. c. 5. n. 268. & seqq. & c. 2. & seqq. part. 4.

(b) Oldrad. cons. 297. incipit in concessione, & ibi Additionator.

(c) *L. cum his verbis, §. pater famil. ff. de legat. 2. d) Jason, qui alios refert, cons. 73. per tot. lib. 10.*

(e) *Burg. de Paz, cons. 25. n. 22. & seqq. omnino videndus.*

33 En cuya comprobacion alega Oldrado un buen texto (c), y otros añaden otros AA. que le siguen (d), especialmente Burgos de Paz (e) hablando de una donacion Real de ciertos lugares, en que se refirió que havia 40. Vasallos, y despues se hallaron mas, que es nuestro caso en terminos, y resuelve, que por haverse hecho esta donacion en remuneracion de servicios, y comenzado el donador en su concesion, no por el numero de los Vasallos, sino por el cuerpo de los lugares, es visto haver querido conceder, y concedido todos los que se hallaren en ellos.

34 Con cuyas doctrinas concuerdan las de otros muchos, que generalmente enseñan (f), que todo lo que se dá, ó vende con nombre de cuerpo universal, como de este conste por demostraciones, ó probanzas bastantes, no se muda, ni altera, aunque otras circunstancias, ó adherencias se hallen ser falsas, ó diferentes de lo expresado.

35 Pero si en la concesion de la Encomienda se dixere: *Que se le dá á uno los repartimientos, ó los Indios, que vacaron por muerte de N. ultimo poseedor*, es cierto que será válida; así se suele hacer de ordinario. Mas vendrá á no serlo si despues no parecieren, y no se certificaren los tales pueblos, ó Indios de que se dixo tener titulo, y posesion el antiguo Encomendero, y el nuevo tendrá obligacion de cuidar de la probanza, liquidacion, é individuacion de todo esto: como en terminos de los feudos lo dixeron siguiendo á Baldo (g) infinitos AA. y en otros casos semejantes Menoquio, y Marescoto (h), en los cuales se podrá vér la verdad, y práctica de la alegacion 39. de Lapo, que trata de la avallacion de los beneficios, y si el sucesor está obligado, y cómo á probar, y justificar el titulo de su antecesor; y de qué manera se ha de mirar, y atender el último estado de los beneficios, y otros derechos parecidos á ellos, como lo son nuestras Encomiendas?

(f) Parisius plura jura adducens, cons. 64. lib. 2. Gont. 2. var. tit. de empt. & vend. n. 16. Covarr. 5. pract. ex n. 1. Mascard. concl. 504. n. 12. & seqq. Gutierrez 2. canon. c. 15. d. n. 74. Marescot. 2. var. c. 55. & alii ap. Me d. c. 11. n. 66. & seqq.

(g) Baldo. in c. 1. de feud. Guard. n. 5. & ibi omnes feudistæ, Zasio, Aretin. Nata, Signorol. Roland. Catheran, & plurimi alii ap. Me d. c. 11. n. 68.

(h) Menoch. de arbitrar. casu 22 n. 22. Marescot. 1. var. c. 45. & 55. per tot. quem videas.

CAPITULO XIII.

COMO SE HA DE DIVIDIR LA ENCOMIENDA QUE SE hallare concedida á dos, ó mas, con partes señaladas en ella, ó por señalar? Y si se dará entre estos derecho de acrecer?

* De la materia de Encomiendas trata el tit. 8. y sig. lib. 6. de la Recop. *

SUMARIO.

- 1 NO se deben dividir las Encomiendas,
- 2 Porque son perjudiciales á la enseñanza,
- 3 y tratamiento de los Indios.
- 4 Aunque se egecuta lo contrario, y n. 4.
- 5 Tom. I.
- 5 T lo mismo sucede en los feudos, y usufructos.
- 6 El Principe que lo prohibe, lo dispensa.
- 7 La division se ha de hacer con citasion de las partes.

Pp

Quana