

ta? Y comenzando por la difinición, la permuta es un contrato inominado de buena fé, en el qual ciertas especies se commutau, ó truecan por otras, l. i. ff. de rer. permut. §. aditionum inst. de act. l. 7. C. de rer. permut. y del nace la accion *prascriptis verbis*, l. rebus, C. l. 1. ff. eodem, y con ella se pueden intentar los juicios, uno para que se cumpla lo tratado, y otro para que se rescindan, l. 1. y 4. l. *quoniam*, l. cum precibus, C. eodem.

* 51 De aquí se infiere, que para que surta efecto la permutacion, han de tener *ius in re* los permutantes, y no basta que tengan *ius ad rem*; y así el que tiene cédula para que se le dé la primera vacante, ó para que se le acomode en las vacantes que huviere, no puede tratar de permutas con el que tiene ya Encomienda en posesion. *Germin. in c. 1. de rer. permut.* Nicolaus Delphinus *de jur. patron. lib. 2. q. 21. n. 165.* Paris. *de resig. benef. lib. 2. q. 21. §. 23.* Garcia. *de benef. p. 11. c. 4. n. 17.* relati á Joann. Cokier *de permut. benef. p. 1. c. 1. n. 4.*

* 52 Es regla general, que el Encomendero no puede permutar su Encomienda con otro Encomendero, porque no es dueño de ella, y solo tiene, como queda dicho, el util, y fruto de la Encomienda, y el dominio está *penes Regem*, que la concedió, y fue elegida su persona para aquella Encomienda, en que pudo haver algunos motivos especiales, y si de hecho permutaren, quedarán vacas ambas Encomiendas, como sucede en la permutacion de los beneficios, C. *unio*, de rer. permut. in 6. c. *inter cetera*, verbo *Debeat*, de *prob.* Cokier *ibidem* num. 18. Aunque el mismo Cokier dice con textos, y Autores, que no son privados *ipso jure*, sino que deben ser declarados por vacantes los beneficios. Tambien en los feudos hay la pena de privacion al que lo permuta sin consentimiento del dueño directo. *Corbulu. de iure empbit. limit. 12. n. 4. y 7.* donde trae algunos casos en que se puede hacer; pero que se deben confirmar por el Señor directo.

* 53 Y aunque las Encomiendas se asimilen en muchas cosas, y así quedará asentado, que estas permutaciones se podrán hacer con intervencion del Superior, y qual ha de ser este Superior, y en qué casos se puede hacer se tratará brevemente.

* 54 Que el que dió la Encomienda sea Juez para admitir la permuta, parece llano, pues á quien está concedido lo mas, que es darlas, se concede lo menos, que es autorizar la permuta, si halla bastante causa para ello por los textos, y autoridades que quedan referidas.

* 55 Y se prueba, de que en los beneficios se concede la facultad de permutar á los Ordinarios, y quales sean estos lo trata latamente Cokier *de permut. benef. qui plura jura*, & AA. *refert*, p. 1. c. 2. n. 6.

* 56 Pero respecto de los Encomenderos hay que distinguir si la Encomienda la posee en primera vida, y tiene sucesor para la segunda, pues en este caso no se puede hacer la permuta por ser en perjuicio de tercero, como queda anotado.

* 57 Pero si asintiere el nominado en la segunda vida, y á por sí, porque es mayor de 25 años, y á por Curador, porque es menor, y precediendo las demás diligencias que deben intervenir en las transacciones de menores, correrá la permuta por lo que mira á los permutantes, y sus sucesores por los textos, y Autores, que trae Molina *de primog. lib. 4. c. 9. per tot.* aunque lleva la contraria en materia de mayorazgos, y la razon de diferencia es, porque el sucesor en el mayorazgo, no solo es interesado, sino los demás llamados, y en las Encomiendas fenece en la segunda vida el derecho de suceder. Vide *Add. á Molin. d. c. 9. n. 31.*

* 58 El modo de practicar esta permuta será que los permutantes presenten memorial ante el que dió las dos Encomiendas, refiriendo las causas, y motivos que para permutarlas tienen, y el Juez habiendose informado de ellas, y que son ciertas, y bastantes, les admite la permuta, con tal que dentro del termino de la ley traygan confirmacion de su Magestad, y entre tanto cada uno mantenga la suya, hasta que se confirme en el Consejo. *Conducunt. de iure Ind. tom. 2. lib. 2. c. 14. á n. 57.*

* 59 Pero si una Encomienda la huviere dado el Virrey, y otra algun Governador sujeto á su Jurisdiccion, bastará acudir al Virrey; pero si no fuere de su Jurisdiccion, será necesario tomar el consentimiento de ambos. *Conducunt* que *congerit Cokier d. tract. de permut. benef. p. 1. c. 14.*

CAPITULO XVI.

SI EL PADRE PUEDE GOZAR DEL USUFRUCTO de la Encomienda que tiene su hijo: y si ellas, ó sus frutos, y rentas se comunican á las mugeres á titulo de bienes gananciales.

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

SUMARIO.

- 1 Propone la question.
- 2 Al padre toca el usufructo de la Encomienda concedida al hijo que está en la patria potestad, ó que la ha heredado.
- 3 La contraria es mas comun, y practicada.
- 4 Porque son bienes quasi castrenses.
- 5 Lo mismo sucede en los feudos.
- 6 Y cómo sucede en los mayorazgos?
- 7 En el usufructo concedido al hijo, no entra el padre, contra n. 14.
- 8 Las Encomiendas son como feudos militares.
- 9 Los Clerigos gozan del usufructo.
- 10 La contraria sigue el Autor en cierto caso.

Por

11 Porque era profecticia, y dotal, y n. 12. y 13.

15 Y á cuya contemplacion se hizo la merced: sea saca por presumpcion.

16 El acto no obra contra la intención del operante.

17 En el caso propuesto no hay quasi Castrense.

18 En los feudos el padre goza el usufructo.

19 Opinion de Rosental seguida en el Perú, y n. 20.

21 En caso que guarde el usufructo al hijo, será suyo lo que con él ganare.

22 Los frutos de las Encomiendas son partibles entre marido, y muger, y n. 23.

24 Sino es que venga por herencia la Encomienda.

Las cuestiones pasadas me ha parecido añadir la presente, por ser practicable; conviene á saber, si los padres deben gozar del usufructo de las Encomiendas que se dan por nueva merced á los hijos, ó hijas que ellos tienen de baxo de su patria potestad, ó las han heredado en segunda vida por sucesion de sus madres, ó abuelos maternos?

Y parece que miradas las reglas ordinarias del derecho comun, y de nuestro Reyno, se debe responder en favor del padre, pues regularmente le está concedido el usufructo de todos los bienes adventicios, y maternos, y de cualesquier rentas, y mayorazgos que por estas vias sus hijos en potestad llegaren á adquirir, tener, y gozar (a).

Pero sin embargo de esto hillo, que expresamente tiene lo contrario en nuestras Encomiendas de Indios, y su usufructo Juan Matienzo, á quien refiere, y sigue el doct., é insigne Consejero Gil Ramirez de Arellano en unos bien trabajados papeles que leyó en Salamanca, y no visiblemente el Lic. Antonio de Leon, sin poner en ello duda, ni hacer distincion alguna (b): antes teniendo por tan cierto, que lo amplian, y dicen se ha de observar, y practicar aun en caso que al hijo se le haya dado la Encomienda por causa de su padre, ó en contemplacion, y remuneracion de sus meritos, y servicios; porque no se ha de atender esta consideracion, sino á quien con efecto se confirió la Encomienda, y en cuya cabeza se puso; como en semejantes casos lo enseñan algunos textos, que de esto tratan (c).

Dase, ó pudiese dár por razon de esta doctrina, que si consideramos estas Encomiendas como mera gracia, donacion, y liberalidad del Principe, es llano que tienen, y deben tener en sí el privilegio de bienes castrenses, ó quasi castrenses, y que por el consiguiente han de pertenecer, y pertenecen por entero en propiedad, y usufructo á los hijos á quien se dieron, como lo dicen muchos textos, y AA. (d) que juntamente refieren otros privilegios, y especialidades de las gracias, y donaciones Reales.

Tom. I.

(a) L. *quacumque*, l. cum oportet, & l. fin. cum ibi notatis, C. de bonis, que liber. cum aliis apud Pinel. in l. 1. C. de bon. marer. l. p. ex n. 10. Molin. de primog. lib. 1. c. 19. ex n. 18. Paschal. de patr. potest. i. p. c. 3. & Ego d. 2. tom. lib. 2. c. 15. n. 2.

(b) Matienz. in l. 9. glos. 2. ex n. 6. usque ad 12. tit. 1. lib. 5. Recop. Gil Ramirez, in *schol. mana. ad d. l. fin. in fin. Leon de Confirrm. Reales*, i. p. c. 6. n. 15. fol. 25.

(c) Dist. l. cum multa, l. 2. tit. 21. p. 1. l. 6. tit. 17. p. 4. Aretin. Isern. & alii apud Gomez, in l. 48. Taur. n. 4. Menoch. lib. 3. *presumpt.* 28. Joan Garc. de donat. *remuner.* n. 8. & Ego d. c. 15. n. 4.

25 Si los feudos que adquiere la muger durante el matrimonio son bienes parafernales?

26 Se limita quando el marido mereció la Encomienda militando á expensas comunes.

27 Las deudas contraidas para obtener, ó litigar la Encomienda, se deben pagar por la muger sucesora en ella.

28 Si la cosa mia entra en poder de otro por causa lucrativa, puede por equidad ser obligado á restituirla.

29 Lo que gana el marido ausente en Indias, es comunicable con la muger, y sus herederos.

Y si aún no las queremos llevar, ni medir por esta regla, sino por la de los feudos, tambien hallamos en ellos, que ahora sean nuevos, ahora antiguos, no lleva el padre su usufructo, sino los hijos los gozan, y disfrutan plenamente, como en compensacion de los servicios militares, y de las demás cargas, á que están obligados por la naturaleza, pactos, leyes, y condiciones de los mismos feudos; así lo resuelven tambien comunmente quantos DD. escriben de ellos (e), diciendo, que virtualmente se presupone esto en su investidura, pues se hace en cabeza de los hijos, y que son de naturaleza de peculios, ó bienes castrenses; y así ni el padre puede pedir su usufructo, ni aún su administracion, que es lo que puntualmente pasa en las Encomiendas.

A los cuales se puede añadir, que aunque en los mayorazgos ordinarios, en los cuales suceden los hijos por linea materna, ó por otras vias, los padres gozan de su usufructo como diximos; eso no procede, ni ha lugar por las razones que acabamos de decir en aquellos, cuyo origen, y fundacion procede de gracias, mercedes, y donaciones Reales hechas para efecto de constituirlos, quales son aquellos que aún hoy duran en nuestra España, fundados en los bienes que procedieron de las donaciones del Señor Rey Don Enrique el II. de que trata una ley recopilada, y Don Luis de Molina. (f) Porque en estos el padre no goza el usufructo, y pienamente pertenecen á todos los hijos que van sucediéndolo en ellos en qualquier grado, y tiempo que sea; porque todos se tienen, juzgan, y reputan por donatarios Reales, y como llamados por el Rey Fundador por orden sucesivo, y gradual, como lo advirtió bien nuestro Rodrigo Suarez, al qual solo alega Molina, pero tambien lo han dicho, y seguido otros graves AA. (g).

Tambien en confirmacion de la misma opinion se puede considerar, que como nuestras Encomiendas en muchas cosas se parecen al usufructo, segun lo que dexé resuelto en el cap. III. de este libro, venimos á estár en el ca.

Rt 2

50

(d) D. l. cum multa, §. 1. 7. tit. 17. p. 4. ubi DD. & laté Molin. Paschal. & alii supra relati: Trentacin. p. 1. var. *revol. tract. de pecul. resol.* 5. n. 10. & Ego d. c. 15. n. 5.

(e) Isern. & alii *Fendistæ*, in c. 1. de his, qui feud. dar. *port.* Greg. Lopez in d. l. 5. Gloss. *Magna ad med.* & in l. 7. tit. 26. p. 4. glos. 1. Matienz. d. l. 9. glos. 2. n. 8. Rosenth. qui testatur de communi, & innumer. citat. c. 7. *conclus.* 14. n. 7. & c. 9. *memb.* 2. *concl.* 96. n. 40. & *reg.* & Ego d. c. 15. n. 7. & 8.

(f) L. 11. tit. 17. lib. 5. *Rec. Molin. in prefa. de prim. n. 16.*

(g) Roder. Suarez, in *quest. majorat. ex n. 17.* Molin. d. c. 19. n. 24. Greg. Lopez in l. 7. tit. 4. p. 2. & in l. 5. & 7. tit. 17. p. 4. Mieres, Matienz. Gracian. & alii ap. Me d. c. 15. n. 9.

so de una célebre glosa comunmente recibida (h) que enseña, que todas las veces que al hijo constituido en la patria potestad se le dá, ó manda algun usufructo, este no se le adquiere á su padre, porqué fuera dar usufructo de usufructo contra las reglas del derecho civil (i).

8 Finalmente, hace asimismo por esta parte, que no se puede, ni debe estrañar que queramos atribuir este privilegio á las Encomiendas que son como unos feudos militares, y para la guarda, y defensa de las Provincias de las Indias, como ya queda dicho (k), pues regularmente vale el argumento del Soldado de la milicia que llaman *Celestiales*: conviene á saber de la de los Clerigos, y Eclesiásticos á la temporal, ó secular, y por el contrario, como latamente lo prueban, y exoman Everardo, Covarrubias, y otros (l).

9 Y siendo esto así, parece que debemos eximir de esta obligacion á nuestros Soldados Encómendados, supuesto que los Clerigos, aúnt quando solo tienen la primera Tonadura, gozan enteramente en propiedad, y usufructo de todos sus bienes, ora sean libres, ó de mayorazgo, aunque no sean adquiridos *intuitu Ecclesie*, sin que los padres entren en ellos, ni con ellos en cosa alguna, como lo resuelven infinitos textos, y Autores (m), y entre ellos notablemente Matéo de Afflicis, el qual refiere en una de sus decisiones (n), que un hijo de familias poseyó desde su niñez un pingüe beneficio simple, cuyos frutos los havia llevado, y gozado su padre por entero, y que este hijo se casó despues, y le puso pleyto sobre que le debía restituir todo lo que havia gozado de las rentas del beneficio, por ser como de peculio quasi castrense, y que obtuvo sentencia en el Consejo de Napoles contra su padre, lo qual confirma tambien con otros Arrestos Parisienses; Antonio Mornacio (o).

10 Pero aunque está opinion sea tan probable como parece, y se confirme con lo que vá referido, todavía Yo el año de 1622. respondí en Lima lo contrario en un caso que me consultó el Marqués de Guadalcázar, siendo allí Virrey del Perú, á quien el Rey Don Felipe III. nuestro Señor havia dado seis mil ducados de rentas de Indios por dos vidas, conforme á la ley de sucesion, á título, ó aumento de dote, quando contraxo casamiento con la señora Doña Maria de la Riere su muger; y para que mejor pudiese llevar las cargas del, y que en el entre tanto que vacaban Encomiendas en que se le pudiesen enterar, y situar, los cobrase de las Reales Casas. Y habiendo muerto la dicha Señora, en cuya cabeza, parece haverse puesto el título de esta merced, y

renta, y acabadose con ella la primera vida, dexó un hijo, que havia de suceder, y sucedió en la segunda, y dudaba el Marqués, si estaria obligado á reservar toda esta renta, ó si como padre que le tenía en poder, podría cobrarla, y aplicarla para sí, durante la patria potestad, y disponer en vida, y en muerte á su voluntad de lo que así cobrase, y percibiese, como de los demás bienes proptos suyos, y sin cargo de dar cuenta de ellos, y restituirlos?

11 Consideré en primer lugar en favor del Marqués, que segun las circunstancias del caso propuesto esta renta se podía tener, no tanto por materna, como por profecticia, en la qual el derecho (p) concede á los padres, no solo el usufructo, sino tambien la propiedad, supuesto que el haver llamado al hijo en la segunda vida della, fue por ocasion, y contemplacion del padre, y así entra la doctrina de la glosa, y Doctores que resuelven (q), que todo aquello que se dá, ó desiere á los hijos por semejante contemplacion, es profecticio, y como tal se adquiere á los padres.

12 Lo segundo me fundé, en que aúnt quando esto faltará; y no la tengamos por profecticia, por lo menos parece que no se puede negar que es, y se debé juzgar por de bienes dotales, pues se dió por el Rey á la Marquesa, quando se casó con el Marqués, por este título; y para que mejor pudiese sustentar las cargas del matrimonio, como se dice en la misma concesion, la qual, aunque podamos decir que respecto de la Marquesa tenga mucho de gracia, y liberalidad Real, respecto del Marqués fue totalmente por causa onerosa, y es llano que recibió esta cantidad en nombre de dote, y percibió los redditos de ella, como de bienes dotales, en los quales sabemos (r), que aunque suceden los hijos despues de muerte la madre, todavia queda para el padre su usufructo, como de los demás maternos, ó adventicios.

13 Y fuera cosa muy injusta, y desigual, que el Marqués quedara obligado á continuar las cargas del matrimonio, entre las quales se cuenta la educacion de los hijos (f), y que se le quitase el usufructo de los bienes dotales, dados, y concedidos por esta causa, solo por decir que esta fue merced, y donacion Real, pues antes, las que lo son, han de obrar siempre mas cumplidos, y sañeados efectos en orden á su intencion, y á que no quede perjudicado el que las recibe, y mas por causa onerosa, como se ha dicho, y lo prueban bien algunos célebres textos, aunque vulgares (t).

14 Lo tercero consideré, que aunque como dixé, el usufructo del usufructo que se dá, ó dexa al hijo no se suele adquirir á su padre, eso se li-

(h) Glos. in Authen. idem est. C. de bon. que liber. & in Auth. ut liceat matri, & avie, communis ap. DD. ibid. Suarez sup. n. 2. Trentacin. d. resol. 5. n. 9. Paschal. d. c. 2. n. 100. Ego d. c. 15. n. 10. & 11.
(i) L. 1. ff. de usufruct. legat. cum aliis, late adduct. á Castillo, de usufr. c. 63. n. 16.
(k) Supr. hoc lib. c. 2.
(l) Everard. loco 22. Mathes. sing. 60. & 61. Covarr. 2. var. c. 1. n. 9. Ego sup. n. 13.
(m) C. quia nos, de testam. Authen. Presbyteros, & l. Sacrosancta. C. de Episc. & Cleric. Molina, Gomez, & alii ubi supr. qui plures alios referunt, & innumeri alii ap. Castillum de usufr. lib. 1. o. 3. n. 51. Valenz. cons. 5. per tot. Ego d. c. 15. n. 14.
(n) Afflicis decis. 241.

(o) Monac. in l. aii p. asor. 7. de minor. pag. 135.
(p) D. l. cum oportet, §. igitur instit. per quas personas, d. l. 5. tit. 17. p. 4. cum aliis.
(q) L. profecticia, ff. de jur. dot. l. 32. tit. 11. & l. 5. tit. 17. p. 4. cum aliis ap. DD. in l. sed in plures, §. in adrogato, ff. de vulg. Menoch. lib. 3. præsump. 28. Parlador. differ. 23. §. 1. latissime Rosent. c. 9. memb. 2. concl. 66. ex n. 8. & Ego d. c. 15. n. 17.
(r) L. 1. & 2. C. de bon. mater. d. l. cum oportet, & d. Sigitur, d. l. 5. tit. 17. p. 4. cum multis aliis ap. Pinel. sup. ex n. 19. Castill. d. tract. de usufruct. c. 3. & ex n. 6. Ego d. c. 15. n. 19.
(s) L. pro onerib. C. de jur. dot. l. jus naturale instit. de jur. nat.
(t) D. l. cum multa, & Ut enim Imperialis, l. bene á Zenone, C. de quad. præscrip.

mita comunmente por todos los doctores (u), quando el tal usufructo se dió, ó legó al hijo, no solo por favor, y contemplacion suya, sino tambien por la de su padre. Y lo que aúnt es mas, está razon, y contemplacion suele ser eficaz para que el padre suceda en el feudo nuevo, de que su hijo fué investido, aunque en otros casos, ni puede, ni suele tener derecho alguno para pretender sucesion semejante, como refiriendo muchos Feudistas antiguos lo ponderan, y resuelven otros Autores modernos (x).

15 Y aunque es verdad que en esto de si se tuvo contemplacion al padre; ó al hijo, se ha de andar por presumpciones, ó conjeturas, y esas se deben sacar de las personas, causas, y circunstancias que precedieron á la concesion, como lo dicen los mismos Autores, y otros (y): bien llano es que en el caso propuesto no se llevó, ni tuvo por principal la persona, y contemplacion del hijo, que aúnt no era nacido, ni conocido (z), sino la del padre, y sus meritos, y que juntamente recibiese premio, y dote con este matrimonio, y pudiese pasar mas digna, y comodamente con Señora tan ilustre, como la que casaban.

16 El haver puestó esta merced en su cabeza en primera vida, y en segunda la del hijo que naciesse del casamiento, fue para que se entendiese se daba en dote, y retuviese el nombre, y naturaleza de tal, y porque así lo dispone la ley de la sucesion; pero esto no induce ni obra que al marido se lo quisiese quitar, ni quitase la percepcion de los frutos en los casos que le pudiesen, y debiesen pertenecer conforme á derecho; pues conforme sus reglas vulgares nunca deben obrar estos, ni otros tales actos contra la intencion principal de los que los hacen (a).

17 Lo quarto consideraba, que en el caso propuesto la renta de que tratamos, se cobraba, y pagaba de la Caja, y Hacienda Real: y aunque se mandó situar en Encomiendas de Indios, aúnt no estaba situada, ni era Encomienda, ni por ella el hijo havia hecho juramento de fidelidad de acudir, como no acudia, á los servicios militares, y demás cargas anexas á ellas; y así no parece que se podia denegar al padre el usufructo de la dicha renta, á solo título de quererla privilegiar por peculio castrense, pues aúnt no ha llegado á serlo, sino solo un goce de ella en la Caja Real, que le podemos comparar al de la Enfitheusis, en la qual segun la mas verdadera, y recibida opinion (b) el padre lleva el usufructo, y emolumento de las vidas en que suceden los hijos por muerte de sus madres, porque estos bienes no se halla que se diferencian en nada de los demás.

18 Lo quinto, y último me movió á tener, y

dár el parecer referido, que aúnt quando dieramos, que ya la Encomienda se huviera situado, ó que la consignacion en las Casas Reales se haya de tener como cosa subrogada en lugar de ella, y así retenga sus condiciones, y calidades: todavia siguiendo el egemplo de los feudos, podemos afirmar que de esta Encomienda puede llevar el padre el usufructo legitimamente; porque aunque algunos lo niegan en ellos, como está referido, otros muchos hay (c), que hablando especificadamente en los maternos, que se devuelven á los hijos por sucesion de sus madres, tienen por cierto que los padres gozan del mientras están en su potestad, dexando, quando mucho, al hijo lo que le baste para gastar, y cumplir con los servicios militares, y demás cargas á que debe acudir. Y dán por razon, que los bienes, y rentas feudales, y propriamente hablando, no se pueden llamar castrenses.

19 Y lo que es mas; Rosenthal (d), Autor muy entendido, y versado en estas materias de feudos, hablando generalmente de todos ellos, dice, que vió, y conoció muchos, y grandes Cavalleros, y Principes que administraban los feudos pertenecientes á sus hijos, y gozaban de su usufructo, especialmente antes de casarlos, y que nunca vió que sobre esto les fuese puestó pleyto, y refiere muchas Provincias de Alemania, en que así se practica, sin diferenciar en quanto á esto los bienes feudales de los alodiales, ó libres.

20 Yo puedo testificar lo mismo del Reyno del Perú en todo el tiempo que estuve en él; por lo tocante á nuestras Encomiendas, sin haver visto jamás dudar lo contrario, ni mover pleytos sobre ello, lo qual basta solo para entender (e) que es justificado lo que decimos, de reservarse á los padres el usufructo de ellas.

21 Ahora por remate de este punto añado, que si todavia quisiere alguno seguir la opinion contraria; que niega á los padres el usufructo en feudos; y Encomiendas; será forzoso que lo limite á solo aquello que el feudo, ó Encomienda puede rentar, porque esto no mas estará obligado el padre á reservar á su hijo, como legitimo Administrador suyo; para pagárselo quando salga de su patria potestad: pero las demás ganancias que huviese tenido con este dinero mientras paró en su poder, las podrá retener para sí. Porque aunque hay AA. (f) que sienten, que en los casos que el padre no puede gozar del usufructo de los bienes del hijo, tampoco podrá gozar de las ganancias, é intereses que negociando, ó por otras vias se grangearen con los tales bienes: lo contrario es mas cierto en los feudales, y en otros qualesquiera adventicios maternos, y aúnt en los cas-

(u) DD. per text. in l. dotem, 6. de coll. bonor. & in l. fin. C. de usufruct. Suarez, Gomez, Mendez de Castro, Pichar. Morla, & plures alii ap. Me d. c. 15. n. 24.
(x) Curt. Jun. & alii ap. Tiraq. l. si unquam, verbo Donations, ex n. 11. Rosenth. c. 7. concl. 14. n. 19. Castaneus, & alii apud Me d. c. 15. n. 25.
(y) Rosenth. sup. c. 9. memb. 2. concl. 66. n. 9. & 53. cum seqq. Menoch. lib. 3. præsump. 26. & 28. & consil. 161. Parlad. differ. ult. ampliat. 2. Ego d. c. 15. n. 26.
(z) L. neque adjecti, ff. pro socio.
(a) L. si quis, ff. si certum pet. l. 1. de auct. tutor. cum vulg. apud Velasum, in axiom. jur. litt. A. n. 153. & litt. P. n. 157.

(b) Alvar. Valasc. contra Bald. de jure empirit. 1. p. 9. 38. Castrens. in d. l. cum oportet, C. de bon. que liber. n. 100.
(c) Bald. in d. l. cum oportet, in princ. col. 3. Afflicis, Somsbek, Curt. Jun. & alii relati á Valasc. ubi sup. n. 28. Rosenth. c. 7. concl. 14. n. 13. Ego d. c. 15. n. 31.
(d) Rosenth. ubi sup. n. 17. & 2. tom. c. 10. concl. 6. n. 40. pag. 20. cujus verba vide apud Me d. c. 15. n. 32.
(e) Imol. in l. magna, ff. de legib. l. donaturus, ff. de usufruct. cum aliis apud Velasum, axiom. jur. litt. A. n. 54. Ego d. c. 15. n. 34. & 35.
(f) Suarez d. allegar. major. n. 15. Greg. Lopez in d. l. 5. tit. 17. p. 4. verbo El usufructo, & alii apud Castillum, eodem tract. c. 3. n. 58. & Me d. c. 15. n. 36.

castrenses, y quasi castrenses, como parece lo prueban algunos textos (g), y lo enseña expresamente una glosa seguida por Bartolo, y otros muchos AA. antiguos, y modernos, que refieren Ponte, Cabalcano, Trentacino, y Pascasio (h).

22. De estos mismos principios de derecho podremos tambien decidir otra buena, y frecuente question, que hasta hoy no la he visto tratada por Autor alguno; conviene á saber, si las Encomiendas, y redditos de ellas se han de comunicar entre marido, y muger, como los demás bienes que se adquieren por ellos constante el matrimonio? Y si havienndose disuelto, se deberán partir entre ellos, ó sus herederos, y sucesores, como se suele hacer en los otros bienes regularmente (i).

23. Porque si decimos en las Encomiendas lo que en los feudos, ó las contamos entre los bienes castrenses, ó dados por el Rey, facilmente podremos entender, que no son comunicables en quanto á su dominio, ó propiedad; pero si en quanto á los frutos, y rentas que de ellas proceden, como lo dicen algunos textos, y AA. (k) que ponen tambien el exemplo en las Encomiendas de las Ordenes Militares, y mayorazgos de España: y concluyen generalmente, que en todas las cosas semejantes, que por su calidad, ó naturaleza no son divisibles, ni comunicables, los frutos, y rentas de ellas lo vienen á ser, porque no se tienen por parte suya (l).

24. Lo qual tambien sienta, y sigue Juan Matienzo (m), juntando con las dichas Encomiendas de las Ordenes Militares las de nuestros Indios, y lo estendiendo á los aumentos de los feudos, ó de las enfiteusis, que se adquieren constante el matrimonio, Juan Garcia (n); y Yo con las mismas distinciones tambien lo entenderia á los feudos, y Encomiendas adquiridas en el mismo tiempo, como no fuesen por sucesion, que esas dexan de ser comunicables por la razon general, de que no lo es lo que se adquiere por via, y titulo de herencia (o).

25. De esta manera se ha de entender, lo que Mateo de Afflicis (p), y Rosenthal disputan, si los feudos que se adquieren por la muger, desde contraido el matrimonio, son bienes parafernales; y las doctrinas que junta Egldio Benedicto (q), resolviendo, que los servicios no se comunican entre marido, y muger; pero que la donacion, que

constante el matrimonio se hizo en remuneracion de ellos, es comunicable.

26. Y aunque segun la opinion de muchos Autores (r), se suele limitar lo que havemos dicho en el feudo, ó Encomienda, que el marido mereció, y adquirió, militando, ó sirviendo en alguna guerra, y expedicion, ó en otro ministerio á expensas comunes suyas, y de su muger, por una ley recopilada, que parece que así lo decide por palabras expresas (s), todavia Yo practicara esto, si los bienes donados por causa de este servicio fuesen tales, que se pudiesen partir, y dividir; porque á no serlo, como sucede en feudos, y Encomiendas, solo se comunicarán los frutos de ellas, segun lo que llevo resuelto, y con esto se debe contentar la muger; y con la esperanza de suceder al marido en la segunda vida de la Encomienda, si acaso muriere sin hijos.

27. Mas dificultad tiene otro punto, que se puede añadir á los referidos: conviene á saber, qué diriamos, si un marido constante el matrimonio, contraxese deudas señaladamente, para comprar, componer, ó pleytear alguna Encomienda de Indios, en que despues viniere á suceder la muger en segunda vida, y ella no quisiese pagarlas, pidiendo prelación por su dote, y ganancias, y retencion en todos los bienes de su marido? Y me parece, que no debria ser oida conforme á razon, y justicia: pues parece tiene obligacion de satisfacer estas deudas, supuesto que en alguna manera se puede decir, que se convirtieron en utilidad suya, al modo, que obligamos al sucesor en el Reyno, ó en el mayorazgo, á pagar las que contraxo su antecesor para bien, aumento, mejora, ó defensa del: como refiriendo á otros, lo resuelven Matienzo, y Tomás Sanchez (t).

28. A los quales añado la celebre doctrina, que comunmente sacan los DD. de un texto, que nos enseña (u), que todas las veces que alguna cosa mia, ó adquirida con mi dinero, entra en poder de otro por causa lucrativa, aunque en esto no intervenga hecho alguno mio, puede si no por rigor de derecho, á lo menos, por reglas de equidad, ser condenada á que me la pague, ó restituya, porque no se enriquezca con jactura agena. El qual texto dicen, ser digno de escribirse con letras de Oro, Baldo, y Jason, y tambien le nota, y celebra mucho Paradorio (x), tra-

(g) L. plenum, §. quamquam, ff. de usu, & habit. l. 1. circa fin. de feud. cognit. c. 1. an agnat. vel filius. (h) Gloss. in Auth. id est in fine, C. de bonis que liber. Bart. in l. fin. in fin. C. de usufruct. & alii plures apud Cabalcano. de usufruct. mulier. rehit. num. 181. cum seqq. Ponte, cons. 19. ex num. 29. Trentacin. d. tit. de pecul. resol. 5. n. 14. Paschal. d. c. 3. conclus. 8. & Ego quem omnino vide d. c. 15. n. 36. (i) L. 1. tit. de las ganancias, lib. 3. fori, l. 1. & seqq. tit. 9. lib. 5. Recop. Barbos. in l. si constante, sol. matrim. n. 155. & seqq. Ego d. c. 15. n. 38. (k) L. 2. §. 5. tit. 6. lib. 5. Recop. ubi Aceved. Greg. Lopez in l. 3. tit. 10. p. 5. Molina lib. 2. c. 10. n. 65. Rosenth. de feud. c. 7. q. 17. n. 17. & seqq. & plures alii apud Joann. Garcia de conjug. acquiritu, num. 138. & Ego d. capitulo 15. n. 39. (l) L. in aditus, §. ex rebus, ff. de donat. Palac. Rub. in rub. de donat. inter. §. 62. numero 10. Greg. Lopez, Rosenth. Suarez, Valdes, & alii apud Me d. cap. 15. numero 20. & 41. (m) Matienz. in d. l. 5. glos. 5. n. 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

ibi vel ex Andor. am, vel D. Jacobi, vel alia commendata. (n) Joann. Garcia sup. numero 98. & in tract. de expens. c. 22. n. 11. (o) L. 3. §. 4. d. tit. 9. lib. 5. Recop. ubi Matienz. & Aceved. Suarez, in l. 1. tit. de las ganancias, limit. 7. num. 46. Didac. Perez, in l. 2. tit. 5. ordinam. (p) Afflicis, decis. 44. numero 1. & 5. Rosenth. ubi sup. n. 17. (q) Egld. in l. ex hoc jure, de just. & jur. 2. p. cap. 10. num. 70. (r) Matienz. & Aceved. in l. 3. tit. 9. lib. 5. Recop. Burg. Junior. q. 11. Parlad. Gutierr. Morquec. & alii apud Me d. c. 15. n. 46. & Joann. Garcia, sup. n. 130. ubi inquit, nostros ita tenero. (s) D. l. 3. tit. 9. lib. 5. Recop. (t) Matienz. in l. 6. tit. 7. libro 5. Recop. glos. 3. num. 19. & 22. Thom. Sanchez de matrim. libro 9. disp. 4. ex num. 28. (u) L. si, & Me & Titium, ff. si cert. pet. quem literis autris scribendum predicat. Bald. & Jas. ibid. (x) Parlad. difer. 2. §. 2.

yendo un exemplo, que parece harto acomodado para nuestro proposito, de la muger á quien el marido hallandose pobre, sustentó, y vistió con dineros que pidió prestados para este efecto, contra la qual se dá recurso á los acreedores, para que la puedan pedir esta deuda; si no hallan bienes del marido de que cobrarla, en lo qual convienen asimismo otros Autores de nuestro Reyno (y).

29. Y Yo para concluir con este capitulo, añado, que en esta misma materia de comunicacion de ganancias entre marido, y muger, es igualmente digno de notar, y advertir (porque suele acon-

tecer muchas veces) que si algun marido estuviere mucho tiempo en las Provincias de las Indias, y allí adquiriere algunos bienes, estos tambien se han de comunicar á la muger, y aun á sus herederos, si sucediere, que ella haya muerto primero que el marido, sin saberlo él, ó teniendo, y administrando pro indiviso los bienes así adquiridos, segun lo enseña notablemente Baldo en un famoso consejo, en que trata este punto, del qual hace mencion, poniendo exemplo en maridos que andan en Indias, Alvaro Velasco, y otros modernos (z).

(y) Lara in l. si quis á liberis §. si quis, n. 83. de liber. agnosce. Matienz. & Aceved. in l. 9. tit. 3. lib. 5. Recop. & vid. de Menoch. de recup. remed. 4. per totum. (z) Bald. cons. 87. num. 1. lib. 1. Sard. cons. 20. n. 17.

lib. 1. Alvaro Velasco, consult. 165. & de partition. c. 8. á num. 54. Gutierrez de juram. confir. 1. p. c. 1. n. 67. Matienz. in l. 2. tit. 9. glos. 1. n. 43. & 44. lib. 5. Recop. & Aceved. ibid. n. 15. et q. & alii apud Me d. c. 15.

CAPITULO XVII.

DE LA LET (QUE LLAMAN) DE LA SUCESION de las Encomiendas, de sus causas, efectos, y llamamientos, y si se parece, y en qué á la de los mayorazgos de España.

* El tit. 11. lib. 6. de la Recop. trata de esta materia. *

SUMARIO.

- 1. AL principio se daban las Encomiendas en deposito.
2. Despues se introduxeron las tasas.
3. Declárase la segunda vida.
4. Algunos Gobernadores ya la practicaban.
5. Y en la Nueva-España.
6. Despues se reduxo á una vida.
7. Por los inconvenientes se revocó.
8. Y se dudó si incluía á las hijas.
9. Se dudó si havia de suceder el hijo mayor.
10. Se declara solo una sucesion.
11. Así se observó en el Perú, y otras partes, pero no en la Nueva-España.
12. Si generalmente se concede la Encomienda, se entendiende por dos vidas.
13. Lo que se ha practicado en los feudos.
14. Llamase sucesion legal, y n. 16. y 17.
15. La ley de la sucesion es favorable.
16. Los Mayorazgos deben ser atendidos.
17. No es sucesion hereditaria las de las Encomiendas.
18. Lo mismo sucede en los feudos.
19. El sucesor no necesita de institucion, y n. 23.
20. Ni les per judica la exheredacion.
21. El hijo puede repudiar la herencia, y tomar la Encomienda, y n. 26.
22. Lo mismo sucede en los mayorazgos, y mejoras.
23. El poseedor de la Encomienda no puede en vida, ni en muerte perjudicar al sucesor.
24. El padre poseedor no puede apartarse de la ley, llamando al hijo menor.
25. Como en los mayorazgos sucede.
26. Ni el Principe sin justa causa puede excluir al primogenito.
27. Y si el Principe nominó al menor, se le debe consultar.
28. Refierese un caso de prelación, y de hijo menor.

- 34. La Encomienda es legitima del primogenito.
35. Lo que en contrario se hiciere, se debe anular.
36. El testamento no vale en feudos, ni en Encomiendas.
37. La posesion para por el ministerio de la ley á la segunda vida, y n. 39. y 40.
38. Lo mismo es en los feudos, y para al ignorante.
39. En el primer llamado se radica posesion, aunque no saque titulo.
40. Dentro de 15. dias puede renunciar presente, y 35. si está ausente.
41. Lo mismo sucede en los feudos, y se puede hacer sin consentimiento del señor.
42. El hijo heredero tiene el beneficio de la abstencion.
43. Dentro de seis meses debe parecer á mostrar el titulo de la Encomienda, y n. 47.
44. Lo mismo sucede en los feudos, y puede por Procurador hacerlo.
45. La pena es perder los frutos, y qué rescusa son legitimas.
46. Si hay pleyto no corre el termino.
47. No hay tenuta en las Encomiendas, y n. 52.
48. Si hay tenutas en los mayorazgos de Indias, y adonde se han de ventilar.
49. Si el sucesor en la Encomienda debe pagar las deudas.
50. En los feudos sucede lo mismo.
51. Y si las deudas fueron en beneficio de la Encomienda, mayorazgos, ó feudo.
52. Los primogenitos tienen obligacion á mantener á su madre, y hermanos, segun la sustancia de la Encomienda, y n. 59. 60.
53. Lo mismo sucede en los feudos.