

sen Virreyes, ó Gobernadores que tienen facultad de encomendar, pareciendo que los demás en Provincias tan remotas, y donde la Justicia anda tan relajada, excederian tan facilmente como los particulares.

38 Obrando de esta suerte los Jueces, son tenidos regularmente por particulares, asi para deshacer sus despojos, como para revocar las posesiones que dieron, sin citar á los que antes estaban en ellas, y que se pueda deshacer, deshaga, y reponga de hecho quanto de hecho huvieren obrado, y quitado; porque ni aún al Principe, sino es de potestad absoluta, no le es lícito privar á nadie de hecho de su posesion; y aunque por ello no le podemos hacer reo, le juzgarémos como á despojador para lo tocante á los efectos del amparo, y restitution del despojado, segun las doctrinas expresas de muchos textos, y DD. que de esto tratan (y).

39 No repugna á esto la excepcion que las dichas cédulas hacen en los despojos hechos por Virreyes, y Gobernadores, porque ellas no los califican, ni dexarán de deshacerse por tales, si fueren injustos, y atentados; y solo lo que mandaron es, que no atozcan de ellos las Audiencias por la autoridad de los que ocupan aquellos cargos: pero en el Supremo Consejo, para donde se reservó su conocimiento, serán restituidos los despojados, quando pareciere que lo deben ser conforme á Justicia; y así lo dice la quinta declaratoria de la provision de Malinas. Si bien es verdad, que para que en las Audiencias se introduzcan estos despojos de los Jueces inferiores, y en el Consejo los de los Virreyes, y Gobernadores que pueden encomendar, es necesario que apele el que se sintiere gravado de tal despojo, y pida se revoque, y reponga por atentado todo lo que pendiente la apelacion se huviere inovado.

40 Porque este remedio de lo atentado no suele tener lugar, si no viene juntamente con la apelacion al Tribunal Superior, cuya autoridad parece se menospreció por la inovacion, y así no basta haver alegado principalmente de nulidad contra la sentencia; pero bastará, que en vez de la apelacion se hagan otros actos equipolentes, que muestren haver sentido la parte su agravio, y ocurrido al Superior para que le reforme, y deshaga, como lo dicen singularmente los Canonistas antiguos sobre un capítulo de las Decretales, y recogiendo estas, y otras doctrinas de la materia Roberto Lanceloto, Octaviano Vestrio, Scacia, y otros AA. (z).

41 Los quales juntamente advierten muy bien, que el Juez Superior, á quien se ocurra

para este remedio del atentado, ha de proceder en él con toda la brevedad posible, porque es mas privilegiado que todos los posesorios, y en que se debe proceder por mero oficio del Juez, sumariamente, y de plano, aún sin guardar orden, ni terminos judiciales, como lo dicen muchos textos, y DD. (a) añadiendo, que quien así no lo hace peca, y procede injustamente, y que no se puede llegar á tratar de la propiedad, ni está obligado el apelante á responder á ella, hasta que se provea sobre el atentado, y se le restituya el despojo que se le hizo. Y Aymon Craveta (b) añade otro punto muy singular, y es, que puede estarse sin responder en el juicio de la propiedad, otro tanto tiempo como duró el despojo que le hicieron, y en que le tuvieron.

42 Puedese dudar ahora con ocasion, y en consecucion de lo que se ha dicho, si el despojado por el Virrey, ó Gobernador ha de pedir, y seguir contra ellos la restitution del despojo, ó contra el tercero, ó el Fisco á quien se dió, ó aplicó la Encomienda de que á él le despojaron? Y aunque mirado el derecho civil, el interdicto recuperanda, qual este es, parece que se dá solo contra el que despoja (c), por derecho canónico queda á eleccion del despojado, si quiere convenir al que le despojó por el interés, ó al poseedor que constandole de esto, le está deteniendo la cosa de que le despojaron (d), cuya disposicion hoy se debe guardar en ambos fueros, como lo enseñan Abad, Butrio, Bartolo, Ripa, y otros DD. que latamente refiere, y sigue Menoquio (e), dando la razon de ello, y advirtiendo que quando aún cesara este remedio, en el caso propuesto se hallaba proveido otro mucho mas pingue, que es el que llaman reintegranda (f), por el qual se dispone, que de qualquier modo, y por qualquier persona que uno se halle despojado, debe ser amparado en su posesion, y vuelto á reponer en su antiguo estado.

43 Lo dicho obrará tambien, que si el despojado litigó en el Supremo Consejo contra este tercero, á quien se le adjudicó la Encomienda por el Virrey, ó Gobernador, y ganó executoria para que se le vuelva, y quando llega á las Indias para usar de ella, ya es muerto, ó no posee la Encomienda aquel contra quien ganó la Executoria, sino otro tercero á quien el Virrey, ó Gobernador la encomendó de nuevo: todavia podrá pedir su restitution contra este en virtud de ellas, lo uno, porque la executoria que manda, que se le haga justicia, y restitution, se entienda, y estiende contra qualquier tercero, como lo dicen Abad, y Mateo de Afflicis (g). Lo otro, porque el nuevo encomendado supo, ó debió saber

(y) C. cum causam, de offic. delegat. c. conquerente, de rest. spol. ubi DD. l. 2. tit. 13. lib. 4. Recop. Castilla, cum aliis ap. Burgos de Paz, cons. 12. Greg. Lopez, in l. 4. glor. fin. tit. 2. p. 7. Peregrin. cons. 21. n. 34. Gram. Boer. Marger. & alii plures ap. Me d. c. 28. ex n. 76. ad 85. (z) Anton. Abb. & Franc. in c. dilectus, de appellat. post Innoc. in c. cum in iure, de offic. deleg. Lancel. de attent. limit. 50. ampliat. 8. Covarr. in pract. c. 23. n. 1. Scac. de appell. lib. 3. c. 2. q. 12. & c. 46. n. 4. Vestrius, in pract. lib. 7. c. ult. n. 27. & plures alii apud Me d. c. 28. n. 88. & seqq. (a) Cap. non solum, ubi DD. de appell. lib. 6. Ripa, in cap.

sepe, n. 10. de rest. spol. Rota, Decius, & alii ap. Me d. c. 28. n. 91. & seqq. (b) Craveta, post Abb. & alios, cons. 146. n. 3. Curt. Jun. conclus. 41. ad fin. (c) L. cum á te, ff. de vi, & vi arm. (d) Cap. sepe, de restit. spoliat. (e) Menoch. quem vide, de recuper. remed. 16. & alii apud Me d. c. 28. n. 97. & seqq. (f) Cap. reintegranda, 3. quest. 1. Menoch. sup. remed. 15. (g) Abbas, in cap. P. & G. de offic. deleg. Afflicis, decis. 227.

ber el vicio del litigio que havia sobre aquella Encomienda, y ese es llano que pasa contra qualquiera poseedor, y que le daña la executoria porque la enagenacion no pudo alterar el juicio, y discurso del pleyto en perjuicio del actor, como lo notan comunmente todos los DD. (h) respondiendo á algunas objeciones que se suelen hacer en contrario, y elegantemente Mateo de Afflicis, y su Adicionador Ursilis en una decision Napolitana sobre un caso muy parecido á este de que tratamos (i).

44 Pero si dieramos otro, en que el que obtuvo la executoria, fue ya restituído en virtud de ella á la Encomienda de que estaba despojado, y á este mismo se la volviese á quitar despues el Virrey, ó Gobernador, dandola á otra, por decir havia cometido nuevos delitos, ó causas por donde la tenia perdida ya, (si en este pretexto no se procedió con malicia) no se podrá valer de aquella executoria contra este nuevo tercero, y tendrán necesidad de acudir al Consejo para ganar otra, si juzgáre que tambien se le hizo agravio en este segundo despojo, como sucedió, y se pronunció en un pleyto que sobre este punto huvo entre Don Antonio de Quiroga con Don Pedro de Sotomayor. Porque aunque la Encomienda viene á ser la misma, no lo es la causa del pedir, ni el derecho de ella, ni la condicion de las personas: y todas estas cosas es necesario que concurren para que las executorias dadas contra unos aprovechen contra otros, como lo enseñan unos textos mara-

villosos (k), y muchos egemplos dignos de verse, que en casos muy semejantes á este traen Jacobo de Arecio, Bartolo, Paulo Castrense, y otros Doctores (l).

45 De estas cuestiones, y dudas que se ofrecieren sobre el cumplimiento, y execucion de tales executorias, bien podrán conocer las Audiencias de las Indias á quien las suele remitir el Consejo, aunque están inhibidas del conocimiento principal de estas causas; porque aqui no proceden por la jurisdiccion de la ley, sino por la comision de la executoria; y si en execucion de ellas incidien estos puntos, la incidencia se la dá en fin, lo qual no es nuevo en derecho, como se puede ver, y probar por muchos textos, y egemplos que refiere Bobadilla (m), y por el que cada dia practicamos de los Jueces de las causas criminales, que aunque no tienen jurisdiccion alguna en las civiles, pueden inquirir, y juzgar de ellas quando incidentalmente se mezclan; y por el contrario los de las civiles en las criminales; como despues de Bartolo, Felino, y otros lo resuelve Farinacio, citando infinitos (n).

46 Es buen simil, y muy parecido á nuestro caso el de los arentados de que el Juez de apelacion puede conocer, y determinar por vía de incidencia, y accesoriamente, quando, ó nacen de la causa de la misma apelacion que ante él se introduxo en lo principal, ó conciernen á ella, como por doctrina de Cardenal lo decidió la Rota, y lo enseña Maranta (o).

(h) DD. per text. in l. fin. C. d. litig. cum aliis ap. Boer. dec. s. 181. n. 48. & 51. Covarr. in pract. c. 15. n. 7. & Me d. c. 28. ex n. 102. ad 107. (i) Afflicis, decis. 306. n. 9. ubi Ursill. in Addition. (k) L. cum queritur, & l. si cum uno, de except. rei judic. (l) Arecio, & Bart. in l. pen. §. fin. de acquir. poss. & in l. si fidejus. §. meminisse, num. 2. de legat. 1. Castrens. in Auth. Sacram. in repet. n. 34. & alii apud Me d. c. 28. ex

n. 109. ad. 112. (m) L. quoties, C. de judic. l. cum proponas, C. de reb. cred. Text. & DD. in c. tua, de ord. cog. Bobad. in polit. lib. 2. c. 18. n. 162. & seqq. (n) Bart. Felin. & alii ap. Farinac. d. inquisit. q. 8. & Me d. c. 28. ex n. 114. (o) Cardin. in c. dilecti, el 3. de appell. Rota, decis. 2. de rescript. in novis. Maranta de ord. jud. 6. p. n. 396.

CAPITULO XXXI.

DE LOS MISMOS PLETTOS SOBRE ENCOMIENDAS, Y principalmente de los que se suelen ofrecer sobre la restitution de sus frutos, y rentas.

SUMARIO.

- 1 Si en las Audiencias, como en el Consejo se procede en causas de Encomiendas por el modo ordinario.
2 Se diferencian en algunas cosas.
3 La publicacion de probanzas, y conclusion de la causa, si son de substancia.
4 En las Encomiendas competen todos los remedios sumarios posesorios.
5 Pecan mortalmente los que conociendo justicia en la propiedad, dilatan con otras juicios, ibidem.
6 La percepcion de los frutos prueba la posesion.
7 En el possessorio retinenda se prefere la posesion mas antigua.
8 El que tuviere titulo del Rey debe ser preferido al titulo del Virrey.
9 El titulo para valerse dél ha de ser justo, y si no lo es, restituye los frutos.
10 Desde la litis contestacion falta la buena fe, y se condena en frutos.
11 Quando se restituyen frutos, y n. 12.
12 Si pedidos los frutos, y limitados en las sentencias, se puede instaurar nuevo juicio, ó se entienda estar incluidos.
13 Y por la afirmativa, porque es juicio universal.
14 Y porque es seguida de la sentencia.
15 A lo menos se debe conceder el que se instaura el juicio, y n. 16. y 17.
16 Lo contrario sigue el Autor.
17 Da la razon, y n. 20.



da que se pide, aun quando especificadamente no se huvieran pedido, quanto mas estandolo en la demanda, segun el tema de la question que he propuesto, lo qual se prueba por muchos textos, y doctrinas de Autores antiguos, y modernos que refieren Don Juan del Castillo, y otros (y).

15 De donde se sigue que con solo haver hecho la sentencia condenacion de la Encomienda, que es tal derecho universal, se puede entender que virtualmente la hizo, sobre los frutos, que son parte, y accesion suya, como tambien en caso contrario á ser absolutoria de ella, se entendiera serlo en los frutos, aunque no se expresara, como tambien lo dicen muchos textos, y Autores (z), trayendo egemplos de casos muy parecidos al nuestro. Y entre ellos Molina, hablando de mayorazgos, y añadiendo, que si la sentencia no se entendiese con frutos, no se satisfaria plenamente la intencion de la ley, y á la necesidad del juicio, en el qual, siendo de este genero, ó calidad, son inseparables, como lo advierten bien Barbosa, Paz, Giurba, y otros infinitos que refiere Castillo (a), que todos afirman ser aun esto mas cierto, quando lo que se intenta, y trata es el interdicto restitutorio, que llaman recuperanda. Y con solo conceder, ó mandar transferir la propiedad, son vistos darse, y transferirse los frutos, y todas las utilidades, y acciones de la cosa que se restituye, pues son parte de ella, como lo dice el derecho (b), y laramente Surdo, que siguiendo á Baldo, y otros concluye, que aun no es necesario que el Actor haya pedido expresamente los frutos, y que basta que haya pedido justicia, y que se dé sentencia por él en lo favorable.

16 Lo segundo hace en favor de esta misma parte, que aun quando á este juicio, no lo hagamos, y llamemos universal, y vamos con la opinion de otros Doctores que dicen, que la omision de los frutos en la sentencia no induce condenacion por ser *stricti juris*, y que solo comprehende lo especificado, y lo omitido se tiene por omitido (c); por lo menos parece, que no podemos negar que se deba permitir, formar, é instaurar nuevo juicio sobre estos frutos, pues en el caso de que tratamos, no solo se deben de oficio del Juez, y como accesorios á la Encomienda de que se pleytea, sino como parte de ella.

17 Y asi parece que venimos á estar, y es-

tamos en el de muchos, y expresos textos (d), que prueban que quando los frutos, espensas, ó usuras se nos deben de forma, que tenemos derecho de obligacion, y accion para pedirlos, y demandarlos, se pueden pedir, y demandar en nuevo juicio, aunque no se hallen pedidos, ó sentenciados, y determinados en el que precedió cerca del negocio principal. Por cuya autoridad dicen la glosa, y Doctores en los mismos textos, y otros muchos en varias partes (e), que si se pide, y omiten, no se induce absolucion, y aun asientan por proposicion mas general que ninguna cosa que se halle omitida en las sentencias, pueda inducir absolucion, ni condenacion.

18 Con esto se conforma otra célebre doctrina de Angelo, y sus sequaces (f), que prueban poderse dar, y formar diversas instancias sobre la cosa principal, y sobre sus frutos, y en acabando el juicio sobre ella, entrar formando otro sobre ellos. De las quales doctrinas se aprovechó bien Don Christoval de Paz (g), tratando de las tenuras de los mayorazgos, y aprobando, que aunque en estas se admite suplicacion, todavia se puede formar nueva instancia sobre los frutos, si es que no se pidieron al tiempo de poner la demanda de la tenura, ó se omitieron en la sentencia que dió, y se pronunció sobre ella.

19 No obstante estos argumentos, Yo en la question propuesta tengo todavia por mas cierto lo contrario, y así se sentenció en el pleyto que he referido. Porque quando expresamente se pidieron los frutos, y se deduxeron en juicio, y sin embargo se omitieron en la sentencia, esta omision se tiene como por denegacion, ó absolucion de ellos, y la causa una vez determinada, y executoriada ya sobre lo principal, no se permite formar, ó instaurar de nuevo por ocasion de los frutos, usuras, ó espensas, ú otras semejantes acciones. De que tenemos textos, y Autores expresos (h), y fue doctrina original de una célebre glosa del sexto, que hablando en terminos de alimentos trae Pedro Surdo.

20 Todos dan por razon, que no deben nacer nuevos pleytos del remate, y fenecimiento de otros. Y que aunque pueda ser verdad que los frutos son como parte de la cosa de que proceden, y debidos igualmente por la misma accion, y derecho; sin embargo no se puede negar que se piden comunmente, y en un proprio libelo, como

(y) L. item veniant, §. fructus, de petit. hered. l. 2. C. cod. cum aliis ap. Boer. decis. 18. n. 3. Giurb. decis. 65. Castillo, 6. controv. c. 135. n. 10. in fin. §. n. 17. & ultra eos Avendaño, Covarr. Gutierr. Peguer. Thesaur. & alii ap. Me d. c. 29. n. 34. \* Hontalva, de jure supero. in addit. ad q. 24. §. 6. n. 171. \*  
(z) Text. & glos. in l. ex diverso, §. ubi autem, de rei vindic. cum aliis ap. Menoch. de recup. rem. 60. n. 50. & de arbitr. casu 256. n. 5. Peregr. de fideicom. art. 49. n. 148. & seqq. Molina de primog. lib. 3. c. 12. n. 18. §. 22. & Me d. c. 29. n. 35.  
(a) Paz de tenura, c. 11. per tot. Giurb. Barbos. & alii ap. Castell. d. c. 135. ex n. 27. ad 48.  
(b) L. solum, §. meum, & d. l. ex diverso, §. 1. de rei vind. DD. in l. in fideicom. ad Trebell. Molina, d. c. 12. n. 18. Peregrin. sup. n. 88. & 89. Ripa, in c. cum Ecclesia subtrina, de caus. par. n. 108. Boer. Altiéris, & alii ap. Surd. cons. 293. n. 15.  
(c) L. Dicitur de lib. causa, l. si á te, ff. de excep. rei judic. l. 1. C. si plures una sent. cum aliis ap. Covarr. 1. var. c. 3. n. 1.

Tusch. lit. S. concl. 129. Menoch. sup. n. 11. & seqq. Salgado, Rebuff. Uvesemb. & alios ap. Me d. c. 29. n. 40. §. 41.  
(d) D. l. ex diverso, §. 1. l. quod in diem, 7. de compen. l. 1. C. de judic. l. 3. §. 4. tit. 22. p. cum aliis ap. Me d. c. 29. n. 42.  
(e) Acurs. in l. 1. glos. 1. si adverb. rem. jud. ubi DD. & alii plures apud Boer. & Surd. sup. Peregr. decis. 80. Covarr. in pract. c. 25. n. 6. Garciam, de exper. c. 6. n. 16. Craver. cons. 320. in princip. & Me d. c. 29. n. 43. §. 44.  
(f) Angel. in l. mala fidei, num. 1. & 2. C. de cond. ex lege, & plures alii apud Castell. d. c. 135. num. 8. Giurba, decis. 65. num. 19. Ruginel. practic. quas. c. 4. Scacia, de appellat. q. 17. limit. 21. num. 45. Gutierr. 3. pract. q. 38. num. 29. §. 30.  
(g) Paz de tenura, 1. p. c. 17. n. 70. & seqq.  
(h) L. termitato, C. de fract. §. lit. expens. l. non solum, ubi gloss. & Bart. de rei vind. l. 4. C. depositi, gloss. in c. accusatus, §. 1. de heret. in 6. Petr. Surd. de alim. tit. 6. q. 3. n. 29. Guido Papae, decis. 402. n. 2. & alii apud Me d. c. 29. n. 48. & seqq.

mo accesorios de ella, como lo dice bien Cino, y los que le siguen (i); y así acabado por las sentencias pasadas en cosa juzgada el pleyto sobre lo principal, no queda en qué estrive, ó sobre qué se pueda instaurar otro nuevo sobre lo accesorio, la qual razon no es solo de estos Autores, sino de un texto célebre que la expresa (k), hablando de las usuras, ó interes de una cosa depositada, y diciendo, que hecha condenacion sobre ella, no se puede formar nuevo pleyto por las usuras, porque no son dos acciones, sino una, y hecha ya en ella la condenacion simplemente, como sucedió en nuestro caso, y sin tratar de usuras, podrá ser repellido con excepcion de cosa juzgada el que quisiere pedir las por nueva demanda.

21 Siguiendo esta opinion, se puede responder, y responde á los textos, y autoridades ponderadas en contrario, que procedan, como de ellos claramente se colige, en usuras, ó frutos por los quales se hizo, é intervino particular obligacion, y estipulacion. Porque estos, si de ellos no se hizo especial mencion en la sentencia, ó se dexaron de pedir en el primer pleyto que se formó sobre la cosa, ó suerte principal, se podrán deducir en otro por derecho de nueva accion.

22 Y aun de rigor del, el juicio sobre el dominio de la cosa, y sobre los frutos que con ella igualmente se piden, no se puede cumular, aunque la práctica, como queda apuntado, ha introducido que se pidan en un mismo libelo, y juicio. Así lo notan Barrolo, y otros infinitos Autores (l), demás de los ya citados, para concordar los textos referidos, que de otra suerte tuvieran entre sí conocida antinomia.

23 Sin que en quanto á esto hagan diferencia alguna entre juicios universales, ó particulares. Demás de que aun en los universales, solo parece que se podrán deber los frutos igualmente que las cosas que en ellos se piden quando se perciben después de la contestacion, pero aun antes, si sobre ellos no intervino pedimento, y expresa condenacion, como lo notan los Doctores por algunos textos que así los distinguen (m), y entre los demás Pedro Surdo, que añade con Angelo, que es necesario que intervengan dos cosas: la primera, que los frutos se pidan pendiente el pleyto; y la segunda, que los tales frutos vengan, y se deban por naturaleza de la accion intentada, en lo qual tambien citando á otros muchos conviene Don Juan del Castillo (n).

24 Pero pues havemos ya entrado en esta materia de frutos, no es licito dexar de tratar otra question muy célebre, que cerca de ellos, y de la

ley de Malinas que vamos glosando, mueve, y dice haverla tenido en terminos Matienzo (o); conviene á saber, si pendiente pleyto sobre alguna Encomienda que se huvó de remitir al Real Consejo en conformidad de lo que disponen las cédulas que dexo citadas, sucediese morir el poseedor de la Encomienda, y tambien el que litigaba con él sobre la propiedad, sin dexar el uno, ni el otro heredero que conforme á la ley de la sucesion les pueda suceder en la Encomienda, si se habrá de proseguir todavia en el dicho Real Consejo el pleyto por razon de los frutos que los herederos de los bienes libres de los litigantes pretenden pertenecerles, ó se habrá de remitir, y devolver por lo tocante á esto á la Audiencia de las Indias del partido, donde estuviere situada la Encomienda, para que allí los herederos formen, ó instauren nuevo juicio sobre este punto, si les pareciere que les conviene.

25 Hallo que en esta question Matienzo tiene esta ultima parte por más verdadera, y substentable en derecho. Moviendo en que acabado por muerte de ambos Litigantes el principal de la Encomienda, por cuya contemplacion se havia llevado la causa al Consejo, no pudo parar en el lo accesorio, segun las reglas vulgares, que allí para esto refiere, y que mas largamente juntó Tiraqueolo (p). Y tambien porque no estando este pleyto determinado allí, entra otra regla (q), que enseña, que qualquier disposicion no perfecta, y consumada, se vicia, si viene á caso de que no pudiera tener, ni tomar principio.

26 A las quales razones Yo añado otra que la tengo aun por mas sustancial, y es, que con la muerte de los Litigantes se acabó la instancia de aquel juicio; segun lo dispuesto en derecho (r). Y mas quando en él se procedia por particular delegacion, ó comision, qual es la que en este caso se dió al Consejo; porque entonces por ser contratada no se estienda á otras personas, cosas, ó causas fuera de las contenidas, y expresadas en el rescripto, como lo dicen muchos textos, y Autores, y una ley recopilada que habla en terminos de segunda suplicacion (s).

27 No obstará, si se replicare en contrario, que los herederos, aunque no son capaces de la Encomienda, lo son de los frutos, y por el consiguiente por razon de ellos, parece que activa, y pasivamente se pudo continuar entre los mismos la instancia comenzada con el difunto, segun la vulgar regla de esta materia, que asientan por notoria quantos escriben de ella (t).

28 Porque esta regla entre muchas limitaciones

(i) Cyn. in l. cum propria, C. si quis al. vel. sibi. Surd. d. cons. 393. n. 18. Scacia, ubi sup. q. 19. n. 40. §. 41. Castell. d. c. 135. n. 2.  
(k) D. l. 4. C. depositi, cuius verba vide ap. Me d. c. 29. n. 51.  
(l) Bart. in d. l. ex diverso, §. ubi autem, n. 3. & 4. Abb. Castrens. Cynus, Surd. Scacia, & alii apud Castell. sup. lib. 2. c. 5. idem Donell. d. l. 4. C. depositi, & alii plures apud Me n. 54. §. 55.  
(m) DD. per text. in l. si rem. ff. de rei vind. & in l. si quis, §. Julex, de damn. infect. Boer. decis. 18. Salg. de Reg. proi. lib. 4. c. 9. n. 135. Surd. d. cons. 293. n. 15. & alii apud Me d. c. 29. n. 55.  
(n) Castell. d. c. 135. n. 8.  
(o) Matienz. in l. 9. tit. 7. lib. 5. Recop. glor. 2. ex n. 4. ad 14. \* Hontalva de Jur. Supero. in add. ad q. 24. §. 6. n. 77. \*

(p) Tiraq. de cess. causa, 1. p. n. 20. & seqq.  
(q) L. plurib. §. etsi placuit, ubi DD. de verb. oblig. late Tiraq. sup. limit. 12. per tot. & Clar. Prat. Gnosseut, general. jur. lib. 6. tit. 7. c. 3.  
(r) Auth. de nuptiis, §. deinceps, collat. 4. Barbos. in l. si constante, §. fin. solut. matrim. n. 20. Medic. in trad. mors omnia, fol. n. 161. & melius Pancelot. de attent. 2. p. c. 4. in pref. n. 263. & seqq.  
(s) L. si unus, §. ante omnia, de pact. Peregr. lib. 1. pract. tit. de jurid. n. 38. & 39. l. 2. tit. 20. lib. 4. Recop. Caslle. Averdañ. de 2. suplic. n. 10. \* Hontalva de Jur. Supero. q. 24. §. 6. n. 87. \*  
(t) L. tam ex contractib. ff. de judic. l. si cum hominem de fidejussor. c. quia, de Judiciis, late Barb. sup. n. 20. & 21. Molin. de primog. lib. 4. c. 8. n. 6. & pluribus aliis apud Castell. 2. contr. c. 9. per tot. & Me d. c. 29. n. 88.

nes que tiene, una es, que proceda en el que succede en el mismo derecho del difunto; pero no en el que le succede en otros bienes, y en qualquier otro modo, y extinguido ya, y acabado aquel derecho, por cuya ocasion se comenzó la instancia, como se prueba en el exemplo del Fisco, que sucedió por virtud de alguna confiscacion en el dote de la muger, á quien por esta causa no pasa la instancia que se empezó con ella, como lo enseña un texto (u), y hay otros que ponen otros exemplos que juntan Barbosa, y otros Doctores.

29. Y señaladamente hablando en Feudos Vincencio de Fraquis, y muchos referidos por Rosenthal (x), que expresamente dicen, que quando la cosa sobre que se pleyta, no puede pasar á heredero extraño, cesá la instancia por la muerte del litigante, y solo pasa al sucesor en el Feudo, y no al que entra en los demás bienes del difunto por derecho hereditario.

30. Pero aunque estas razones hagan por la opinion de Matienzo, y Yo no me aparte de ella, quando los herederos quisieren comenzar nuevo pleyto sobre estos frutos en las Audiencias de las Indias, porque eso bien lo podrán hacer, pues ya no pleytean sobre Encomienda, sino sobre cosa nueva, distinta, y separada de ella, quales se juzgan ser los dichos frutos, como despues de otros lo dice, y prueba D. Christoval de Paz (y). Y tambien porque perimida, ó acabada la primera instancia, nadie queda prohibido de pedir de nuevo, lo que le conviniere segun doctrina de Bartolo (c).

31. Todavía soy de contrario parecer, en caso que las partes quieran seguir en el Consejo la instancia sobre los dichos frutos: porque aunque este se pueda tener por acabado en quanto á la Encomienda por la muerte de los Litigantes, y es verdad, que en quanto á esa no pasa á sus herederos, como lo dicen los Autores ponderados en contrario que se deben entender en este sentido, pero como junto con ella, y como accesorios suyos se pidieron los frutos, y aun no pedidos suelen venir, é incluirse en los juicios universales, segun queda dicho; no parece que podemos negar, que por lo menos en quanto á ellos dure la jurisdiccion, instancia, y juicio que se comenzó en el Consejo, ni que pueda por el consiguiente dexar de estenderse á ellos su comision hasta determinarlos, como lo persuaden las reglas comunes del derecho que enseñan, que donde se ha comenzado el juicio se ha de acabar, y que es uno mismo el de la

parte que el del todo, y el de lo accesorio, que el de lo principal (a).

32. Demás de que así en estos herederos, como en los Procuradores de los Litigantes difuntos, queda para en quanto á los frutos, viva, y radicada la instancia en el Consejo, y por el consiguiente ellos la pueden continuar, y el determinarla en Justicia, como está dispuesto en derecho, y lo dicen muchos Autores (b), añadiendo, que aun de rigor del, no es necesaria nueva citacion de los tales herederos, para proseguir este juicio, ó instancia, y pasar á su determinacion, aunque otros tienen por mas seguro que sean citados.

33. En favor de esta sentencia se pueden poner algunos textos (c), que expresamente deciden, y enseñan, que aunque pendiente el pleyto ya contestado, perezca la esclava, ó la cosa sobre que se intentó, todavía se puede proseguir ante el mismo Juez por razon de los partos, frutos, ó intereses. Y otros que con la misma claridad dicen (d), que es mio todo lo que resta de la cosa que lo era, y que así aunque ella falte, puede formar juicio sobre sus despojos, poniendo exemplos en los del buey muerto.

34. Y no es menos digno de ponderar el de otra ley delCodigo que dispone (e), que si habiendose comenzado la causa de un hombre casado, sobre si era esclavo, ó libre, este muere estando pendiente, todavía dura la instancia, y su muger podrá pedir que se fenezca, y sentencie por el interés de la herencia, y por el honor del difunto. En virtud del qual texto dicen notablemente Otalora, y Juan García (f), que los herederos del que pleyteaba hidalguia, aunque no sean hijos, sino extraños, pueden pedir se prosiga el pleyto despues de su muerte delante de los Jueces particulares que están diputados para conocer de estas causas, por lo menos para que se les vuelvan, y restituyan las prendas que se tomaron al difunto por razon de los pechos, y tributos de que él pretendia ser libre, y tildado del patron en que le pusieron.

35. Lo mismo dice el mismo Juan García (g), (acercandose aun mas á los terminos de nuestra question) que se debe hacer en los pleytos de los mayorazgos, aunque muertan los que los comenzaron, por lo tocante á los frutos, accesorios, y emolumentos que huviere de ellos, con quien contestan Don Christoval de Paz, y Gironda (h), disputando aquella question, si en el juicio de tenencia

(u) DiB. l. si constante, §. fin. sol. matri & in aliis exemplis, l. nulla, C. de procur. Clem. 1. eod. cum aliis apud Barbo. sup. num. 15. Roder. Suar. conr. 10. Valenz. consil. 60. num. 29. & 35. & Me d. c. 29. num. 65. & segg. \* Hontalva de Jur. Superor. in add. ad n. 83. q. 20. & q. 24. §. 6. n. 68. 176. y 180.  
(x) Franch. decis. 593. Thoro in compen. decis. 2. tom. 1. Instancia in feudilib. Rosenthal. cap. 9. quast. 25. & segg. cap. 12. quast. 6. num. 50. & alii apud Me dicit. c. 29. n. 66.  
(y) Paz de tenuta, 1. part. cap. 8. num. 12. & alii apud Me d. c. 29. n. 66. \* Hontalv. de Jur. Superor. d. q. 24. §. 6. n. 101. y 195.  
(z) Bart. in Authen. que supplicatio, 3. C. de pret. Imp. offer. Sforcia de in integr. rest. 1. p. art. 7. n. 26.  
(a) L. ubi captum, de judic. l. que de tota, de rei vind. §. accesorium, de regul. jur. in 6. cum vulgari. \* Hontalv.

dict. cap. 4. §. 6. num. 3. y 135.  
(b) L. nulla, l. procuratorib. C. de procurator. l. 23. tit. 5. p. 5. Parlad. 2. quast. c. fin. §. 9. n. 28. Velasc. conr. 38. Gamma, decis. 324. Gail, & Græveus, lib. 1. pract. obr. 109. ex n. 4. Mising. Ruthlan. Mastrill. & alii ap. Me d. c. 29. n. 73. \* Hontalv. ibid. n. 172. \*  
(c) L. si hominem, de rei vindic. l. si servus, 11. ff. judic. sol. l. non distinguemus, ff. de recept. arbit.  
(d) L. solum, §. meum, de rei vind. l. si servus, §. bone, ff. de cond. fur. Morta, in empur. jur. tit. 1. n. 10. Lassart. de alcao. c. 12. d. n. 14.  
(e) L. quomvis, 3. C. ne de stat. defunct.  
(f) Otalora de nobil. 2. p. 3. in princip. c. 8. Joan. Garc. eodem tract. glo. 40. n. 12.  
(g) Joan. Garcia. sup. \* Hontalv. ibidem n. 184. \*  
(h) Paz, ad l. 25. l. styli ferè per tot. præcipue n. 37. & de tenuta, c. 8. n. 8. & segg. Girond. de privil. n. 154. & segg.

nuta vienen los frutos. Y resolviendo que si es tanto grado, que aunque en el Supremo Consejo de Castilla, que es solo el que privativamente puede conocer de estas causas, se haya omitido su condenacion, se le puede pedir que conozca de nuevo sobre este punto, y le determine.

36. Finalmente en favor de esta parte que de fiendo, y contra la opinion de Matienzo se puede considerar, que si como él dice en el n. 8. en las Audiencias de las Indias, á las quales quiere que se lleven estas causas para conocer á quien pertenecen los frutos, se ha de conocer, y entender primero á qual de los Litigantes difuntos pudiera, ó debiera pertenecer la Encomienda, sino huvieran muerto, del qual conocimiento, (como lo havemos dicho) están inhibidas las dichas Audiencias: quanto mejor, y mas seguramente se podrá despachar esto en el Consejo de Indias, que es adonde están remitidas, y cometidas privativamente estas causas, y adonde ya las partes renian deducido todo lo que pudo importar al derecho principal de la Encomienda que litigaban? De cuyo examen se necesita para entender á qual de los herederos se deben sus frutos (i).

37. A que se pueden añadir las ponderaciones de otros textos que enseñan, que quando una causa es perjudicial á otra, pasa siempre la instancia á los herederos (k). Y que el Delegado del Papa toma en si las veces de ordinario, y executá su sentencia, quando de otra suerte no se puede administrar bien Justicia á las partes, ó se ofrece pun-

to, que aunque parezca que excede en algo su comision, se puede entender verosimilmente, que el Príncipe informado del se la concederá (l).

38. Y quando aun no tuviera en si tanta fuerza lo que se ha referido para fundar esta parte, en rigor de derecho se debiera recibir en práctica por la equidad que en si contiene, y la mas breve, y facil expedicion de los pleytos, que siempre se ha procurado, y debe procurar sumamente segun sus reglas (m).

39. Todo esto es digno de tenerse en memoria para la práctica, no solo de pleytos de Encomiendas que ya son raros, sino de tenutas, y segundas suplicaciones que penden en los Consejos. Porque aunque la comision para el conocimiento de ellos sea, como es limitada á solo lo concerniente á los meritos del punto sobre que se formaron, todavía si antes de acabarse, murieren los Litigantes, con que parece queda extinguida, ó fenezca la causa del mayorazgo, se podrá continuar, y sentenciar en los mismos Consejos por razon de los frutos, aunque los herederos que quedaren no sean propios sino extraños, sin remitirlos á que vayan á pleytear de nuevo á las Chancillerías; como estos dias aconteció, y se pronunció en el Supremo de Justicia en la causa que en el pendía sobre el Condado de Baylén entre los Señores Duque de Arcos, y D. Diego de Cárdenas, como heredero de la señora Doña Catalina Ponce de León, su muger, pretensora del dicho Condado, en que Yo fui Juez entre otros que se nombraron para determinarla.

(i) L. ubi de ratiociniis, cujus verba vide apud Me d. c. 29. n. 80. \* Hontalv. d. q. 24. §. 6. n. 137. 146. y 195.  
(k) Cap. quia, 17. de judicis, l. si eum, de fidejuss. Otalor. ubi sup. n. 7.  
(l) Text. optimus, in c. significasti, de offic. deleg. Párron in c. de castro, vol. 2. de re judic. Ego d. c. 29. n. 83. & 84.  
(m) L. si hominem, 30. ff. mandar. l. singulis, de except. rei jud. d. l. terminato, C. de fruct. l. propterandum, C. de judic. c. finem, libris, de dolo, & contum. cum late adductis á Cota, in memor. jur. v. litio citat. Tirac. de pen. temp. in pras. ex n. 25. ad 37. á Me i. tom. 6. §. n. 7. & segg. \* Hontal. ibid. n. 196. \*

CAPITULO XXXII.

SI HUVIERA SIDO, O SERA HOY MAS CONVENIENTE conceder las Encomiendas con perpetuidad, y de suerte que duren, y permanezcan en las casas, y familias de sus poseedores, al modo de los mayorazgos de España.

SUMARIO.

- 1. Si será conveniente dar las Encomiendas perpetuamente.
2. Se propuso esto al principio, se desprecio, y se mandaron incorporar en la Corona.
3. Se revocó la incorporacion, y por qué.
4. Se mandó se diesen en perpetuidad, y n. 5.
6. Ofrecen por la perpetuidad gran suma, y no lo cumplen.
7. Tratase sobre si era licita esta venta.
8. No se tomó resolucion, y ni 9. y 10.
11. Propone el Autor razones por ambas partes.
12. Por la afirmativa, que puse los Conquistadores, y dieron frutos perpetuos, es justo tengan perpetua remuneracion.
13. La memoria que se debe á los grandes Varones, no se ha de acabar con su vida.
14. Los privilegios de los Reyes deben ser perpetuos.
15. Lo que procede con mas razon en tierras adquiridas de nuevo.
16. No obsta decir que se contentaron con eso.
17. Leyes de Partida que encargan la liberalidad.
18. La Casa de Austria ha sido liberal.
19. Remite al Rey el decidir, si están bien premiados.
20. El intento de remunerarlos es para alentar á otros.
21. A los hijos de Encomendados no se puede encomendar.
22. Lo contrario sienten muchos.
23. Como en castilla se han perpetuado estos premios, se debieron perpetuar en Indias.
24. Sentencia del Eclesiástico. Se ilustran los Reynos con estas mercedes. y n. 25.
26. Los Encomendados perpetuos mirarian mejor por las Indias.
27. Alexandro Severo dió las tierras confinantes á los