

dos los DD. sin controversia, segun dicho Molina, num. 24.

Y si subpreguntares lo 7. Si el poseedor del mayorazgo, ó vinculo estará obligado à defender à su costa los pleytos que se movieren contra él?

282 Respondo lo 1. Que si el tal pleyto se moviese inmediatamente contra el tal poseedor, sobre que no le pertenece el tal mayorazgo, en tal caso estará obligado à defenderse à su costa, como lo tienen sin controversia todos los DD. Y la razon es; porque el tal pleyto no pertenece al mayorazgo, ni à su defensa, sino à la persona privada, que pretende tocarle el tal mayorazgo: Ergo, &c.

283 Respondo lo 2. que si el pleyto fuesse perteneciente al mismo mayorazgo, en tal caso no estará el poseedor de él obligado à defenderle à su costa, especialmente siendo los gastos grandes; como lo tienen comunmente los DD. apud Molinam, de iustit. tract. 2. disput. 646. in fin. & apud Molinam, de primogen. lib. 1. cap. 27. à num. 11. Arias Pinelo, de bonis maternis, p. 2. à num. 68. los quales dicen, que en tal caso se deben sacar los gastos de la propiedad del mayorazgo, imponiendo sobre él algun censo equivalente, con facultad de su Magestad.

Y si subpreguntares lo 8. Si las mejoras que se hacen en el mayorazgo del marido constante el matrimonio, ayan de comunicarse, y dividirse entre el marido, y la muger, como bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, ó ayan de ser de solo el marido, para que solo suceda en ella el que fuere llamado al mayorazgo?

284 Respondo: que quando las mejoras son hazer algunas Fortalezas en los Lugares del mayorazgo, cercarlos con muros, hazer algunos edificios en las casas del mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando: en tal caso la estimacion de las dichas mejoras no se dividen con la muger, ni con los demás herederos, sino que las tales son acrecentamiento del mayorazgo, y sucederá en todo ello el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos, y condiciones contenidas en el mayorazgo, sin que sea obligado à dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios à la muger del que lo hizo, ni à sus hijos, herederos, ó sucesores; como expresamente se determina en la 46. de Toro, que oy es ley 6. tit. 7. lib. 5. Recopil. Vide illam.

285 Lo dicho tiene tambien lugar, y procede adhoc en los vinculos, y mayorazgos que se hazen sin licencia, ó facultad Real, como del tercio, y quinto, si el fundador tiene herederos forçosos, ó de todos los bienes, si carece de dichos herederos forçosos, ó estos renunciaren su legitima: porque los tales son verdaderos mayorazgos, y la dicha ley habla vniversalmente. Así lo tienen Garterez, Covarrubias, Padilla, Burgos de Paz, Juan Garcia, Peralta, y Sanchez, que los cita, y sigue, tom. 2. consil. lib. 4. cap. 1. dub. 30. num. 3. y lo mismo

mo dizen de los Aniverlatios, y Patronatos, que se dexan por derecho de mayorazgo, en los quales se ha de suceder iure maioratus, como con Garcia, Garterez, Padilla, Burgos, Avendaño, y Mieres, lo tiene dicho Sanchez.

286 Pero virum, deba ampliarse la dicha ley 46. de Toro, de fuerte que tenga lugar, no solo en las fortalezas, muros, y casas, que solo se expresan en la tal ley, sino que tambien deba estenderse à los edificios, y mejoras hechas en todas las demás cosas del mayorazgo?

287 Respondo: que no se debe estender à otros casos que à los expresados en dicha ley, como con muchos, contra otros, lo tiene dicho Sanchez, num. 5. Y la razon es; porque la dicha ley es odiosa, y contraria al Derecho Comun: luego se debe restringir antes que ampliar: Ergo, &c. y así la pone muchas limitaciones dicho Sanchez, à num. 6. ad 17. Vide illum.

Y si subpreguntares lo 9. Si el poseedor del mayorazgo pueda enagenar los bienes de él?

288 Respondo lo 1. que ni licita, ni valida: mente los puede enagenar: porque todas las especies de enagenacion verdadera están prohibidas al poseedor del mayorazgo, como lo tienen todos los DD. Por lo qual la venta, y donacion de qualquiera propiedad del mayorazgo, es nula por su propia naturaleza, é institucion: acerca de lo qual se vean ambos Molinas, vno de iustit. tom. 3. disputa 470. num. 18. in fin. y el otro, de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 7. y los capitulos siguientes.

289 En quanto à otras especies de enagenacion, quales son el usufructo, arrendamientos ordinarios, y de por vida, y enfiteusis, puede aver alguna duda; lo qual resolveremos en breve por las conclusiones siguientes.

290 Respondo lo 2. que el poseedor del mayorazgo no puede en manera alguna conceder à otro el verdadero usufructo de él, porque esta se tiene por verdadera especie de enagenacion, ex Clement. 1. de rebus Eccles. non alienand. in fin. Gloss. ibi. verb. Locationes. Puede empero dicho poseedor del mayorazgo conceder à otro por los dias de su vida la comodidad sola de los frutos, y rentas del mayorazgo; como lo tienen todos los DD. segun dicho Molina, de iust. disp. 461. 466. y 470. num. 8. in princip.

291 Respondo lo 3. que el poseedor del mayorazgo, puede arrendar los frutos del, aunque el arrendamiento sea por toda la vida. Así lo tienen Arias Pinelo, in leg. 1. C. de bonis maternis, part. 3. à num. 66. y otros. Y la razon es; porque el arrendamiento, como quiera que sea, no puede transferir el dominio adhoc vtil, ni dar ius in re: Ergo, &c.

292 Respondo lo 4. que en quanto à si el poseedor del mayorazgo pueda darle à otro por los dias de su vida en contrato enfiteutico, tengo por mas probable que no pueda darle. Es comun de los DD. contra otros. Y la razon es; porque el

el tal contrato es verdadera especie de enagenacion; como consta, ex leg. vltim. de rebus alienis non alienand. Veanse Molina, de primog. lib. 1. cap. 21. y dicho Pinelo, num. 65.

Y si subpreguntares lo 10. Si el que con buena fe compró del poseedor del mayorazgo alguna heredad vinculada, y con buena fe la mejoró à expensas propias, podrá pedir el suceso en el mayorazgo el precio que le costó la tal heredad, y los gastos que ha hecho en su mejora, y retenerse la tal heredad hasta que se le pague lo dicho?

293 Respondo lo 1. que el tal poseedor de buena fe puede recuperar las expensas de la dicha mejora, y el suceso en el mayorazgo está obligado à pagarlas. Así lo tienen ambos Burgos de Paz, Juan Garcia, Mieres, y Sanchez, que los cita, y sigue, contra Avendaño, y otros, tom. 2. consil. lib. 4. cap. 1. dub. 33. num. 30. Y se prueba.

294 Lo vno: porque por Derecho Comun está concedido esto al poseedor de buena fe; lo qual no quita la ley 46. de Toro, en que se funda la sentencia contraria. Lo otro: porque la equidad natural no permite que vno se haga rico con la hacienda de otro, y menos con el sudor del poseedor de buena fe.

295 Y lo otro: porque en dicho caso la misma posesion del mayorazgo, en que se han hecho las expensas, está por la misma ley hipotecada al poseedor de buena fe, que con buena fe hizo las dichas expensas, hasta que se le satisfagan, ex leg. in area, ff. de condit. indebitis. Ergo, &c.

296 Respondo lo 2. que el tal poseedor de buena fe podrá retener la dicha heredad hasta que se le paguen dichas expensas. Así lo tiene, con Gregorio Lopez, Burgos de Paz junior, Alvato Velasco, y Fano, dicho Sanchez, num. 14. y 32. y consta de la dicha ley in area, y de las leyes 41. y 44. tit. 28. part. 3.

297 Respondo lo 3. que el tal poseedor de buena fe está obligado à compensar las dichas expensas con los frutos percibidos de la tal heredad (considerada en el estado en que estava antes de las tales mejoras) hasta que recupere sus expensas, ó el suceso le pague. Así lo tiene con algunos modernos, dicho Sanchez, num. 15. y 34. contra vna Glossa, Bartulo, Matienço, Simancas, y otros: y se prueba.

298 Lo vno, porque así consta expresamente de las leyes 41. y 44. tit. 28. part. 3. Y lo otro, porque à lo menos en el fuero de la conciencia está obligado à restituir los dichos frutos: como veremos en la materia de restitucion: Ergo, &c.

299 Respondo lo 4. que en quanto al precio que le costó la dicha heredad, se debe hazer el mismo juyzio que de las deudas del poseedor del mayorazgo: porque como aquel precio no se aya convertido en utilidad de la dicha heredad, no está la heredad obligada por él: Imò, la cosa hurtada, que se compró con buena fe, se debe restituir al dueño, sin pedirle el precio de ella; como lo

tienen todos los Teologos. Por lo qual, si el suceso del mayorazgo no heredó otros bienes libres de su antecesor, ni el precio de la tal heredad se convirtió en utilidad perpetua del mayorazgo, no estará obligado el suceso en él à pagarlo, como ni otras deudas del poseedor del mayorazgo, que fueron en utilidad de este, ó del suceso en él.

300 Mas si el dicho precio se huviesse convertido en utilidad del mayorazgo, en tal caso juzgo estará obligado el suceso à pagarlas; como se probó arriba, sect. 1. §. 4. Questio vnica, en la segunda respuesta à él, n. 155. y se colige, ex cap. de solutionibus. Imò, muchos DD. que cita, y parece seguir Machado, tom. 2. lib. 6. part. 1. tract. 2. ad doc. 6. num. 2. fundados en algunas leyes, son de sentir, que en tal caso la heredad, ó casa que se reparó con el dicho precio, queda tacitamente hipotecada al gasto que en ella se hizo, aunque sea de mayorazgo.

301 Pero en quanto à la obligacion que tiene el hijo suceso en el mayorazgo, à pagar las deudas que dexó el padre: Veanse lo que diximos arriba, en dicho §. 4. por todo él.

§. VI.

De la obligacion de los padres para con sus hijos en orden à las herencias, y testamentos.

Hazense algunos supuestos.

Antes de entrar à la averiguacion de las dificultades que directamente pertenecen à este Partafo, me ha parecido hazer las siguientes suposiciones.

302 Supongo lo 1. que todos aquellos pueden ser instituidos por herederos, que no están expresamente excluidos por las leyes; y esto ora sean libres, ora esclavos; y ora sean personas particulares, ora qualquiera Comunidad, como Iglesia, Convento, Colegio, Aldea, Ciudad, &c. como consta, ex leg. 1. C. de sacrosanct. Eccles. leg. Omnibus, ff. ad Trebel. leg. 1. tit. 3. part. 6. leg. 2. & 4. tit. 6. part. 7.

303 Supongo lo 2. que los que no pueden ser instituidos por herederos, ó legatarios, son los siguientes: Lo 1. los Hereges, y Apostatas, ex leg. finali, C. de hereticis, & leg. Hi qui sanctam, C. de apostatis. Lo 2. los que creen, son receptotes, defensores, ó favorecedores de Hereges, ex Authent. Credentes, C. de hereticis. Lo 3. los que persiguen, ó hieren à algun Cardenal, ex cap. Falicis, de penis, in 6.

304 Lo 4. todos aquellos que por algun crimen no pueden hazer testamento, no pueden tampoco ser instituidos en testamento por herederos, ó legatarios; como lo tiene la Glossa, in leg. Is cui, ff. qui testamta, comunmente recibida de los DD. Lo 5. los Frayles Menotes; como consta de la