

el que tiene ocho partes, por ocho meses, y el que quatro, por quatro, &c. (1)

65 Si el testador tomó dinero à censo, ò renta vitalicia, y vive el pensionario, ò alimentario, debe el contador dexar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito con cargo de acudir con la renta annua al pensionista, y con la condicion expresa, de que si éste viere tanto que consume el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir, y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague à prorrata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, obligandose todos omnimoda, y proporcionalmente à su solucion; y por el contrario, si muriere antes que se consume el capital, tenga obligacion de comunicar à los demás el sobrante: y de esta suerte ninguno queda perjudicado, como advertí en el cap. 5. §. 4. n. 60. de mi primera parte adiccionada.

## §. IV.

CÓMO SE HA DE DIVIDIR  
la alhaja enfiteutica.

66 Viene tambien al juicio divisorio la cosa enfiteutica hereditaria perpetua, y por consiguiente pueden los herederos dividirla: pues si los predios del real patrimonio concedidos al difunto, ò comprados por él, se pueden dividir, como lo dice la ley 10. ff. *Familie erciscund.* ibi: *Item prædia, quæ nostri patrimonii sunt, sed & vectigalia, vel superficiaria*: con superior razon deben venir los enfiteuticos, respecto se equiparan, (2) porque vale el argumento del feudo al enfiteusi, quando no milita razon diversa. (3) Y tan constante es lo expuesto, que el padre comun no puede mandar lo contrario. (4) Pue-

(1) Boer. decis. 5. n. 2. y sig. Morquech. dicho lib. 1. y cap. 5. num. 7. y 8.

(2) Rubric. y todo el tit. ff. Si ager vectigalis.

(3) Speculator. tit. de Fœudis,

§. Quoniam, cerca del fin. Bart. en la ley Ut jusjurandi, §. Si liberi, ff. de Operis libertor. Jason en la ley fin. Cod. de Jure emphiteutic.

(4) Ley 1. §. Quia autem 6. ff. de Superficiebus. Decio consil. 389. n. 1.

67 Pueden dividir los herederos el predio enfiteutico hereditario por regiones, ò partes, aplicandolo proporcionalmente à cada uno segun su haber, ò enteramente à uno con obligacion de dar à los otros la estimacion, ò valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria, y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al Señor del dominio directo, si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en caducidad, ò comiso, ni por la division se debe laudemio. (1) Lo qual se entiende, excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfiteusi se haya estipulado lo contrario, asi en orden à esto, como à la division.

68 Se entiende, y há lugar tambien lo explicado entre los nuevos enfiteutas: quiero decir, quando el enfiteusi se concedió à muchos con pacto expreso de que el superstite succediese al premoriente, ò de que entre ellos hubiese derecho de acrecer: (2) pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso, ni necesidad de requerir al Señor, porque no hay persona nueva à quien éste no conozca, y haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion, sino anticipada renunciacion de su derecho. (3)

69 Si el padre llama à un hijo al goce del enfiteusi perpetuo referido, y le entrega la alhaja enfiteutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar à sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba; y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que à ninguno perjudique en su legitima; (4) y asi donandolo al emancipado, vale al instante; (5) y si lo dona al que está en su poder, aun-

que

Anton. Rub. consil. 133. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 25. n. 1. al 7.

(1) Ley fin. Cod. de Jure emphiteutic. & ibi DD. ley fin. Cod. de Litigios. Bart. in leg. & ideò, ff. de Conditionib. Institution. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 118. y 119.

(2) Bart. & DD. in leg. Qui

Romæ, §. Duo fratres, q. 10. n. 24. ff. de Verbor. obligation.

(3) Valasc. dicho c. 25. n. 10. al 17.

(4) Ley 1. ley Si totas, y ley Si liqueat, Cod. de Inofficios. donation. & ibi DD.

(5) Ley Sive emancipatis 2. Cod. de Donationib.

que no vale entonces : (1) pero interviniendo su tradicion, se confirma con su muerte. (2) Lo mismo procede quando lega à algun hijo la finca gravada con el enfiteusi, ò la encabeza en uno : pues se ha de observar su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravandolos en su legitima : (3) y en este caso el hijo encabezado no debe laudemio al Señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la qual cesa lo dispuesto por la ley final, *Cod. de Jure emphiteutica*, y por la *19. tit. 8. Partid. 5.* y asi no se debe pagar. (4) Enagenando alguno de los herederos del enfiteusi perpetuo la parte que en la alhaja enfiteutica le tocó, sin requerir primero al Señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, se ha distinguir : ò estaba en posesion de la alhaja, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ò no. Si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, (5) porque esta pena es legal, y la ley persigue, y castiga unicamente à quien delinque ; (6) pero sino estaba en posesion, ni entregó la alhaja, no há lugar el comiso. (7)

Las mejoras hechas en la alhaja enfiteutica, son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfiteusi : y asi las puede legar, donar, y enagenar, como se prueba de la ley fin. *Cod. de Jure emphiteutica* : ibi : *Suas meliorationes, que græco vocabulo Enponemata dicuntur, alienare, vel jus emphiteuticum in alium transferre.* Por lo que si el enfiteusi es perpetuo, vendrán todas à la particion ; y aquel en quien quede, ò se encabece el derecho, y alhaja enfiteutica, tendrá que satisfacer en dinero à los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las que

(1) Dicha ley Sive emancipatis.

(2) Ley Donationes quas, y ley Papinianus, & ibi glos. fin. *Cod. de Donation. inter vir. & uxor.*

(3) Ley Parentibus 8. *Cod. de Inofficios. testam.*

(4) Bart. in leg. Et ideo al fin, ff. de Condition. furtiv. Bertrand. consil. 180. lib. 2. dub. 2. Jason en la ley fin. *Cod. de Jure emphiteutic.*

(5) Curt. Cornel. Riminald. y otros que cita Alciat en la ley 4. §. Cato, ff. de Verbor. obligacion. ex n. 108. y Socin. 20. Tiraquel. 1. Retract. §. 23. glos. 1. num. 208. Jul. Clar. q. 13. verb. Emphiteut.

(6) Ley fin. ff. ad Syllan. ley Fraudati, §. fin. ff. de Publician. no.

(7) Valasc. de Particion. cap. 25. num. 36. al fin.

les se tasarán juntas con el derecho enfiteutico, y no separadas de él, porque es individuo : (1) y asi se practica.

73 Pero si el enfiteusi es de nominacion ; y uno de los hijos fuere nombrado à su obtencion, y por consiguiente obligado à traerlo à colacion, deberá colacionar no solo las mejoras, sino el precio en que fue comprado, por las razones que expondré en el lib. 2. cap. 3. ex num. 102. al 111. de este tratado, como en su propio lugar, porque entre descendientes siempre viene al juicio divisorio por colacion. En quanto à quando el enfiteusi, ya sea Ecclesiastico, secular, ò mixto, es, ò no hereditario partible, y transmisible, y en él ha de suceder varon, y no hembra, y otras cosas concernientes à este asunto, vease à *Valasco de Jure emphiteutic. à Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8.* à *Morquech. de Divis. honor. lib. 1. cap. 6.* y à los que citan, pues por no ser preciso para las particiones, omito molestar al contador con su explicacion.

74 Pero se pregunta si perteneciendo à Memoria, ò Capellania el enfiteusis, y liberando el dueño de el dominio util su finca à él afecta, por tres laudemios, y el duplo capital del cánon, ò pension annua con arreglo al auto acordado del Consejo acerca de los censos perpetuos de esta Corte, inserto à continuacion del cap. 5. de mi primera parte : ò del modo pactado en la escritura de su creacion ; ò en defecto de pacto, segun la costumbre del Pueblo : podrá el Capellan quedarse con los tres laudemios, ò à lo menos con uno, al modo que quando se celebra venta de la finca, lo percibe, y hace suyo ; ò deberá imponer el total importe de ellos con el duplo capital à favor de la Memoria, ò Capellania ? Esta pregunta que me hizo un Capellan, à que di respuesta no à medida de su paladar, tengo por conveniente tocar aqui de paso. Su dificultad me parece consiste en saber lo primero, quién es el dueño del enfiteusis, si la Memoria, ò el Capellan ; y lo segundo, si los laudemios son, ò no renta, ò fruto de ella ? A lo primero digo que la Memoria es la dueña, y el Capellan un mero usufructuario con gravamen de cumplir sus cargas de la

(1) Valasc. de Particion. cap. 26. n. 23. y 24.

renta de sus fincas, y así no compete à éste el derecho de tanteo, ni el de conceder licencia para la venta (no obstante el abuso que la ignorancia, y falta de discernimiento ha introducido; ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso, si el enfiteuta no paga en tres años la pensión, pues todos estos derechos, y regalías como peculiares, y privativas de el Señor de el dominio directo en fuerza de la reserva que de ellos hizo para sí, y para sus sucesores en la escritura de dación à enfiteusis, tocan à la Memoria, la qual en virtud de la translacion de dominio que la hizo el fundador dueño del enfiteusis se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. Al segundo, que estos laudemios, y duplo capital no son renta, ò fruto de la finca de la Memoria, sino precio, y valor en que se estima el derecho de percibir annualmente el cánon, el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años, y el de tantearla, ò en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir el laudemio que por ésta se causa; y así el importe de estos derechos, y regalías junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos, y pagandolo el enfiteuta, se constituye dueño de todos, y del solar, consolidando el dominio directo de que carecía, y de que son privativos, con el util que tenia. Me replicará la hidropica, sagaz, è insaciable codicia que quando hay venta, percibe el Capellan el laudemio que por ella se causa, y así debe quedarse con uno à lo menos en el caso propuesto: y que aún quando se quede con los tres, son beneficiados la Memoria, y Capellanes: aquella en tener un duplo capital que no tenia, y éstos en percibir annualmente doble renta. A que respondo que el laudemio que el Capellan percibe, quando hay venta, es fruto, ò renta, que suple, y compensa la falta de la competente pensión annua que el enfiteuta debia, y pagaria por el solar, si lo tuviera locado, y así quedan vivos, è ilesos enteramente los expresados derechos à favor del Señor; però en el presente caso se extinguen para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privación de su percibo, y de usar del comiso, y tanteo, se le resarce con el capital que de ellos, y su valor se forma, y con la mayor renta annua que pro-

du-

duce, la qual se juzga igual al cánon, y laudemios que antes de extinguirse se pagaban: y que de quedarse con ellos el Capellan, en cuya vida se consolidan ambos dominios, è imponer solamente el duplo capital, ò este y dos laudemios; lexos de beneficiar à la Memoria, y Capellanes sucesores, se les perjudica: à la Memoria porque se le defrauda parte del capital correspondiente à los derechos que gozaba: y à los Capellanes, porque se les priva de percibir laudemios, los que antes podian superar en sumo grado no solo al actual rédito del duplo capital, sino al de el de los tres, si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban, y así es aereo, y figurado el beneficio que se aparenta, y mas se debe mirar al de la Memoria, y su conservacion, y Capellanes sucesores, que al privativo de el que quiere lucrarse en su detrimento; y mucho mas quando por la imposición del duplo capital, y tres laudemios se reintegra con sus réditos annuos de el laudemio que dexa de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que antes; por todo lo qual no hallo razon para que en conciencia, ni en justicia se apropie el Capellan cosa alguna, y defraude à la Memoria, y Capellanes sucesores, *quidquid alii dicant* con su moral laxa, ò por no entenderlo; y lo mismo digo quando el enfiteusis pertenece à mayorazgo, porque versa razon identica.

CA.