

19 Pero esta opinion no debe seguirse: Lo primero, porque del feudo al mayorazgo no es seguro el argumento, (1) pues aunque en algunas cosas se parezcan, se semejan en muchisimas, de las quales trae algunas *Burgos de Paz* en el proemio de las leyes de Toro desde el n. 72. y una de ellas es acerca de los frutos. Lo segundo, porque la disposicion feudal no se debe alegar en otras causas que en las feudales. (2) Y lo tercero, porque lo ordenado en el citado §. ni aun en los feudos se debe observar, excepto en donde por costumbre estuviere recibido, pues habla quando el feudo hace reversion al Señor, y no quando pasa al siguiente agnado; por lo que mucho menos se puede adaptar al mayorazgo. (3)

20 Otros resuelven que los frutos, y pensiones, ò rentas pendientes del mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se transfere su dominio, ya sea erigido, y constituido de bienes de la Corona dados, ò vendidos por el Rey, ò de patrimoniales, (4) fundandose para opinar de esta suerte en la ley 42. ff. de Usur. que dice: *Herennius Modestinus respondit fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterisse dicatur.*

21 Cuya ley parece viene al intento, si se considera que el dominio, y posesion civil, y natural del mayorazgo pasan *ipso jure* por disposicion de la ley 45. de Toro à los sucesores en él sin mas aceptacion, ni aprehension que la del primer llamado, porque es visto haberse transferido también en ellos, y no en el primero solamente. Y respecto de que por la ley inserta despues que el fideicomisario adquiere el dominio, pasan à él los frutos: con superior ra-

(1) Paul. consil. 164. col. penult. vers. Nec obstat. lib. 2. Cirier. de Primogen. lib. 3. quæst. 4. col. fin.  
(2) Cap. 1. de Fœudi cognit. y cap. 1. An ille qui inter fratres in lib. Fœudor. Bart. in leg. Ut juris jurandi, §. Si liberi, ff. de Oper. libertor. Burg. de Paz Proem.

leg. Taur. num. 76.

(3) Sr. Covar. lib. 1. Var. c. 15. num. 14 Acost. de Succession. regn. pag. 144.

(4) Gamm. decis. 308. n. 6. y decis. 356. Gom. en la ley 40 de Toro n. 74. Pelaez de Majorat. lib. 4. quæst. 24. n. 2. Acost. ibi pag. 145.

zon deben pasar al sucesor del mayorazgo, en quien *ipso jure* se transfirió; pues segun Derecho, (1) el dueño de la alhaja debe percibir sus frutos mientras la tiene, y como ya lo es al tiempo de la recoleccion, le tocan.

22 A mas de que por Derecho (2) no pertenecen al usufructuario los frutos pendientes, aunque estén maduros, sino al propietario, en quien se consolida el usufructo con la propiedad, porque con su muerte se extingue, y acaba éste; (3) cuya razon milita en el poseedor del mayorazgo, por muerte del qual el derecho de usufructuar, y su dominio se extinguen, y pasan al sucesor; por lo que, y porque los frutos pendientes se estiman parte integral del fundo que los produce, atendido su estado, (4) deben pasar al sugeto à quien aquel pasa, (5) pues entre el poseedor del mayorazgo, y el usufructuario hay grande similitud, y así vale el argumento de uno à otro: (6) y quando el caso especifico no se halla terminantemente decidido por derecho, y la razon legal está clara, no solo se puede arguir de uno à otro semejante, sino que el Juez debe proceder, y juzgar por el que expresamente está resuelto, como admirablemente dixo el Jurisconsulto Juliano en la ley 12. ff. de Legib. ibi *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* Por lo que atendidas la disposicion de derecho, y razones potisimas en que ésta opinion se afianza, es la que parece se debe seguir.

23 Y otros templando el rigor, y estrechez de las disposiciones legales, afirman que los frutos pendientes del mayorazgo se deben dividir entre los herederos del último poseedor, y el sucesor, à prorrata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento, y observarse la regla que

(1) §. Item ea, Institut. de Re-rum divis.

(2) Ley defuncta fructuaria 58. ff. de Usufruct.

(3) §. Finitur, Institut. de Usu-fruct.

(4) Ley Fructus pendentes, ff.

Tom. I.

Rein vindication. Escobar. de Ratiocin. comput. 19. n. 3.

(5) Ley Si quis sciens 11. Cod. eod. tit.

(6) Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 7. n. 8. y cap. 19. n. 15.

que por derecho Común, y de las Partidas está prescripta para la division de los dotales en el último año en que el matrimonio se disuelve: (1) fundandose algunos en que así como se conceden al marido con el fin de que pueda superar las cargas matrimoniales, así también por la propia razón es justo los perciba el heredero del poseedor del mayorazgo, porque éste sufre las de servir al Príncipe en paz, y en guerra, alimentar à sus consanguíneos, y conservar la nobleza, y gloria de su familia.

24 Mas à la verdad, mirados con imparcialidad estos fundamentos, me parece tienen mas de apariencia, que de solidéz, por la notable diferencia que media entre unas, y otras cargas: y así no se deben equiparar, porque las matrimoniales no solo son incomparablemente mas pesadas, y según derecho (2) necesarias, sino que exceden en sumo grado à la comodidad que el marido experimenta; (3) por lo que el título de la dote se llama con propiedad oneroso respecto del marido, (4) aun quando se haga pacto de lucrarla. (5) Pero las de los poseedores mas tienen figura de cargas que lo que en el efecto, y realidad son; (6) y por la disimilitud que media entre unas, y otras, no sale consecuencia legítima, ni vale el argumento de una à otra. A mas de que el heredero sufre las cargas de la herencia, como el poseedor del mayorazgo las de éste, (7) y con todo si muere, estando pendientes los frutos, pasan al fideicomisario, à quien debe ir la herencia, y nada de ellos percibe su heredero; por lo que es preocupacion el equi-

(1) Burg. de Paz in Proem. leg. Taur. n. 74. vers. Præterea Sr. Molin. lib. 3. de Primog. cap. y n. 11. Avendañ. respons. 5. n. 4. Ayor. part. 1. cap. 9. n. 6. y sig. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 14. Garcia de Expens. cap. 16. n. 6. Sr. Castill. de Usufruct. lib. 1. cap. 80. per tot.

(2) Ley Pro oneribus 20. Cod. de Jure dot.

(3) Cap. Salubriter, de Usuris.

(4) Ley Si donaturus. §. 1. ff. de Donation. ob caus. ley fin. §. Si

à socero, ff. Quæ in fraudem creditor. ley Ex promissione 19. ff. de Obligation. & action. y ley penult. ff. de Except. doli.

(5) Ley Si donaturus 9. ff. de Condit. caus. dat.

(6) Acost. in dict. tract. pag. 148. Navar. in Apolog. de Rēditibus, quæst. 2. monit. 15. al fin. Valasc. de Partition. cap. 30. n. 10.

(7) Ley Pro hæreditariis 2. Cod. de Hæreditariis actionib. y ley Neque 1. Cod. Si certum petat.

parar las del mayorazgo con las matrimoniales.

25 Y aun quando quieran equipararlas en el caso solo de que el poseedor del mayorazgo esté obligado por disposicion del fundador à dotar à sus hermanas, y alimentar à sus hermanos, no por eso se convence que la division de frutos se debe practicar en iguales terminos que la de la dote, porque militan diversas razones: La primera, porque de esta obligacion impuesta por el fundador no se deduce otra cosa que el que por este gravamen le dexó menor renta, al modo que ninguna pudo haberle dexado: y en haciendose este cargo, ningun gravamen tiene, pues lo que gaste con sus hermanos, no es suyo, sino de ellos, por haberselo dexado su causante con la calidad de recibirlo de su mano. Y la segunda, porque el marido no hace suyos los frutos por razon del dominio que tiene en los bienes dotales, sino por la de las cargas matrimoniales que supera: (1) por lo que solo se le conceden con atencion al tiempo que las sufrió; pero el poseedor del mayorazgo los lleva no por razon de éstas, sino por la de aquel, (2) y por lo mismo para lucrarlos se debe atender unicamente al dominio, el qual se extingue con su muerte, por lo que de ningun modo pueden pertenecer à su heredero; y así la unica accion que à éste corresponde, es la de que si el poseedor hizo algunas expensas, y pagó algunas cargas de aquel año, le abone su importe el sucesor de los frutos pendientes, porque de lo contrario se lucraria en su detrimento, lo qual es iniquo, y como tal está reprobado, (3) pues no se llama fruto, sino lo líquido despues de deducidas.

26 A vista de estas razones parece no queda duda en que no debe hacerse la division por prorratéo, porque los referidos fundamentos son tan débiles, que se concilian poca atencion en la legal censura. Pero hay otros, por los quales es justo se dividan proporcionalmente los frutos pendientes del mayorazgo, prorrateandolos entre la testamentaria,

(1) Bart. in leg. Divortio. n. 11. Socin. ibi n. 7. ff. Solut. matrimon.

Bon. matern. part. 2. n. 5.

(3) Leyes 74. y 206. ff. de Reg. jur. Navar. loco cit. al fin.

(2) Ley Non ideo, ff. de Reivindicacion. Pinel. in leg. 1. Cod. de

ría. v herederos de su ultimo poseedor, y el sucesor: y son la equidad, y la tácita, y presunta voluntad del instituyente: pues habiendolo erigido no solo con el fin de perpetuar su memoria, sino con el de que todos sus poseedores se alimentasen con lustre todo el tiempo que viviesen: si se les privaba en el ultimo año del percibo de sus frutos à pretexto de estar pendientes, se les quitaban indebidamente los alimentos que les habia dexado, se procedia contra su voluntad, que siendo arreglada, es ley inviolable, y no se verificaba el fin principal de la fundacion. Y atendidas estas razones, y lo que aun quando no intervinieran, dicta la equidad: y asimismo à que el poseedor del mayorazgo no es mero usufructuario, como algunos quieren, sino usufructuario con dominio en los bienes de él mientras lo posee, lo que no sucede al mero usufructuario, pues solo tiene el usufructo, ò comodidad, y otro la propiedad, y dominio: y à mas de esto atendiendo al perjuicio que se irrogaba al poseedor ultimo, pues era inicuo que quasi todo el año estuviese sufriendo las cargas del mayorazgo, y luego por la casualidad de fallecer antes que se finalizase, se le privase de los frutos, y en detrimento suyo se lucraba el sucesor con ellos: se ha introducido por costumbre general en estos Reynos de Castilla, y executado repetidissimas veces el prorraté. Cuya costumbre por contener los cinco requisitos legales, à saber: ser general: estar tolerada por el Soberano: puesta en execucion por sus Tribunales Supremos no solo en los dos juicios que prefiere la ley, sino en muchissimos: usada por mas tiempo que el de los veinte años que ésta dispone: y no oponerse al derecho divino, natural, ni positivo del Reyno, ni tampoco al bien comun, (cuyos cinco requisitos deben concurrir para que valga, y no se gradúe de corruptela) tiene fuerza de ley, y à veces suele derogarla, (1) y asi debe continuar su observancia; sobre lo qual vease el Señor *Castillo de Usufruct. cap. 80. per tot.* y à *Escobar computat. 20.*

27 Pero como suele haber diversas clases de frutos pendientes

(1) Leyes 4. 5. y 6. tir. 2 Partid. 1. Escobar. de Ratiocin. com- put. 20. n. 11. y sig.

pendientes en los bienes vinculados, ò de mayorazgo, y los Autores dexaron en silencio mucho de lo que en la division de cada clase, y caso se debe practicar, procuraré instruir al contador principiante para el acierto. Y procediendo con distincion de casos, digo que si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, ya sean de los bienes que por sí labraba, ò de los réditos, ò pensiones que debian los conductores, censuarios, ò enfiteutas: nada dispone acerca de estos frutos, ò pensiones, y solo vincula las propiedades, y capitales que los producen: ni tampoco dexa muger, ni herederos legítimos, ni extraños, son todos del primer llamado, sin que tenga obligacion de dexar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vínculo, ò mayorazgo; porque por su taciturnidad es visto haber querido los gozase libremente para sí, y como pendientes, y accesorios son, y se estiman parte de la misma cosa, y la siguen, y à su dueño, (1) segun en quanto al usufructuario diré en el cap. 7. §. 2. Pero si los mandare agregar, ò instituyere à alguno por heredero de ellos, ò dispusiere en otros términos, se observará su voluntad.

28 Sino dexa viuda, pero sí hijos, ò otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vínculo à uno de ellos en el tercio, y quinto, consignandose los en bienes determinados, cuyo valor en propiedad atendido el caudal del difunto, completa el total de la mejora: ò le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de ella, imponiendo el gravamen de vinculacion, y llamando à otros à su goce para despues de los dias del mejorado con arreglo à la ley 27. de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes, los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre, (que es desde quando adquirió en los bienes su dominio) y no mas por razon de tal; y asi se estimarán, ò apreciarán en el estado que entonces tengan: será caudal partible de su testamentaria el valor que se les dé: y cede-

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 26. autem. Ayor. de Partition part. 1. tit. 11. Partid. 4. gl. 3. vers. Quid c. 9. n. 6. vers. Ideo iudicio meo.

derá privativamente à beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte que por su legitima le corresponda en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entroxarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte que atendido el mayor valor, tengan, y al cuerpo comun de la testamentaria el residuo de ellos. Por exemplo: quando falleció el mejorante, valian los frutos mil reales, y quando se cogieron, mil y quinientos, y en su recoleccion se gastaron ciento y cincuenta. En este caso los mil reales son caudal de la testamentaria, que agregado al demás de esta, se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado: y los quinientos restantes tocan privativamente à éste; por cuya regla la testamentaria satisfará cien reales de gastos, y el mejorado como tal cincuenta; pues de los de barbechos, y siembra no se hace merito, porque salieron del caudal de todos antes de fallecer el testador, y están refundidos en su herencia.

29 Y si antes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado, ò primer llamado, entrarán éstos à la particion con sus tios, llevando, y pagando los que su padre llevaria, y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato los frutos desde la muerte de su padre hijo del mejorante: de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre el inmediato, y la testamentaria de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporcion, asi en quanto al percibo de frutos, como al pago de gastos, valuandose nuevamente aquellos en caso de tener aumento, para evitar perjuicios à los interesados. Previendo que en toda particion de frutos se deben deducir previamente las expensas ocasionadas, porque hasta que se deducen no los hay, ni lo son sino lo líquido partible despues de separadas; (1) al modo que no hay herencia hasta que se pagan las deudas, y cargas que contra sí tiene, como dexo sentado.

Pe-

(1) Ley Fructus 7. ff. Solut. ff. de Petition. hæreditat. matrimon. y ley Si à domino, §. fin.

30 Pero si el fundador, ò mejorante, que no dexó muger, falleciere, acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas, y sembradas, sin aparecer los frutos; en este caso pertenecen los recogidos ai acerbo comun de su testamentaria, y los que nazcan despues en las sembradas, son propios del mejorado con obligacion de satisfacer à la testamentaria los gastos de barbechos, semillas, y siembra, ò los que sean, segun lo que se haya hecho, los quales se apreciarán, y pondrán por caudal comun, y à proporcion de la institucion se dividirán entre el mejorado, y demás coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacio, ò entrada por salida como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionára; y en este caso no se hará mérito de los de recoleccion, ni de la utilidad, ò pérdida que en ellos pueda haber, pues todo queda de su cuenta, y riesgo, y viene à ser lo mismo que si él por sí propio las hubiera barbechado, y sembrado: v. gr. importan los barbechos, y siembra de los bienes de la mejora tres mil reales, que agregados al líquido igualmente partible de la herencia, compone el total de ésta treinta mil reales, y los hijos son tres: en este caso se darán efectivos al mejorado siete mil reales, que con los tres mil que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman los diez mil, que como uno de tres le tocan en la herencia igualmente partible. Y si antes de la division pagáre los tres mil, se le darán quando ésta se haga, los diez mil íntegros, y no llevará tercio, ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en aquellos bienes señalados, y no en los demás de su padre, por lo que percibirá en estos su legitima, y en los señalados su mejora vinculada. Otras muchas especies en quanto à la division de frutos de mejora tocaré en el cap. 2. §. 4. lib. 2. de este tratado, por ser su propio lugar, à donde remito al contador para su radical instruccion.

31 No siendo primer llamado el poseedor del vínculo, ò mayorazgo, y dexando frutos pendientes, ò mostrados en las tierras, viñas, ò olivares de este que labraba por sí, ò en otros arboles, ò las tierras barbechadas, ò sembradas

solamente; y pensiones de otras que tenia arrendadas, y asimismo alquileres de casas, y otros edificios, y réditos de censos, juros, y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, ¿es la dificultad como entre sus herederos, y el sucesor se han de dividir estas tres clases de frutos, y gastos? Y para su inteligencia procederé con distincion de casos: En quanto à los pendientes, y mostrados, digo que los herederos del último poseedor los han de percibir à prorrata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados.

32 Pero es de advertir que este año no ha de ser, ni contarse el *civil*, que empieza en Enero, y concluye en Diciembre, sino el *natural*, que es desde la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada País, ò Provincia, al modo que por derecho (1) antiguo está dispuesto acerca de los frutos de la dote, v. gr. Agosto, siendo trigo; Octubre, siendo uba: Enero, si es aceituna, &c. porque una vez que la naturaleza no los produce, ni sazona sino en estos respectivos tiempos, se debe observar en quanto al pago, y contar el año, (imitandola, y siguiendola) segun ella misma nos enseña. Por lo que si el poseedor del mayorazgo fallece, v. gr. en fin de Mayo, y los frutos son de trigo, uba, y aceituna, deben llevar sus herederos, y testamentaria la parte correspondiente de trigo desde Santa Maria de Agosto del año anterior hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio. De uba desde primero de Octubre del propio año, (que es quando regularmente se echa la vendimia) y son ocho meses. Y de aceituna desde Enero, que son cinco meses, si à sus principios se coge; y sino desde el dia en que se acostumbra coger. Y asi los demás frutos, segun los respectivos tiempos de cada País, y de las fincas, ya produzcan ò no todos los años. Y lo mismo procede con la lana de cabaña lanar; pues se ha de contar el año de esquiléo à esquiléo para el prorratéo, asi de gastos como de producto líquido, segun en el número siguiente diré.

An-

(1) Ley de Divis. y ley Fructus 7. §. Divortio factó, ff. Solutó matrimonio, y ley 26. tit. 11. Partid. 4. verb. E este año.

33 Antes de repartir los frutos se han de deducir respectivamente del total cúmulo, y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, caba, poda, siega, recoleccion, y demás que haya: abonar à la testamentaria del ultimo poseedor los que por parte de éste, y de ella despues de muerto se hayan hecho en su beneficio, y al sucesor los que hiciere: y luego dividir lo líquido en dos partes, aplicando à cada interesado la que le corresponda à proporcion del tiempo que poseyó; v. gr. en trigo, despues de pagado el diezmo quedan mil y quinientas fanegas: y todos los gastos ascienden à dos mil reales, de los quales suplió quinientos el sucesor, y los mil y quinientos el poseedor, y su testamentaria. En este caso se aplica à cada uno en trigo segun el precio que à la sazón tenga, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide à prorrata del tiempo que poseyó. Previendo que para hacer la division se ha de esperar à la cosecha, porque de lo contrario podia suceder que el que menos hubiese suplido, llevase mas, y el otro quedase perjudicado, lo qual es injusto. Pero en quanto à los gastos no se atiende al tiempo, sino al desembolso líquido respectivo, y trabajo hecho en utilidad de lo que se ha de partir; y asi no se prorratan como los frutos, sino que cada uno exige previamente del cúmulo los que satisfizo, y el resto es lo que se divide à prorrata, porque no pueden tener incremento, ni decremento como éstos. Y lo propio se ha de observar en la division, y prorratéo de la lana de cabaña lanar vinculada, y crias de ella, que son sus frutos, si están pendientes al tiempo que fallece el ultimo poseedor, verificado previamente por los herederos de éste el reintegro de las crias que falten, y hayan percido, pues debe entregar la cabaña completa, segun la recibió.

34 Quedando barbechados solamente, ò sembrados por el poseedor las tierras sin aparecer los frutos, debe el sucesor satisfacer à los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores, y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha proxima futura, porque à causa de no estar mostrados, ignorarse si nacerán, ò no, y haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el ultimo po-

see-