

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

P O R

DON GREGORIO, DON THOMAS,
y Doña Francisca Rosa Roys y Quiroga, hijos
menores, y herederos de Doña Maria Jazinta
Roys, y de Don Fernando Arias,
Neyra y Quiroga,

C O N

DON PEDRO DE LA BARRERA,
como marido de Doña Antonia de Roys.

QUExANSE estas partes por via de exceso de el Juez Executor de la Real Carta Executoria, que se despachó para que se hiziesen las quantas, y particiones de los bienes que quedaron por muerte de Don Diego Arias de Roys, y Doña Isabel de Montenegro su muger, padres, y abuelos respective de las partes.

Expresaron los excessos de el executor en siete capitulos, todos legales, y en que esperari estos Pobres menores la mas piadosa, y favorable decission. Pero porque ni sus cortos medios, ni la estrechez de el tiempo permiten dilatada alegacion, es preciso limitar este breve discurso à los tres capitulos primero, segundo, y quinto, en que pretendin estas partes se declare aver excedido el executor en no aver declarado por partibles la Caferia de Alb cyros, asignada à Don Juan de Roys, los bienes consignados para la legitima de Fray Pedro de Roys, y las legitimas de Fray Jazinto de Roys, y aver estimado todos estos bienes por propios de Don Pedro de la Barrera, y su muger, en virtud de las renunciaciones, y cesiones hechas à su favor, por los referidos Fray Pedro, Fray Jazinto, y Don Juan de Roys.

El hecho para los tres capitulos de exceso propuestos brevemente resumido, se reduce, à que Don Diego de Roys, y Doña Isabel su muger, donaron la Caferia de Albeyros à Don Juan su hijo, dandole facultad para que despues de la vida de ambos la gozasse, y pudiesse disponer de ella, y Don Juan, viviendo su madre, y sin su licencia cedió esta Caferia à favor de Doña Antonia.

Los mismos Padres estando Fr. Pedro para profesar en la Serafica Religion de S. Francisco, le asignaron diferentes bienes por razon de sus legitimas, y este los renunciò à favor de su hermana Doña Antonia, y el dia immediato profesò.

Los mismos dieron licencia à Fray Jazinto de Roys para poder renunciar sus legitimas, y se dize lo renunciò à favor de la misma hermana.

A

Despues de lo qual Don Diego de Roys, y su muger en su testamento revocaron todas las escrituras que avian otorgado à favor de sus hijos, y licencia que les avian dado para renunciar, testar, y disponer de sus bienes. Y està probado, que Don Juan faltò al decoro, y reverencia debida à sus padres, hasta poner en ellos manos violentas.

En cuya presuèpsta especie, lo primero que se ha dudado es, si caso que el Juez executor aya echo agravio en no aver estimado por partibles los bienes còprehendidos en los tres referidos capitulos, este gravamen se debe deducir, y se puede reparar en el breve juyzio de exceso, o correccion, el expresarle por el remedio de la apelecion, y agravio, que es contrario, y opuesto D. Salg. 4.p.de reg.cap.3.n.134. y mas quando la queixa es de exceso negativo, y aver el executor partido, y dividido menos bienes de los que debia, en cuyo caso no se puede estimar que excede: *Idem* D. Salg. d.cap.4.à n.81.

Pero esta objeccion, ò afectado *subterfugio* es despreciable en Tribunales tan superiores, en que solo se atiende la verdad: *leg. 10. tit. 17. lib. 4. recop.* Y para que mas bien se reconozca el exceso, este se ha de medir por la misma sentencia, ò Carta Executoria que executa: *leg. prohibitum C. de jur. ff. lib. 10. leg. 1. C. de mandat. Princip. D. Salg. d. cap. 3. à n. 44.*

Y la sentencia, y Carta Executoria, lo que le manda al Juez executor es, que haga separacion, y partija de los bienes fincables de Don Diego Arias de Roys, y su muger, procediendo conforme à derecho. Y como el exceso se reputa todas las vezes, que *potest dici aliquid plus fieri ab executore, quam quod continetur in sententia, ut ex §. plus autem. Inst. de act. & ex do. Trina Bald. in leg. si cum exceptione 14. §. hac autem actio ff. quod met. caus. & plurim. al. docet* D. Salg. d. cap. 3. n. 75.

Es preciso, que todas las vezes, que la sentencia le manda al executor, que parta, y divida unos bienes; y no solo no los parte, sino es que los pasa à adjudicar precipuos à un coheredero, cometerà exceso de *re ad rem*, porque no solo comete el exceso negativo de no partarlos, sino es el exceso positivo de adjudicar los precipuos à un coheredero, los que le manda la sentencia, que los parta, y divida, *ut docet* D. Salg. d. 4. p. cap. 9. n. 8. *cum seqq.*

Y para mas breve convencimiento de esta verdad, se manifiesta con este dilema: ò los bienes que adjudicò el executor à Don Pedro de la Barrera, fueron fincables de D. Diego de Roys, y su muger, ò no: si fueron fincables, manda la sentencia, que se dividan, y no lo haziendo, y adjudicandolos à Don Pedro, excede en el modo, y en la cosa. Sino fueren fincables, excede por defecto de jurisdiccion, pues solo se la dà la Carta Executoria, para que conozca de los bienes hereditarios, y fincables.

Esto solo bastaba para fundar el exceso; pero como tambien este le comete el executor, todas las vezes que repele, y deshecha las excepciones, que legitimamente se deducen ante él D. Salgad. d. 4. p. cap. 7. à n. 4. son tan legitimas las propuestas por parte de los menores, para que todos los bienes contenidos en los capitulos de exceso 1. 2. y 5. se estimassen por partibles, que à la mas leve reflexion se descubre el exceso en averlas despreciado.

Porque siendo como es de ambulatoria hasta la muerte la voluntad de los testadores: *leg. 4. ff. de adm. legat. §. posteriore inst. qq. mod. testam. infirm.* se halla la ultima, y suprema voluntad de Don Diego de Roys, y su muger, à favor de estos menores; pues mandan, que todos sus bienes sean partibles, sin embargo de las licencias que huviesen dado para testar, y escrituras de renunciaciones, donaciones, y cesiones que se huviesen hecho; porque todas ellas las revocaron.

De aqui procede, que los menores fundan de derecho; pues entran afsistidos de todas las reglas legales, que favorecen à la ultima voluntad, y aviendo gozado todos estos bienes Don Diego de Roys, y su muger, por todos los dias de su vida, y hasta el ultimo de su muerte, es claro, y constante, que deben ser partibles entre todos los herederos.

Sin que obtien las licencias para testar que fueran dadas à favor de Don Juan, Fray Pedro, y Fr. Jacinto, porque todas estas son de su naturaleza revocables, *leg. Paulus respondit ex hereditationem 47. §. patroni filius 2. ff. de bon. libertor. D. Mon. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 3. n. 50. P. Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 4. num. 19. Albarad. de conjectur. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. §. 1. num. 61. Gutierr. lib. 3. par. 1. quest. 76. D. Olea tit. 2. quest. 3. num. 32.*

Verdad es, que esta regla se limita todas las vezes que el Padre jurò la tal licencia, porque aunque por el derecho civil por tratarse de herencia de el que vive, no subsiste irrevocable; pero por la religion de el juramento, y derecho canonico, queda irrevocable, *ex cap. quavis partum de pact. 6. P. Sanchez, Gutierr. D. Olea, & alijs sup. citat.*

De aqui proviene el que por lo que mira à la licencia para testar dexada à Fr. Jacinto de Roys, no aviendola jurado Don Diego de Roys, y su Muger, como no la juraron, quedò expuesta à la revocacion, *ut sup. diximus.*

A que se añade que aunque se dize, que usando de esta licencia Fr. Jacinto de Roys, renunció sus legítimas en Doña Antonia de Roys muger de D. Pedro de la Barrera, esta Escritura está redarguida de falsa, y no esta comprobada, con que queda sin efecto, *iuxta text. in leg. penult. ff. ad leg. Cornel. de fals. cap. ad falsariorum de crim. fals. Farinac. de falsitat. quest. 152. num. 10. & 23. Pareja, de edit. instr. t. 1. resol. 3. §. 3. num. 26. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. falsum vers. strita est conclusio D. Larrea, allegat. 196. à num. 2. D. Cresp. observat. 23. à num. 2. Pegas, var. resolut. cap. 19. à num. 22.*

Immo quod magis est, no solo esta redarguida de falsa, si no es comprobada de tal, pues nunca ha estado protocolizada, y el Escrivano está notado, con que faltan las circunstançias que pide la Ley: *Jubemus 24. cap. de probat. y la Ley, 115. tit. 18. part. 3.* y consiguientemente se debe estimar por nula, y falsa dicha Escritura, D. Cobarruv. cap. 19. pract. num. 9. *vb. eius enucleator*, Faria, Pareja, *de edit. instrum. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 33.*

Con que parece manifiesto el exceso en quanto al 5. capitulo, y bienes que se suponen cedidos, y renunciados por Fr. Jacinto de Roys, pues no allandose jurada la licencia que se dize tuvo de sus Padres la pudieron estos revocar: *Elegantior Barb. in vot. decis. vot. 87. a num. 10.* y no consta de la renunciacion que es el titulo en que se funda Don Pedro, pues es falsa, y por tal está convencida.

Pero no son menores los motivos que persuaden el exceso de aver adjudicado à Don Pedro de la Barrera la Cafaria de Alveyros, donada à Don Juan de Roys, porque aunque esta se presupone donada al dicho Don Juan, con la expresa licencia de poder disponer de ella, fue esta donacion, y licencia limitada, y solo para en el caso de aver muerto los dos Padres donantes: *ibi*: para que despues de la vida de entrambos, goze de dicha Cafaria, y pueda disponer de ella, y como *limitata causa limitatum producit effectum leg. in agris limitatu ff. de acquir. rer. dom.* solo podrá subsistir la donacion, y solo pudo producir su efecto la licencia para testar, en el caso en que huviese Don Juan donado, y renunciado la Casa de Alveyros despues de la muerte de sus Padres.

Pero como la legitima, y renuncia que se dize hecha, fue viviendo Doña Isabel de Montenegro su Madre donante, no pudo tener efecto alguno, porque para qualquiera acto se requiere el concurso simultaneo de la potestad, y voluntad, y faltando qualquiera de los dos requisitos, *perete el acto*, y assi aunque Don Juan de Roys quisiese renunciar la Cafaria de Alveyros, viviendo su Madre no lo pudo hazer, porque aun no concurría la facultad, y licencia para poder disponer de ella: *vt eleganter ad rem docet D. Salg. 1. part. lab. cap. 33. n. 10. ibi: & idem de consens. patris requisito in contractu filij, vt non valeat si presetor post mortem filij Paulum de Castro sequuntur*, Tiraquel. in leg. Conub. gloss. 6. num. 18. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quest. 69. num. 6. Joan. Gutierr. lib. 2. practicar. quest. 23. Carleval. de judic. tom. 2. tit. 3. disp. 23. num. 18. *propè fin.*

Y no se hallando otra disposicion hecha por Don Juan mas que la referida, y siendo esta nula como hecha en tiempo inhabil, y en que su Madre vivía; no puede alegar derecho alguno Don Pedro de Barrera.

Pero aun se descubre otra mayor razon para que esta Cafaria de Alveyros se aya de reputar por bienes fincables de Don Diego de Roys, porque esta probado que Don Juan de Roys puso manos violentas en sus Padres, y siendo esta vna de las razones por las quales aun las mas perfectas donaciones, se revocan *leg. fin. C. de revoc. donat. ibi: si non donationis acceptor ingratius circa donationem inveniatur ita, vt in iurias atroces in eum fundat, vel manus impias inferat. Auth. vt cum de appellatione cognoscitur. collat. 8. cap. 3. ibi: si quis parentibus suis manus intulerit. Exornant D. Molin. de Hysp. primog. lib. 1. cap. 9. num. 15. Gomez 1. var. cap. num. 10. D. Castill. lib. 3. controvers. cap. 23. num. 104.*

Y pues movidos de estas razones, y causas tan justas passaron Don Diego de Roys, y su muger à revocar las licencias, y Escrituras que estaban hechas, permitiendoselo el derecho queda sin la menor controversia, el que dicha Cafaria de Alveyros, debió el executor estimarla por hereditaria, y partible, y que excedió en separarla, y declararla por propia de Don Pedro de Barrera, y su muger.

Mayor dificultad parece que tuviera el estimar por valida la revocacion de la licencia dada à Fr. Pedro de Roys, que mira al capitulo segundo de la queixa de exceso, à no repararse la proximidad de las Escrituras de asignacion; renuncia, y profesion, que las acreditan de simuladas por la vecindad de los actos, *vt ex Menoch. Mantica. Farinacio, & vlt. docet Noguero. allegac. 10. à num. 8.* porque si las donaciones las inventó el derecho para que al donatario se le transfiera el dominio

nfo de la cosa donada, *ut probatur ex eius definitione, quam refert Jul. in leg. 1. de donat. ibi: ut statim velle accipienti fieri, nec ullo casu ad se reverti*, es preciso se contemple vn acto doloso, y simulado alver que vnos Padres donan bienes à vn hijo la vispera de su proteision en Religion en que, ni en comun, ni en particular puede gozar, ni poseer, ni adquirir los bienes que le donan segun la *Clement. exiuit de Paradiso de vs.*

Porque es regla de derecho, el que *non videntur data, que eo tempore, quo dantur accipientis non sunt, leg. non videntur 167. de reg. jur. leg. 55. de C. & D, leg. 4. de usur. leg. ult. de condit. causa data. leg. 73. de U.O.G. 14. Inst. de act.*

Immo aolo facit, qui petit, quod statim redditurus est. leg. in condemnatione 173. in fin. ff. de regul. jur. leg. 83. de U.O. leg. 85. & 90. de in integr. rest. leg. 2. de constit. pecun. Noguerol, d. allegat. 10. à num. 40.

A que se lleaga, que la escritura fue solo asignacion de bienes para en pago de las legitimas, y la asignacion hecha por esta causa, no puede menos de ser revocable, porq̄ depende del futuro evento, en tanto grado, que aunque se haga una mejora irrevocable, y se asignen bienes para ella, siempre queda revocable, *ut in terminis docet Angulo ad leg. meliorat. in leg. 3. glos. 2. n. 4.*

De aqui nace, el que la escritura hecha por D. Diego de Roys, y su muger à favor de Fr. Pedro de Roys, siempre quedó sujeta à la revocacion posterior, porque si se quiere contemplar como donacion, fue simulada, si como asignacion de bienes por quenta de legitima revocable, si como licencia para testar inutil; pues el Concilio Tridentino se la concede como proximo à la profesion, *& frustra à precibus impetramur, quod de jure licet. leg. un. C. de thesaur. lib. 10.* Luego *ex nullo capite* pudo subsistir la renuncia de Fr. Pedro hecha à favor de Doña Antonia su hermana, sino es en quanto el Concilio Trident. se la permitió, pero no para que los Padres, no obstante la asignacion de bienes, quedassen privados de mejorar à los demas hijos, y disponer de sus bienes, arreglandose à la disposicion de las leyes Reales, como lo hizieron en sus testamentos.

Y pues el Juez executor se apartò de lo dispuesto en ellos, y de lo mandado por las sentencias insertas en la Real Carta Executoria, parece ha excedido en los tres capitulos referidos, y así esperan estas partes se declare. Salva, &c.

Doct. Don Rodulfo Arredondo
Carmona.

Cathedratico de Visperas de Leyes.