JESUS,

MARIA, JOSEPH.

Ne scribam vanum, duc Pia Virgo manum.

POR

DOñA ANTONIA FRANCISCA de Miranda y Vibero, num. 35. vezina del Concejo de Sante, cuya es la Casa de Lagariños, y Coto de Villaquinte.

CON

DON JUAN BECERRA OSSORIO, y Doña Maria Antonia Montenegro su muger, vezinos de la Ciudad de Lugo, num. 37. y 38.

SOBRE

LA SEPARACION DE LOS BIENES DE los Mayorazgos, que vacaron por muerte de Don Pedro Miguel de Miranda, numer. 39.

A PRE-

UVA. BHSC. SC 12847

1 PRETENDE Doña Antonia Francisca se revoque la sentencia de los Alcaldes Mayores del Reyno de Galicia, en lo que es en su perjuizio, y se confirme en lo que es favorable, y que se estimen los agravios, y pretensiones, que tiene deducidos, y se desestimen las de Don Juan Becerra.

2 Lo dilatado de este pleyto, y los grandes gastos de las partes en tantos Tribunales, en que han contendido, dàn motivo para que en ningun otro caso mejor, sea practicable la *Ley 52. tit. 5. lib. 2. Recopilat.* en que se encarga à los Señores Juezes la determinacion de todas las pretensiones, que por los autos se pudiessen decidir, no reservandolas para la execucion de la Executoria, resecando todos los litigios, para que las partes no se fatiguen en ellos. Escob. *de Ratiocin. cap.* 33. *num.* 25. Gutierr. *de Iuram. confirmat.* 1. *part. cap.* 5. *num.* 32. Maldon. *de Secund. suppl. tit.* 3. *quæst.* 9. *numer.* 15. conducit Valer. *de Transact. in proem. à num.* 17.

3 Las pretensiones de las partes en esta instancia, yà en confirmacion, yà en reformacion de la sentencia de Galicia, como ella misma, se reducen à dos cabezas, por aver en Don Pedro Miguel de Miranda, num. 39. cuya muerte diò motivo à esta prolija lite, concurrido Mayorazgos que se le defirieron por Don Antonio de Miranda su abuelo, num. 30. y otros por Doña Maria Ana de Vibero, num. 31. aquellos correspondientes à la Casa de San Martin, y estos à la de Lagariños, y como distintos tienen vnos, y otros diversa inspeccion, las partes distintas pretensiones, y diversa defensa; y aunque el methodo de la sentencia de Galicia comiença por los de la Casa de San Martin, por aver en esta Chancilleria los litigantes deducido sus pretensiones por la de Lagariños, y formadose el memorial del pleyto en esta conformidad, siguiendo el mismo orden, dividirèmos este Informe en dos puntos principales, de que contendrà el primero con

la

UVA. BHSC. SC 12847

la concisſion poſsible la Caſa de Lagariños, y pretenſiones que en ella ſe incluyen: Y el ſegundo, lo concerniente à la Caſa de San Martin, y lo que en ella por las partes ſe pretende.

4 Vàn conformes las partes, que todos los Mayorazgos que por muerte de Don Pedro Miguel, num. 39. vacaron, tocan à Doña Antonia Franciſca, num. 38. ſu tia, è hija de numer. 30. y 31. y à los bienes pertenecientes à ellos, no pretende coſa alguna Don Juan Becerra, numer. 38. como tampoco Doña Antonia Franciſca à los bienes que quedaron libres, proprios de Don Pedro Miguel, num. 39. por tocar eſtos à Doña Maria Antonia Montenegro, numer. 37. ſu madre, y ſolo es la diſputa, quales ſon los bienes pertenecientes à dichos Mayorazgos, y quales ſon los bienes libres proprios de Don Pedro Miguel, y los que tocan à Doña Antonia Franciſca, como hija de Doña Mariana de Vibero, y Don Antonio de Miranda, y derechos que repreſenta.

PUNTO PRIMERO.

FUNDASE EL DERECHO DE DOñA Antonia Franciſca en la Caſa de Lagariños.

5 POr lo tocante à eſta Caſa, ſe declara en la ſentencia de Galicia por buena la eſcriptura de Concordia otorgada en el año de 1657. por los tres hermanos Don Antonio, Don Alonſo, y Doña Mariana de Vibero, numeros 33. 34. y 31. y por nula la de permuta de dotes, que en el de 1664. otorgaron Don Antonio, y Doña Mariana de Vibero, y Don Antonio de Miranda, num. 30. y la otorgada por el miſmo Don Antonio, y Don Diego ſu hijo, num. 35. en que intervino Antonio Garcia de la Rocha en el año de 694. mandaſe vaya Recetor à hazer la partija de los bienes de Don Franciſco de Vibero, y Doña Franciſca Suarez de Zuñiga, numer. 27. y 28. y ſepa-

ran-

UVA. BHSC. SC 12847

rando los de los Vinculos antiguos, y arreglandose à la Concordia del año de 657. se haga pago en ellos de los 20ȳ. ducados que en ella se consignaron à Don Alonso, y Doña Mariana, numeros 33. y 34. y que el Recetor hiziesse separacion, y partija de los bienes de Doña Mariana, Don Antonio de Vibero, y Doña Maria de Miranda, oyendo las partes en justicia en razon de sus pretensiones.

6 Doña Antonia Francisca en este punto, pretende la validacion de la Concordia del año de 657. y confirmacion de la sentencia en esta parte, pero revocacion de ella, assi en quanto se mando hazer separacion de los Vinculos antiguos, como en quanto que de los bienes, que por muerte de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, numeros 27. y 28. quedaron, se mandan sacar 20ȳ. ducados que à Don Alonso, y Doña Mariana, en ella se consignaron; pues los pagados por Don Antonio de Vibero à Don Alonso, y por Doña Maria de Miranda, y Don Diego de Miranda su sobrino à Doña Luisa de Sobremonte, se han de estimar por pagados, y el debito extinguido, y los de Doña Mariana de Vibero, deberse pagar de todos los que huviessen quedado de dicho Don Antonio, y solo de los que quedaron por muerte de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, deberse sacar lo que no se pudiesse cobrar de los bienes de Don Antonio.

7 Pretende assimismo Doña Antonia Francisca, la subsistencia de la permuta de dotes, y escripturas de los años de 664. y 694. y revocacion de la sentencia de Galicia en esta parte, y consiguientemente ser caudal de Doña Maria de Miranda, lo que en la Casa de Lagariños avia de aver Doña Mariana de Vibero, y caudal de esta, lo que Doña Maria de Miranda avia de aver en la Casa de San Martin, hasta la concurrente cantidad: Tiene ansimismo Doña Antonia Francisca en esta Casa otras pretensiones, no decididas por la Audiencia de Galicia, que se pondràn en este Punto; y porque las de Don Juan Bezerra son impugnar las de Doña Antonia Francisca, fundando las de esta, responderèmos

à

UVA. BHSC. SC 12847

PRETENSION PRIMERA:

FUE VALIDA LA ESCRIPTURA DE Concordia del año de 657.

8 AUnque en ella Doña Antonia Franciſca es damnificada por las deducciones que Don Antonio de Vibero conſintiò en ella, pues hecho el computo de los caudales privativos, que quedaron por muerte de Don Franciſco de Vibero, y Doña Franciſca Suarez de Zuñiga, reintegrados los Vinculos, y Mayorazgos que gozaban, no podian tocar à Don Alonſo, y Doña Mariana de Vibero, los 12ȝ. ducados que cada vno de ellos eſtipulò para ſi de Don Antonio ſu hermano mayor, empero por no ſe embolver en mayores pleytos, y en dilaciones immenſas, que huviera de producir la ſeparacion de algunos bienes libres, ha conſentido en ſu permanencia, y validacion, ſegun, y como por los tres hermanos ſe capitulò.

9 Y aunque eſto miſmo tiene gran conveniencia à Don Juan Bezerra, por las ventajas que de ella conſigue, la ha impugnado, è impugna, ſiendo aſsi, que aviendoſe gozado, y poſſeìdo los bienes de la Caſa de Lagariños indiviſos, y por partir entre hermanos, y con tantas fundaciones, y las generales de Alvaro de Loſſada, y Don Antonio Suarez de Camba, numeros 34. y 37. era de la obligacion de Don Juan Bezerra el liquidar, y probar los bienes libres que avia en eſta Caſa, por las adquiſiciones poſteriores à las fundaciones generales.

10 La razon es, porque aunque todos los bienes ſe preſumen libres, *Leg. Altius, Cod. de ſervit. & aq. Leg. In ædibus de ſervit. vrb. præd.* Roxas 6. *part. cap.* 1. *num.* 26. Surdo *conſil.* 135. Larrea *allegat.* 46. empero quando aviendo precedido algun titulo vniverſal de Fideicommiſſo, el fidei-

UVA. BHSC. SC 12847

commissario goza bienes, en el interin, que el heredero en los bienes libres no califica nuevas adquisiciones; la presumpcion legal es, que los bienes que goza son sujetos al Fideicommisso, Fusar. *de Substitut. quæst.* 618. *num.* 45. Argel. *de Legitim. contr. quæst.* 19. *art.* 5. *numer.* 102. conducit Baldemased. *de Collect. quæst.* 8. *num.* 8. De que deduce el Cardenal de Luca *de Fideicommiss. discurs.* 194. *num.* 12. *in fin.* estar recibido el *consejo* 145. de Fulgos. que dixo, que quando consta que el fideicommitente en aquella region gozò bienes, si sus descendientes allì los posseen; la presumpcion es, que los huvieron de su ascendiente, *nisi liquido* se probassen nuevas adquisiciones.

11 Es la razon de esta razon, porque como la multiplicidad de los titulos *à communitèr accidentibus* no sucede, aunque vno puede tener muchos para vna misma cosa, D. Larrea *allegat.* 74. *num.* 4. es presumpcion mas individuada, el que vno se entiende posseer en virtud de el titulo antecedente, que lo fue el Fideicommisso vniversal, *Leg. Cum quædam, ff. de reivind.* y debe probar la adquisicion quien dentro de aquel continente pretendiesse algunos bienes libres, *Leg. Æde sacra* 73. *§. intra maceriem, de contrah. empt.* Mieres *de Maioratib.* 4. *part. quæst.* 20. *num.* 310. y la presumpcion de que todos los bienes son libres, como general, y correspondiente al primitivo estado de las cosas, Covarrub. *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *num.* 17. es vencida por otra presumpcion mas individuada, *maximè* aviendose gozado los bienes como vinculados. Gloss. *in Leg.* 4. *Cod. si serv. exp. ven. Leg. Circa* 14. *de probat. Leg.* 8. *§. sed, ff. si serv. vendit.*

12 Sin embargo de lo referido, impugna (deziamos) Don Juan Becerra esta Concordia, por dezir aver avido en ella lesion enormissima, que segun la opinion mas comun, anula la transaccion, *& multo melius* otorgada por muger à favor de hermano; D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 1. *numer.* 51. *&* 52. Valeron *de Transact. tit.* 6. *quæst.* 2. pues tocando à Doña Mariana de los bienes de Don Francisco de Vibero su padre,

UVA. BHSC. SC 12847

dre, todos los bienes gananciales como prelegado, y de los de su madre por via de legado 12ȝ. ducados, *& insuper* las legitimas paterna, y materna, como vno de tres herederos, solo se contentò con 12ȝ. ducados por todos derechos, quando no teniendo tantos el señor Don Alonso de Vibero, se le consignaron otros 12ȝ. y ademàs los reditos de estos, quando à Doña Mariana se le consignò corta cantidad por alimentos.

13 Y para persuadir que Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, numeros 34. y 35. ademàs de los bienes que adquirieron, tuvieron muchos libres; y para disminuir los Vinculos antiguos, en el caso que se haga la separacion, que por la sentencia de Galicia se manda, dize, que solo pueden ser vinculados los bienes pertenecientes al tercio, y quinto de Lope de Somoza, y Doña Inès Mosquera su muger, numer. 3. y vn tercio, y quinto de los bienes de Alonso de Moure, num. 5. incluyendose en èl los que adquiriò de Basco Docasal, y de que fundò Mayorazgo à favor de Martin de Lossada su yerno, numer. 16. por no aver podido, segun Leyes del Reyno, disponer mas que de vn tercio, y quinto en perjuizio de sus hijos; y que aunque para el caso de deferirse dicho tercio, y quinto à sus dos nietos Alonso Suarez de Moure, numer. 23. y Alonso de Lossada, num. 27. huviessen de agregar à èl las legitimas, que huviessen de dicho Alonso de Moure, no llegò este caso por aver heredado à dicho Alonso de Moure sus dos hijas, Inès, y Ana de Moure, numeros 15. y 16.

14 Y que assi fuera de estos bienes limitados, y los que Doña Antonia Francisca justificasse aver quedado por muerte de Alvaro de Lossada, num. 37. todos los demàs que fueron de numeros 3. 4. y 5. y recayeron en Juan Suarez Somoza, y Inès de Moure su muger, numeros 14. y 15. son divisibles entre diez hijos que de èl quedaron, y fueron de Doña Francisca Suarez, num. 35. las legitimas que compraron à los hijos de Lope de Somoza, num. 24. y los que heredaron de Doña Ana, y Doña Isabel, y otros hermanos, que

estàn

UVA. BHSC. SC 12847

estàn en el num. 25. Y aunque los que pertenecieron à Alonso Suarez de Moure, num. 23. y se defirieron à Don Antonio Suarez de Camba, num. 33. fueron por este vinculados, se deben deducir de ellos 8µ. ducados, que Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez pagaron à Doña Beatriz Gallego, viuda del referido num. 32. el importe de funeral, y otras deudas, y de ellos, y de los de Alvaro de Lossada; mas de 8µ. ducados que costò la Capilla de Chantada, y pagò Don Antonio de Vibero, numer. 41. como deuda de los referidos.

15 Que aunque Basco Lopez, num. 13. fundò Mayorazgo de sus bienes en Don Antonio de Vibero, num. 22. y este agregò sus legitimas paterna, y materna, no pudo subsistir en la legitima materna, y bienes que se le defirieron por muerte de Doña Dominga de Veldedo, num. 12. su madre; cuyo importe resulta del inventario, que Basco Lopez hizo en Mexico por muerte de la referida, assi porque esta legitima materna està sujeta à la dote de Doña Barbara Jordàn Gallo su muger, como porque teniendo hijos nacidos, y siendo dichos bienes deferidos en perjuizio de ellos, no pudo hazer dicha agregacion. De suerte, que solo pudo subsistir el Mayorazgo en los bienes de Basco Lopez, y de ellos se deben deducir 4µ. ducados, que se tomaron à Censo para pagar à Doña Catalina de Vibero, num. 21. y redimiò Don Antonio, los que pagò à Doña Aldonça de Veldedo, que fueron 900. ducados: lo que pagò à Don Fernando de Castro, y Don Andrès Perez Paramas, que quedò debiendo dicho Basco Lopez, y el importe del funeral del referido; y que siendo todos estos derechos proprios de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, numeros 34. y 35. como el importe de la dote de Doña Barbara Jordàn Gallo, num. 22. avia caudales quantiosos para tocar à Doña Mariana de Vibero, en virtud de sus derechos tanta porcion, que constituyesse lesion enormissima en dicha Concordia, contra Doña Mariana, y que fuesse bastante à anularla.

16 Sin embargo de lo referido, la Concordia del año

de

UVA. BHSC. SC 12847

de 657. otorgada por los tres hermanos, en que por escusar los dilatados pleytos, que sobre la division de los bienes paternos entre ellos podia aver, y por conservar el lustre de su Casa, à que *gradatim* todos eran admitidos, capitularon, que todos los bienes raizes, que por muerte de sus padres avian quedado fuessen de Mayorazgo, contentandose los dos con las porciones, que en ella se señalan, es valida, y firme, como otorgada por partes legitimas, sin poder rescindirse, *ex cap. Minoris etatis*, por no lo aver sido en aquel tiempo ninguno de los contrayentes.

17 Cuyas Concordias para dirimir pleytos futuros, y conservar la paz entre hermanos, *magnopere favorabiles sunt, pro quibus substinendis multa specialia in iure statuta sunt. Leg. Non minorem, Cod. de Transact.* Mantic. *de Tacit. lib.* 26. *tit.* 1. *num.* 6. Gonçal. *in reg.* 8. *gloss.* 25. *numer.* 12. plur. Valer. *in proœmio de Transact. à num.* 35. En tanto, que no subsistiendo sin Facultad Real transaccion sobre bienes de Mayorazgo, quando se haze entre hermanos sobre liquidacion de bienes, y con prestaciones *ad invicem*, dixo Castillo *lib.* 4. *cap.* 35. *à num.* 32. à quien sigue Valeron *tit.* 4. *quæst.* 2. *numer.* 36. que sin ella se estimò en la Audiencia de Sevilla, por valida vn transaccion entre hermanos.

18 Por cuyo favor ansimismo, y evitar litigios, conviniendo todos los Autores, que la transaccion no se puede impugnar por lesion enorme, sienten los de mejor nota, que en ella aun no se admite lesion enormissima, por la similitud que tiene con la cosa juzgada; por cuya opinion *stat*, la *Ley* 34. *tit.* 15. *part.* 5. vbi Gregor. verb. *Quanto quier*, à que subscriben D. Larrea *decis.* 68. Barbosa *vot.* 76. *num.* 111. D. Castillo *de Aliment. cap.* 36. §. 2. *num.* 95. quien desde el 98. *ad finem*, con razones, y Autores, prueba no se admitir *maximè iure Regio*, en la transaccion lesion enormissima. Maldon. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 30.

19 Esto que procede, segun algun Autores en transacciones regulares, es *absque dubio* segun todos en aquellas

UVA. BHSC. SC 12847

Concordias, que entre hermanos se hazen, y aun à favor de los padres, *sivè de iure querendo*, *sivè de delato*, *in favorem familiæ*, y para que los bienes se conserven individuos, teniendo en esta conservacion interès todos los hermanos *gradatim*, siendo como son en su caso llamados à dichos bienes.

20 El señor Luis de Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 28. *in fortiori casu* dize, que la hija que aviendo recibido dote competente, renuncia los demàs bienes, *vt Maioratus fiat in persona filij maioris ad quem ea vocata est*, no puede rescindir el contrato, diziendo aver avido lesion enormissima: Y en el *num.* 36. *idem procedere*, quando despues de la muerte del padre, los hijos consienten se funde el Mayorazgo *aliquo recepto.*

21 D. Castillo *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 86. dize, que quando los hermanos *dimiten ius quæsitum favore fratris*, *vt fiat Maioratus*, *vel vt antiquus augeatur*, *& in posterum conservetur*, ò por otra justa causa, ò recibiendo dote competente à su estado, ò teniendole *aliunde*, *nullatenus* la puede impugnar con pretexto de lesion enormissima: lo mismo dixo el P. Molin. *tract.* 2. *disput.* 569 *num.* 13. optimè Bortiller. *de Success. abintest. cap.* 2. *theorem.* 97. *num.* 6. ibi: *Quoties renunciatio facta fuerit per filiam habentem respectum ad aliquod pium opus*, *vel ad agnationis*, *vel familiæ suæ conservationem.*

22 Dàn la razon de lo referido, porque esta hija, ò hermana, que *dote competenti contenta*, capitula *cum fratre*, *vel patre*, el que todos los bienes queden individuos para el lustre de su familia, reservàdo llamamiento para si en su caso *non potest dici decepta*, sino aver hecho vna accion heroyca, mirando por el aumento de su Casa, y su lustre; y esto mismo dixo el Carden. de Luc. *de Renunciation. disc.* 14. *numer.* 6. y discurriendo de las lesiones contra las renuncias, que quando el acto es tal, que *fiat ex motivo probabili suadentibus legibus politicis*, *vel usu regionis*, *tunc* ni la hija, ni hermana *potest dici lessa*, ni ay motivo alguno para rescindir el contrato.

En

UVA. BHSC. SC 12847

23 En nuestro caso los tres hermanos mayores de 25. años obraron prudencialmente, apartandose de los dilatados pleytos, que era preciso huviesse sobre la liquidacion de los bienes libres, y vinculados, mirando por el lustre de la familia, que destruye la division de los bienes, capitularon la conservacion individua de todos ellos, consignando à Doña Mariana 12ℳ. ducados por su dote, y alimentos competentes, ò en casa de Don Antonio su hermano, ò en vn Convento, si deliberasse estàr en èl antes de casarse.

24 Cuyos 12ℳ. ducados, no solo es dote competente por la presumpcion, que *filia, vel soror congrue præsumitur dotata*, Fontanell. *de Pact. nupt. claus. 9. gloss. vnic. part. 1. num. 52.* Botiller. *dict. theorem. 97. num. 5.* sino que atendida la costumbre de la region, y calidad de la persona, iuxt. tradita per Molin. *lib. 2. cap. 3. num. 29.* Boss. *de Dot. cap. 13. numer. 24* Merlin. *de Legitim. lib. 3. tit. 1. quæst. 13. numer. 15.* Mantic. *de Tacit. lib. 12. tit. 22. num. 31.* Luc. *de Dot. disc. 2. num. 1. & disc. 144. vbi latè, & maximè num. 9.* 12ℳ. ducados es, y fue dote suficiente, y no se ofreciò mas à Don Antonio de Vibero con Doña Maria de Miranda; por lo qual, *nec potest dici* aver sido lessa Doña Mariana, antes bien aver hecho vna accion justa, mirando por el lustre de su familia, aumento de su Casa, en la conservacion individua de los bienes, que por muerte de sus padres quedaron, sin cuya indivision de bienes las Casas mas ilustres se disminuyen.

25 Quando lo referido no fuera tan cierto, y se estuviera en vna regular transaccion, y admitido, que por lesion enormissima sea transcindible, no avia en la nuestra motivo para la rescision; pues para su computo no se ha de mirar lo que las partes piden, sino el dubio evento del litigio, el derecho de la parte transigente, y lo que *probabilitèr* si el pleyto se determinara obtuviera, por poder succeder, que el que pide 100. y se contentò con 10. *non solum non sit lessus*, sino que aya recibido mas de lo que le toca. *Leg. Si de Fideicomm. Cod. de transact. Leg. 1. §. quod si in litem, si quid in fraud. Patron.* Valer. *titul. 6. quæst. 2. numer. 70. & 86.* Gutierrez

lib.

UVA. BHSC. SC 12847

lib. 2. Practicar. quæst. 141. num. 2. Vbi quod debet ad occulum, & evidentèr constare dubio litis evento deducto de deceptione. Burg. de Paz *cons. 19. numer. 18.* D. Castill. *de Aliment. cap. 36. §. 2. num. 107.* idem Gutierr. *de Gavel. quæst. 174. num. 14.* Balmased. *de Collect. quæst. 121. num. 29.*

26 De suerte, que siendo obligacion del que impugna la transaccion, probar la lesion, y al tiempo del contrato, *Leg. Si eo tempore, Cod. de rescind. vendit.* quando se pudiera rescindir la litigiosa, no se prueba averla avido, por los derechos que Don Juan Becerra deduce, no calificando aver avido bienes libres, tantos que *secluſa tranſactione, & deducta ſtimatione dubij eventus*, huviera Doña Mariana deducido tanta cantidad, que hiziesse lugar à la lesion enormissima; pues no basta dezir, que Doña Mariana tenia derecho à dos legitimas, al legado de 12ꝓ. ducados, y à los gananciales de su padre, si no justifica que avia tantos bienes libres; que tenia el legado cabimiento, y las legitimas; pues no basta tener accion, sino ay bienes para la exaccion.

27 Y de los testamentos de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, se deduce no tenian muchos bienes libres partibles entre sus hijos; pues Don Francisco mandò, que su muger sacasse todos los bienes gananciales que pudiesse, para casar decentemente à dicha Doña Mariana, y si huviera sido acaudalado en bienes libres, no necesitara de esta precaucion: mayormente quando no se deduce, que Don Francisco de Vibero huviesse heredado bienes libres de su padre, ni que los huviesse adquirido Don Antonio su padre, y Doña Francisca Suarez avia renunciado las legitimas paterna, y materna, à favor de Juan Suarez su padre, contentandose con la dote que se diò à Don Francisco de Vibero, num. 28. Y para hazer Doña Francisca los legados, y disposiciones que hizo, fue preciso suponer, que gozaba como bienes libres, los que avian quedado de Doña Antonia Suarez de Camba, num. 28. su hermano; y los que fueron de Alvaro de Lossada, num. . quando consta, que Alvaro de Lossada vinculò todos los bienes muebles,

y

UVA. BHSC. SC 12847

y raizes, y Don Antonio Suarez vinculò todos los raizes, que avian quedado por muerte de Juan Suarez su padre, y los que dicho Don Antonio avia adquirido, y aunque en este Vinculo no se comprehendieron los de su madre Doña Isabel de Sotomayor, ni consta que esta huviesse llevado bienes al matrimonio, y si los llevò, fue algun dinero, ò son bienes existentes en la Casa de Tianes de que descendia, sin que en ella huviessen gozado algunos los possedores de la de Lagariños.

28 Y aquella presumpcion de que los padres no se entiende disponen de mas de lo que su çaudal alcança, Castillo *de Aliment. cap.* 3. *numer.* 10. à que se opone el dicterio de Justiniano, de que *sæpius de suis facultatibus plusquam in se sunt sperant homines*, se vence assi por descubrirse evidentemente, que Doña Francisca Suarez para dicho legado *falsum considerabile dixit*, y Don Francisco de Vibero anduvo discurriendo medios, con que commodamente Doña Mariana pudiesse tomar estado, como porque los tres hermanos en la Concordia, contentandose con las porciones que se les assignaron, reconocen no aver tantos caudales, que pudiessen sacar los legados, y sus legitimas integras.

29 *Nec verum est dicere*, que Don Francisco de Vibero en su testamento hizo à su hija legado de todos los gananciales, pues en el otorgado en el año de 649. hablando de Doña Mariana, solo dixo, que Doña Francisca disponga de todos sus bienes gananciales, lo mas que pudiesse sacar para su remedio, y la acomodasse; y aunque por la exequacion de legados, y Fideicommissos, vnos, y otros *nuda voluntate* se constituyen, *Leg. Proponebatur, de legat.* 2. *Leg. Fideicommissa* 11. *§. hæc verba, de legat.* 3. *Leg.* 1. *Cod. comm. de legat.* de dicha clausula no se deduce voluntad de Don Francisco, de prelegar à Doña Mariana sus gananciales, *insuper* de lo que la podia tocar, como vna de tres herederos de el referido.

30 La razon es, porque en este hecho Don Francisco como prudente padre, y que deseava casar à su hija, y no lo

UVA. BHSC. SC 12847

avia hecho en vida, lo encomendò à ſu muger, deſignando los medios con que ſe podia executar, ſin que eſta deſignacion aumente, ni induzga legado, ni paſſe à diſpoſicion aumentativa, ni limitativa. *Leg. Quidam teſtamento 99. ff. de legat. 1. Leg. Paulo Chalimaco, §. vltim. de legat. 3.* tenè Caſtill. *lib. 4. Controverſ. cap. 54. num. 6. & 15.* Y de la ſuerte que ſi Don Franciſco en vida huviera caſado, y dotado à Doña Mariana de los bienes gananciales, eſta donacion, ò *ob cauſam* ſe imputaba en la legitima, *& in collatione veniebat. Leg. 29. Taur. Sic ſimilitèr*, aviendo Don Franciſco dado facultad à ſu muger para executarlo, *& imò potiùs* aviendo excitado la obligacion, que à Doña Franciſca incumbia de caſar, y dotar à ſu hija, la porcion que Doña Franciſca huviera dado à Doña Mariana ſi la huviera caſado, debiera imputarſe en la legitima, y ſiendo inoficioſa, debiera reſtituirſe el exceſſo, *& conſequentèr* no deduciendoſe de las palabras de dicho teſtamento, prelegado, ni de cantidad cierta, ni incierta *certificanda*; es ſin fundamento, y aereo el derecho que ſe ſupone tenia Doña Mariana à todos los bienes gananciales de ſu padre.

31 Ni las conſideraciones, y pretenſiones que en contrario ſe deducen para dar caudal libre en Don Franciſco de Vibero, y Doña Franciſca Suarez, para que à Doña Mariana le pudieſſe tocar tanta cantidad, que conſtituyeſſe la Concordia con leſion enormiſsima, ſon de momento, ni lo juſtifican; pues aunque es cierto que Lope de Somoza, num. 3. y ſu muger, no vincularon ſino el tercio, y quinto, y que quedò libre la legitima de Juan Suarez, numer. 14. no lo es que en el Mayorazgo de tercio, y quinto de Alonſo de Moure, num. 5. ſe ayan de incluir los bienes que huvo de Baſco de Ocaſal, y de que fundò Mayorazgo en cabeza de Martin de Loſſada, num. 16. pues aunque los padres no pueden en perjuizio de las legitimas de los hijos, diſponer mas que de vn tercio, y quinto, tambien lo es que quando alguno, eſtraño, ò hijo dexa al padre diferentes bienes, con la facultad de libre diſpoſicion, eſtos no aumentan el caudal pa-

ra

UVA. BHSC. SC 12847

ra la legitima de los hijos, antes bien puede el padre mandarlos à quien quisiesse, y el que los recibe *non dicitur accipere à patre eligente, sed ab eo qui facultatem dedit.* Gutierrez *in cap. Quamvis pactum de pact. in 6. numer. 6. &* 11. D. Salgad. *in Labyrint. 2. part. cap.* 16. *num.* 94. Noguerol *allegat.* 19. *num.* 44. Mieres *de Maioratib. 4. part. quæst.* 19. *num.* 69. *Vbi asserit quod potest pater dare alteri filio, & si excedat tertium, & quintum, & quod quotidie contingit.*

32 Esto parece sucediò en estos bienes que fueron de Basco Docasal, assi por averlos Alonso de Moure vinculado fuera del tercio, y quinto, como porque aviendose ofrecido esta duda por muerte de Alonso de Moure entre sus herederos, y consultadose el punto con Abogados, fueron de sentir deberse sacar *præcipuè* del tercio, y quinto, y como tales se separaron en las partijas del año de 1568. y se adjudicaron à Alonso de Lossada, num. 27. hijo de Martin de Lossada, y los gozò como de Mayorazgo; y por su codicilo del año de 646. Alvaro de Lossada, num. 37. nombrò por successor en ellos, al que lo fuesse de la Casa de Lagariños. Con cuya tan dilatada observancia, y circunstancias que ocurrieron, parece *absque dubio* calificarse, que en la donacion, ò testamento de Basco Docasal, se diò facultad à Alonso de Moure para disponer de los bienes à favor del hijo, ò yerno que quisiesse. *Leg. Sciendum de verbor. obligat. Leg. 6. de acquirend. hæred.* plenè Valer. *tit. 4. quæst. 2. num.* 68. D. Molin. *lib. 2. cap. 6. num.* 74. D. Olea *tit. 4. quæst. 1. num.* 34. *in med.* Flor. de Men. *quæst. 23. à num. 90. qui dant plures.*

33 Es sin fundamento el dezir, que Alonso de Lossada, y Alonso Suarez de Moure, num. 23. no tuvieron obligacion à agregar à dicho tercio, y quinto de Alonso de Moure, los bienes que les tocaron, y avian sido de dicho Alonso de Moure, sin embargo de que no fueron herederos mediatos de dicho Alonso de Moure; pues no puede dudarse, que la condicion de agregar es valida. *Leg. Si quis ita, §. 1. ff. de manumiss. testament. Leg. Si cui, de condit. & demonst.* Fusar. *de Substit. quæst.* 648. *num.* 10. Maldonad. ad Molin. *lib.* 1.

cap.

UVA. BHSC. SC 12847

cap. 11. *num.* 8. Aguil. ad Roxas 1. *part. cap.* 7. *num.* 48. & 80. D. Gregor. *in Leg* 10. *tit.* 9. *part.* 6. *gloss.* 2.

34 Y aunque *verum est*, que muerto Alonso de Moure, y deferidos sus bienes à Inès, y Ana de Moure, numeros 15. y 16. estos se hizieron proprio patrimonio de las referidas, y Alonso Suarez, y Alonso de Lossada por muerte de sus madres, no percibieron su porcion como herederos immediatos, ni como de caudal de dicho Alonso de Moure, *Leg. Si quis ex bonis, ff. de vulgar. Leg. Cohæredi* 41. §. *cum filiæ, ff. eod.* Gomez *in Leg.* 9. *Taur. num.* 20. Fusar. *de Substitut. quæst.* 88. *num.* 5. Gutierrez *lib.* 13. *Practic. quæst.* 55. *num.* 1. Y tambien la condicion de agregar la legitima, tiene la implicita condicion *si deferatur*, por lo qual puede succeder, que muriendo el hijo en vida del padre, y por esto no deferida la legitima. *Leg.* 1. §. *si impubere, de collat. bonor.* plenè Giurb. *ad Mesan. cap.* 4. *gloss.* 5. *numer.* 4. Carleb. *tit.* 3. *disp.* 25. *num.* 22. no tenga obligacion de agregar cosa alguna dixo Aguil. *dict. cap.* 7. *num.* 90.

35. *Tamen* como la legitima *materialitèr sumpta* es *quota* de bienes, y de patrimonio, y el testador en la condicion de agregar, mas atiende à los bienes para el aumento de su Mayorazgo, que à la formalidad de la delacion, vt colligitur ex Aguil. *dict. cap.* 7. *num.* 80. & 93. *inde est*, que Alonso de Moure en poner la condicion à sus nietos de agregar al Mayorazgo las legitimas, que de sus bienes le tocassen, *potiùs* quiso dezir, que los referidos agregassen los bienes que se le defirissen, y huviessen sido de dicho Alonso de Moure, de quien aunque no immediatos, eran mediatos herederos. *Leg.* 2. *Cod. ad Trebell.* Molina *libr.* 1. *capit.* 10. *numer.* 1.

36 *Quod suadetur*, de que Alonso de Moure llamò à sus nietos à dicho Mayorazgo, en el supuesto no solo de morir Antonio de Moure, num. 17. su hijo de segundo matrimonio, sino de extinguirse su descendiencia; cuyo caso *communitèr accidentibus* avia de suceder mucho despues de la muerte de Alonso de Moure, quien no es verosimil cogita-

UVA. BHSC. SC 12847

rasse, que entrambas sus hijas avian de morir antes que el referido; de suerte, que mas cogitò de los bienes, que sus nietos huviessen de aver, que huviessen sido de el referido, que à la escrupulosidad de deferirseles *mediatè, vel immediatè*, y el no aver puesto el gravamen à sus dos hijas, fue porque *in nihilo* las avia honorado, no entendiendose *ex iudicio testatoris* aver percibido la legitima, que se les deferia por la Ley. *Leg. Ab eo* 9. *Cod. de Fideicommiss. Leg. Cum patronus, de legat.* 2. latè Aguila *dict. capit.* 7. *à numer.* 54.

37 *Non est omninò verum*, que *etiam* fuera de estas legitimas, todos los bienes de Juan Suarez, y Inès de Moure, numeros 14. y 15. fueron bienes libres, y que *extra* de los que podian tocar à Alonso Suarez, num. 23. tocaron à Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, yà por las compras que hizieron à los hijos de Lope de Somoza, yà por las herencias de las hermanas de Alonso, que estàn en el numero 25. pues aunque cierto es, que en los autos no ay fundaciones de Mayorazgo hechas por Juan Suarez, y Alonso Suarez, numeros 14. y 23. empero de ellos se descubre, que Juan, y Alonso fundaron Mayorazgo. *Primò*, porque Don Antonio Suarez, num. 33. en su testamento del año de 628. haze mencion, que su padre le encargò, que à Doña Isabel, y Doña Ana sus tias, num. 25. las asistiesse, y las diesse alimentos por todos los dias de su vida, y esto mismo encarga à su hermana Doña Francisca, y à los successores en la Casa de Lagariños; de que se colige, que Juan Suarez, num. 14. hizo alguna disposicion, y Vinculo à favor de su hijo Alonso Suarez, en cuya virtud entrò Alonso en todos los bienes, y estava obligado à dar alimentos à sus hermanos.

38 *Secundò probatur*, de que en la escriptura de Concordia del año de 629. que se hizo con los hijos de Lope de Somoza, numer. 24. se contentaron estos con 2ȝ. ducados, no solo por la legitima, sino por los fruros de ella, desde la muerte de Juan Suarez, y Inès de Moure; de que se deduce aver poca legitima, y que ò Juan Suarez, y su muger, avian

UVA. BHSC. SC 12847

fundado Mayorazgo de tercio, y quinto, ò que avian quedado pocos bienes libres por su muerte.

39 Doña Francisca Suarez en su testamento de primero de Agosto de 1657. sin embargo de querer perjudicar à Don Antonio, num. 33. su hijo mayor, entra reconociendo las fundaciones hechas por sus antecessores, Señores de la Casa de Lagariños, y la hecha por Alonso Suarez su padre; de que se deduce, assi la fundacion de Alonso, num. 23. como la fundacion de Juan Suarez, pues no siendo assi, y no aviendo como no ay mas Mayorazgo de la Casa de Lagariños hasta Alonso Suarez, que el de Alonso de Moure, no se verifica no aviendo fundado Juan Suarez la pluralidad de Fundadores, que Doña Francisca relaciona.

40 *Ulterius* Don Antonio de Vibero, num. 41. en su testamento del año de 692. declara, que Don Diego de Miranda su sobrino, num. 47. succedia en los Mayorazgos de su Casa, y que avian fundado Juan Suarez de Somoza, numer. 14. y Alonso Suarez su hijo, num. 23. suponiendo por ciertas dichas fundaciones; de cuyas enunciativas se prueba la fundacion de Mayorazgo, sin ser necessaria escriptura, ni otro de los medios, que la *Ley* 41. *de Toro* previene. D. Molina *lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 2. Gomez *in dict. Leg.* 41. *num.* 2. plenè Larrea *decis.* 56. *à num.* 4. Mieres *de Maioratib.* 4. *part. quæst.* 20. *num.* 302. Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 6. *num.* 174. *& seqq.* Todos los quales, y otros muchos que citan suponen, que la *Ley* 41. *de Toro* no es restrictiva, y que el Mayorazgo se prueba *per confessionem, per enuntiativas, & per alia probationum genera.*

41 Siendo assimismo bastantes dos enunciativas *maximè in antiquis*, Pegas *dict. cap.* 6. *num.* 188. Escobar *de Puritat.* 1. *part. quæst.* 15. §. 3. *num.* 60. Pareja *tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *num.* 88. mayormente aviendo como ay observancia, y quando no se descubren testamentos de Juan, y Alonso Suarez, numeros 14 y 23. y no es verosimil, que los referidos no huviessen testado, à que se llega, que en poder de Don Juan Becerra quedaron todos los instrumento, que por muer-

UVA. BHSC. SC 12847

muerte de Don Antonio de Vibero, num. 41. quedaron, y casi todos los presentados en este pleyto, lo han sido por el referido; de que se deduce la presumpcion, que Don Antonio de Vibero tenia noticia de las fundaciones de sus ascendientes, como que por no tener Doña Antonia Francisca, los que por muerte de Don Antonio quedaron, y tenerlos Don Juan Becerra, no puede calificar las fundaciones de Alonso, y Juan con ellas mismas, argumento eorum quæ tradunt Garcia *de Nobilitat. gloss. 2. §. 1. num.* 42. Castillo *de Aliment. cap.* 20. *à num.* 30. Gratian. *tom. 2. cap.* 262. *num.* 40. De suerte, que parece està justificado, que Alonso Suarez hizo fundacion de Mayorazgo.

42 Y solo lo que Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, numeros 34. y 35. pueden aver contra los bienes de Juan Suarez, y Inès de Moure, numeros 14. y 15. (en el supuesto cierto, de que aviendose contentado con la dote por los bienes de Alonso Suarez, num. 23. y recaìdos estos en Don Antonio Suarez, num. 33. y fundado de ellos Mayorazgo, no pueden pretender como libres ningunos bienes de Alonso Suarez) el importe de las legitimas de los hijos de Lope de Somoza, num. 24. para cuyo pago à dichos herederos Don Francisco, y Doña Francisca, dieron diferentes bienes en la Nogueyra del Miño, que estàn comprehendidos en el Mayorazgo fundado por Alonso de Moure en el año de 1559. como de ella misma resulta; de suerte, que para los 2y. ducados en que se regularon las legitimas, y frutos de dicho Lope de Somoza, numer. 24. importaron los bienes de la Nogueyra del Miño 675. ds. y para el residuo que se diò en dinero, se debe de falcar lo proporcionado à los frutos de dicha legitima, que fue deuda de Don Antonio Suarez, num. 33. y de Alonso Suarez su padre, numer. 23. y de esta suerte regulado, se hallarà, que la legitima que por muerte de Juan Suarez, y Inès de Moure huvo de aver Lope de Somoza, num. 24. su hijo, poco mas podia corresponder, que à los 675. ducados del valor de los bienes de la Nogueyra del Miño.

Tam-

UVA. BHSC. SC 12847

43 Tampóco puede deducirse porcion de bienes libres por Doña Antonia, y Doña Isabel de Somoza, los del num. 25. que resultan aver muerto en los años de 630. y 642. pues no consta que las referidas instituyessen por su heredera à Doña Francisca de Zuñiga, num. 35. antes bien consta que Doña Isabel hizo testamento ante Juan Fernandez Melias, y no consta à quien dexò por heredero, y de Doña Ana no se deduce quien huviesse quedado por su muerte, quando para la herencia abintestato, demàs de Doña Francisca Suarez, avia los hijos de Lope de Somoza, num. 20. que estaban en vn mismo grado con la referida; y tratandose de herencia transversal, y siendo fundamento de la intencion contraria, lo debe concluyentemente probar dicho Don Juan Becerra. Covarrub. *lib. 2. Variar. cap. 7. numer. 6.* vers. *Sic crebriori*, vbi Faria *num.* 30. Cevall. *Commun. quæst.* 900. *num.* 136.

44 Es ansimismo sin fundamento la pretension, que de los bienes de Don Antonio Suarez de Camba, numer. 28. se han de deducir sus deudas, y especialmente 8ɱ. ducados, que se pagaron à Doña Beatriz Gallo de Vibero su muger, y 4ɱ. del importe de la mitad de la Capilla de Chantada, y gastos del pleyto que huvo, y otros 4ɱ. de Alvaro de Lossada; pues por lo tocante à Don Antonio Suarez, este por su testamento del año de 628. instituyò por su heredera à Doña Francisca Suarez de Zuñiga, manda que à Doña Beatriz Gallo se le pague lo que por recibos constasse deberla de su dote; haze otros legados, y manda, que todos los bienes libres, y gananciales que quedaron por muerte de Alonso Suarez su padre, y los que èl avia adquirido, se agregassen à la Casa de Lagariños por via de Mayorazgo. Esta herencia aceptò Doña Francisca, y su marido, sin aver hecho inventario de los bienes de Don Antonio.

45 En este hecho ay dos conceptos distintos, pues Doña Francisca *ex capite proprio*, fue heredera de Don Antonio su hermano, y como tal tuvo obligacion à pagar à acreedores, y legatarios. *Leg. 2. Cod. de hæred. act. Leg. Legatorum, ff. de legat. 2.* D. Molina *lib. 1. cap. 10. num. 1.* D. Olea *tit.*

UVA. BHSC. SC 12847

tit.4. quæst.6. à num.1. D.Val. *Illustr. de acquir.hæred.cap.4.* Gomez 2.*Variar. cap.10. num.3.* Y como posseedora de la Casa de Lagariños, à cuyo favor se hizo la agregacion, fue legataria, contra cuyo prelegado, y Mayorazgo que le representa, no compiten ningunas acciones pasivas, por mas pingue que fuesse el prelegado, y aunque fuesse de *quota bonorum*, vt probat text. *in Leg. Cum autem, ff. de legat. 2. Leg. 1. Cod. si cert. petat.* Rodrig. Suar. *in Leg. Quoniam in prioribus, ampl.7. num.12.* D.Molina *lib.1. cap.10. num.9.* vbi Add. altèr Molin. *tract.2. disp.640. num.4. loquat* no solo tiene lugar *iure communi*, sino tambien atenta la *Ley 21. de Toro*, idem Molina *dict.cap.10. num.14.* vers. *Ex eisdem*, Castill. *tom.6. cap.161. num.29.*

46 Dicha Doña Francisca como tal heredera, tuvo obligacion à pagar à los acrehedores, y legatarios, sin poder deducir cosa alguna de los legados, à no ser que la herencia *foret non solvendo*, para cuya defalcacion, y paga no integra de los legados, y deduccion de las deudas, debiò hazer inventario de ellos, y no le haziendo *solidum solvere debet, & hæreditas solvendo esse præsumitur*, D.Molin. *lib.4. cap.1. num.24.* Fusar. *de Substit. quæst.557. numer.20.* D.Olea *de Cess. iur. tit.4. quæst.3. num.20.* D. Castill. *de Aliment. capit. 30. numer.10. ex Leg. fin. §. cum igitur, Cod. de iur. deliber. Leg.5. & 10. tit.6. part.6.* Giurb. *ad Messan. cap.9. gloss.5. part.1. num.27.* Lo qual tiene lugar *etiam* en aquellos Tribunales, en que *facti attentate verita proceditur, nisi liquido constitisset per partis adversæ confessionem tot bona, & nulla alia in hæreditate fuisse.* Gratian. *tom.1. cap.34. numer.20.* Castill. *dict.cap.30. num.51. & 52.* Giurb. *dict. tractat. ad Messan. cap.9. gloss.5. num.33.*

47 De suerte, que Doña Francisca Suarez no aviendo hecho inventario de los bienes de su hermano, debiò pagar qualesquiera deudas, y legados que Don Antonio huviesse dexado, sin poder deducir cosa alguna del prelegado, que hizo à favor de la Casa de Lagariños, por presumirse la herencia suficiente para la paga de dichas deudas, y aver pagado

UVA. BHSC. SC 12847

Doña Franciſca como heredera, y no como legataria ; de ſuerte, que todo lo que huviere pagado por razon de dote à Doña Beatriz Gallo, el funeral, y la prorrata que la correſpondia en la Capilla de Chantada, ſe entiende pagado de el caudal de la herencia, y por Doña Franciſca como heredera, pero no debe ſalir del legado, que à el Mayorazgo de Lagariños ſe avia adquirido, y de los que avia heredado de Alonſo Suarez.

48 Ademàs, que todo lo que pagò Doña Franciſca Suarez, por dote de Doña Beatriz Gallo, fueron 20ų. reales, como conſta del teſtamento de Don Franciſco de Vibero del año de 649. y Concordia del año de 652. y à no ſer los mil ducados de Don Gabriel de Alarcòn, no conſta liquidamente, què cantidades percibiò D. Antonio Suarez con dicha Doña Beatriz Gallo, y ſolo reſulta aver pagado Doña Franciſca Suarez 20ų825. rs. en q̃ ſe incluyen 11ų. de la mitad de los frutos, y ganancias pendientes por muerte de D. Antonio.

49 Y por lo tocante à la Capilla de Chantada, à cuya mitad eſtava obligado Don Antonio Suarez por eſcriptura de 18. de Junio de 627. reſulta, que ſu Edificio ſe concertò por Don Antonio de Vibero, num. 41. en 500. ducados poco mas, por eſcriptura de 10. de Noviembre de 669. y por otra de 30. de Marzo de 670. de que ſolo toca à los bienes de Don Antonio Suarez la mitad, ſin que los gaſtos que huvo deſde el año de 634. con Don Franciſco de Vibero, y Doña Franciſca Suarez, y con el miſmo Don Antonio de Vibero, à pedimento del Abad de Chantada, porque no cumplian con dicho reedificio, ni los gaſtos que huvo en el pleyto con el Maeſtro, por no aver Don Antonio de Vibero procurado la aſſeguracion de las contratas, puedan imputarſe al Mayorazgo; pues todos eſtos gaſtos procedieron de culpa de los poſſeedores, y no de Don Antonio Suarez, ni de Alvaro de Loſſada, y es juſto que los poſſeedores, y no el Mayorazgo, paguen la pena. *Leg. Item mella, §. ſi plures ad Leg. aq.* D. Olea *tit. 5. quæſt. 6. num. 7.*

50 En los bienes de Alvaro de Loſſada, que los dexò à Do-

UVA. BHSC. SC 12847

Doña Francisca Suarez, como poſſeedora de la Caſa de Lagariños, y en que anſimiſmo Doña Franciſca, como quien los avia de reſtituir, tuvo obligacion à hazer inventario, ò deſcripcion. *Leg. Cum oporter, §. non autem, Cod. de bon. quæ liber.* Gloſſ. *in Leg. In ratione, §. quod vulgo, ff. ad Leg. Falcid.* Molin. *lib.* 1. *cap.* 28. *à num.* 1. Peregrin. *de Fideicommiſ. artic.* 35. *num.* 25. Fuſar. *quæſt.* 512. *num.* 1. Valaſc. *conſ.* 52. *num.* 49. Caſtill. *dict. cap.* 30. *de Aliment. numer.* 53. Y aunque *ob non confectionem*, ni contra los ſucceſſores *iuratur in litem*, Molin. *dict. cap.* 28. *numer.* 5. Cancer. *tom.* 3. *Variar. cap.* 2. *num.* 77. no ſe puede dudar que Doña Franciſca Suarez, y Don Franciſco de Vibero, huvieron muchos bienes de Alvaro de Loſſada, no ſolo raizes, ſino muebles, y ſemovientes, dineros, y joyas que debieron convertir en bienes raizes: Molin. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 4. Lo qual ſe deduce de dicho teſtamento, en que Alvaro de Loſſada haze mencion tener muchas cantidades de oro, plata, cadenas de oro, y otras coſas precioſas; cuyos bienes, ò eſtàn conſumidos, ò con ſu importe ſe compraron algunos raizes por Don Franciſco, y Doña Franciſca, y como tales ſe hizieron del Mayorazgo de Alvaro de Loſſada, ad tradit. per Salgad. *in Labyrint.* 2. *part. cap.* 24.

51 Calificado que por muerte de Don Franciſco de Vibero, y Doña Franciſca Suarez, numeros 34. y 35. en el año de 657. en que ſe hizo la Concordia por los tres hermanos, no avia bienes libres deribados por Moures, y Somozas, mas que parte de la legitima de los hijos de Lope de Somoza, num. 24. y algunos que huvieſſen adquirido Don Franciſco, y Doña Franciſca, reintegrando el Vinculo de Alvaro de Loſſada: menos motivo ſe deſcubre para averlos de los que ſe deribaron à Don Franciſco de Vibero, por Baſco Lopez, y Doña Dominga de Veldedo ſus abuelos, numeros 12. y 13. pues el Vinculo de Baſco Lopez fue general, en virtud de Facultad Real, con obligacion, y conſentimiento de Don Antonio primer llamado, de agregar las legitimas de Doña Dominga de Veldedo ſu madre; cuyo gravamen fue

va-

UVA. BHSC. SC 12847

valido, diximus ex pluribus *supra num.* . Castillo *libr.* 5. *cap.* 197. *num.* 46.

52 Y pudo consentir la agregacion en perjuizio de sus hijos, y acreedores como herencia, aunque deferida no aceptada. *Leg.* 1. *§. vtrum, ff. si quis in fraud. patr.* D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 3. *num.* 14. plenè Salgad. *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 16. *num.* 25. Flores de Men. ad Gam. *decis.* 219. Gracia-no *tom.* 2. *cap.* 271. Castill. *tom.* 6. *cap.* 112. *num.* 50. impro-bado comunmente Carleb. *tit.* 3. *disp.* 25. *num.* 19. Y quan-do los hijos en el exceſſo del tercio, y quinto pudieran im-pugnar el conſentimiento, es derecho eſte tan perſonal, que no es tranſcendental à ningun hermano, ni à otro que de-riue derecho de èl, Add. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 7. verſ. *Limitatur ſecundò in tertio habente cauſam à filio nam licèt filius poſſet impugnare gravamen tertius verò non poteſt*; cu-ya reſolucion llevan anſimiſmo Gaciano *tom.* 5. *capit.* 983. *num.* 13. Molin. *lib.* 2. *cap.* 9. *numer.* 7. y no ſe deſcubre que Don Antonio de Vibero, num. 22. huvieſſe percibido dote con Doña Barbara Jordàn Gallo ſu muger.

53 Tampoco ſe puede deducir de los bienes de Baſco Lopez como libre, la cantidad que Don Antonio de Vibe-ro, num. 22. pagò como teſtamentario de ſu padre, pues to-do ſe pagò de los que quedaron por muerte de Baſco Lopez, que fueron muy quantioſos, como reſulta del inventario hecho en Mexico, y de ſu teſtamento, y nunca Don Anto-nio de Vibero dixo pagaba con caudal proprio, ſino como heredero, y teſtamentario de ſu padre, ſin que deſpues de 100. años ſe pueda refricar ſobre el caudal con que ſe paga-ron dichos débitos, y el inventario que nuevamente ſe pre-ſentò, que tiene contra sì la preſumpcion de la tarda pro-duccion, *cap. Fraternitatis, de frig & malef.* D. Larrea *alleg.* 96. *num.* 22. Pegas *reſol. Forenſ. tom.* 2. *cap.* 19. *num.* 43. D. Creſpi *obſervat.* 23. *num.* 25. manifieſta no ſe aver pueſto en èl todos los bienes, y alhajas, que por muerte de Baſco Lo-pez quedaron, y averſe hecho ſolo *dicis gratiâ*, como no avìa otro intereſſado en ellos, que dicho Don Antonio.

Y

UVA. BHSC. SC 12847

54 Y aunque para los 4ß. ducados de Don Gabriel de Alarcòn se sacò Facultad, en cuya virtud se tomaron à Censo, y si *nihil aliud foret*, si Don Antonio, ò otro successor le huviera redimido *ex pecunia propria eo animo, vt actionem adversus Maioratum acquireret*, pudiera *actione negotiorum gestorum vtilitèr experiri*, D. Salgad. *in Labyrinth. 2. part. cap. 7. num.* 11. D. Olea *de Cess. iur. tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 34. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 26. & 27. Empero la Facultad Real se pidiò, y concediò en el año de 610. con calidad expressa, de que redimidos dichos 4ß. ducados, los bienes sobre que se constituyesse avian de quedar totalmente libres de èl, obligandose como se obligò Don Antonio, à redimirle dentro de ocho años, y con efecto se redimiò de los reditos de vn Juro, que el Mayorazgo tenia en Alcabalas de Lugo, y en el año de 620. constò averse redimido con los efectos de dicho Juro; en cuya capitulacion se siguiò la doctrina del señor Molina *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 4. de que pudiendose commodamente se paguen las deudas del Mayorazgo de los frutos de èl, Fusar. *quæst.* 541. *num.* 7. Pereg. *de Fideicommiss. artic.* 35. *num.* 10. De suerte, que redimido dicho Censo, quedò el Mayorazgo libre, sin que Don Antonio de Vibero, num. 22. huviesse adquirido accion alguna contra el Mayorazgo, en aver hecho aquello, que *ex vi facultatis, & obligationis propriæ*, tenia obligacion à executar.

55 De todo lo qual manifiestamente se convence, que ni por la Casa de Vibero, Somoza, ni Lagariños, ni Tianes, se avian deribado à Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez bienes algunos libres, à no ser la corta porcion de parte de legitima de Lope de Somoza, num. 24. y que sin embargo de esto à Doña Mariana de Vibero, en la Concordia del año de 57. se le assignaron por sus derechos 12ß. ducados; en cuya assignacion no solo no fue damnificada, sino *imò potiùs* muy vtilizada, pues si se huviera hecho liquidacion, y quentas de los bienes libres, que por muerte de los padres comunes avian quedado, no la podia tocar tanta cantidad, *& consequentèr* ser sin fundamento la lesion enor-

UVA. BHSC. SC 12847

missima, que contra dicha escriptura de Concordia por Don Juan Becerra se alega.

PRETENSION SEGUNDA.

LOS VEINTE MIL DUCADOS DE LA Concordia no se deben sacar de los bienes raizes, que quedaron por muerte de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca Suarez, sino en lo que no alcançaren los de Don Antonio de Vibero, num. 41.

56 POr la sentencia de Galicia se estima, que de los bienes libres que se justificasse aver quedado por muerte de Don Francisco de Vibero, y Doña Francisca de Suarez, numeros 27. y 28. se han de sacar los 20y. ducados que à Don Alonso, y Doña Mariana se consignaron, y se ha de hazer pago de ellos à las personas que los pagaron, sobre cuyo fundamento Don Juan Becerra introduce varias pretensiones, yà por los bienes de Doña Maria de Miranda, yà para dar caudal à Don Antonio de Vibero, contra quien por Doña Maria de Miranda deduce varios derechos, todos los quales quedaràn refutados, probando Doña Antonia Francisca lo que en esta pretension se contiene.

57 En la Concordia del año de 657. declaran los tres hermanos, que su intento, y voluntad es, que los bienes raizes que por muerte de sus padres quedaron, anden juntos, vnidos, è incorporados sin disminuirse, para que cedan en mayor vtil, y aumento de la Casa, que à Don Alonso se le han de dar 8y. ducados quando tomasse estado, y vn Juro que se le consignò de presente, que porque todos los dichos bienes han de andar vnidos, è incorporados, demàs de 4y. ducados, que à Doña Maria se le consignan en el señor Don Benito de Trelles, y en el Licenciado Bartolomè Rodriguez se le han de dar otros 2y. en los seis años siguientes, con que los dos hermanos se apartan de dichas heren-

cias,

UVA. BHSC. SC 12847

cias, y quieren todos tres que todos los bienes raizes, que por muerte de sus padres quedaron conforme estàn, queden todos vnidos, è incorporados à la Casa de Lagariños, como si estuvieran especificados en sus fundaciones; con cuyo presupuesto, los dos hermanos ceden en el Mayorazgo todos sus derechos, reservando solamente el percibir las cantidades asignadas, y Don Antonio se obliga cumplir con el tenor de esta escriptura, y con su persona, y bienes, y hypoteca especial de las legitimas, de pagar las cantidades consignadas à los plazos señalados, reservando el vltimo descendiente de los tres, el nombrar persona que succeda en los bienes assi agregados.

58 En esta Concordia, aunque el fin de los tres hermanos fue vnir, agregar, è incorporar todos los bienes de sus padres en el Mayorazgo de la Casa de Lagariños, los dos reservaron el cobrar de Don Antonio, y bienes consignados, los 16ɱ. ducados; porque si bien eran interessados en el lustre, y aumento de la Casa, su derecho à ella no era tan proximo, que pudieran esperar en breve gozarla, quando estava de por medio Don Antonio de Vibero, quien por entonces se consideraria avia de tener succesion: por lo qual capitularon la paga, y reserva de los 16ɱ. ducados, pagaderos quando los dos tomassen estado, aunque con la equidad que en la Concordia se capitula, no siendo justo que por vn derecho incierto, se pribassen de dote, y alimentos competentes quando tomassen estado.

59 Pero Don Antonio de Vibero, que no solo deseava por fin principal la conservacion individua de todos los bienes raizes, que por muerte de sus padres quedaron, sino que comença va à ser vniversal succesor de todos ellos, y gozar los pingues reditos de esta Casa, no solo no reservò para sì, y cobrar de ella otros 12ɱ. ducados, como cada vno de sus hermanos lo avia hecho, sino que se obligò con su persona, y bienes pagar à sus hermanos los 16ɱ. ducados, hypotecando para mayor seguridad, los bienes cedidos. Y porque la paga con tuviesse alivio, capitulò, que los 8ɱ. de Don Alonso,

avian

UVA. BHSC. SC 12847

avian de ser quando tomasse estado, y los de Doña Mariana, en los seis años siguientes al que se casasse.

60 De este contrato, y formula de obligacion se deduce, que Don Antonio de Vibero quedò deudor à sus hermanos, y se obligò à pagarles con sus bienes proprios, y frutos de los vinculados los 16ȝ. ducados, sin que la hypoteca de los bienes cedidos, que para mayor seguridad se puso, limitasse su obligacion, ni hiziesse esta *minus* principal, y subsidiaria; de suerte, que satisfechos por Don Antonio de Vibero algunos caudales, no se pueden deducir de los bienes raizes que quedaron por muerte de los padres comunes, ni las cantidades que faltassen pagar à Doña Mariana, ni otra persona en su nombre, se deben deducir de dichos bienes, à no ser que de Don Antonio de Vibero no huviessen quedado caudales para su satisfacion, *quod ex sequentibus sua-detur.*

61 Quitadas las escrupulosidades, y formulas de derecho comun, *constans apud omnes est*, que como quiera que vno se quisiesse obligar, queda obligado, sivè à favor de ausente, sivè presente, sivè tomando en sì obligacion propria, sivè agena. *Leg.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recopilat.* D. Olea *de Cess. iur. tit.* 4. *quæst.* 9. *num.* 17. plenissimè Salgad. *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 26. *num.* 13. Gomez *Variar. tom.* 2. *cap.* 11. *numer.* 18. Gutierrez *Practicar. lib.* 3. *quæst.* 97. *numer.* 9. & *lib.* 4 *quæst.* 59. *numer.* 24. D. Vela *dis.* 27. Castill. *tom.* 6. *cap.* 150. *num.* 21.

62 Aun *iure communi*, puede vno tomar sobre si la obligacion agena, y constituirse principal deudor de ella, *Leg. Eum qui*, §. *quod exigimus*, ibi: *Nam quod ego debeo tu constituendo teneberis*, *de constit. pecun.* Cencio *de Censib. quæst.* 95. *num.* 6. Avendan. *eod. tract. cap.* 99. *num.* 10. D. Salgad. *in Labyrint.* 3. *part. cap.* 12. *num.* 24. D. Olea *tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 69. idem Salgad. 3. *part. cap.* 2. *num.* 25. Felic. *de Censib. tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 3.

63 Para reconocer la obligacion, y à lo que vno se quisso obligar, y si quiso tomar en si obligacion agena, se han

UVA. BHSC. SC 12847

de mirar las palabras de la obligacion. *Leg. fin. Cod. de pign. Leg. Stipulatus, ff. de fideiuſſ. Leg. Si quis ſtipulatus, de verbor. obligat. Leg. Qui fundum, §. fundi, de contraend. empt.* Mantic. *de Tacit. lib. 2. tit. 5. à num. 5.* D. Olea *tit. 1. quæſt. 1. num.* 68. latè Caſtill. *lib. 4. cap. 6. à num.* 11. Giurb. *ad Meſſ. cap. 5. gloſſ. 6. num.* 4. idem Caſtill. *de Vſufruct. cap. 3. num.* 41. Covarrub. *lib. 3. cap. 7. num.* 6. verſ. *Hinc, in fin.*

64 Y anſimiſmo ſe debe mirar el fin, è intencion de los contrayentes, para ſaber *quid in obligatione continetur, Leg. Vbi de reb. dub. Leg. Semper in ſtipulationibus, de regul. iur. Leg. In conventionibus, de verb. ſignific.* Mantica *lib. 2. tit. 4. num.* 2. Caſtill. *lib. 4. cap. 7. num.* 3. Salgad. *in Labyrinth. 3. part. cap.* 12. *num.* 10. & 24. ſiendo la cauſa final, la que rige, y govierna todos los contratos, y diſpoſiciones. *Leg. fin. de hæred. inſtit.* Caſtill. *lib. 6. cap.* 119. *num.* 17. & *lib. 4. cap.* 46. *num.* 23. Molina *lib. 1. cap. 5. num.* 1. Garcia *de Nobilit. in præfact. num.* 2. Mantica de *Conjectur. lib. 6. tit.* 13. *num.* 2. Gaſp. Anton. Teſaur. *quæſt.* 1. idem Mantica *de Tacit. lib. 2. tit.* 4. *num.* 60. & 65.

65 De todo el contexto de la Concordia ſe deduce, que Don Antonio obligò à ſu perſona, y bienes à la paga de dichos 16ꝓ. ducados, ſiendo aſsi que ſi la obligacion fuera reſtringida à las legitimas, no ſe huviera obligado perſonalmente, ò por lo menos ſe obligàra con dichos bienes, y no con los ſuyos, que era el modo de obligarſe como poſſeedor, y no por ſu hecho proprio. Olea *dict. quæſt.* 1. *numer.* 65. & 68. Salgad. *dict.* 3. *part. cap.* 12. *num.* 24. Cencio *quæſt.* 73. *numer.* 16. Avendañ. *dict. capit.* 99. *numer.* 10. verſ. *Erit.*

66 Sin que lo diſminuya la hypoteca de dichas legitimas, pues fue precaucion eſpecial de los dos hermanos, para la mayor ſeguridad de la deuda, por la qual no ſe diſminuyò la obligacion perſonal, y real de Don Antonio, y ſus bienes, contra cada vno de los quales, es licito à los acreedores *experiri*, Gomez *tom. 2. cap.* 11. *num.* 42. Salgad. *in Labyr. 1. part. cap.* 17. & 18. & 2. *part. cap.* 29. *numer.* 38. ſiendo

UVA. BHSC. SC 12847

siempre la hypoteca subsidiaria, y consistiendo la obligacion principal, en la personal del deudor. Covarrub. *lib.* 3. *cap.* 7. *numer.* 5. vers. *Quartò. ex Leg. Creditor, ff. si certum petat. Leg. Adversus, Cod. de act. & obligat.* Salgad. *in Labyrith.* 2. *part. cap.* 11. *num.* 82.

67 *Ulterius* la intencion de Don Antonio de Vibero, y sus hermanos fue, que todos los bienes raizes, que por muerte de sus padres quedaron, quedassen vnidos, y agregados à la Casa de Lagariños, segun, y en la forma que por su muerte avian quedado; cuya diccion *todos* como vniversal, no admite separacion, ni division de algunos, y fue lo mismo, que si todos nominatim fueran incluìdos. *Leg. Quoties, §. fin. de vsufruct. Leg. Cum virum, Cod. de Fideicommiss.* Castillo *de Vsufruct. cap.* 41. *num.* 4. Giurb. *ad Messan. cap.* 1. *gloss.* 2. *num.* 7. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 40. *numer.* 55. Y si Don Antonio de Vibero no huviera acolado en si la obligacion principal, y esta solamente avia de consistir en los bienes cedidos, nunca se podia lograr el fin de los contrayentes, de que todos los bienes raizes fuessen de Mayorazgo, y vnidos à la Casa de Lagariños por dicha Concordia; pues no solo en el caso que Don Antonio, ò no pagasse, ò no tuviesse bienes proprios, se avian de defalcar de los bienes raizes los 16ij. duçados, sino en el caso que Don Antonio voluntariamente pagasse de su dinero, ò de los frutos, avia de falcar bienes raizes hasta la concurrente cantidad, como se quiere en contrario; de lo qual no solo no se seguiria lo que los contrayentes pactaron por principal fin, sino que *potius* se seguiria efecto contrario.

68 Y si el fin del contrato interpreta, y declara la obligacion, y por evitar absurdos, se haze la interpretacion mas extensiva, y aun se improprian las palabras en los contratos. *Leg. Si ita* 39. *de oper. libert. Leg. Nam absurdum, de bon. libert.* Mantic. *de Tacit. lib.* 2. *tit.* 13. *num.* 6. Valençuel. *tom.* 2. *consil.* 169. *num.* 49. D. Castill. *tom.* 6. *cap.* 116. *num.* 11. Casanat. *cons.* 60. *num.* 30.

69 *Ne sequatur*, lo contrario que se capitulò, aun quan-

UVA. BHSC. SC 12847

quando lás palabras de la obligacion de Don Antonio no fueran tan claras, se debieran extender *vt eius obligatio foret principalis*, y la de las legitimas cedidas subsidiarias, y para el caso que Don Antonio, ò no pagasse, ò no tuviesse bienes, y no como en contrario se quiere menos principal, y no aver quedado Don Antonio, ni sus bienes obligados *principaliter*, y poder deducir de los raizes las cantidades pagadas.

70 Ni à esto se opone la reserba de los dos hermanos, de cobrar de dichas legitimás las cantidades asignadas, pues *vt dicebamus* fue esto precaucion, para que su credito siempre estuviesse seguro, y en el caso que ò Don Antonio no pagasse, ò no tuviesse bienes; pues aunque capitularon la indivision de los bienes, fue con la obligacion respectiva à la paga de los 16ꝝ. ducados, cuya reserva no se oponia directamente, y en todo caso à la indivision, y vnion de todos los bienes raizes, sino solamente para el (que no se esperava) de no pagar Don Antonio: pero el ser la obligacion de este menos principal, y poder deducir èl, sus herederos, ò acreedores posteriores de los bienes raizes de sus padres, las cantidades que à sus hermanos pagasse, es tan contradictoriamente opuesto à la indivision, y vnion que de todos los bienes se capitulò, que no puede discurrirse caso, que por la Concordia sin voluntad nueva de Don Antonio, todos los bienes raizes de sus padres queden vinculados, y por del Mayorazgo de la Casa de Lagariños.

71 *Ulterius probatur assumptum*, en esta herencia además de los bienes muebles, plata, y alhajas, que por muerte de los padres comunes quedaron, y aunque no del inventario de Doña Francisca, resulta de lo que Don Juan Becerra alegò en el pleyto con Don Francisco de Alvarado, y de cuyos bienes se apoderò Don Antonio, ò para deudas, ò para otros efectos, avia bienes raizes, el Juro de Llerena de 4ꝝ. ducados, y los dos de Don Benito de Trelles, y Bartolomè Tizòn, que componian otros 4ꝝ. en la Concordia aplicaron desde entonces à Don Alonso el Juro

de

UVA. BHSC. SC 12847

de Llerena, y à Doña Mariana los dos efectos de los 4ɱ. ducados, todos los bienes raizes vnieron al Mayorazgo de Lagariños, Don Antonio se obligò pagar à Don Alonso sus 8ɱ. ducados en dinero quando tomasse estado, y à Doña Mariana sus 8ɱ. en los seis años siguientes al en que le tomasse, si es que quisieran que Don Antonio lo que pagasse, lo deduxesse de los bienes raizes, los dos hermanos huvieran capitulado, que como se les diò en contado el Juro, y efectos, se les huviessen entregado bienes raizes equivalentes à la satisfacion de su importe; pues tenian mas conveniencia en tenerle en bienes raizes fructiferos, que contentandose con vna dilacion de paga, poder Don Antonio dexarlos libremente à sus hijos, ò mandarlo à estraños, *ad quid* ni mas, ni menos conceder à Don Antonio los seis años siguientes al casamiento de Doña Mariana, sino atendiendo, à que podia Don Antonio con los frutos de sus Mayorazgos, y sus adquisiciones, pagar las cantidades que se avia obligado, tenian los dos hermanos esperança, que sus descendientes en defecto de los de Don Antonio, podian *iure Maioratus* ocupar todos los bienes raizes, que por muerte de sus padres quedaron.

72 Todo lo qual se frustrava, y con efecto se frustra, en el caso que sucediò, si Don Antonio pagando à sus hermanos, puede deducir de los bienes raizes la cantidad que satisfaciesse, y lo mismo si de sus bienes no se sacasse lo necessario para el cumplimiento de esta obligacion, *ne ergo hoc absurdum sequatur*, parece se deduce aver sido la obligacion de Don Antonio la principal, y ser de su obligacion la satisfacion, sin poderlo deducir de los bienes raizes.

73 A lo referido se oponen dos consideraciones, la primera, que parece duro que no solo Don Antonio de Vibero no saque para si precipuamente 12ɱ. ducados, sino que se obligue por su hecho proprio à la paga de 16ɱ. para que queden todos los bienes raizes por de Mayorazgo, tomando en si obligacion que no le incumbia, no siendo presumible, que de suerte tomasse la obligacion de los bienes en si, que con-

UVA. BHSC. SC 12847

contra ellos no tuvieſſe regreſſo, quando en las obligaciones por mas amplas que ſean, las perſonas, ò bienes que no perciben el emolumento del contrato, ſe conſideran reſpecto de las perſonas, ò bienes que percibieron el emolumento, fiadores, y no principales, y *poſſunt vtilitèr experiri* contra aquellos que percibieron la vtilidad. Noguerol *allegat.* 11. *num.* 45. Leotard. *de Vſur. queſt.* 94. *num.* 71. D. Olea *tit.* 5. *queſt.* 3. *num.* 2. & 4. *qui dat plures.*

74 La ſegunda, que Don Antonio ſe obligò ademàs de los 16ȝ. ducados, pagar al ſeñor Don Alonſo 400. ducados en cada vn año, y à Doña Mariana de Viberò 200. cuyo importe ſon los reditos de los 16ȝ. ducados, y correſpondientes à los fruros que Don Antonio avia de percibir: y yà que eſtas cantidades huvieſſe de pagar Don Antonio por ſu hecho proprio, es duro el que en la miſma conformidad huvieſſe de pagar los 16ȝ. ſin poderlos deducir de los bienes de las legitimas, à cuyas objecciones *reſpondetur.*

75 *Primæ*, que en nueſtro caſo, aunque Don Antonio tomò en ſi la obligacion, fue vtilizado en ella, y eſte tomarla en ſi para que todos los bienes quedaſſen vnidos, fue parte, y porcion de la contrata que hizieron los dos hermanos; pues Don Antonio ſe librò de vn pleyto que le amenazaba, ſemejante al que ſe litiga; y aunque deſpues de todos ſus lances no lograſſen ſus hermanos mas, que la porcion que les conſignò, avia de ſer en bienes raizes, de que perpetuamente avia de eſtàr la Caſa de Lagariños deſpoſſeìda, y con dicha Concordia logrò Don Antonio, no ſolo librarſe de dichos pleytos, ſino el conſervar en ſi todos los dichos bienes raizes.

76 *Ulterius* ninguno era mas intereſſado en la conſervacion individua de la Caſa, que dicho Don Antonio, como quien de preſente la poſſeìa, y en que aſsi individua ſe deribaſſe à ſus deſcendientes *ordine ſucceſsivo*, ſin padecer la declinacion de dividirſe, y ſepararſe entre herederos; y como eſto no podia ſer ſi Don Antonio no tomara en ſi la con-

 ſig—

UVA. BHSC. SC 12847

signacion de sus hermanos, y pudiera repetir las cantidades que huviesse satisfecho, *inde est* que como interessado tanto en la vnion de los bienes, y como tanto la amò, tomò en si la obligacion principal, y la de liberar los bienes de la consignacion, para que quedassen individuos, y vnidos en dicha Casa.

77 Y las doctrinas que *suprà* propusimos se entienden, quando en los contrayentes no ay interès, ni afecto à tomar en si la obligacion principal absoluta, sino solo en lo que fuesse necessario para la satisfacion del acreedor; pero quando de los contratos se deduce, que el que acolò en si la obligacion, quiso liberar al correo, *tunc* no pueden proceder las doctrinas referidas, pues entonces el que acola en si la obligacion, transfunde la del otro en si totalmente, sin regresso contra èl, conducit Luc. *de Vsur. disc.* 20. *num.* 13.

78 *Ulterius* los dos hermanos *ideò* se contentaron con la porcion assignada en dinero, abdicando de si el derecho à los raizes, porque con la vnion individua podian ellos, ò sus descendientes gozarlos todos sin separacion alguna, y como esto no podia ser si la obligacion principal no fuera de Don Antonio, y este pudiera deducir lo que pagasse de dicha consignacion; *inde est* que esta acolacion de Don Antonio, como principal para la liberacion de los bienes, fue parte, y porcion del contrato que hizieron sus hermanos: en cuyo perjuizio, y de los llamados à dicho Vinculo, *nihil potuit moliri* Don Antonio. *Leg. Fundi patrem, ff. de contr. empt.*

79 *Quod suadetur* pues por vno de los capitulos de la Concordia se previene, que en todos los bienes raizes que por muerte de sus padres quedaron, y agregaban à la Casa de Lagariños, el vltimo descendiente de los tres pudiesse nombrar successor, que fuesse del Linage de dicha Casa, que succediesse en todos los dichos bienes; cuya prevencion fuera invtil si Don Antonio pudiera deducir de los bienes, todas las cantidades que pagasse por razon de dichas legitimas; pues siendo dichos bienes libres, y passando à acreedores, y estraños, no podia deribarse por via de Mayorazgo al

vlti-

UVA. BHSC. SC 12847

vltimo descendiente de los tres hermanos, para què pudiesse eligir successor, en conformidad de dicho capitulo, de el qual se infiere, que Don Antonio tomò la obligacion en si de pagar dichas cantidades, como medio preciso para conseguir el fin que se pactò. *Leg. 2. de Iurisdict. omn. Iudic. Leg. Oratio de sponsi.* D. Salgad. *de Reg. 4. part. capit. 9. à num. 27.*

80 *Secundæ dubitationi respondetur*, que aunque Don Antonio se obligò à pagar à Don Alonso 400. ducados, y à su hermana 200. ò como reditos de las cantidades consignadas, ò como alimentos necessarios para la decencia de los referidos, no se opone el que en si huviesse tomado la obligacion de la paga de los 16ų. para què todos los bienes quedassen individuos en lustre, y acrecentamiento de la Casa, para cuya mas facil satisfacion, y sin detrimento de los bienes, y con los frutos de los Mayorazgos, pudiesse pagar las dichas cantidades à sus hermanos, lo que no solo no destruye el concepto que llevamos propuesto, sino que *imò potiùs* se comprueba.

81 De lo referido se deduce, que todas las cantidades que D. Antonio en vida pagò à sus hermanos, no se deben de falcar de los bienes raizes que quedaron incluìdos en la Concordia de dicho año de 57. pues por esta paga Don Antonio se librò de la obligacion que tenia contrahida, los hermanos percibieron lo que se les debia, y el Mayorazgo se librò de la obligacion subsidiaria à que estaba afecto, y de que Don Antonio debia sacarle, *princip. instit. quib. mod. tol. obligat.* aunque Don Antonio huviesse pagado con dineros agenos, y el dueño del dinero tuviesse accion contra èl, no la tiene contra aquel que recibiò lo que se le debia, y por quien se lo debia. *Leg. Si alieni 78. ff. de solut. Leg. Nam & si 13. de reb. credit. Leg. 8. Cod. de posit.* Surd. *consil. 4. num.* 10. Gratian. *tom. 4. cap. 649. num. 7. & 8.* D. Salgad. *in Labyrinth. 1. part. cap.* 10. *num. 70.* Far. ad Covarrub. *lib. 3. cap. 19. numer. 41. vers. Sed si maritus. Vbi asserit quod quando maritus* pagò à acreedores que tenia anteriores al matrimonio *ex bo-*

nis

UVA. BHSC. SC 12847

nis superluer atis, & si no dexe bienes con que satisfacer à la muger otra tanta cantidad, no tiene regresso, ni derecho para pedirles cantidad alguna, porque los acreedores recibieron lo que se les debia, aunque si el marido dexasse bienes bastantes, se le debe imputar esta paga en sus ganancias. Ayor. *de Part. 1. part. cap. 7. num. 3.* Gomez *in Leg. 60. Taur. in princip.*

82 Deducese ansimismo, que lo que Don Alonso de Vibero perdonò à su hermano Don Antonio, no se puede deducir de los dichos bienes, pues por esta acceptilacion no solo se librò Don Antonio de la obligacion, sino que como pagando no tuviera regresso à los bienes, *multò minus* avriendose librado *per pactum, & acceptilationem. Leg. 3. §. nunc de liberat. legat.* Barbos. *in Leg. Qua dotis 34. ff. solut. matrimon. num. 5.* Casanat. *consil. 11. num. 5. & consil. 12. num. 8. & 9.* D. Olea *tit. 5. quæst. 7. num. 13. in med.*

83 Y en la acceptilacion procede en tanto la liberacion, que aunque pagando Don Antonio pudiera tener regresso *actione negotiorum gestorum*, para cobrar de aquel deudor, que percibiò el emolumento del contrato, *secus est* quando huvo acceptilacion *ex causa gratuita, & non onerosa. Leg. Si vero 12. ff. mandat.* Casanat. *consil. 12. num. 10.* Mayormente quando la remission que Don Alonso de Vibero hizo à su hermano, fue en contemplacion, y atendiendo à la conservacion de su Casa, y que los bienes se mantuviessen en ellos individuos, que fue lo que le moviò à la Concordia del año de 1657.

84 Con lo qual se satisface à lo que se dize, con Olea *tit. 4. quæst. 1. num. 34.* Salgad. *in Labyrinth. 2. part. capit. 7. num. 49.* de que el posseedor del Mayorazgo, que redime vn Censo, ò deuda de él, tiene regresso contra sus bienes para la repeticion de lo que por èl pagò; pues esto no tiene lugar, ò quando el principal obligado es el mismo posseedor por su hecho proprio, ò quando no declarò, ni protextò de que *eo animo* pagava la deuda, *vt acquireret actionem adversus Maioratum*, pues entonces *præsumitur id fecisse non ani-*

UVA. BHSC. SC 12847

animo acquirendi, sed animo liberandi Maioratum. D. Olea *dict. num.* 34. vers. *Sed ne fortè*; en donde pone la diferencia entre el estraño que paga, y entre el posseedor de el Mayorazgo.

85 Deducese ansimismo, de ser la obligacion de Don Antonio la principal, y la del Mayorazgo subsidiaria, que todo lo que faltasse de pagar del importe de la Concordia, ha de salir de los bienes de dicho Don Antonio, con prelacion à los derechos de Doña Maria de Miranda; pues teniendo estos la prelacion desde el tiempo que se casò, que fue en el año de 664. y la deuda de la capitulacion desde el año de 657. son preferidos los de dichos capitulos, à los de Doña Maria de Miranda, *ex regula qui prior est tempore potior est iure*, de qua latè Rodrig. *de Concurs.* 2 *part. artic.* 1. *à num.* 1. Mantic. *de Tacit. lib.* 11. *tit.* 20. y aunque la segunda obligacion tuviesse hypoteca especial. *Leg. Qui generaliter, ff. qui potior, Leg.* 33. *titul.* 13. *partit.* 5. Rodrig. *dict. artic.* 1. *num.* 23.

86 Como asimismo no poder sacarse por bienes de Don Diego de Miranda, las cantidades que despues de la muerte de Don Antonio se pagaron à Doña Luisa de Sobremonte, y Don Gregorio de Abuin su poder habiente; la razon es, porque este importe se pagò de lo que huvo de aver Don Antonio, de lo procedido de los Juros que tenia en la Ciudad de Orense, y para el resto avia puesto Don Antonio en poder de Don Gregorio, 457. onças de plata, vna joya de oro, y vn aderezo de perlas, que recogiò Don Diego de Miranda, y despues este, y su tia partieron la plata, y los demàs bienes, que por muerte de Don Antonio quedaron; cuyas alhajas superaron, lo que se pagò por Don Antonio de Vibero à Don Gregorio de Abuin, y debe Don Juan Becerra imputar en este importe.

87 Ni es de momento el dezir, que Don Diego de Miranda no fue heredero de Doña Maria de Miranda, y que como tal no està obligado à imputar lo que Doña Maria percibiò de los bienes de Don Antonio de Vibero, pues Don

UVA. BHSC. SC 12847

Diego fue cessionario vniversal de su tia, quien solamente reservò vna corta porcion para disponer, y como tal està obligado à todas sus deudas anteriores, *& à creditoribus potest conveniri.* Gutierrez *Practicar. libr.* 2. *quæst.* 58. *numer.* 6. Giurb. *decis.* 62. *num.* 33 Olea *tit.* 3. *quæst.* 9. *num.* 16. Ademàs, que *hic non agitur* de convenir à Don Juan Becerra, sino de oponerle por excepcion esta imputacion, y es proposicion inconcusa, que la excepcion de compensacion que al acreedor se puede oponer, se puede poner tambien à su cessionario, aunque la cesion aya sido *ex causa onerosa*, latissimè D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 11. *num.* 22. *ad* 28. Giurb. *ad Mess.* 1. *part. cap.* 9. *gloss.* 9. *num.* 10. De suerte, que Don Juan Becerra no puede como cessionario de Doña Maria de Miranda, pedir sus derechos, y no imputar en ellos todas aquellas cantidades, y deducciones, que Doña Maria de Miranda debiera imputar.

88 A lo referido *maximè* se opone la siguiente consideracion: De todos los bienes que desde que D. Antonio se casò con Doña Maria de Miranda se adquirieron, y por su muerte se hallan existentes, se adquiriò la mitad *ipso iure* à Doña Maria, *Leg.* 2. *tit.* 9. *libr.* 5. *Recopilat.* D. Olea *titul.* 4. *quæst.* 8. *num.* 18. Giurb. *ad Messan.* 1. *part. cap.* 1. *gloss.* 5. *num.* 10. Far. ad Covarrub. *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 8. sin mas obligacion, que la paga de las deudas que en aquel matrimonio se contragessen, y sin tener obligacion à pagar los acreedores anteriores de su marido, *Leg.* 9. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recopil.* Faria *dict. cap.* 19. *num.* 30. cuya mitad de bienes de la muger, no puede estàr sugeta à dichas deudas anteriores, porque no siendo los bienes del marido, no puede la hypoteca general de bienes futuros comprehenderlos. Ayor. *de Part.* 3. *part. quæst.* 13. *num.* 48. plenissimè Faria *dict. cap.* 19. *à numer.* 28. Luego la mitad de los bienes que quedaron por muerte de Don Antonio, cuyo dominio en Doña Maria se transfiriò, no pueden estàr sugetos à la deuda de la Concordia, aunque esta huviesse precedido al matrimonio, y de la otra mitad se debe reintegrar Doña Maria de las cantidades que Don An-

UVA. BHSC. SC 12847

tonio pagò à Don Alonso de Vibero, cuya mitad se debe adjudicar à Doña Maria, aplicando lo pagado al caudal de Don Antonio. Faria *dict. cap.* 19. *num.* 41.

89 *Huic difficultati respondetur, primò*, que segun lo que Don Juan Becerra articulò, y deduxo en el pleyto con Don Francisco de Alvarado, Don Antonio de Vibero por muerte de sus padres llevò à su poder mucha cantidad de plata, joyas, y alhajas de mucho precio, y valor, que dicho Don Juan Becerra expressò, y se contienen *Piez.* 11. *fol.* 651. cuyos bienes no pueden ser gananciales, sino capital de dicho Don Antonio, y que se deben sacar precipuos para el referido, y sus acreedores anteriores; de cuya plata es parte la que se puso en poder de Don Gregorio de Abuin, y recogieron Don Diego, y Doña Maria de Miranda, de suerte, que en ella no tenia Doña Maria dominio alguno, ni podia impedir el derecho de acreedor anterior.

90 Y aunque no consta que la plata que en poder de Abuin estaba, fuesse la misma que por muerte de sus padres heredò Don Antonio, y es la presumpcion, que todos los bienes se presumen gananciales, *nisi aliter probetur*; empero constando por la confesion de Don Juan Becerra, que Don Antonio tenia esta cantidad de plata deribada de su padre, y no constando de nuevas adquisiciones, se presume, que la plata que diò en empeño, es la misma que de su padre heredò: optimè Surd. *decis.* 15. *num.* 10. & melius Capic. Latro *consil.* 63. *num.* 49. & 50. *Qui in fortioribus terminis asserunt quod omnia bona, quæ filij possident præsumitur obvenisse à patre nisi constiterit aliunde filium adquisivisse; igitur* no constando de la adquisicion de la plata, y deduciendose aver heredado mucha mayor porcion de sus padres, *præsumitur* ser esta misma la empeñada, & *consequenter* propria de Don Antonio, sugeta à sus acreedores sin que Doña Maria de Miranda tuviesse dominio en ella.

91 *Secundò respondetur*, que aunque se admita la opinion de Faria, à que parece se opone la *Ley* 33. *tit.* 13. *part.* 5. en que entre dote de primera, y segunda muger, la prela-

UVA. BHSC. SC 12847

cion à la primera, como de hypoteca anterior, siendo como es la dote de mas privilegio, que las ganancias. Gutierrez *de Iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 46. *num.* 6. Garcia *de Expens. cap.* 13. *num.* 22. Flores de Mena *Variar. quæst.* 6. *numer.* 3. Rodrig. *de Concurs.* 1. *part. artic.* 1. *num.* 90. & 166. *adhuc* la opinion de Faria no puede militar en el caso presente.

92 La razon es, porque por la escriptura de Concordia del año de 657. Don Antonio de Vibero no solo obligò su persona, sino sus bienes presentes, y futuros, y los cedidos por sus hermanos, sino tambien los frutos de los Mayorazgos, como incluìdos en la hypoteca general, *Leg. Quamvis, Cod. in quib. caus. pign. Leg.* 7. *ff. eod.* Merlin. *de Pign. lib.* 2. *quæst.* 53. *à num.* 1. Rodrig. *de Concurs.* 1. *part. artic.* 8. *num.* 24. à cuya hypoteca no se pudo perjudicar por el contrato matrimonial, hecho en el año de 664. *Leg. Debitorem, Cod. de pact.* Salgad. *in Labyrint.* 3. *part. cap.* 13. *num.* 12. Valer. *tit.* 5. *quæst.* 8. *num.* 11. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 40. *numer.* 19.

93 Don Antonio de Vibero no se descubre que huviesse tenido mas bienes que llevar al matrimonio, que los hypotecados en la escriptura del año de 657. cuya hypoteca, y liberacion del Mayorazgo fue parte, y porcion del contrato, ni tampoco se descubre, que huviesse tenido negociacion alguna, de que pudiesse adquirir los cortos bienes que dexò, que de los frutos, y rentas de su Mayorazgo, baxadas aquellas porciones que para el lustre, y decencia de su familia necesitò, de suerte, que se deduce que sus cortas compras procedieron de dichos frutos, y no de comercios, negociaciones, ni grangerias, y no pudiendo negarse, que si estos frutos se hallassen existentes, por mas que la *Ley* 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recopilat.* diesse el dominio de la mitad à la muger, avia de ser con la carga, è hypoteca que en si tienen, sin que esta adquisicion legal, quite la hypoteca que se contiene de anteriormente contrahida, como carga real de los mismos bienes, prebia à la adquisicion, *arg. Leg. fin.* §. *fin. cum leg.* 11. *ff. de reb. cor.* & tradit. per Olea *tit.* 21. *quæst.* 2. *à numer.* 1. D.

Vela

UVA. BHSC. SC 12847

Vela *dissert.* 37. *num.* 34. *sic similitèr* comprados bienes de estos frutos, aunque el dominio *pro dimidia* se adquiera à la muger, ha de ser con la misma obligacion, y carga que tenian los frutos de que se produxeron.

94 *Ratio rationis est*, porque aunque los frutos consumidos *cessat hypoteca*, *Leg.* 1. §. *eum prædium*, *ff. de pignor.* Merlin. *lib.* 2. *quæst.* 53. *num.* 22. Rodrig. *dict. artic.* 8. *num.* 29. y aunque *prædium emptum ex pecunia pignorata non est pignoratum*, *dict. Leg. Quamvis*, *Cod. in quib. caus. pignor.* Merlin. *dict. lib.* 3. *quæst.* 23. *num.* 4. como *ex pecunia aliena emptum prædium non fit eius cuius erat pecunia*; *tamen hoc fallit*, *primò*, *in subsidium*, *& quando debitor aliàs est non solvendo*, *nam tunc agi potest adversus eam rem*, Hermosill. *in Leg.* 49. *gloss.* 1. *num.* 5. *& Leg.* 54. *gloss.* 5. *num.* 23. *tit.* 5. Gait. *de Credit. cap.* 4. *num.* 1394. *Secundò fallit*, quando ay destinacion tacita, ò expressa, ex traditis à Salgad. *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 24. *à num.* 53. en cuyos casos *res empta ex pecunia alicuius eius fit*, sinque sea justo *quem cum alterius iactura locuplectari. Leg. Nam hoc natura* 14. *de cond. indeb.*

95 No ay duda que para el reintegro de lo que Don Antonio de Vibero se obligò por la escriptura del año de 57. y liberar el Mayorazgo de la obligacion subsidiaria, no ay otros bienes, que algunos de D. Antonio de Vibero, y que los frutos de sus Mayorazgos, los quales *tacitè*, *& ex voluntate contrahentium*, estaban destinados para la paga de estos creditos, à que no puede, ni se entiende perjudicar la disposicion legal de la adquisicion de los bienes constante matrimonio, *igitur* en los bienes redactos, *ex his fructibus* compite al Mayorazgo accion hypotecaria directa, ò subsidiaria, para que quando quiera que la Ley defiera el dominio de la mitad de los bienes à la muger, sea sin perjuizio de las hypotecas, y derechos que el Mayorazgo tenia contra los frutos de dichos bienes, *ad quod maximè conducit*, la equidad de la *Ley Si me*, *& Ticium* 32. *de reb. credit.*

96 Y el caso en que habla Faria *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 23. como se colige de su hypotesi, es quando la dote de la pri-

UVA. BHSC. SC 12847

mera muger, al tiempo del segundo matrimonio, estaba totalmente consumida, y las ganancias del segundo matrimonio, ò procedieron de la dote de la segunda muger, ò de propria industria del marido, *& repetit numer.* 33. *quo casu* como la adquisicion de los bienes no proviene de cosa afecta à la primera dote, tampoco el dominio que à la muger dà la Ley, và afecto à aquella obligacion, ni hypoteca, y milita la equidad contraria à favor del dominio de la segunda muger, lo que no sucede en nuestro caso, en que todo lo super lucrado procede de frutos afectos, y destinados para la liberacion del Mayorazgo; y à esta distincion se debe reducir lo que dize Rodrig. *de Concurs.* 1. *part. artic.* 1. *num.* 17. *Ex quibus deducitur*, que lo que se restare debiendo de la obligacion del año de 57. se ha de pagar de los bienes que quedaron por muerte de Don Antonio, yà capitales, yà adquiridos, sin que de los bienes raizes, que por muerte de sus padres quedaron, se deba pagar mas que lo que hecho este computo faltasse para la satisfacion.

PRETENSION TERCERA.

FUNDASE EL TRUEQUE DE DOTES DE Doña Maria de Miranda, y Doña Mariana de Vibero.

97 DOña Francisca de Zuñiga, numer. 27. en su testamento encarga à Don Antonio de Vibero case à su hermana Doña Mariana con trueque, dotandola conforme à su calidad; pero Don Antonio de Miranda casò à su hermana Doña Mariana, con Don Antonio de Miranda Ossorio, en el año de 661. à la qual dotò en 12ỹ. ducados; y en el de 64. con la ocasion de averse prometido otros 12ỹ. à Doña Maria de Miranda, para el matrimonio con Don Antonio de Vibero, y porque cada vno gozasse los 12ỹ. ducados en su casa, y no fuesse necessario permutarse bienes, se otorgò escriptura entre Don An-

UVA. BHSC. SC 12847

Antonio de Miranda, Doña Mariana de Vibero, y Don Antonio de Vibero, en que capitulan trueque de dotes, obligandose Don Antonio de Miranda con sus bienes, pagar los 12ȳ. ducados à Doña Mariana, y Don Antonio de Vibero se obliga pagar con los suyos sus 12ȳ. à Doña Maria de Miranda, cuyo trueque assegurò Don Antonio de Vibero por otra escriptura del año de 82.

98 En 17. de Febrero de 92. Doña Maria de Miranda, viuda de Don Antonio de Vibero, acudiò à la Audiencia de Galicia, y puso demanda à su hermano por los 12ȳ. ducados que se le avian ofrecido en los capitulos matrimoniales. Y en 17. de Febrero de 93. acudiò segunda vez à la Audiencia, y se le mandò despachar Provision para citar à Don Antonio, y Don Diego de Miranda su hermano, y sobrino; en cuyo estado en 18. de Abril de 93. Doña Maria de Miranda se ajustò con Don Diego de Miranda su sobrino, cediendole todos sus bienes dotales, hereditarios, y gananciales con diferentes condiciones, reservando para sì algunas cantidades para testar, y apartandose de todos los pleytos que sobre esto avia, la qual aprobò por su testamento de 25. de Mayo del mismo año.

99 En 2. de Septiembre de 694. Don Diego de Miranda, posseedor de la Casa de Lagariños, mayor de 25. años, y casado, como heredero, y cessionario de Doña Maria de Miranda su tia, como heredero de Doña Mariana de Vibero su madre, y que pretendia la dote, y legitimas de su tia, contra Don Antonio de Miranda su padre, y Antonio Garcia de la Rocha, posseedor de parte de sus bienes, y que ellos excepcionaban el trueque de dotes referido; entre otras cosas otorgò escriptura de Concordia, en que se contenta por Doña Maria de Miranda su tia con los 12ȳ. ducados de la Casa de Lagarinos, y aprueba el trueque hecho entre Don Antonio de Vibero, y Don Antonio de Miranda capitulò ansimismo la cobrança de lo que le tocava por Doña Mariana de Vibero su madre, y se obligò à pagar à Don Diego Antonio Garcia de la Rocha 19ȳ710. reales, los que cobrò despues de la muerte

de

UVA. BHSC. SC 12847

de Don Diego Don Juan Becerra, como curador de Don Pedro Miguel de Miranda, cuyo derecho oy representa.

100 Esta concordia, y trueque de dotes impugna Don Juan Becerra, y se estimò por la Audiencia de Galicia esta impugnacion, y Doña Antonia Francisca de Miranda pretende la subsistencia de dicho trueque de dotes, y escriptura de Concordia. *Primò*, porque aunque no intervino Doña Maria de Miranda en la escriptura de 5. de Abril de 664. en que se pactò el trueque de dotes, y Don Antonio de Vibero no pudiesse enagenar los bienes dotales, *Leg.* 1. *de fund. dot.* Valer. *de Trans. tit.* 4. *quæst.* 2. *num.* 67. Giurb. *ad Cons. Messan. cap.* 14. *gloss.* 1. Hermos. *in Leg.* 21 *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 5. empero puede el marido permutar la dote, y el fundo dotal, quando de la permuta no se sigue daño, antes bien *qualis qualis utilitas mulieri, Leg. ita constante* 26. *de iur. dot. vbi asseritur quod valet permutatio dotis, sivè pecuniæ in rem, sivè ex re pecuniæ,* Anton. Gom. *in Leg.* 40. *Taur. num.* 82. Giurb. *ad Messan. cap.* 14. *gloss.* 5. *num.* 29.

101 La razon es, porque *licèt regulariter prohibitus alienare, & permutare prohibetur, Leg. fin. Cod. de reb. alien. non alien.* empero quando *ideo alienatio prohibetur ne ius alicuius deminuatur*, no està prohibida la permuta de cosa no perjudicial, por subrogarse lo permutado, y hazerse de la naturaleza de lo que se diò, *ideòque favorabilis dicitur permutatio, Leg.* 1. *de rer. permut. cap. venerabilis de except.* Mantic. *de Tacit. lib.* 25. *tit.* 1. *à num.* 13. *& seqq.* y assi no aviendo sido perjudicial à Doña Maria de Miranda la permuta de dotes, por quedàrle su derecho ileso en los bienes de Doña Mariana de Vibero, parece, que sin embargo de la prohibicion de la *Ley Julia*, aunque el marido no pudiesse vender la dote de Doña Maria, pudo, empero permutarla por otra de igual calidad.

102 Y aunque esta *Ley Ita constante*, dizen algunos Autores procedia *iure communi, ff.* en que *muliere consentiente* se permitia la enagenacion del fundo dotal, no empero puede proceder *iure Cod.* en que *nec ea volente permittitur*

alie-

UVA. BHSC. SC 12847

alienatio, *Leg. Vnic. §. cum lex*, *Cod. de rei vxor. act.* y para que subsista *iure Canonico* es necessario juramento, *cap. Cum contigungat de iur. iur.* empero como esta prohibicion *iure*, *Cod.* es *nefragitilitate sua vxor. in immopiam deducatur*, faltando esta razon en la permuta por la subrogacion de la cosa permutada, cessa la prohibicion, y no se entiende en la permuta corregida la *Ley Ita constante*, Barbos. *ff. solut. matr. Leg.* 1. 5. *part. num.* 7. y aunque en el *num.* 9. impugna à Bald. que dixo basta va, que la dote no se hiziesse deterior para la validacion de la permuta, sin ser necessaria vtilidad, *nihil nobis obstat*, por no se poder dudar, que estando como estàn muchos bienes enagenados de Don Antonio de Miranda, era mas vtil à Doña Maria la dote en la Casa de Lagariños, que en la de Miranda.

103 Y aunque el mismo Barbos. *num.* 6. quiere proceda la *Ley Ita constante quando mulier non est in vita*, en nuestro caso *non potest dici in vita* Doña Maria de Miranda, que tuvo noticia de las escripturas, sin reclamar no solo no desistiendo, pero *tacitè* assintiendo, *Leg.* 2. *§. voluntatem*, *ff. solut. matrim.* conducit ibi Petr. Barbos. *num.* 29.

104 *Secundò*, quando dichas escripturas de permuta no fueran subsistentes por defecto del consentimiento de Doña Maria de Miranda, queda sin duda valida la permuta para la Concordia otorgada entre Don Diego, cessonario vniversal de Doña Maria, y Don Antonio de Miranda su padre, en que por capitulo especial, aprobaron la permuta de dotes, siendo como es indisputable, que la transaccion hecha entre padre, y hijo emancipado es valida, Valer. *tit.* 4. *quæst.* 5. *num.* 39. Gratian. *tom.* 4. *cap.* 713. *num.* 81. D. Vela *dissert.* 28. *num.* 20. la razon es, porque aunque *iure communi non est obligatio inter patrem*, *& filium*, porque *quidquid filius acquirit patri acquirit*, *Leg. placet de acquir. hæred. Leg. Qui sic de solut. Leg. si quis pro eo de fidei.* empero estando emancipado, como yà no adquiere por el padre, si no por sì, *Leg.* 1. *ff. si quis aparent. Leg.* 1. *§.* 18. *de collat. bon. recte contrabit filius eum patre*; y estando emancipado, *quo ad omnes*

UVA. BHSC. SC 12847

efectus iuris, por el matrimonio el hijo, *Leg.*48. *Taur. alias* 9. *tit.*1. *lib.*5. *Recop.* Molin. *lib.*1. *cap.* 19 *num.*25. qualquiera contrato hecho por hijo casado, con su padre subsiste, *de quo dubium non est.*

105 De suerte, que aviendo sido la permuta de dotes solamente nula por defecto de consentimiento de Doña Maria de Miranda, en cuyo derecho succediò Don Diego su sobrino, pudo este por contrato, ò por otro acto aprobar, y consentir la permuta de dotes, y siendo necessario hazerla de nuevo, como en quien concurrian los derechos de Doña Maria de Miranda, y Doña Mariana de Vibero su madre, y tia, *Leg. si quando, §. generaliter, Cod. de inof. testam.* Tell. Fer. *in Leg.*3. *Taur.* 2. *part. num.*10. & 11. *Leg.*6. §. *si insciente, ff. de pign. Leg.*20. *de pignorat. act. Leg. Frater. Cod. comm. utriusq. Iudic. Leg. Si probatum, Cod. commun. divid.* Gonç. *in regul.*8. *gloss.*47. *num.*33. D. Salgad. *in Labyrinth.* 1. *part. cap.*39. *num.*33. & 2. *part. cap.*10. *num.*3. & 4.

106 Sin que à lo referido obsten las razones puestas en contrario; pues aunque se alega, que Don Diego la otorgò por el miedo reverencial à su padre, lo cierto es, que el miedo reverencial no es bastante para rescindir el contrato, *nisi ad sint minæ, vel verbera, vel quid aliud metus veri inductivum, cap. Præsens* 20 *quæst.*3. Covarr. *de Matr.*2. *part. cap.* 3. §.6. *num.*4. Petr. Barbos. *in dict. Leg.*2. §. *fin. num.*7. Valer. *tit.*6. *quæst.*3. *num* 9. D. Castill. *lib.*8. *cap.*59. *num.*38. Larr. *allegat.* 35. *num.*20. Molin. *lib.*2. *cap.*3. *num.*9. y es proposicion comunmente recibida.

107 *Ulteriùs*, aunque el miedo infirme los contratos, y transacciones, *Leg. Interpositas* 13. *Cod. de trans.* debe ser tal que cayga en varon constante, sin que baste qualquiera miedo alegado, *Leg.*6. *quod met. caus.* en cuya regulacion *multum operatur Iudicis arbitrium*, no pudiendo descubrirse, que Don Diego de Miranda, mayor de 25. años casado, y con vn Mayorazgo tan pingue, como el de la Casa de Lagariños, y viviendo separado de su padre, que se hallava con menos convenencias que su hijo, huviesse sido violentado por

UVA. BHSC. SC 12847

por èl à otorgar la Concordia, ni ſe puede diſcurir miedo, ni ay congetura alguna para preſumirle.

108 *Ulteriùs*, quando el miedo reverencial fuere baſtante para impugnar el contrato, eſte derecho no es tranſmiſſible à los herederos eſtraños, quando ay actos poſteriores aprobativos del contrato, por los quales ſe entiende el miedo reverencial purgado, Pereyr. *deciſ.* 30. *num.* 15. D. Caſtill. *dict. cap.* 59. *num.* 75. *&* 76. Menoch. *lib.* 3. *præſ.* 126. en nueſtro caſo deſpues de la Concordia Don Pedro Miguel, y en ſu nombre Don Juan Becerra cobraron de Antonio Garcia de la Rocha los 195. reales, poniendole pleyto ſobre ellos, y executandole en virtud de la eſcriptura otorgada entre Don Antonio, y Don Diego de Miranda, cuyo hecho no puede impugnar dicho Don Juan Becerra, por eſtàr obligado à eſtàr por los actos hechos por aquel de quien es heredero, *Leg. Cum àmatre, Cod. de reiv. Leg.* 114. *§. cumpater de legat.* 1. *Leg.* 44. *ad Trebel.* Guzman *de Evict. quæſt.* 38. Herm. *in Leg.* 37. *gloſſ.* 5. *tit.* 5. *num.* 41. latè Valer. *de Tranſ. tit.* 4. *quæſt.* 2. *num.* 41. D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 1. *num.* 17.

109 Aviendo quedado ſanado qualquiera defecto, que la Concordia tuvieſſe para la execucion de los 195. reales, y ſus cobranças; pues todas las vezes, que vno pide lo que en ella ſe contiene *inducitur ratificatio*, de la meſma ſuerte, que ſi expreſſamente lo aprobara, *Leg.* 5. *Leg. Paulus, ff. remrata haberi, Leg. Cum fidem, Cod. de non num. pecun.* D. Larr. *alleg.* 31. *num.* 25. Mier. *de Maiorat.* 1. *part. quæſt.* 36. *num.* 133. Giurb. *deciſ.* 100. *num.* 33. Barboſ. *vot.* 76. *num.* 48. pleniſsimè Valer. *de Tranſ. tit.* 6. *quæſt.* 3. *à num.* 21.

110 Ni es de momento el que diga Don Juan Becerra, que el aver pedido dicha execucion fue como tutor de Don Pedro Miguel, y por la neceſsidad del oficio, por lo qual no le puede perjudicar, *§. ſi tutor* 4. *inſt. de Innoffic. teſtam. Leg.* 30. *§.* 1. *eod. Leg. Tutorem* 22. *de his quæ vt indign.* pues eſto tuviera lugar ſi Don Juan Becerra tuviera algun derecho independente del de Don Pedro Miguel de Miranda, en cuyo caſo lo hecho *tutorio nomine*, no le podia perjudicar, por

con-

UVA. BHSC. SC 12847

considerare en Don Juan Becerra, personas distintas, y no confundirse lo hecho *tutorio nomine*, con los derechos, que *nomine* proprio le compiten, *Leg.* 42. *de bon. libert. Leg. Si mater. §. eandem de except. rei iud.* D. Salgad. *in Labyrinth. 2. part. cap.* 7. *num.* 34. D. Paz *de Tenut. cap.* 65. *num.* 13. D. Valençuel. *tom.* 2. *cons.* 156. *num.* 88. conducit D. Olea *tit. 4. quæst.* 1. *num.* 23.

111 En nuestro caso no sucede lo referido, si no *potiùs* lo contrario; pues Don Juan Becerra no viene por derecho distinto, si no por el mismo, que le comunicò Don Pedro Miguel de Miranda, por quien se entiende hecho todo lo que su tutor hizo, y tiene obligacion à estàr por lo hecho por èl, *Leg. Si tutelæ* 9. *ff. de adminis. tut.* Gutierr. *de Tut.* 2. *part. cap.* 20. *num.* 6. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 15. *num.* 5. vbi Far. *num.* 90. Petr. Molin. *tract.* 2. *disput.* 492. *num.* 1. y como el menor no pudiera impugnar la Concordia, que por la exaccion del dinero aprobò, *Leg.* 8. *§.* 10. *Leg.* 23. *de inof. testam. Leg.* 5. *de his quæ vt indign.* tampoco Don Juan Becerra, y Doña Maria Montenegro sus herederos, pueden impugnar la aprobacion, que de la Concordia hizieron por la exaccion de los 195. reales de Antonio Garcia de la Rocha, y aun mucho menos dicho Don Juan Becerra, por no poder competirle la restitucion *in intregum*, que aun pudiera competir al menor; pues aunque esta, *datur hæredibus, Leg.* 19. *§. fin. de min.* Gomez 2. *var. cap.* 14. *num.* 6. vbi Far. *num.* 7. empero como el acto no fue hecho por el mismo pupilo, si no por el tutor, que despues es heredero, *qui non potest. dici circumventus, & si pupilo viventi*, compitiera la restitucion, *non potest competere tutori hæredi. Leg. cum mandatu* 23. *in fin. Leg. eum qui* 46. *ff. de min. quasi in hoc casu*, Barbos. *in Leg. maritum* 13. *ff. solut. matr. numer.* 46. & 47.

112 *Ulteriùs*, tan lexos està de aver avido dolo, ni lesion en la permuta de dotes, que *imò potiùs* Don Diego de Miranda fue sumamente vtilizado en la permuta; la razon es, porque se hallava vnico successor de la Casa de Lagariños, de

cuyos

UVA. BHSC. SC 12847

cuyos bienes avia de ſalir la dote de Doña Mariana de Viberо,en la qual no ſolo era intereſado Don Diego de Miranda, ſino tambien Doña Antonia Franciſca ſu hermana, y ſi no fuera la permuta de dotes,era preciſo, que de la Caſa de Lagariños ſe diſmembraſſe la porcion correſpondiente à Doña Antonia Franciſca, y haziendoſe la permuta de dotes,como Don Diego de Miranda era el vnico intereſſado en la dote de Doña Maria de Miranda ſu tia, lograva por ella el que no ſe le diſmembraſſe porcion alguna de la Caſa de Lagariños, quedando dueño de toda ella por ſu Mayorazgo, y por el derecho de Doña Maria de Miranda, cuya vtilidad ſe refundiò anſimiſmo en Don Pedro Miguel ſu hijo vnico, como ſucceſſor de la miſma Caſa de Lagariños, cuya vtilidad, y convenencia en Don Diego, no ſolo excluye el miedo que ſe alega, ſino la leſion, que ſe ſupone.

113 Y aunque en Don Juan Becerra, y ſu muger ceſſa la vtilidad que avia en Don Diego, por no poder ſucceder en la Caſa de Lagariños,la validacion, y vtilidad del contrato no ſe ha de medir por los accidentes extrinſecos, q̃ ſobrevienen, ſi no por el tiempo del contrato, quando no dependen para ſu validacion,yconſervacion de mas circunſtancias, *Leg.Patre furioſo 8. de his qui ſunt ſui, vel alien.iur. Leg.Si poſt mortem*, §.1.*de bon.poſſeſſ.contr.Tabul.Leg.Naturalem*, §.*apium de acq.rer.domin.* Gomez *in Leg.6. Taur. num.*11. Cevall. *quæſt.*666. *num.*10. plenè Giurb. *ad Meſſ. capit.* 10. *gloſſ* 4. *à numer.* 5. *Vbi aſſerit quod ſi quid provenit ex accidenti rei ſubſtantiam non mutat, & quod defectus cauſæ non poteſt reſcindere quod actum legitime eſt, & quod non ceſſat effectus quatenus de præterito eſt influxus, & ſi cauſa effectum producens momento duret*, en cuya comprobacion trae vna pagina de Autores.

114 Ni obſta el dezir que Don Diego de Miranda al tiempo de la Concordia eſtaba enfermo, y que muriò luego, pues lo cierto es, que aunque muriò deſpues de algunos pias, *tunc temporis* no eſtaba enfermo; ni los enfermos eſtàn prohibidos de otorgar contratos, ſino à favor de el Medico

UVA. BHSC. SC 12847

que le cura, *Leg. Medicus, de var. & extraord. cogn.* Gutierr. *de Iur. conf.* 1. *part. cap.* 57. *num.* 28. *Leg. Sanum, Cod. de transact.* Paris. *de Resign. lib.* 3. *quæst.* 10. *num.* 3. *Vbi quod infirmus transigere potest*; de suerte, que la Concordia no puede improbarse *ex eo*, que Don Diego huviesse muerto algunos dias despues de su otorgamiento.

115 Ni obsta el dezir, que en dicha Concordia se supuso, que Don Diego era heredero de Doña Maria de Miranda, siendo incierto, pues la referida dexò à su alma por heredera, y que Don Diego de Miranda solo fue cessonario de su tia; pues esta replica se desvanece con la escriptura de Concordia, que se celebrò entre Don Diego, y Doña Maria de Miranda, en que esta cediò à su sobrino todos sus bienes, derechos, y acciones, reservando para testar 3ℍ500. ducados, por lo qual como cessonario vniversal es, y se reputa successor anomalo, como si fuera heredero, para que contra èl se puedan dirigir las acciones, y pueda vsar de las activas del cedente, vt ex Olea, Giurb. Gutierr. & alijs diximus *suprà num.*

116 Lo qual procede con mayor razon, quando el heredero instituido solamente fue en la cantidad reservada, que Don Diego debiò prestar libremente sin deduccion alguna, por lo qual como el heredero instituido si algo pagasse, lo podia repitir de Don Diego, *sic* este convenido no puede pedir cosa alguna al heredero, ni dezir que las acciones se dirijan contra èl, antes bien *potest exceptione cedendarum repelli*, ex his quæ latè tradit Olea *tit.* 5. *quæst.* 2. *numer.* 41. de suerte, que aunque Don Diego no tuvo el nombre de heredero de Doña Maria de Miranda, *re, & effectu ad commoda, & incommoda*, es, y se reputa heredero de Doña Maria de Miranda, Cancer. 1. *part. cap.* 8. *numer.* 68. Giurb. *decis.* 62. *num.* 33. Tondut. *Civil. tom.* 2. *cap.* 174. Olea *tit.* 3. *quæst.* 9. *num.* 6. & 26. siendo cierto, que en todos los contratos no se atiende à la figura, ni à las palabras, sino à la substancia de ellos. *Leg. Non figura, de oblig. & act. Leg.* 23. *de liber. & posthum.*

An-

UVA. BHSC. SC 12847

117 Anſimiſmo ſe opone à dicha Concordia, el que en ella ſe ſupuſo, que el trueque de dotes del año de 664. ſe avia otorgado por Don Antonio de Miranda, Doña Mariana de Vibero, Don Antonio de Vibero, y Doña Maria de Miranda, ſiendo cierto que Doña Maria de Miranda no entrò en las eſcripturas de trueque de dote; yaviendoſe otorgado dicha eſcriptura en ſupueſto incierto, y deſcubriendoſe el error, fue nula por falta de conſentimiento. *Leg.* 15. *de Iuriſd. omn. Iud. Leg. Cum putarem* 36. *ff. fam. erciſc.* D. Olea *de Ceſſ. iur. tit.* 8. *quæſt.* 1. *num.* 5. Valer. *de Tranſact. tit.* 6. *quæſt.* 3. *num.* 1. *&* 3. D. Solorçan. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 58. Salgad. *in Labyrint.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 90. Como anſimiſmo, que no ſe hizo mencion que Doña Maria de Miranda avia pueſto pleyto en la Audiencia de Galicia ſobre ſu dote à Don Antonio, y que ſi Don Diego tuviera noticia, ò de que Doña Maria de Miranda no entrò en la eſcriptura de trueque de dotes, ò que la avia impugnado ante los Alcaldes Mayores, no huviera otorgado la Concordia con ſu padre, y con Antonio Garcia de la Rocha.

118 A eſta excepcion ſe reſponde, *primò*, que Don Diego de Miranda tuvo noticia individual de los inſtrumentos que ſe otorgaron para el trueque de dotes, como lo miſmo de la demanda que Doña Maria de Miranda avia pueſto en la Audiencia de Galicia; pues no ſe duda que Doña Maria de Miranda viviò en compañia de ſu ſobrino Don Diego, todo el tiempo que eſtuvo viuda, à quien miniſtraba los alimentos pactados en la eſcriptura de 18. de Abril de 693. y que Don Diego aſsi en vida como en muerte de Doña Maria de Miranda, tuvo en ſu poder las eſcripturas de trueque de dotes, y tuvo noticia del pleyto que Doña Maria de Miranda en la Audiencia de Galicia intentò, pidiendo ſu dote en la Caſa de San Martin; pues conſta, que en 17. de Febrero de 693. ſe deſpachò à Doña Maria Real Proviſion de emplazamiento para citar à Don Diego de Miranda, en cuyo pleyto ſe ceſsò entre tia, y ſobrino, por la Concordia de 18. de Abril del miſmo año.

De

UVA. BHSC. SC 12847

119 De lo qual se deduce, que todas las vezes que vno tiene en su poder vn instrumento, se presume saber todo lo que en èl se contiene, sin que pueda pretender ignorancia, *Leg. Non est ferendus* 12. *ff. de transact.* D. Castill. *de Tert. cap.* 26. *num.* 30. Petr. Barbos. *in Rubric. de præscrip.* 30. *vel* 40. *num.* 344. conducit Valer. *de Transact. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 52. & 56. & *consequentèr*, aunque no puede transigirse *non visis instrumentis*, *Leg. de His*, *ff. de transact.* Valer. *tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 18. empero quando vno tiene en su poder el instrumento, como se presume tener noticia de èl, y de su contexto, es valida la transaccion, sin que estè sugeta à rescision.

120 Deducese ansimismo, que aviendo Don Diego hecho la Concordia con su padre, con noticia de todo lo contenido en dichos instrumentos, sin que Don Antonio le huviesse ocultado alguno, tuvo noticia individual de los remedios que le competian por Doña Maria de Miranda, contra la Casa de San Martin, y los que podia deducir en juizio, sin embargo de lo qual, por la escriptura de Concordia no solo aprueba el trueque de dotes, sino que se contenta con los bienes de Lagariños, por la dote que avia de aver, como cessonario de Doña Maria de Miranda su tia, sin que por error, ni por defecto de consentimiento, se pueda esta ratificacion impugnar, *Leg. Cum testamentum*, *Cod. de iur. & fact. ign.* Olea *tit.* 1. *quæst.* 6. *num.* 30. Salgad. *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 10. *num.* 20. Larrea *decis.* 46. *num.* 37. y assi en dicha Concordia no huvo el error que se supone.

121 *Quod comprobatur*, de que aunque en lo relacionado del instrumento se haze mencion, que el trueque de dotes se avia hecho por Don Antonio de Vibero, y Doña Maria de Miranda, empero en el cuerpo de la Concordia Don Diego de Miranda aprueba el trueque hecho entre Don Antonio de Vibero, y Don Antonio de Miranda su padre, y tio, como quien no ignoraba por quienes avia sido hecha la permuta de dotes, como quien tenia en su poder todos los instrumentos concernientes à èl, y las reclamaciones de Doña Maria de Miranda.

Con

UVA. BHSC. SC 12847

122 Con lo qual se satisface à lo dicho en contrario, pues aunque el error, y la falsa causa vician la transaccion, solo se entiende de la causa final, y aquella sin la qual los contrayentes no huvieran otorgado la Concordia, *Leg. fin. de hæredib. instit. Leg. Verum, Cod. de furtis*, Valer. *titul. 6. quæst. 3. num.* 2. Castill. *tom. 6. cap.* 172. *num.* 26. no empero la causa impulsiva, ò ocasional, que dà motivo à la Concordia, cuyo defecto no la vicia. Mantic. *de Tacit. lib. 3. tit.* 12. *num.* 24. Castill. *dict. cap.* 172. *num.* 32.

123 La Concordia otorgada entre padre, è hijo, no tuvo por causa final, ni adequada, el que el trueque de dotes huviesse sido otorgada, ò no por Doña Maria de Miranda, sino el dirimir las controversias entre padre, y hijo, que amenazaban en el reintegro de sus legitimas, y bienes de Doña Maria de Miranda, y aver precisamente litigios con Antonio Garcia de la Rocha, y separacion en la Casa de Lagariños, de los bienes que podian tocar à Doña Mariana de Vibero, siendo de mas vtilidad à Don Diego no se le desmembrasse esta Casa, de que era dueño, y por considerarse este mismo motivo en Don Pedro Miguel, Don Juan Becerra, cobrò los 19ℏ. reales de Antonio Garcia de la Rocha, sin que los accidentes del tiempo, puedan alterar vna Concordia *ritè* hecha entre padre, y hijo.

124 Ni es de momento el dezir, que Don Diego de *M*iranda fue lesso en la Concordia, pues en la regulacion de legitimas, y tercio, y quinto de Doña *M*ariana de Vibero, no se hizo mencion de las cantidades que *D*on Antonio de Vibero diò à su hermana por la escriptura del año de 664. pues esto solo puede mirar à que de los bienes de *D*on Antonio de Vibero se saque para *D*on *D*iego lo que le correspondiò al tercio, y quinto, y legitima de dicha donacion, no empero para invalidar la permuta de dotes; pues aunque todo estè debaxo de vn contrato, tantos quantos capitulos ay, son, y se reputan tantos contratos distintos, y separados, sin que vno dependa del otro, ni se impruebe por èl, *Leg. Scire debemus, de verb. oblig. Leg. Si ex falsis, Cod. de transact.*

UVA. BHSC. SC 12847

Valer. *de Transact. tit. 6. quæst. 2. num. 65.* Maldonad. *de 2. suppl. tit. 3. quæst. 1. num. 26.* los quales, con muchos que citan, sienten puede la transaccion por parte impugnarse, & *in alia substineri quemadmodum*, son tantas sentencias, quantos los capitulos que en ella se contienen. *Leg. Quædam, ff. famil. erciſc.* Maldonad. *dict. quæst. 1. numer. 23.* Bobadilla *lib. 3. cap. 8. num. 244.*

125 De suerte, que siendo el capitulo de trueque de dotes distinto, y separado del modo, y paga de las cantidades de la legitima, aunque en esto huviesse sido menos cierto el computo, no se puede impugnar dicho trueque, en que *Don Diego* miró à que de la Casa de Lagariños no se dismembrasse porcion alguna, pudiendo vnicamente pedir el suplemento, como de cosa en la Concordia omitida, *arg. Leg. Tres fratres 35. de pact. Vbi facta divisione inter fratres si appareat quid antea ab vno ex his subreptum*, no se vicia la Concordia, sino que solamente *potest agi* à la porcion correspondiente *ex re subrepta*, *Leg. Si soror, Cod. de collat.* optimè Valasc. *de Partit. cap. 29. num. 59. ex regula quod vtile per inutile non viciatur.*

126 De todo lo qual se deduce, que la Concordia otorgada entre padre, y hijo sobre el trueque de dotes, fue valida, y firme, y tuvo la causa preexistente de conservar la paz entre padre, y hijo, assegurar à los compradores de los bienes, y que à *Don Diego* no se le dismembrasse porcion alguna de la Casa de Lagariños; cuya Concordia se halla emologada, y consentida por *Don* Pedro *Miguel* de *Miranda*, y *Don* Juan Becerra, y de cuya Concordia no solo se adquiriò acciõ à los pacisentes, sino à todos aquellos que en ella pueden tener interès, *ex Leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil.* D. Olea *quæst. 9. num. 37.* D. Vela *dissert. 27.* D. Salgad. *Labyrint. 2. part. cap. 26.* Gutierrez *de Iuram. confirm. 1. part. cap. 68.* sin que vna vez adquirido este derecho à Doña Antonia Francisca como interessada en el trueque, pudieran los mismos parientes pribarla de èl, ni aun por nuevo contrato, ni por distracto del contrahido, *Leg. Si post mortem, §. fin. de*

bo-

UVA. BHSC. SC 12847

bonor. poſſeſſ. contr. Tabul. Leg. fin. de pact. Valer. *tit. 2. quæſt. 7. num.* 34. D. Salgad. *de Retent. Bullar. 1. part. cap.* 13. *num.* 73. Garcia *de Nobilitat. gloſſ. 6. num.* 38. porque ſe hizo notorio agravio à Doña Antonia Franciſca, en averſe deſeſtimado el trueque de dotes pactado por dicha eſcriptura de Concordia.

PRETENSION QUARTA, Y DEMAS DE LA Caſa de Lagariños.

SOBRE DESMEJOROS, Y ENAGENACIONES de bienes de eſta Caſa.

127 EN vn juizio vniverſal de ſeparacion de bienes, y adjudicacion de ellos, yà à los Mayorazgos, yà à eſtraños, por los derechos que ſe deducen, correſponde la deduccion de los derechos que cada vno tiene à ellos; y pues Doña Antonia Franciſca de Miranda por ſus Mayorazgos pide los bienes comprehendidos en ellos, y que entraron en Don Antonio de Vibero ſu tio, es preciſo que los bienes que eſte huvieſſe adquirido, eſtèn ſugetos à el entrego de los en que entrò por via de Mayorazgo, y por muerte de ſus padres, ſin que cumpla con entregarlos, ſino los dà tales, y tan buenos como los recibiò: pues *res non dicitur reddita quæ deterior reddutur, Leg.* 3. *§. ſi reddita, ff. commod. Leg.* 1. *§. ſi res, ff. de poſſit. Leg. Qui* 33. *§. qui ſticum de ſolut.* por cuyos textos, y otros fundamentos D. Salgad. *de Reg.* 4. *part. cap.* 9. *à num.* 182. defiende, y aſſegura, que aunque la ſentencia es *ſtricti iuris*, ſi vno es condenado *ad rei reſtitutionem*, el Executor puede compeler al condenado à la reſtitucion de los daños de la coſa, ſin que el reo cumpla con entregarla deteriorada, por deber ſer la reſtitucion plenaria, è integra, y no dezirſe tal, quando no ſe entrega como eſtaba antes. *Leg.* 1. *§. qui autem de vi, & vi armat.* Giurb. *deciſ.* 39. *num.* 6. & 7. Covarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 5. *num. fin.* D. Caſtill. *tom.* 8. *cap.* 45.

num.

UVA. BHSC. SC 12847

num. 28. Giurb. *ad Meſſ. cap.* 15. *gloſſ.* 4. *part.* 1. *num.* 1.

128 De lo qual es propoſicion comun, que el poſſeedor del Mayorazgo està obligado à ſatisfacer de ſus bienes todos los daños, que por ſu culpa, *tàm in omitendo*, *quàm in comitendo*, huvieſſen ſobrevenido en los bienes de Mayorazgo. *Leg. Mulier*, §. *ſi hæres*, *ff. ad Trebel.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 27. *à num.* 1. pleniſsimè D. Caſtill. *dict. cap.* 45. *num.* 1. *& à num.* 21. Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 518. Mieres *de Maioratib.* 4 *part. quæſt.* 39. alter Molin. *tract.* 2. *diſp.* 646. Garcia *de Expenſ. cap.* 16. *num.* 39. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 45. *num.* 14. Noguer. *alleg.* 1.

129 Y aunque algunos quiſieron que el ſucceſſor contra los bienes de ſu anteceſſor, ſolo tenia vna accion perſonal *cum privilegio* ſin hypoteca; la opinion mas comun, y recibida es, que contra los bienes del poſſeedor, *pro deterioracionibus*, ay accion hypotecaria, de la ſuerte que la ay contra los bienes de Tutores, y Curadores, y contra los padres, y Adminiſtradores de Ciudades, y Republicas, Teſaur. *Forenſ. lib.* 2. *quæſt.* 84. Mieres *dict.* 4. *part. quæſt.* 39. *numer.* 6. pleniſsimè D. Caſtill. *dict. cap.* 45. *à num.* 20. en cuya comprobacion expende muchos textos, y Autores, y reſponde à los fundamentos contrarios, y en el 35 trae deciſsion del Supremo Conſejo de Caſtilla; con cuyas doctrinas *facile convincitur*, lo que Noguer. dixo *allegat.* 1.

130 Cuya hypoteca, y ſu prioridad ſe reputa, no deſde el tiempo de la deterioracion, ſino deſde que el poſſeedor entrò en la poſſeſsion de los bienes, porque deſde eſte dia començò en èl la obligacion de cuydar de ellos, repararlos, tenerlos exiſtentes, y no los deſipar, de la ſuerte que la hypoteca de los tutores. *Leg.* 23. *tit.* 13. *partit.* 5. Rodrig. *de Concurſ.* 1. *part. artic.* 4. *numer.* 56. Gutierr. *de Tutel.* 2. *part. cap.* 16. *num. fin.* Marin. *lib.* 1. *Reſolut. cap.* 184. *num.* 1. Gaſp. Theſaur. *dict. quæſt.* 84. *num.* 9. D. Caſtill. *dict. cap.* 45. *num.* 28. verſ. *Et prædictis.*

131 Cuya hypoteca no ſolo compite por los bienes deteriorados, ſi no tambien por los enagenados, que eſtàn en po-

UVA. BHSC. SC 12847

poder de terceros, pues de lo contrario fuera preciso tener vn pleyto con cada posseedor, *quemadmodum* el hijo cuyo padre le enagenò los bienes adventicios puede *vel agere reivindicatione* contra los posseedores, ò pedir el reintegro contra los bienes del padre con hypoteca, desde que este entrò en la administracion de sus bienes, *Leg.* 1. *Cod. de bon. matter. dict. Leg.* 24. *tit.* 13. *part.* 5. D. Covarr. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 5. vbi Far. *num.* 32. & 36. Gutierr. *dict. quæst.* 16. *num.* 25. Mantic. *de Tacit. lib.* 11. *tit.* 26. *num.* 19. Rodrig. *de Concurs. dict. artic.* 4. *num.* 78.

132 Cuya paga de deterioraciones, y enagenaciones es tan precisa, que *nullatenus* se compensa con los mejoramientos, *Leg. Si quis negotia, ff. de negot. gest.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 27. *num.* 7. *vbi: Quod fortius procedit* en Mayorazgos en que el successor no paga los mejoramientos hechos, *ex Leg.* 46. *Taur.* D. Castill. *dict. cap.* 45. *num.* 24. Garcia *de Expens. cap.* 11. *num.* 75. sin que obste, Noguer. *alleg.* 36. *num.* 28. pues no habla de mejoramientos en los bienes de Mayorazgo, si no de bienes libres del posseedor, que agregò al Mayorazgo, y que podian existir sin èl, en cuyo caso *intelligendus est* Aguila ad Roxas 1. *part. cap.* 7. *num.* 108.

133 De suerte, que primero, que se considere, ni herencia de Don Antonio de Vibero, para deduccion de legados, ni gananciales de Doña Maria de Miranda, se deben deducir por el Mayorazgo de Lagariños, y sus agregados el importe de aquellos bienes, que Don Antonio de Vibero disipò, y enagenò, no siendo justo se compela à Doña Antonia Francisca, à seguir vn pleyto con cada vno de los posseedores, pudiendo resarcirse de los de Don Antonio de Vibero, mayormente, quando en el caso, que Doña Antonia Francisca reivindicasse los bienes de los terceros, tenian estos el regresso por la eviccion à los bienes de Don Antonio de Vibero, y à los que por gananciales se adjudicassen à Doña Maria de Miranda, siendo justo, que estos circuitos inutiles, que no miran si no à multiplicar litigios se eviten.

134 Aplicando estas doctrinas à lo que del contexto

UVA. BHSC. SC 12847

resulta parece, que al Mayorazgo de Basco Lopez, pertenecia vn Censo contra Miguel Perez de Pazos, vezino de Gerez, de que cobrò algunos reditos Don Alonso de Vibero en vida de Don Antonio, cuyo Censo debe entregar este, y sus bienes, que no se han hecho, por cuyo importe Don Juan Becerra en el pleyto con Don Francisco de Alvarado se opuso en nombre de Don Pedro Miguel de Miranda, pidiendo de reintegrasse en su importe el Mayorazgo de Basco Lopez.

135 Ansimismo los Lugares de Abral de Abaxo, y de Arriba pertenecieron al Mayorazgo fundado por Alonso de Moure en Alonso de Moure Lossada su nieto, y al de Alvaro de Lossada del año de 645. cuyos Lugares vendiò Don Antonio de Vibero à Don Mauro de Temes, y Don Diego de Miranda le dexò por la escriptura de 23. de Abril de 1694. sin que sea de momento ser estos bienes Forales, y aver pacto de no poder vincularse, pues esta question no puede ventilarse por los acreedores à los bienes de Don Antonio de Vibero, quando es pribativa del señor del directo dominio, sin que los herederos del emphiteuta lo puedan impugnar, por tener obligacion à estàr por dicho Vinculo, y aun siendo necessario convertirse su estimacion en bienes raizes, Add. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 71. vers. *In secundo*, Pegas *Variar. cap.* 9. *num.* 32. Rodriguez *de Redit. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 37. D. Salçed. *de Leg. Polit. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 24 Aguila ad Roxas 5. *part. cap.* 6. *num.* 45. Pinheir. *de Cens. & emphit.* 2. *part. disput.* 4. *num.* 148.

136 Y en qualquiera caso, aviendo Don Antonio de Vibero à la seguridad de la venta de dichos Lugares hypotecado el Lugar de Uteiro en el Coto de Villaquinte, que èl mismo dize avia comprado es, y se debe reputar este Lugar como subrogado en lugar de los bienes vendidos, pues el animo de los contrayentes, que fue hazer cierta la venta de los Lugares de Abral de Arriba, y Abaxo, fue tambien que este Lugar de Uteiro, quedasse subrogado al Mayorazgo, como medio necessario para lograr el intento que deseaban

UVA. BHSC. SC 12847

que era la seguridad de dicha venta, *ex Leg. 2. de Iurisdict. omn. iud. Leg. Oratio de sponsal.*

137 Assimismo perteneciendo al Mayorazgo de Basco Lopez diferentes bienes, que heredò de sus padres en Villanueva de Lorençana, que fueron Viñas, la Casa, de Ponte Dapedra, Orno, Lagar, y Cortinas, Don Antonio de Vibero en el año de 84. por medio de su poderàviente passò à aforar cinco jornales de Viñas, el Lugar, y Casa de Lousada, y demàs bienes, que en ella se contienen, cuyos bienes recayeron despues en D. Francisco de Alvarado, à quien sin pension los dexò Don Antonio de Vibero, y nuevamentente aprobò Don Diego de Miranda, por escriptura de 30. de Março de 693. y siendo como es la dacion de Foro enagenacion prohibida en bienes de Mayorazgo; *Leg. fin. Cod. de reb. alien. non alien.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 28. debe este daño, y perjuizio resarcirse de los de Don Antonio de Vibero, quien causò estos daños.

138 Assimismo se debe aplicar al Mayorazgo de Basco Lopez, de los bienes, que en qualquiera manera pertenecieren à Don Pedro Miguel de Miranda, el importe de lo que este Mayorazgo redituò en la menor edad de Don Pedro Miguel, deducidos los 500. ducados, que por clausula de el Mayorazgo le consignan al menor successor hasta la edad de 20. años, pues debiò su curador emplear en bienes fructiferos para el Mayorazgo este importe, Aguila ad Roxas 1. *part. cap.* 7. *à num.* 80. D. Salgad. *in Labyrinth.* 2. *part. cap.* 24. y aunque no consta con individualidad el importe de renta à que quedò reducido por la baxa de juros, empero consta ser mucha mayor cantidad, que los 500. ducados baxadas cargas Reales fundadas por dicho Basco Lopez de Vibero, cuyo importe debiò emplear dicho Don Juan Becarra, del sobrante de frutos desde el año de 694. en que heredò Don Pedro Miguel, hasta el de 700. en que muriò.

139 Assimismo se pretende por Doña Antonia Francisca, que todos los bienes muebles, y alhajas, que estaban en la Casa de Mondoñedo por muerte de Don Pedro Miguel

UVA. BHSC. SC 12847

guel se han de estimar por vinculados, y pertenecientes al Mayorazgo de Basco Lopez, pues aunque, ni se hallan expressados en su fundacion, ni expressamente agregados por los possedores, ni regularmente se puede fundar Mayorazgo de bienes muebles, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 4. empero Basco Lopez mandò, que sus successores viviessen à lo menos la mitad del año en dichas Casas de Mondoñedo, en cuya virtud dichas alhajas se tuvieron en dichas Casas, y se deribaron de los possedores, sin aver jamàs sacadose de ellas, y aviendose arrendado à diferentes Canonigos de la Cathedral de Mondoñedo, siempre se conservaron en las Casas dichas alhajas, gozandolas los inquilinos en virtud del titulo de arrendamiento.

140. De lo qual se deduce, que dichos bienes aunque muebles estuvieron destinados por el Fundador, y possedores siguientes por el vno de la Casa, y commoda habitacion de los possedores del Mayorazgo, por cuya destinacion quedaron vnidos, y agregados à dichas Casas para seguir la naturaleza de ellas, *Leg. Predijs, § qui domum, ff. de leg.* 3. *Leg. fin. de suppellect. leg.* Mantica *de Coniect. lib.* 9. *tit.* 2. *num.* 13. D. Castill. *lib.* 5. *contr. cap.* 62. *num.* 45. lo qual no solo tiene lugar quando las cosas destinadas, *sunt affix sunt domui, Leg. Quæsitum, §. Papinianus de fund. instruct.* si no tambien las que *non affixas domui si: Ex vsu patris familias dignoscitur destinata esse ad prepetuum vsum domus, Leg. Cetera* 41. *§. hoc de legat.* 1. *optim.* ex Surd. *decis.* 134. *num.* 13. Castill. *dict. num.* 25. *vbi quod sat est fuisse destinata ad perpetuum vsum domus, nec requiritur copulativè quod sint affixa, & quod sint destinata.*

141. Esta destidacion no es necessaria, que sea expressa si no que basta deducirse del vso, y de la costumbre, *destinantis, Leg. Si quando de aur. & arg. legat. Leg. Seiæ, §. tiramne de fund. instr.* D. Castill. *dict. cap.* 62. *num.* 27. *qui dat plures*; de suerte, que aviendo sido dichos bienes muebles *gratia domus*, no solo destinados, si no à su vso perpetuo acomodados, ò por Basco Lopez, ò por los demàs possedores, sin

aver

UVA. BHSC. SC 12847

aver jamàs mudado esta voluntad, aunque sean bienes muebles no afixos se entienden, ò comprehendidos en el Mayorazgo de la Casa, hecho por Basco Lopez, ò agregados al Mayorazgo por los primeros posseedores para su perpetua adhesion à la misma Casa, *ex Leg. Quæsitum* 12. *ff. de fund. instr.* Gratian. *tom.* 1. *cap.* 126. *num.* 13. sin necessitarse para este efecto disposicion especifica, ni de Basco Lopez, ni de sus successores, reputandose en tal caso dichos bienes como accessorios de la Casa, y destinados para su perpetuo vso, no por bienes muebles, sino por raizes *quemadmodum* la misma Casa.

142 Pero quando por dicha destinacion dichos bienes no se reputassen vinculados, y perpetuamente adheridos à la Casa, no fueron estos de Don Pedro Miguel de Miranda, ni de Don Antonio de Vibero, antes bien no solo quedaron por muerte de Don Francisco de Vibero, sino tambien de Don Antonio, el hijo de Basco Lopez, y como tales estàn afectos à las deudas del vltimo Don Antonio de Vibero, para los creditos que Doña Antonia Francisca tiene contra sus bienes, y paga de las cantidades de la Concordia del año de 657. sin que por ningun medio Don Juan Becerra, como heredero de Don Pedro Miguel, ni como cessionario de Doña Maria de Miranda, pueda tener derecho alguno à dichos bienes.

143 Ansimismo es desestimable la pretension de Don Juan Becerra, sobre los mejoramientos que dize ay hechos en los bienes de la Casa de Lagariños, assi por no constar, como porque siendo hechos en bienes vinculados, ceden al Mayorazgo, sin obligacion de dar equivalencia à muger, ni à hijos. *Leg.* 46. *Taur.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 26. *à numer.* 14. *& seqq.* Lo qual procede en tanto, que estos mejoramientos no se pueden compensar con los desmejoros, que el posseedor del Mayorazgo huviesse hecho. *Leg. Si quis negotia, ff. de negot. gest.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 27. *numer.* 7. D. Castill. *de Aliment. cap.* 45. *num.* 8. Garcia *de Expens. cap.* 11. *num.* 75.

144 Ansimismo se deduce, que aviendose constituìdo

UVA. BHSC. SC 12847

Mayorazgo de bienes forales, que en perjuizio de los herederos, y descendientes de los foreros subsistiò, aunque no en perjuizio del Señor del directo dominio, para que se resuelva el Mayorazgo fenecidas las vozes, *tamen* compitiendo derecho de prelacion, y tanteo, y retencion de mejoras: todo esto derecho es del posseedor del Mayorazgo, à cuyo favor se entiende aver dispuesto el Fundador legandole este derecho, con exclusion de los demàs descendientes; pues como este derecho no ofende al Señor del directo dominio, y solo es question entre descendientes, à quienes el Fundador del Mayorazgo pudo perjudicar, y de quien vnos, y otros deriban derecho, el à cuyo favor se fundò el Mayorazgo, tiene todo aquello de que el Fundador pudo disponer, siendo emphiteusi hereditaria, y siendo familiar, y de que el ascendiente no pudo disponer en perjuizio de los hijos, compite al descendiente del primer adquirente, sin que sea transitorio à heredero estraño, *sic intelligendi*. Valasc. *cons.* 157. *à num.* 2. Pinheir. *de Emphit.* 2. *part. disp.* 7. *sect.* 2. *à num.* 33.

145 De suerte, que si se consideran los foros como monasteriales familiares, y no transitorios à herederos estraños, de la manera que Doña Antonia Montenegro en estos foros no puede succeder por estraña, y no descendiente del primer acquirente, y Doña Antonia Francisca como descendiente del primer acquirente succediera en los foros familiares, *sic* regulandose la renovacion por el derecho de succeder, toca à Doña Antonia Francisca la renovacion, con exclusion de Doña Maria Antonia de Montenegro, y si estos foros se reputan hereditarios de que en perjuizio de sus descendientes, los primeros acquirentes pudieron disponer, aviendolo hecho fundando Mayorazgo, previniendo en esta disposicion à los vltimos emphiteuras, y dexando al Mayorazgo todo el dominio vtil, à que es consiguiente la renovacion, y derecho de perfectos, como Don Pedro Miguel no pudo impugnar la disposicion de su ascendiente, ni pudiera transmitir à su heredero la succesion del foro, aunque hereditario, sino

que

UVA. BHSC. SC 12847

que avia de passar à Doña Antonia Francisca como immediata llamada; *sic etiam* no puede passar à Doña Maria Antonia de Montenegro el derecho de renovacion, y perfectos como parte, y sequela del mismo foro, sino que compite pribativamente à Doña Antonia Francisca como successora en el Mayorazgo, *& consequentèr* en esta Casa de Lagariños, deberse estimar las pretensiones introducidas por Doña Antonia, y denegarse las de Don Juan Becerra.

CASA DE SAN MARTIN.

146 EN esta Casa se hizo particion por Ambrosio de Padilla, adjudicando à Don Juan Becerra, y su muger, por la persona de Don Pedro Miguel de Miranda, y por bienes libres muchos, y hazienda de grande estimacion, de la qual se quexò Doña Antonia Francisca en el Consejo, desde donde se remitiò à la Audiencia de Galicia, con algunas declaraciones, y en ella expressò Doña Antonia diferentes agravios, que se desestimaron, confirmando la partija hecha por Ambrosio de Padilla, que ha dado motivo à la apelacion à la Chancilleria, y à la expresion de agravios de dicha sentencia, y los que Doña Antonia Francisca ha deducido, se fundaràn por pretensiones.

PRIMERA PRETENSION.

SOBRE EL LUGAR DE LA GOA EN Galdo, y Mayorazgo de Doña Mayor de Moscoso, numer. 7.

147 DOña Mayor de Moscoso en 4. de Octubre de 601. fundò Mayorazgo de diferentes bienes, y entre ellos del Lugar de Galdo, con su casa parte del Lagar, y Parra, siete jornales de Viñas, parte de vna Fraga que està junto à dicha casa, y la mitad

UVA. BHSC. SC 12847

tad del Soto del riego, que estaba en mestidumbre con su hermana, y la presentacion del Beneficio, à respeto de vna comida, y quinze maravedis, cuyos bienes dize son anexos à dicho Lugar de Galdo, y el Lugar de Lousido, à cuya sucsion llamò à Doña Mayor de Moscoso, num. 18. su sobrina; en cuya virtud, en el año de 619. Gonçalo de Villanueva, marido de Doña Maria de Moscoso, tomò possession de estos bienes, en nombre de la referida, como successora en el Mayorazgo de Doña Mayor.

148. Ambrosio de Padilla en su particion solo estima por comprehendida en esta fundacion, la mitad del Lugar de Galdo, mitad de casa, y bienes de èl, por dezir no aver tocado à Doña Mayor mas que esta mitad, en las quentas hechas con Doña Inès de Moscoso su hermana, en el año de 576. y que la otra mitad tocò à Doña Maria de Moscoso como bienes libres heredados de su madre: Y aunque en el Consejo se mandò dar à Doña Antonia Francisca la possession de todos los bienes comprehendidos en la fundacion de Doña Mayor de Moscoso, sin hazer relacion à la particion del año de 576. en la Audiencia de Galicia se confirmò la partija de Ambrosio de Padilla, en que diò al Mayorazgo la mitad del Lugar, y casa de la Goa.

149. Para exclusion de este agravio se dize por Don Juan Becerra, que Doña Mayor de Moscoso no pudo disponer de mas bienes, que los que eran suyos, *Leg. Verbis Legis* 120. *de verbor. signific.* D. Gonçal. *in cap. Filius noster de testament. num.* 8. D. Pichard. *in §.* 4. *de legat. num.* 8. y que no siendo como no era de Doña Mayor de Moscoso, mas que la dicha mitad de Goa en virtud de la particion, siendo la otra mitad de Doña Inès su hermana, no pudo aver dispuesto, ni fundado Mayorazgo mas que de su mitad, y la otra mitad quedò libre, y alodial à Doña Maria de Moscoso, num. 18. y que aunque Doña Mayor huviesse podido fundar Mayorazgo de èl por bienes de Doña Maria su sobrina, *Leg.* 67. §. 8. *de legat.* 2. empero no aviendo expressado que vinculava todo el Lugar de Galdo, y lo que perrenecia à Doña Ma-

UVA. BHSC. SC 12847

Maria; y teniendo Doña Mayor de Moscoso la mitad de dicho Lugar, su fundacion se debe entender de su mitad, y no de la parte de Doña Maria que era consocia. *Leg. Servi* 5. *§. fin. de legat.* 1. Gomez 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 15. Molina *de Iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 196. *num.* 10.

150 Sin embargo de lo referido parece claro, que Doña Mayor de Moscoso en su Mayorazgo comprehendiò todo el Lugar de Galdo, y su casa, y la presentacion del Beneficio que à dicho Lugar tocava, *quod probatur ex sequentibus. Primò*, porque aunque el que lega la cosa comun *solum videtur legasse ius quod in ea habet, tamen* si la comunion es con el heredero, sino qualificò el legado con el *verbum meum*, es visto legar no solo la parte que tiene, sino la parte del heredero, *Leg. Cum filium 76. §. dominus de legat.* 2. Mantic. *de Coniectur. lib. 9. tit.* 1. *numer.* 12. D. Covarrub. *in cap. Filius noster* 5. *de testament. numer.* 4. vers. *Quin & si testator.* De suerte, que aviendo Doña Mayor de Moscoso fundado Mayorazgo, diziendo le fundaba del Lugar de Galdo, y de la casa, quando Doña Maria de Moscoso instituìda tuviera algun derecho en ella por heredera de Doña Inès su madre, se entendia aver quedado comprehendida en la fundacion, quando Doña Mayor no qualificò el Lugar, y casa con el *verbum meum.*

151 *Secundò quid in fundatione contineatur*, es question de voluntad, y depende de congeturas, y del modo, y costumbre de explicarse, por lo qual vna clausula interpreta à otra, *Leg. Si servus plurium, de legat.* 1. y como vna clausula comprehensiva explica otra, *Leg. Qui filiabus* 17. *de legat.* 1. la diversidad de la qualidad interpreta, que en otra la Fundadora lo extendiò diversamente, *Leg. Si idem, Cod. de codicil.* Barbos. *axiom.* 74. *num.* 3. Doña Mayor de Moscoso *diversi mode* habla en su fundacion de los bienes que vincula, pues hablando del Lagar, dize vincula la mitad, haziendo mencion de Fraga, dize que vincula la parte, en la Huerta vincula la parte, haziendo mencion del Soto del riego vincula la mitad, que dize estaba en mestidumbre con su her-

UVA. BHSC. SC 12847

mana; pero haziendo mencion de la casa, y de el Lugar de Galdo, y de la Huerta, è Vega de Prado, no haze mencion de parte, ni de mitad, sino de ellas indefinidamente; de que se deduce, que si huviera querido vincular la mitad del Lugar, y casa de Galdo, lo huviera expressado, como expressò la parte de los bienes que tenia de immestidumbre con su hermana.

152 *Tertiò*, porque segun la partija hecha por Alonso de Padilla, à todo el Lugar de Galdo no corresponde mas presentacion, que la que corresponde à quinze maravedis, y vna comida, y toda esta parte de presentacion vinculò Doña Mayor de Moscoso, como anexa al Lugar, y casa de Galdo, y no pudiendo negarse que Doña Mayor incluyò en su Mayorazgo toda esta porcion de Patronato, se arguye *à posteriori*, que en el Mayorazgo comprehendiò el Lugar de Galdo todo èl, menos la parte del Lagar, Fraga, y Riego que expressò estaba de immestidumbre con Doña Inès su hermana, y Doña Maria de Moscoso su sobrina, y que no puede sin impropriar las palabras, dezirse que solo comprehendiò el medio Lugar, como comprehendiò el medio Lagar, y el medio Riego, y media Fraga, y parte de Huerta.

153 *Quartò*, porque Gonçalo de Villanueva en nombre de Doña Maria de Moscoso, tomò possession de dicho Lugar de Galdo, como de bienes pertenecientes al Mayorazgo de Doña Mayor, por cuya possession se califica aver sido los bienes de Mayorazgo de dicha Doña Mayor, Pegas *de Maioratib. cap. 6. num.* 183. ni es de presumir, que aviendo Doña Maria de Moscoso fundado *M*ayorazgo de diferentes bienes, si concibiesse que la mitad del Lugar de Galdo era libre, siendo este medio Lugar de tanta entidad, huviesse querido aver fundado *M*ayorazgo sobre otros bienes, dexando libre el medio Lugar de Galdo, quando el otro medio era vinculado; de cuyas congeturas se deduce assi, que dicha Doña *M*ayor de *M*oscoso incluyò todo el dicho Lugar, y casa en su *M*ayorazgo, como que Doña *M*aria de *M*oscoso siempre tuvo dicho Lugar por vinculado por su tia, y que como tal le gozò, y posseyò.

Las

UVA. BHSC. SC 12847

154 Las tres congeturas primeras referidas, proceden quando no se duda que el disponente solo tenia parte en los bienes de que funda, no empero quando se dize, que el disponente era dueño de todo lo de que dispuso, y se trata de probar el dominio por la disposicion hecha en el testamento, la qual prueba el dominio quando no ay possesion contraria, ni es question con tercero posseedor, sino entre los mismos que deriban derecho de los posseedores del *Mayorazgo*, pues no se presume que vno huviesse dispuesto de cosa que no fuesse suya; por lo qual el señor Don Joseph de Vela *dissert.* 46. *num.* 10. & 13. *Asseritque quotiescumque quis legavit domum intelligitur dominus totius domus*, y aun en caso mas estrecho, que es añadiendo, y la parte, y derecho que en ella tenia, conducit Balmased. *de Collect. quæst.* 8. *num.* 8. y Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 89. procede *quoties reivindicatione agitur adversus tertium possessorem*: por lo qual, aviendo Doña Mayor de Mosco dispuesto del Lugar, y casa, no solo se entiende aver dispuesto de toda ella, sino que toda ella le pertenecia.

155 Ni es de momento lo que se dize, que por la particion del año de 576. se adjudicò à Doña Inès de Moscoso la mitad de dicho Lugar, y casa de Galdo, y que de esta particion se prueba, que la mitad de ellos tocaba à Doña Mayor, y la otra mitad à Doña Inès; pues ademàs que dicha partija no se hizo por Doña Inès, y Doña Mayor, sino por sus maridos, y tiene la duda si se pudo hazer por los referidos sin poder de sus mugeres, ex tradit. à Valer. *tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 66. se halla que Doña Mayor de Moscoso dispone de dichos bienes, relacionando tener parte en vnos, y aludiendo tener el todo en otros, sin que Doña Inès, ni Doña Maria de Moscoso huviessen reclamado, ni dicho cosa alguna, antes bien se halla averse gozado el dicho Lugar de Galdo en virtud del dicho Mayorazgo de Doña Mayor, por lo qual se presume, que entre las dos hetmanas se hizo nueva particion de los bienes de sus padres, sin que huviessen passado por la de 576.

Lo

UVA. BHSC. SC 12847

156 Lo qual ſe comprueba, de lo que dicha Doña Mayor dize en ſu fundacion, de que los bienes que vàn declarados, los heredò por muerte de ſu padre, y madre, y la declaracion fue de vnos como mitad, de otros como parte, y de otros como todo, y no pudiendo ſer eſto aſsi en virtud de dicha partija de 567. ſe ha de ſuponer, que hubo otra convencional entre las hermanas, de que por el tranſcurſo del tiempo no ay noticia, la qual con la poſſeſsion de tanto tiempo, y el titulo de dicha fundacion ſe preſume, Ayor. *de Partit.* 3. *part. quæſt.* 30. *num.* 113. conducit Molin. *libr.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. ſin que dicha particion de 576. como *vltrà* 100. *annos*, pueda deſtruir eſta poſſeſsion tan antigua en virtud de titulo tan legitimo, aſsi porque la quadragenaria con titulo colorado haze los bienes de libres vinculados, *Leg.* 41. *Taur.* como porque el inſtrumento contrario, y que ſe compadece con el Mayorazgo no deſtruye la poſſeſsion *vltrà* 100. *annos.* Molina *dict. cap.* 6. *num.* 57. *& ſeqq.*

157 De todo lo qual ſe manifieſta comprehenderſe el dicho Lugar de Galdo en la fundacion de Doña Mayor de Moſcoſo, y no aver debido Ambroſio de Padilla, aver limitado dicho Mayorazgo à la mitad de dicho Lugar, y caſa, ni poder Doña Maria Antonia de Montenegro, heredera de Don Pedro Miguel, y eſtraña de la Familia de Doña Mayor, y Doña Maria de Moſcoſo, deducir, que en la fundacion de Doña Mayor ſolo ſe comprehende el medio Lugar, y media caſa, ni diſputar à Doña Mayor la poteſtad de aver fundado Mayorazgo de dicho Lugar, y caſa, *& conſequentèr* eſtar calificado el agravio en eſta pretenſion introducida.

Lo

SEGUN-

UVA. BHSC. SC 12847

MAYORAZGO DE DOñA MARIA DE Moscoso, *numer.* 18. *y nulidad de la partija de los bienes de la referida.*

158 EN esta pretensíon adjudicò el Recetor àDon Juan Becerra porcion de los bienes de Doña Maria de Moscoso, por el derecho de Doña Maria de Miranda, num. 40. assi todo lo que faltò al cumplimiento de los 12ɱ. ducados, deducida la mitad de los que fueron de Doña Antonia de Moscoso, num. 29. que avia heredado de Gonçalo de Villanueva, numer. 18. su padre, en virtud de la promesa de dote de Doña Maria de Moscoso, de 5. de Abril de 664. tassando para este efecto los bienes con celeridad, y adjudicando à Don Juan Becerra los mejores, à quien ansimismo adjudicò la parte de legitima de dicha Doña Maria de Miranda, deducido el tercio, y quinto que no deduxo del importe de la dote ofrecida.

159 En este hecho hizo el Recetor à Doña Antonia Francisca diferentes agravios, el primero, que debiendo adjudicar à Doña Mariana de Vibero, num. 31. assi lo que Doña Maria de Miranda, num. 32. huvo de aver de Doña Antonia de Moscoso, como de los bienes de Doña Maria de Moscoso, lo que faltava al cumplimiento de los 12ɱ. ducados, por deberse adjudicar à Doña Maria de Miranda sus 12ɱ. ducados en la Casa de Lagariños, en virtud del trueque de dotes consentido, y aprobado por Don Diego de Miranda, segun que *lato calamo* fundàmos en la pretensíon tercera de la Casa de Lagarinos, passò à adjudicar à Doña Maria de Miranda dichos bienes de Doña Antonia, y Doña Maria de Moscoso, sin atender à dicho trueque de dotes.

160 El segundo, que debiendo aver tassado los bienes de Doña Antonia Moscoso, para regular la cantidad que faltasse para el lleno de los 12ɱ. ducados, à que se obligò Doña Maria de Moscoso, por la escriptura del año de 664.

UVA. BHSC. SC 12847

no la hizo, passando por la hecha en el año de 638. por muerte de Gonçalo de Villanueva, consistiendo este agravio en que dicho año de 638. importaron los bienes de Doña Antonia Moscoso 147ʉ554. reales, y la mitad de Doña Maria de Miranda 73ʉ755. y à este respecto deber salir de los bienes de Doña Maria de Moscoso al cumplimiento de los 12ɱ. ducados 58ʉ245. sin poder deducirse de este montamiento el tercio, y quinto de que hizo Mayorazgo Doña Maria en el de 673. y si se hiziera como se debia la tassacion de los bienes de Doña Antonia al tiempo de la division, y separacion de caudales, no solo avia de importar la mitad de los bienes de Doña Antonia de Moscoso dichos 73ʉ755. reales, si no mucha mayor porcion, por aver subido los precios desde el año de 638. y de esta suerte tanto menos se sacaria de los de Doña Maria de Moscoso, quanto mas huviesse en los de Doña Antonia.

161 La prueba de este agravio consiste en que Doña Maria de Moscoso, y Don Pedro de Miranda su yerno, num. 23. ofrecieron en dote à dicha Doña Maria de Miranda, en el año de 664. 12ɱ. ducados pagaderos en la legitima de Doña Antonia de Moscoso, y de los bienes de Doña Maria en lo que faltasse, en cuya oferta la promessa fue de cantidad, y los bienes se pusieron *in solutione*, siendo en tal caso la dacion de dote estimada, *& ea stimatione, quæ facit emptionem*, *Leg. Si inter virum* 21. *de iur. dot.* Barbos. *in Leg. Stimatis*, *ff. solut. matrim. numer.* 3. alter Brabos. *in Leg. Si inter virum*, *Cod. de iur. dot. num.* 4. D. Covarr. *Pract. cap.* 28. *num.* 1. vbi Faria *num.* 2. Giurb. *ad Mess. cap.* 15. *gloss.* 1. *numer.* 6.

162 De lo referido se deduce, que el valor de los bienes en que la paga de los 12ɱ. ducados se ha de hazer, se ha de entender al tiempo de la paga, y que el aumento, ò decremento del valor de los bienes es por quenta del deudor promitente, y no del accreedor à quien se ha de pagar; pues siendo deudor de 12ɱ. ducados, cumple con pagarlos en aquellos bienes, ò monedas designadas, en tanto numero,

que

UVA. BHSC. SC 12847

que compongan la ſuma de los 12ɱ. ducados, que ſe ofrecieron, *Leg. Si ſtipulatus ſim. de verb. oblig.* D. Covarr. *de Numiſm. cap. 7. §. vnic. num.* 5. verſ. *Nona concluſio*, Tondut. *Reſol. cap.* 1. *num.* 8. Roſa *conſ.* 54. *à num.* 25.

163 De manera, que para el valor de la moneda debida, *y que fuit in obligatione*, ſe mira el tiempo del contrato; eſto es, porque ſe paguen tantos ducados quantos ſe pactaron, y en la obligacion ſe contuvieron; pero para regular, y eſtimar la moneda general, *quæ in obligatione fuit deducta*, ò por otra moneda, ò por bienes q̃ ſe le puſo *in facultate ſolvendi*, ſe ha de mirar el tiempo de la paga, y ſe han de dàr tantos bienes, ò monedas, que ſegun la eſtimacion corriente al tiempo de la paga llenen el importe de la moneda imaginaria, que ſe ofreciò, y de la ſuerte que no ſe diſuelve la obligacion de 12ɱ. ducados por darſe bienes, ò monedas, que atendido el tiempo del contrato importaban eſta ſumma, *ſi tempore ſolutionis* ſu eſtimacion huvieſſe decrecido *ſic dicitur* pagados, y ſatisfechos los 12ɱ. ducados en monedas, ò bienes que *tempore ſolutionis* llenen eſte importe, *& ſi* eſtos miſmos bienes, ò monedas *tempore contractus* no igualaſſen à dicha ſumma, *vt poſt plures alios*, explicando la *Ley Cum qui derib. credit.* conciliò todas las opiniones Roſa *dict. conſ.* 54. *num.* 26.

164 Por lo qual ofrecidos 12ɱ. ducados pagaderos en bienes raizes de la legitima de Doña Antonia de Moſcoſo, y el reſiduo de los de Doña Maria de Moſcoſo, como lo que ſe debe, *& eſt in obligatione* ſon los 12ɱ. ducados, y eſtos ſe han de pagar dando tantos bienes que *tempore ſolutionis* valgan dichos 12ɱ. ducados, *verum eſt*, pagarſe todo lo que ſe debe, atendiendo al tiempo del contrato para la deuda, y al tiempo de la paga para la eſtimacion de los bienes, que han de llenar el valor de dichos 12ɱ. ducados, tenet Luc. *de regal. diſcurſ.* 114. *num.* 2.

165 Ni es de momento, que en la promeſſa dotal ſe ofrecieron pagar dichos 12ɱ. ducados en la legitima, y herencia de Doña Antonia de Moſcoſo; pues para que fueſſe li-

UVA. BHSC. SC 12847

limitacion de lo que *suprà* referimos, no basta, que se expresse, y se designe la materia en que se ha de hazer la paga, si no se dize, que esta ha de ser por la estimacion, que los bienes, ò la moneda tuviesse al tiempo del contrato, antes bien se entiende, que la paga ha de ser por la estimacion *tempore solutionis*, y el pacto solo obra que no se pueda hazer en otras especies, ò bienes que los designados en el contrato, D. Covarrub. *dict. §. vnic. num.* 5. vers. *Octava conclusio*, Tondut. *dict. cap.* 1. *num.* 8. la razon es, porque la designacion de especie, ò moneda en que se ha de pagar mira à que *in vito creditore* no se pueda pagar en otra especie, *Leg. Sed si, ff. de legat.* 1. D. Larr. *decis.* 22. *num.* 8. pero no obra, que estas especies en que se ha de hazer la paga se contengan en la obligacion *ab initio*, ni dexen de ser solo destinadas para la paga por el precio corriente *tempore solutionis*.

166 Lo qual *fortius* procede en nuestro caso, en que si se huviera querido, que los bienes de Doña Antonia de Mossoso se huviessen de regular por la estimacion, que tenian en el año de 638. frustra Doña Maria huviera ofrecido el exceso à los 12ɰ. ducados sin designacion de cantidad determinada, quando siendola notorio dicha estimacion, pudo aver ofrecido los 58ɰ. reales, y el no lo aver hecho fue porque considerando el alça, ò baxa de los bienes de Doña Antonia, y queriendo, que Doña Maria solo llevasse 12ɰ. ducados por dote, solamente se obligò à pagar el exceso, que faltasse à los 12ɰ. ducados valuados nuevamente los bienes al tiempo de la paga.

167 El tercer agravio, que en esta pretension se ha hecho à Doña Antonia Francisca es, que el Receptor del Consejo nombrò por tassadores à Don Froylan Barja, vezino de Mondoñedo, y Benito Conde, y aunque Doña Antonia Francisca recusò à dicho Don Froylan, se desestimò, siendo assi, que las partes puedan recusar los tassadores nombrados, *etiam nulla allegata causa*, Ayor. *de Partit.* 1. *part. cap.* 4. *num.* 11. Sanch. *de Matrim. lib.* 7. *disp.* 113. *num.* 7. Herm. *in Leg.* 56. *gloss.* 6. *tit.* 5. *part.* 5. D. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *num.*

UVA. BHSC. SC 12847

num. 5. verſ. *Sexta concluſio*, ſin embargo de lo qual dicho Receptor deſeſtimò dicha recuſacion, y paſsò à hazer la eſtimacion, y liquidacion con Contadores recuſados.

168 Debiendo anſimiſmo ſer los taſſadores perſonas inteligentes, y del Lugar donde eſtàn los bienes, por ſer eſtos los que mejor pueden ſaber. no ſolo la calidad de los bienes, ſino ſu valor, menos que en el Lugar no aya copia, la probança de cuya negativa incumbe al que dize no los aver, Herm. *in dict. gloſſ.* 6. *num.* 30. & 33. conducit Poſth. *de ſubhaſt. inſp.* 47. *num.* 54. paſsò dicho Recetor à nombrar à los referidos, ſiendo vno de ellos vezino de Santa Magdalena de Graña, tres leguas de Mondoñedo, àzia Lugo, y de vna Montaña donde no ay Viñas, y el otro es Notario de la Audiencia de Mondoñedo, diſtantes de los Lugares en donde eſtàn los bienes, y que no pueden tener inteligencia de los valores, y precios de ellos, quando eſtos ſe atienden, aſsi por la calidad de los bienes, como del Lugar en que eſtàn, Poſth. *dict. inſp.* 47. *num.* 63.

169 Anſimiſmo dichos taſſadores el dia 18. de Junio de 703. ſalieron de la Ciudad de Mondoñedo, y fueron à la Feligreſia de San Pedro de Arante, que diſta tres leguas, y en eſte dia taſſaron todos los bienes correſpondientes à eſta Feligreſia: Y en el 19. fueron à la de Santiago de Abres, y taſſaron todos los de eſta Feligreſia: Y en el 20. hizieron lo miſmo en el Concejo del Franco, y Lugar de Herboces: Y en el 21. hizieron lo miſmo en la Villa de Ribadeu, y Lugar de Frieyra Bella: Y en el 22. hizieron lo miſmo en la Filegreſia de Villaſelan: Y en el 23. proſiguieron en la Feligreſia de San Juan de Villeronte: Y en el 24. hizieron la taſſacion de los bienes de la Feligreſia de Santa Maria de Galdo, en cuyas Feligreſias taſſaron muchos bienes, aviendo ſido caſi impoſsible no ſolo averlos taſſado, ſino aun reconocido, aſsi por las diſtancias, como por la cantidad de los bienes, no ſiendo poſsible en tan breve tiempo tal execucion, y por perſonas, que no eran de dichas Feligreſias, por lo qual dicha taſſaciou co-
co *feſtinantèr facta* es nula, Guacin. *de Defenſ. reor. de-*

fenſ.

UVA. BHSC. SC 12847

fens. 35. *cap.* 21. *num.* 1. Caval. *cas.* 286. *num.* 42. Matienç. *in Dialog. cap.* 39. *à num.* 3. *vbi late probat*, los perjuizios de la festinacion; y que estos no se compadecen con la justicia de la resolucion.

170 De lo qual se deduce, que dicha tassacion tan acelerada por personas de Lugares distantes, que no podian conocer los bienes, si no por los informes que iban tomando, y recusados por Doña Antonia Francisca, solo fue hecha à instancia de dicho Don Juan Becerra, y del Recetor, dando menos precio à los bienes, que à Don Juan Becerra se le avian de adjudicar para el lleno de los 12ß. ducados, y dandole mayor à los que se avian de adjudicar para el tercio, y quinto, en grave perjuizio de Doña Antonia Francisca. Y siendo cierto, que sin embargo de la declaracion de los Peritos pueden las partes pedir nueva tassacion; Hermos. *dict. gloss.* 6. *num.* 59. & 60. aunque despues de la segunda *alia non admittitur*, parece consentaneo, que aviendose hecho la que dà motivo à la controversia con tanta celeridad, y nulidades se haga segunda tassacion de dichos bienes, mayormente siendo la primera sospechosa por sus circunstancias, Luca *de Iudic. disc.* 33. *num.* 25. vers. *Verum.*

171 Ni es de momento el que quando solo se deduce nulidad sin injusticia, *solet à iudicibus experni*, Escob. *de Ratiocc. cap.* 31. *num.* 17. Maldon. *de* 2. *suplic. tit.* 6. *quæst.* 9. *num.* 26. Covarr. *lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 3 *tamen*, esto procede quando notoriamente consta, que la tassacion, y la sentencia fue justa, no empero quando *de ea dubitatur*, y la tassacion, ò sentencia es sospechosa, y assi se entienden los Autores referidos, y otros que citan, y siendo la que se controvierte tan sospechosa por las circunstancias referidas, y que plenamente resultan de los autos, no puede practicarse la regla deducida de la *Ley fin. §. fin. ff. quod met. caus.* por lo qual aviendo hecho el Recetor à Doña Antonia Francisca tantos agravios, en esta pretensiõ parece justo su intento para que se deshagan, y en qualquiera caso se mande hazer nueva tassacion de los bienes de Doña Maria de Moscoso, para que à ca-

da

UVA. BHSC. SC 12847

da vno se edjudique lo que huviere de aver sin agravio de las partes.

TERCERA PRETENSION.

SOBRE LA MEJORA DE DON PEDRO DE Miranda Ossorio, num. 30.

172 LA sentencia de Galicia estima por bienes libres los correspondientes à la mejora de tercio, y quinto, que à favor de Don Antonio de Miranda, hizo Don Pedro de Miranda su padre en el año de seiscientos y setenta y cinco; y aunque en su fundacion no se contienen palabras de Mayorazgo, ni otras, que induzgan perpetuidad, empero en las quentas, y particiones, que se hizieron por muerte de dicho D. Pedro, se pusieron los bienes de dicha mejora por vinculados, sin que no solo no reclamasse dicho Don Antonio de Miranda, si no que este en 29. de Março de 681. y en la escriptura que hizo con Antonio Garcia de la Rocha, declarò, que dichos bienes eran de Mayorazgo, y por aver vendido parte de ellos subrogò otros, obligandose à tenerlos como bienes vinculados, y sujetos à restitucion, y à favor de los succesores en dicha mejora.

173 De cuyos instrumentos deduce Doña Antonia Francisca, que los bienes de dicha mejora son vinculados, pues puede el Mayorazgo constituirse en quentas, y particiones quando ay consentimiento tacito, ò expresso de los interessados, y el que consintiò pudo tener noticia de la calidad de los bienes, *quo casu* el Mayorazgo se entiende fundado por el que consintiò la division, ò hizo el reconocimiento, Mieres *de Maioratibus*, 4. *part quæst.* 35. *num.* 19. Noguer. *allegat.* 31. *num.* 114. *vbi asserit quod ex confessione emissa in instrumento venditionis, bona esse vinculata, & vt talia sibi adiudicata elicitur maioratus, & consensus gravaminis.*

UVA. BHSC. SC 12847

174 Y aunque en la ſimple confeſsion quieren algunos que eſta no baſte para inducir de nuevo Mayorazgo, ſi ſe deſcubre lo contrario, vt latè Pegas *de Maioratibus*, *cap.6. num.* 175. verſic. *Sed contraria*, empero quando no ſolo ay confeſsion de Mayorazgo, ſino palabras diſpoſitivas, y de aquel que tenia noticia de la coſa, y lo podia aver, *tunc* no ay duda que *ex ea diſpoſitione inducitur Maioratus*, *in fortiori caſu*, D. Caſtill. *lib.* 2. *cap.* 26. *à num.* 77. conducit Giurb. *ad Meſſan. cap.* 1. *gloſſ.*8. *num.*69. Lo qual procede en dicho Don Antonio de Miranda, el qual no ſolo *tacite* conſintiò el gravamen pueſto en la quenta, y particion à la mejora de tercio, y quinto, ſino que en la eſcriptura con Rocha ſubrogò bienes à favor del Vinculo, obligandoſe à tenerlos ſiempre vinculados, y vnidos à favor de ſus ſucceſſores, cuyas palabras no ſon enunciativas, ſino diſpoſitivas, è inductivas de Mayorazgo, y aſsi Doña Antonia Franciſca pretende ſe declaren eſtos bienes por vinculados.

QUARTA PRETENSION.

MEJORA DE DOñA MARIANA DE Vibero.

175 DOña Antonia Franciſca dize ſe la hizo agravio por los Alcaldes Mayores del Reyno de Galicia, en aver eſtimado por bienes libres los pertenecientes à la mejora hecha por Doña Mariana de Vibero ſu madre, num. 32. y en no averlos declarado por de Fideicommiſſo, y aver llegado el caſo de la ſubſtitucion de Doña Antonia Franciſca.

176 Dà motivo à la controverſia, la clauſula del teſtamento de Doña Mariana, que mejora en el tercio, y quinto de ſus bienes à Don Diego de Miranda ſu hijo legitimo, y dize: *Y ſu voluntad es, que por los dias de ſu vida los lleve, y goze el dicho Don Diego de Miranda ſu hijo legitimo, y ſus herederos teniendolos, y no los aviendo, ſucceda en ellos la di-*

UVA. BHSC. SC 12847

dicha Doña Antonia Franciſca ſu hija legitima, y ſus herederos, ſiendolo legitimos; y en caſo que no los tengan, ſuccedа en ellos el dicho Don Antonio de Miranda ſu marido, ò la perſona que èl nombrare, que aſsi es ſu vltima, y poſtrimera voluntad.

177 De eſta cláuſula deduce Don Juan Becerra, que el llamamiento de Doña Antonia Franciſca fue debaxo de la condicion, ſi Don Diego de Miranda no tuvieſſe herederos, y que aviendolos tenido, faltò la condicion, y quedaron los bienes libres en Don Diego; *Leg. Filius familias* 114. *§. cum erit* 13. *de legat.* 1. *Vbi eſt expræſus caſus*, de que gravado vno *ſi ſine liberis deceſſerit, ſi filij patri ſuper vivunt*, caduca la ſubſtitucion. *Leg. Lucius* 85. *de hæred. inſtit.* Gomez *Variar. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 42. vbi Ayll. *numer.* 44. D. Creſpi *obſervat.* 41. *num.* 82. Mantic. *de Conjectur. lib.* 10. *tit.* 7. *num.* 71. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 76. *numer.* 69.

178 Y en la exiſtencia que al tiempo de la muerte no ſe refiere, baſta la exiſtencia de los hijos *quocumque tempore*, para excluir al ſubſtituto, porque para la verificacion de la condicion, es preciſa *omni tempore* la no exiſtencia, aſsi por lo odioſo de los Fideicommiſſos, *Leg. Cohæredi, §. cum filium, de vulgar.* como porque para excluirle, baſta que *ſemel* la condicion *deficiat*. Fuſar. *de Subſtit. quæſt.* 461. *à numer.* 1. De ſuerte, que aora ſe conciba la condicion *tempore mortis*, aora la exiſtencia de los hijos, aviendolos tenido Don Diego, faltò la condicion de el llamamiento de Doña Antonia Franciſca, ſiendo de la naturaleza de los actos condicionales, que faltando la condicion falta el llamamiento. *Leg.* 2. *Cod. de his quæ ſub mod. Leg.* 44. *§. fin. de condict. & demonſtr. Leg. Si ita hæres, de condict. inſtit.* Fuſar. *quæſt.* 454. *num.* 1. Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 360.

179 No pudiendo ſer *ſecundum ius*, que vna miſma ſubſtitucion concebida en vn caſo, ſe extienda al caſo contrario, *Leg. Commodiſsimè* 10. *de liber. & poſthum.* que diò motivo à la controverſia, ſi la ſubſtitucion concebida *poſthu-*

UVA. BHSC. SC 12847

mo non nato, ſea extendida ſi naciesſe, & *deceſſerit*; en que huvo la controverſia entre Vlpiano, y Papiniano, que dirimiò Juſtiniano en la *Ley fin. Cod. de inſtitut. & ſubſtitut.* quien reſecando la controverſia, no admite la extenſion en perjuizio de la madre. Gomez *Variar. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 7. de qua latè Fuſar. *de Subſtit. quæſt.* 64. *à num.* 1.

180 Y aſsi no parece veroſimil, que concebida la ſubſtitucion à favor de Doña Antonia Franciſca, ſi Don Diego no tuvieſſe herederos, pueda extenderſe al caſo contrario de tenerlos, ſiendo preciſo para eſte efecto concebir ſubſtitucion Fideicommiſſaria actiba à favor de los hijos, quando por eſta condicion no ſe entienden llamados, ſino conſiderada ſolamente la nuda exiſtencia de ellos, para la excluſion del ſubſtituto. Gomez *dict. cap.* 5. *num.* 42. Peregrin. *de Fideicommiſſ. quæſt.* 437. *num.* 2. Creſpi *dict. obſervat.* 41. *numer.* 82.

181 Y aun era neceſſario otra ſubſtitucion paſsiva, de que eſtos hijos eſtuvieſſen gravados à reſtituir à Doña Antonia, y aunque à favor de los hijos del primer grado, pudiera entenderſe, no ſe entienden gravados, ni honerados con otra ſubſtitucion. Oldrad. *conſ.* 21. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 28. *num.* 27. Fuſar. *conſ.* 17. Fontanel. *deciſ.* 151. *num.* 7. Luc. *de Fideicommiſſ. diſc.* 82. *num.* 6. maxime eſtàndo llamados herederos, que ſupone poder deferirſe los bienes à herederos como tales. Fontanel. *deciſ.* 150. *num.* 1. D. Caſtill. *tom.* 6. *cap.* 138. *num.* 1. à que ſe llega, que nunca preſumiendoſe Fideicommiſſo, la ſubſtitucion que ſe concibe, ſe ha de entender vulgar, y no Fideicommiſſaria, entendiendoſe ſiempre vulgar, aunque tenga la condicion *ſine liberis. Leg. Lucius* 85. *de hæred. inſtitut. Leg.* 50. *de legat.* 2. Creſpi *obſervat.* 21. *num.* 23. & *obſervat.* 41. *num.* 9. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 6. *numer.* 14. *Vbi quod plures ſucceſsivè vocati non intelliguntur per Fideicommiſſum, ſed per vulgarem.*

182 Sin embargo de lo referido parece claro el derecho de Doña Antonia Franciſca, y que ſu ſubſtitucion no ca-

UVA. BHSC. SC 12847

caducò, por aver Don Diego de Miranda dexado por su hijo al tiempo de la muerte à Don Pedro Miguel, para lo qual no puede dexar de confessarse, que la substitucion de la clausula, segun, y como està concebida, es Fideicommissaria expressa; la razon es, pues aunque la presumpcion es, de que la substitucion se entiende vulgar, y no Fideicommissaria, por mas noble, y no gravosa, *capit. Si pater, de testament. in 6.* Fontanel. *decis.* 137. *num.* 2. Fusar. *de Substitut. quæst.* 479. *à num.* 1. *ex Leg. Iam hoc iure, ff. de vulgar. & si* los hijos estèn puestos en la condicion, *attamen* esta presumpcion cessa constãdo lo contrario, pues en nuestro caso està concebida la institucion *post agnitum prælegatum*, y precisamente para el segundo caso opuesto à la condicion, que *sub intelligitur in vulgari.*

183 La razon es, porque addida la heredera, ò aceptado el legado, cessa toda substitucion vulgar, por ser de substancia la no addicion, ò no agnicion, mediante la qual entra el substituto, *Leg. Post additam, Cod. de impuber. & alijs substit. Leg. Si legata, Cod. de legat.* Gomez *Variar. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 33. vbi Ayll. *num.* 43. plenè Fusar. *de Substitut. quæst.* 65. *num.* 1. & 2. Mantic. *de Tacit. lib.* 5. *tit.* 6. *numer.* 2. y todas las demàs substituciones dependientes de ella caducan, *Leg. Cum testamento, de hæred. instit. Leg. Si mater*, §. 1. *de vulgar.* y assi la substitucion que se concibe para el segundo caso, no es, ni se puede considerar vulgar expressa, sino Fideicommissaria, quando repugnan otras substituciones, y si se contiene la vulgar, no es *per expræssionem*, sino tacita, por ser incompatible que se expresse vulgar *addita hæreditate, vel agnito legato.*

184 En nuestra clausula la substitución concebida à favor de Doña Antonia Francisca, no fue *indefinitè*, sino en el caso que Don Diego huviesse succedido en los bienes; pues manda, que Don Diego los lleve por los dias de su vida, y sus herederos teniendolos, y despues Doña Antonia Francisca; de suerte, que supone antes de llegar à Doña Antonia Francisca, que Don Diego avia de aver succedido en

los

UVA. BHSC. SC 12847

los bienes, à que se llegã, que quando la substitucion se concibe à favor de hijos, y herederos, y despues de otro hijo, no puede considerarse vulgar, ni en la persona de los hijos, ni en la persona del hermano: porque no pudiendo ir à ellos en virtud de la substitucion expressa, si no en el caso segundo de la succesion del primero, es preciso entenderse, que aviendo de ser la substitucion à favor del heredero, de la calidad de que fue la substitucion de los hijos, *quemadmodum* la de estos fue en el segundo caso, *sic etiam* la substitucion de el hermano, como subrogada en la de los hijos, se ha de entender Fideicommissaria. Fusar. *de Substitut. quæst.* 479. *numer.* 71. & 72. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 18. *num.* 20. De suerte, que siendo esta materia congetural, vt asserit Luca *de Fideicommiss. discurs.* 91. *num.* 12. y estando concebido el llamamiento de los herederos legitimos, para el caso de aver succedido Don Diego de Miranda, y subrogada en la misma substitucion Doña Antonia Francisca, debaxo de la no existencia, es, y està llamada la referida *per Fideicommissum*, en el caso correspondiente, como subrogada en lugar de los herederos legitimos. Fontanel. *decis.* 151. *numer.* 14.

185 En esta clausula por muerte de Don Diego de Miranda, estàn *post eum* llamados sus herederos, y aunque esta palabra no solo comprehende los descendientes, sino los estraños, *Leg. Annalibus, Cod. de legat. Leg. Veteris, Cod. de contrahiempt.* Fusar. *de Substitut. quæst.* 339. *à num.* 1. empero en nuestra clausula solo se comprehenden los hijos, ò descendientes. Lo vno, porque concebida la substitucion à favor de vn hijo del testador *verbum hæres*, no comprehende herederos estraños, pues no es de presumir, que por los estraños, quiso el testador excluir à sus proprios hijos, optimè Fusar. *de Substitut. dict. quæst.* 339. *num.* 48. & 53. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 32. *num.* 36. & 40.

186 *Quod suadetur*, pues Doña Mariana no solo llamò los herederos de Don Diego, sino sus herederos legitimos, siendo cierto, que en este llamamiento no estàn com-

pre-

UVA. BHSC. SC 12847

prehendidos los herederos eſtraños, Mantic. *de Coniectur. lib.* 11. *tit.* 1. *num.* 10. Peregrin. *dict. artic.* 32. *num.* 49. Fuſar. *dict. quæſt.* 339. *à num.* 72. y aunque en el llamamiento de los herederos de Don Diego, no ſe pone la palabra legitimos, eſtando llamados los herederos legitimos en la ſubſtitucion de Doña Antonia, eſtos miſmos ſe entienden llamados en la mejora de Don Diego, *ex eo quia vna ſubſtitutio ex alia interpretatur*, *Leg. Qui filiabus* 17. *de legat.* 1. *Leg. Si ſervus plurium*, *ff. eod.* Fuſar. *dict. quæſt.* 339. *numer.* 37. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 16. *numer.* 108. *Vbi aſſerit quod quotieſcumque in aliquo capitulo eſt verbum quod poteſt ſe habere ad diverſum ſignificatum*; eſta ſe interpreta, por lo que el teſtador le entendiò en otra parte de la diſpoſicion, y aſsi aviendo llamado los herederos legitimos en la ſubſtitucion de Doña Antonia, y hecho ſolo mencion de herederos en el llamamiento de Don Diego, es viſto que los herederos de que hizo mencion, reſpecto de Don Diego, ſon legitimos como los de Doña Antonia.

187 Queda eſto ſin duda, pues en la ſubſtitucion que diò à Don Antonio de Miranda, pone vnos, y otros herederos en la condicion, refiriendolos aſsi à Don Diego, como à Doña Franciſca, ibi: *Y en caſo que no los tengan*; ſucediendo la regla, de que eſta condicion parifica, y igualmente determina vnos, y otros herederos, *ex Leg. Iam hoc iure* 4. *ff. de vulgar.* à que ſe llega, que aquella palabra *ſiendolo legitimos*, no apela ſolo à los herederos de Doña Antonia, ſino igualmente à los de Don Diego, pues como clauſula final indefinida, *equæ* aplicable à vnos, y à otros, *equæ* comprehende à vnos, y otros, quando no ſe puede conſiderar razon de diferencia en vno, ni en otro caſo. *Leg. Talis ſcriptura*, *§. fin. de legat.* 1. *Leg.* 3. *§. filius*, *de liber. & poſthum. Leg. fin. de reb. dub.* Mieres *de Maioratib.* 2. *part. quæſt.* 12. *num.* 5. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 16. *num.* 102. plenè Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 50. *num.* 42. Mantica *de Coniectur. libr.* 3. *tit.* 14. *num.* 8.

188 En cuyo llamamiento de herederos legitimos,

UVA. BHSC. SC 12847

ſolo comprehenderſe los deſcendientes, y no los tranſverſales, *ex eo notoriè convincitur*; pues deſpues de ellos eſtà ſubſtituida Doña Antonia, y Don Antonio ſu padre, como comprehendidos en el llamamiento de herederos legitimos, ſiendo aſsi que Don Diego no tenia otros mas cercanos; y ſi Doña Mariana huviera concebido los tranſverſales en eſte llamamiento, fruſtra huviera dado llamamiento peculiar à Doña Antonia, y à ſu padre, ex traditis à Larrea *deciſ.* 54. *à num.* 15. Roſa *conſ.* 69. *num.* 155.

189 Eſtos herederos legitimos, que ſon los deſcendientes de Don Diego, *diximus* eſtàn llamados, eſtànlo *per Fideicommiſſum*, y Don Diego gravado à reſtituirles el prelegado: el ſupueſto ſe califica *ultrà dicta*, de que la queſtion *quando filij cenſeantur vocati*, procede *vt diximus*, quando eſtàn pueſtos en la condicion; y aunque no ſolamente eſtèn en condicion los hijos, ſino los hijos de ellos, pues la duplicidad de la condicion por sì ſola no induce diſpoſicion, D. Creſpi *obſervat.* 20. *numer.* 82. *fallit* quando los deſcendientes eſtàn llamados; pues *tunc ſunt in diſpoſitione*, y ceſſa lo que dixeron Fuſar. *quæſt.* 437. *num.* 2. Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 2. & 3. vbi Add. tenet optimè ad rem Fontanel. *de Pact. tom.* 2. *gloſſ.* 10. *part.* 2. *num.* 9. *clauſ.* 5. Ademàs, que *ex conjecturis poſsiti in conditione intelliguntur poſsiti in diſpoſitione*, ſiendo baſtantes menores congeturas, *quoties agitur inter deſcendentes, & non inter extraneos.* Add. ad Molin. *dict. cap.* 6. *num.* 1. verſ. *Sic.*

190 Siendo fuerte congetura la pluralidad de ſubſtituciones que ay en nueſtra clauſula, D. Caſtill. *libr.* 4. *capit.* 9. *num.* 33. Mantica *de Conjectur. lib.* 11. *tit.* 3. *num.* 13. Fuſar. *quæſt.* 437. *num.* 90. & 103. *maximè procedere in legatis; ſecunda eſt*, quando los que eſtàn pueſtos en la condicion, lo ſon con la calidad de legitimos, D. Caſtill. *dict. cap.* 9. *num.* 31. Mantic. *dict. tit.* 3. *num.* 7. Peregrin. *conſ.* 49. *num.* 1. y *vt diximus*, eſtando pueſtos en la diſpoſicion, ceſſan todas congeturas para inducir llamamiento, pues *non opus eſt ſubintellecto, cum in verbis non eſt dubitatio.* Covarrub. *in cap. Reinutius, §.* 2. *num.* 7. *de teſtam.*

El

UVA. BHSC. SC 12847

191 El estàr llamados *per Fideicommissum*, *vltrà dicta ex eo probatur*, pues aunque *regula est*, de que se entiendan llamados *per vulgarem*, *ex Leg. Gallus* 29. *§. quidam rectè, de liber. & posthum.* y aunque aya mencion de herederos, ò de suyos, D. Crespi *observat.* 20. *numer.* 12. Covarrub. *dict. §.* 2. *num.* 10. Fusar. *de Substitut. quæst.* 382. *numer.* 1. *tamen* esta regla no puede tener lugar en nuestro caso, que es distinto del que propone el señor Crespi, assi porque muchos pusieron por regla contraria la referida *vt videre est*, ex latè traditis à Fusar. *dict. quæst.* 382. *à num.* 33. y el *§. quidam rectè*, procede *ex necessitate substitutionis*, vt asserit Covarrub. *in dict. §.* 2. *num.* 10. *in fin.* La primera congetura es, quando el testador vsò de pluralidad de substituciones, pues *tunc* los hijos llamados *non veniunt per vulgarem tantum*, *sed per Fideicommissum*, Fusar. *dict. quæst.* 479. *num.* 65. *Frustra enim testator vocasset posteriores, nisi filij per Fideicommissum essent vocati*, Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 18. *num.* 20. & 21. *Secunda*, quando la succesion de los herederos supone la muerte del padre, no en vida del testador, la substitucion de ellos hecha se entiende *successive*, *& per Fideicommissum*, sin que commodamente pueda entenderse que estàn llamados, solamente para el caso que el padre premuera, ò repudie, plenè Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 19. *numer.* 9. vers. *Istis tamen non refragantibus*, en donde haziendose cargo de todas las razones de dudar, dize, que se entiende Fideicommissaria. Y en el 18. que *maximè est quoties vocantur hæredes*, pues como *viventis non est hæreditas*, no puede entenderse que los herederos del primero estàn llamados, repudiando el prelegado, *& num.* 19. *Idem esse quando quis vocatus est, & vocati sunt eius hæredes, quia intelliguntur post mortem eius.*

192 En nuestro caso Don Diego de Miranda està llamado, y sus herederos legitimos, *vt diximus*, lo quale no puede ser no aceptando el prelegado Don Diego, y este llamamiento de los herederos està concebido à la muerte de Don Diego, y en el supuesto de que por los dias de su vida go-

UVA. BHSC. SC 12847

gozaſſe el prelegado, ſuponiendo para eſta ſubſtitucion el ſegundo caſo *ſi agnoverit*, y no el primero *ſi non agnoverit*, ſin que ſea de momento la reſolucion del ſeñor Creſpi *dict. obſervat.* 20. *num.* 12. pues ibi: *Huvo congeturas para que no ſe entendieſſe Fideicommiſſaria, ſino vulgar.* La primera, que la ſubſtitucion avia ſido *in hæreditate*, y en herencia es mas dificil concebir el Fideicommiſſo, que en vna mejora *verbis communibus relicta*; pues la inſtitucion como concebida *verbis directis* para traerſe *ad Fideicommiſſum*, neceſsita impropriarſe, *Leg. Verbis civilibus, de vulgar.* Covarrub. *dict.* §. 2. *num.* 10. pero la mejora *verbis communibus relicta* para traerſe *ad Fideicommiſſum*, no neceſsita impropriarſe, maximè exequados los legados, y Fideicommiſſos. *Leg.* 1. *Cod. commun. de legat. Secunda erat*, que la herencia ſe avia dexado omnimoda à la voluntad del gravado. Creſpi *numer.* 13. & 14. *Tertia*, que los herederos que eſtaban pueſtos en la inſtitucion, no eſtaban deſpues pueſtos en condicion, ninguna de cuyas congeturas concurre en nueſtra clauſula, *imò potiùs* todas las contrarias.

193 Sin que ſea de momento, que el Fideicommiſſo como odioſſo no ſe eſtiende de caſo à caſo, pues *verum eſt quæ ex concecturis* deducidas de la diſpoſicion, ſe induce Fideicommiſſo, *Leg. cum proponebatur de legat.* 2. Caſanat. *conſ.* 4. *num.* 15. plene Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 7. & *cap.* 9. *num.* 20. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 19. y en nueſtra clauſula ay muchas, *quas ſuprà diximus.*

194 Ni à lo referido ſe opone el dezir, que aunque la palabra herederos legitimos comprehenda los deſcendientes, ſe entiende ſiendo herederos, ſin que ſin eſta qualidad puedan ſer admitidos por eſtàr llamtados *non vt filij, ſed vt hæredes*, D. Olea *tit.* 2. *quæſt.* 7. *à num.* 34. Noguer. *allegat.* 38. *num.* 11. Tondut. *Civil. cap.* 55. Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 25. & *conſequentèr*, no pueden eſtàr los hijos llamados, *per Fideicommiſſum*, pues à ſer aſsi no pudiera el padre por ningun hecho voluntario de enagenacion, ò no inſtitucion privar à los hijos del Fideicommiſſo, lo que puede hazer quando

UVA. BHSC. SC 12847

do los hijos eſtàn en la inſtitution, *vt hæredes*, Fontanel. *deci.* 150. *num.* 12. Olea *dict. quæſt.* 7. *num.* 37. Hermoſ. *in Leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *num* 51.

195 A lo qual ſe reſponde, que en nueſtra ſubſtitucion no eſtàn llamados los hijos *ſub qualitate hæredum*, ſino que en el llamamiento de herederos ſe comprehenden los hijos, *etiam ſi hæredes non ſint*, aviendo grande diferencia, quando eſtàn llamados los hijos herederos, de quando eſtàn llamados los herederos entendiendo en eſta palabra *los hijos*, quando *enim vocantur filij hæredes, verbum hæredes ad aliud eſſe non poteſt*, que para calificar la palabra *hijos*, pero quando ſolo ſe halla *verbum hæredes*, para entender los hijos, ò deſcendientes, *tunc verbum hæredes* no aumenta en los hijos la qualidad de heredero, ſino ſolo ſe entiende *pro hæredibus ſanguinis*, Fuſar. *de Subſtit. quæſt.* 340. *num.* 15. *ex Leg. Si quando de legat.* 3. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 142. *num.* 5. *ſic intelligendus* Fontan. *dict. deciſ.* 150. *num.* 2.

196 Anſimiſmo no es neceſſario en los hijos la qualidad de herederos, quando *verbum hæredes* eſtà pueſto en la condicion; pues *tunc idem eſt dicere ſi hæredes non ſtiterint, ac ſi liberi non eſſent*, y ſe comprehenden *tantum hæredes ſanguinis*, ſin qualidad alguna de heredero, *Leg. Ex facto* 17. §. *ſi quis* 8. *ff. ad Senat. Conſ. Trebel.* Pereg. *de Fideicommiſsis, artic.* 32. *num.* 9. *in fin.* D. Caſtill. *dict. cap.* 142. *num.* 6. y Pereg. y Fuſar. *dict. quæſt.* 340. *num.* 12. diſtinguen las vltimas voluntades, y ſus llamamientos de la ſucceſsion de los feudos, y bienes emphiteuticos, en nueſtra clauſula no ſolo los herederos legitimos eſtàn pueſtos en la diſpoſicion, ſino tambien en la condicion, porque ſe entienden ſolo llamados los herederos *ſanguinis*, que ſon los deſcendientes, Barboſ. *appellatib.* 114. *numer.* 26. Cevall. *quæſt.* 538. Matienç. *de Coniect. lib.* 8. *tit.* 14. *num.* 5. à que ſe llega *communis vſus loquendi, maximè* por perſona no inteligente, de entender los deſcendientes en la palabra herederos, Barboſ. *dict. appellatib.* 114. *num.* 21.

197 De ſuerte, que entendiendoſe los herederos le-

UVA. BHSC. SC 12847

gitimos *pro descendentibus, & hæredibus sanguinis*, sin que aya otra palabra explicativa de los descendientes, no es verosimil que Doña Mariana en el llamamiento de sus nietos, quisiesse la qualidad precisa de herederos, que era impertinente para la substitucion, y para conservar en ellos el derecho de succeder *abintestato, vel ex testamento*, no era necessario averles dado llamamiento, sino averlos solamente puesto en la condicion, ò expressa, ò subintelecta; *ex Leg. Cum avus, de condict. & demonstr.* por lo qual, aviendolos puesto en la disposicion, y en la condicion *ad aliud esse non potest*, que para darles llamamiento independente de la voluntad del padre, y como esto es despues que este huviesse gozado el prelegado por los dias de su vida, estàn *activè* llamados *per Fideicommissum*, para que *non dicantur capere à patre, sed ab avia, Leg. 3. de interdict. & relegat.* ni pueda el padre en perjuizio del Fideicommisso enagenar los bienes, disiparlos, ni venderlos.

198 Supuesto el Fideicommisso activo à favor de los hijos de Don Diego, resta indagar el Fideicommisso passivo à favor de Doña Antonia Francisca, y averse verificado la condicion de èl, no siendo del caso lo que ex Gom. *tom. 1. Variar. cap. 5. num. 42. diximus*, de que la existencia de los hijos *tempore mortis faciebat defficere condictionem Fideicommissi*; pues lo que este Autor dize, y los demàs que le siguen, procede en la condicion *si sine liberis decesserit*, en que los hijos por puestos en condicion no tienen llamamiento, ni excluyen al substituto como llamados, antes bien los bienes se reputan libres del instituido, y subsiste la enagenacion hecha en vida por el gravado, y los bienes de el Fideicommisso *distrahuntur pro debitis gravati*, como todos los demàs suyos alodiales.

199 Para esta question de la substitucion passiva de los hijos à favor del substituto, arguyendola de la substitucion activa à favor de los hijos, ay gran diferencia, quando la substitucion activa de los hijos proviene de llamamiento explicito por contenerse los hijos en la disposicion, ò quando pro-

UVA. BHSC. SC 12847

proviene de congeturas, eſtàndo los hijos no en la diſpoſicion, ſino en la condicion; pues aunque en vno, y en otro à *ſubſtitutione activa, non arguatur ad paſsivam.* Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.*480. *num.*19. Fontanel. *deciſ.*151. *numer.*2. Luc. *de Fideicommiſſ. diſc.*82. *num.*6. Y anſimiſmo *ex coniecturis* ſe arguye la ſubſtitucion paſsiva, *quando filij ſunt in diſpoſitione, & quando ſunt in condictione, ſi ex coniecturis ſunt vocati*, Fontanel. *dict. quæſt.*151. *num.* 9. Theſaur. *deciſ.*96. *num.*34. Fuſar. *dict. quæſt.* 480. *numer.*88. empero quando para la ſubſtitucion activa no ſe neceſsitan congeturas *facilius inducitur paſsiva, optiome.* Luc. *dict. diſcurſ.*82. *numer.* 9.

200 La razon es, porque arguir por congeturas ſubſtitucion activa, y paſsiva *eſt dificilius*, por ſer preciſo para cada vna de las ſubſtituciones buſcar congeturas diſtintas, pudiendo oponerſe la duplicidad de eſpecialidades, contra la *Ley* 1. *Cod. de dot. promiſſ.* pero quando ſupueſta por el llamamiento la ſubſtitucion activa, ſolo ſe traen congeturas para la paſsiva, ni ſe neceſsitan tantas, ni concurren tantas eſpecialidades, lo qual es aplicable à nueſtra clauſula, en que los herederos *ſanguinis*, tienen llamamiento expreſſo, y ſolo ſe trata de diſcurrir, ſobre la ſubſtitucion paſsiva de los hijos, à favor del ſubſtituto, ideòque vt aſſerit Luc. *Facilius eſt vna operatio, quam quod fiant duæ, vel plures.* Caſanat. *conſil.*20. *num.*24.

201 Supueſto lo referido, y que *ad percipiendam voluntatem teſtatricis*, y inducir la ſubſtitucion paſsiva *ex coniecturis*, ſucede la regla *vt ſingula quæ non proſſunt collecta iubent*, Luc. *dict. diſcurſ.*82. *num.*10. en nueſtra clauſula ſe concibe, y deduce la voluntad de Doña Mariana, para que los hijos de Don Diego eſtèn gravados à favor de Doña Antonia Franciſca, debaxo de la miſma condicion que ſu padre. *Primò*, porq̃ quando las ſubſtituciones hechas ſon todas à favor de deſcendientes, y tranſverſales de la Familia, ſin mezcla de perſona eſtraña, *tunc* es la preſumpcion de que la teſtatriz, queriendo que ſus bienes ſe conſervaſſen en todos, ſe en-

UVA. BHSC. SC 12847

entiende aver querido que los hijos ſubſtituidos *tacitè*, *ò expræſsè*, ſe entiendan gravados à favor del ſubſtituto, Caſanat. *dict. conſil.* 20. *num.* 59. verſ. *Vigeſima tercia, vbi aſſerit in hoc caſu non procedere conſilium Oldradi.* Cuya congetura procede en nueſtro caſo, en que eſtàn llamados todos los deſcendientes de Doña Mariana, y en ſu defecto Don Antonio de Miranda, que anſimiſmo era ſu pariente; y en ſu defecto la perſona que nombraſſe dicho Don Antonio, concediendole facultad de eligir, aviendoſe arreglado Doña Mariana à la *Ley* 27. *de Toro*, que preſcrive la forma de los llamamientos; el primero, à deſcendientes; deſpues à tranſverſales, no aviendo aſcendientes; y en ſu defecto à eſtraños.

202 *Secunda coniectura deducitur* del llamamiento de deſcendientes herederos legitimos, à los quales Doña Mariana no conociò, y de la ſuerte que à Don Diego à favor de ſus deſcendientes le gravò, *intelligitur* aver gravado à ſus hijos à favor de Doña Antonia, tia de los referidos, y hija de Doña Mariana, Luc. *dict. diſcurſ.* 22. *num.* 13. verſ. *Tertia.* Fuſar. *quæſt.* 480. *num.* 82. quien, *alia coniectura exiſtente*, admite eſta opinion, *ratione equalitatis ſervandæ, & ne melioris conditionis ſit remotior quam proximior. Tertia deducitur ex pluralitate ſubſtitutionum*, Luc. *dict. num.* 11. verſ. *Quarta.* Roſa *conſ.* 40. *num.* 12. Otra congetura es el eſtàr todos llamados, debaxo de la condicion de *legitimos.* Luca *diſcurſ.* 86. *num.* 5.

203 Es congetura neceſſaria, y la mas fuerte *vltrà* de las congeturas referidas, la condicion que en el llamamiento de Don Diego, y ſus herederos legitimos ſe pone, para la ſubſtitucion de Doña Antonia Franciſca; pues el llamamiento de los deſcendientes de Don Diego, ſe concibe con vn ablativo abſoluto, que es ly *teniendolos*, y el llamamiento de Doña Antonia Franciſca ſe propone con otro, id eſt, *y no los aviendo.* Cuya condicion de Doña Antonia Franciſca, no eſtà referida à la muerte de Don Diego, ni contrahida à el acto momentaneo de la exiſtencia, *tunc tempo-*

UVA. BHSC. SC 12847

poris, como la condicion *si sine liberis decesserit*, siendo maxima la diferencia entre vna, y otra condicion: La *si sine liberis*, como relacionada al gravado, y à su muerte *est*, *vel non est in momento mortis*; de cuyo nudo momento depende su verificacion, y assi como su existencia *ante mortem nihil influit* para su verificacion, assi su existencia, ò no existencia *tempore mortis facit existere, vel non existere conditionem Fideicommissi*, sin que la no existencia *post mortem faciat existere conditionem, quæ iam defecit. Leg. Si hæredem, Cod. de institut. & substitut. Leg. Cum vxori, Cod. quand. dies legat. ced. Leg. Hæredibus, ff. ad Trebel.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *numer.* 16. *& lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 8.

204 Pero la condicion de la no existencia, como negativa indefinida no restringida al tiempo de la muerte, *non existit, nec deficit tantum tempore mortis*, sino *quocumque tempore verificetur non stitisse*, siendo *verum non stitisse* descendientes de Don Diego, *& si tempore mortis* los tuviesse, si estos *quandocumque deficiunt sine alijs hæredibus*; assi porque en semejantes condiciones no se mira la nuda existencia, quanto la duracion, y permanencia, y el efecto que de la existencia, ò no existencia se sigue: Y como de la existencia *tempore mortis*, no se logra el fin de Doña Mariana, que quiso preferir à Doña Antonia su hija, à todo, y qualesquier heredero estraño; pues *æquè* passa al estraño, si Don Diego huviera instituido à vn estraño, como passando la herencia de Don Diego Miguel à su madre, *inde est*, que en la condicion negativa indefinida *non existentiæ*, no basta la momentanea *tempore mortis*, sino que se requiere permanencia, *& quandocumque hæredes non existant, dicitur impleta conditio*, sin que nunca huviesse sido *deffecta*.

205 Esta diferencia se deduce de la *Ley In substitutione* 31. *de vulgar.* vbi asserit Iulianus, que la substitucion *his verbis concepta, quisquis mihi hæres erit filio hæres esto*, no dize relacion precisa al tiempo de la muerte del hijo, para cuya verificacion, como afirmativa, basta la momentanea

UVA. BHSC. SC 12847

existencia, y siendo negativa *non verum est non stitisse conditionem*, quando puede existir por la no existencia de los hijos *omni tempore*, y assi dixo Peregrin. *de Fideicommiss. artic. 29. num.* 21. vers. *Pro ista*, que *quoties conditio respicit personam alterius ad exclusionem substituti*; la existencia, ò no existencia de la condicion se mira, quando el substituto *venit ex sua vocatione, & non in tempore determinato*, por lo qual, no pretendiendo Doña Antonia el Fideicommisso por muerte de Don Diego, sino por muerte de Don Pedro Miguel, la existencia, ò no existencia de los hijos antes es impertinente para la verificacion, ò caducacion del Fideicommisso, y solo se atiende al tiempo de la succesion, en que *verum est non stare* herederos *sanguinis*, por la muerte de Don Pedro Miguel sin ellos.

206 Segun esta distincion respondiò latè Fusar. *cons.* 69. en donde no solo se decidiò, que la condicion *si non stiterit* importava Fideicommissaria, sino que su verificacion no se mirava *tempore mortis*, y que bastava *quandocumque* la no existencia, para la admission del substituto, *vbi num.* 34. que esta condicion como negativa *momento mortis non perficitur*, sino que requiere duracion; de cuya opinion no se apartò el mismo Fusar. *quæst.* 480. *numer.* 92. & 94. vers. *Sed adverte*, en donde lleva la misma opinion que en el *cons.* 69. y aunque en el *num.* 94. puso algunas razones, contra ella en el vers. *Sed adverte*, se inclina à la opinion primera, à no ser que las palabras de la existencia se conciban al tiempo de la muerte, de suerte, que siendo la no existencia indefinida *quandocumque verificetur*, se admite el substituto.

207 El Carden. de Luc. *de Fideicommiss. discurs.* 89. vers. *Si verò*, dize que el *cons.* 21. de Oldrad. no tiene lugar en la substitucion concebida *filijs non stantibus*, y que no estando restringida al tiempo de la muerte, sino *in definitè*, no solo es inductiva de substitucion Fideicommissaria, sino que no basta la existencia *tempore mortis*, y que *quandocumque existat*, se verifica la condicion, y procede la doctrina de

So-

UVA. BHSC. SC 12847

Socin. en la *Ley Solemus, de condit. & demonstrat.* refiriendose à Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 29. *num.* 15. Mantic. *de Coniectur. lib.* 11. *tit.* 6. *num.* 7. *asserit* que en la substitucion *deficientium filiorum, vel quando non stiterint* se admite el substituto *quandocumque deficerent*; de suerte, que segun estos Autores, aviendo sido concebida la substitucion *si liberi no starent, vel liberis non stantibus*, no basta *existere tempore mortis* de Don Diego, si no que *quandocumque non stiterint*, por muerte de Don Pedro Miguel llegò el caso del Fideicommisso.

208 *Suadetur* lo referido, de que en nuestro caso la condicion no està puesta *filijs non stantibus*, si no *descendentibus non stantibus*, quales se conciben en la palabra *herederos sanguinis*, *quo casu facilius arguitur* al gravamen de los hijos de restituir al substituto, y no ser defecta la condicion *per existentiam filiorum tempore mortis*, Ciarlin. *controvers.* 11. videtur tenere Ros. *consult.* 42. *num.* 28. sin embargo que este Autor fue acerrimo impugnador de la vocacion passiva, admitiendo solo en su caso la activa *per vulgarem, & non per Fideicommissum.*

209 *Ulterius* la condicion puesta en la substitucion de Doña Antonia, cõcebida en la palabra *no los aviendo*, no solo es aplicable à la no existencia, sino à la deficiencia, *quia verum est* no aver aquellos que faltan, como aquellos que nunca fueron; por lo qual el Carden. de Luc. *discurs.* 90. *num.* 2. & 6. *asserit* estàr reprobado el *cons.* 177. de Oldrado, que dà la diferencia entre no existencia, y deficiencia, y defiende ser el efecto de vna, y otra condicion el mismo, assi en substituciones directas, como en Fideicommissarias; de que se deduce proceder con mas razon en ly *no aviendo*, que sin impropriedad comprehende la no existencia, porque nunca los huvo, ò porque faltaron.

210 Sin que sea de momento el dezir, que la substitucion de vn caso, no comprehende el contrario, como se reputa la de no existir, y existir; pues vt asserit Fusario *quæst.*

64.

UVA. BHSC. SC 12847

64. *num.*24. en caſo mas eſtrecho, y en la queſtion *an ſubſtitutus poſthumo non nato admitatur poſthumo nato*, aunque eſtos caſos ſean contrarios *verbis*, no lo ſon *ex mente diſponentis*, à la qual, mas que à las palabras ſe debe atender, pero en nueſtro caſo, *nec verba ſunt contraria*, pues la no exiſtencia de la condicion, como es negativa à todo tiempo, es compatible con la exiſtencia *tempore mortis*, y *verum eſt dicere* no averlos al tiempo de la muerte de Don Pedro Miguel, lo que no es compoſsible en la queſtion de *poſthumo nato*, *& non nato*, de que habla la *Ley fin. Cod. de impuber. & alijs ſubſtitut.* pues la condicion *ſi poſthumus non naſcatur*, *ex veritate ſermonis* no es verificable *in poſthumo nato*, *& intra pubertatem decedente.*

211 *Ex quibus omnibus*, ſe deduce vna voluntad expreſſa de Doña Mariana, que quiſo preferir à Doña Antonia ſu hija, à los herederos eſtraños de Don Pedro Miguel, y que por muerte de Don Diego con hijos, no eſpirò ſu ſubſtitucion, ſino que fue admitido Don Pedro Miguel *ex expræſſa vocatione per Fideicommiſſum*; con cuya no exiſtencia *per mortem ſtitit conditio* para el llamamiento de Doña Antonia, no ſiendo veroſimil, que ſi excogitaſſe eſte caſo, prefiriеſſe vn eſtraño à ſus miſmos hijos, *& conſequentèr* averſe hecho agravio à Doña Antonia en la ſentencia de Galicia.

QUINTA PRETENSION.

SOBRE LOS FRUTOS DE LA LEGITIMA materna de Doña Antonia Franciſca.

212 ESta pretenſion, mas es reſpueſta à lo que pretende Don Juan Becerra, que introducçion eſpecial de Doña Antonia, pues aviendo ofrecido à eſta ſu padre la dote en bienes raizes, cuyos frutos avian de ſervir para las cargas del matrimonio,

cap.

UVA. BHSC. SC 12847

cap. Salubritèr de vſur. Caſtillo *de Aliment. cap.* 49. *num.* 1. Don Antonio de Miranda reſervò en ſi el vſufruto de eſtos bienes, y por aver Doña Antonia Franciſca, y ſu marido, ſin embargo de eſto percibido dicho vſufruto, quiere Don Juan Becerra ſe la cargue à Doña Antonia eſte importe en ſu ha de aver.

213 Cuya pretenſion es deſeſtimable, pues Don Antonio de Miranda por otra eſcriptura poſterior ſe apartò de el vſufruto de eſtos bienes, cediendole en ſu hija Doña Antonia, reconociendo que la reſerba que avia hecho, no aviendo Doña Antonia llevado otra dote, era contra dicho *capit. Salubritèr*; por lo qual, por ningun medio Don Juan Becerra puede imputar à Doña Antonia eſte importe, que procediò de los bienes de la dote, quitado el obſtaculo de la reſerba del vſufructo.

Ex quibus omnibus, eſpera Doña Antonia Franciſca ſe eſtimen ſus pretenſiones, y ſe deſeſtimen las contrarias. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Juan Antonio Garcia Ruſuarez.

UVA. BHSC. SC 12847

UVA. BHSC. SC 12847