



P O R

PARTE DE L COLEGIO DE ESTVDIANTES;  
quellaman de Santiago, el Colegio de las Niñas, y Convento  
de Carmelitas Descalças de esta  
Ciudad.


EN EL PLEYTO

CON DON IVAN FERNANDEZ DE ACVIA;  
vezino de la Villa de Ossuna.

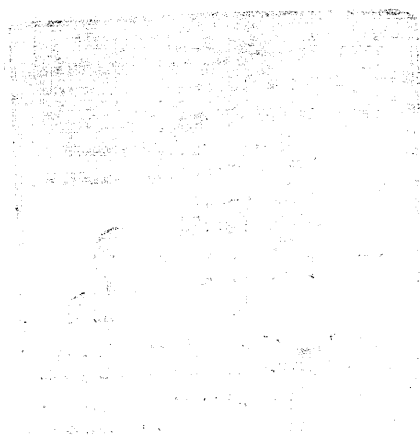
S O B R E

Que se les admita la oposicion de terceria a el pleyto que el di-  
cho D. Iuan ha seguido en esta Chancilleria con el Rector de  
la Compania de lesvs desta Ciudad, sobre las disposiciones del  
Lic. Diego de Ribera, Abogado que fue en esta Corte, para  
que se suspenda el efecto de la sentencia de revista que el di-  
cho D. Iuan obtuvo en dicho pleyto, hasta ser oidas,  
y vencidas estas partes.

Impresso en Granada en la Imprenta Real de Francisco de  
Ochoa, en la calle de Abenamar.  
Año de 1680.



Handwritten scribbles and marks in the top left corner.



STATIONER'S COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

STATIONER'S COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

STATIONER'S COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT  
AND A COPY OF THE ORIGINAL DOCUMENT

N.º **P**ARA LA MEJOR INTELIGENCIA de los fundamentos de justicia que les asiste, parece preciso hazer en el hecho los presupuestos siguientes.

2 Lo primero se supone, que el dicho Lic. Diego de Ribera por el año pasado de seyscientos y siete, tratando de casar a Don Garcia de Ribera su hijo primogenito, con Doña Ana de Castro, otorgò capitulaciones, y en ellas se obliga à darle, para ayuda à las cargas del matrimonio, las casas principales de su morada, tres cortijos, dos censos, y vna Capilla que expresa, los quales bienes ha de auer para en cuenta de su legitima materna (que por estar muerta la madre estaua yà diferida) y para en cuenta de su legitima paterna, y lo que sobrare por via de mejora de tercio, y remanente de quinto. Pone por condicion, que todos los dichos bienes han de quedar, y desde luego quedan vinculados por via de mayorazgo inagnables, è impartibles; y para que se pueda hazer mejor, y con facultad Real, el dicho Lic. Diego de Ribera ha de dar poder al padre de la dicha Doña Ana de Castro (que interuino en dichas capitulaciones) para que pueda sacar dicha facultad para vincular los dichos bienes, y los demàs que quisiere en cabeza de dicho su hijo mayor, y de los demàs que el dicho Lic. Ribera llamare, con que en primero lugar han de suceder los descendientes del dicho matrimonio. Y añade en dichas capitulaciones la clausula siguiente.

3 Y reserva su merced en si poner las condiciones, vinculos, y grauamenes, y llamamientos que le pareciere añadir, y quitar mientras su merced viuieren las que quisiere, y poner otras de nuevo.

4 Reserva asimismo el dicho Lic. Ribera el goze del usufructo de los bienes por los dias de su vida, y el dicho D. Garcia en conformidad de la condicion de que auia de aceptar el grauaamen en sus legitimas, lo acepta expressamente, y se obliga à passar por él. Y es constante que tuvo efecto dicho matrimonio entre dicho D. Garcia, y Doña Ana de Castro.

5 Lo segundo se supone, que en 24. de Enero de 609, el dicho Lic. Diego de Ribera impetò facultad de su Magestad para hazer mayorazgo de los bienes que tenia, ò adelante

tuviesse en vno de sus hijos, y descendientes; y a falta del, ò de ellos en otras personas que quisiere, y por bien tuviere, con las demás clausulas ordinarias de dexar a iumentos a los demás hijos, aunque no sean en la cantidad de sus legitimas, y otras.

6 Y en 18. de Abril del año de 611. el dicho Licenciado Ribera otorgò su testamento, y en el hazicndo mencion de las dichas capitulaciones matrimoniales que se otorgaron para el casamiento del dicho Don Garcia con la dicha Doña Ana de Castro, y de que en ellas se assentò, de que le acia de vincular para en cuenta de sus legitimas, y lo demás por via de mejora, los bienes siguientes (y expressa à la letra todos los bienes contenidos en dichas capitulaciones matrimoniales) y prosigue: Y aora en virtud de la dicha facultad Real vinculo por via de mayorazgo, y acreciento los bienes siguientes: (y prosigue expressando otros muchos bienes) Y a falta del dicho D. Garcia, y sus descendientes, llama à los demás sus hijos, y los suyos; y a falta de toda su descendencia, en este testamento, y en otros codicillos que después otorgò, dispone, que se funde vn Patronato, y de la renta de toda su hazienda se den 500. ds. en cada vn año al Colegio de las Donzellas, para vna dote de dichas donzellas, prefiriendo sus parientas, y otras que expresa; y otros 200. ds. en cada vn año al dicho Convento de Carmelitas Descalças, y el residuo para que se sustenten los Estudiantes que commodamente pudieren en vna casa à modo de Colegio en la Vniuersidad de Salamanca, y dexa à el señor Licenciado D. Iuan de Frias, Oydor que fue de esta Chancilleria, para que a falta de su descendencia sea absoluto, y vnico executor, y ordenador de lo que se huviere de hazer de su hazienda, *con tanto que se guarden sus disposiciones especiales*, y si quisiere, sea Patrono de dichas Obras Pias; y le dà poder para que nombre Patronos los que quisiere, aunque sean sus descendientes: Y si por caso dicho señor D. Iuan de Frias no aceptare, ò muriere sin aceptar, manda se guarde lo que ordenare el Padre Rector de la Compañia, que es, ò fuere, en todas las cosas que dexa remitidas al dicho señor Lic. D. Iuan de Frias.

7 Suponese lo tercero, que aniendo faltado toda la descendencia del dicho Lic. Diego de Ribera por el año pasado de 642. el Padre Pedro de Fonseca, Rector que a la saçon era del

del dicho Colegio de la Compañia, como vnico executor de la disposicion del dicho Diego de Ribera, en 17. de Octubre del dicho año ante el Alcalde mayor de esta Ciudad pidió la posesion de los dichos bienes, y se le mandò dar, con cuya ocasion se formò juyzio ante el dicho Alcalde mayor entre el dicho Padre Pedro de Fonseca, Rector, y D. Alonso Castellon, que pretendió la posesion de los mismos bienes, como pariente de los hijos de dicho Lic. Ribera, por parte de su madre, por dezir, que en los llamamientos deuio guardar los de la l. 27. de Toro, y presentò las dichas capitulaciones matrimoniales; y en 24. de Julio de 645. huvo auto del dicho Alcalde mayor, en que denegó la posesion a el dicho D. Alonso Castellon, y absolvió a el Rector, Patrono, y Executor de dichas Obras Pias, del qual apelò dicho D. Alonso para esta Chancilleria.

8 Estandose siguiendo esta instancia entre el Rector, y Castellon, en 11. de Nouiembre de 645. fallò a el pleyto D. Diego de Cepeda, vezino de Ossuna (tio del dicho D. Iuan Fernandez de Acuña, con quien oy se litiga) pretendiendo, que a él se le auia de dar la posesion, como a hijo de hermana do dicho Lic. Ribera fundador, valiendose de dichas capitulaciones matrimoniales; y entre el dicho Padre Pedro de Fonseca, Castellon, y Cepeda, se fue substanciando el pleyto posesforio; y en 27. de Enero de 647. se presentò testimonio, por donde constò, que en 24. de Febrero de 644. el dicho Padre Pedro de Fonseca presentò la fundacion, que como vnico executor de la disposicion de dicho Lic. Ribera auia hecho del Colegio de Estudiantes, y demás Obras Pias, con autoridad de el señor Arçobispo D. Martin Carrillo, ante el Prouisor de Granada, el qual por auto de 12. de Março de dicho año de 644. aprobò dicha fundacion, y le mandò dar la posesion de los bienes, y la tomò con impartimiento del auxilio del braço secular.

9 Continuòse la instancia entre los referidos, y el Padre Pedro de Fonseca, Rector que era à la saçon que faltaron los descendientes del Lic. Ribera, y con Alonso de Soto, Procurador de esta Chancilleria, en virtud del poder que dicho Padre Pedro de Fonseca diò en 15. de Nouiembre de 642.

como vnico executor, y Patrono de dichas Obras Pias, hasta  
12. de Diciembre de 645. que parece se notificò la demanda  
del dicho D. Diego de Cepeda à el Padre Alonso Ximenez,  
Rector que entonces era de dicho Colegio, como vnico Pa-  
trono de dichas Obras Pias, por auer dicho el dicho Alonso de  
Soto, que se notificasse a los Patronos, y mandadole que se sub-  
stanciase con parte legitima; y se prosiguiò con algunas in-  
termissions con el dicho D. Iuan Fernandez de Acuña, que  
salìo a el pleyto el año de 675. por muerte de su tío, y con otros  
deudos de la muger del dicho Lic. Ribera, hasta el dia 27. de  
Setiembre de 677. que se pronunciò el auto de vista, en que se  
confirmò el auto del Alcalde mayor, que mandò amparar en  
la possession a el Padre Pedro de Fonseca, y se denegò la que  
pidiò el dicho D. Iuan Francisco de Acuña, y los demás.

10 Lo quarto se supone, que todas las peticiones  
que se han presentado en esta instancia, así por el dicho Don  
Diego de Cepeda, y el dicho D. Iuan Francisco de Acuña su  
sobrino, como por los demás interesados, especialmente del  
de el dia 3. de Abril del año pasado de 47. en que se presentó  
el testimonio por donde constò estar ya hecha la fundacion  
por el dicho Padre Pedro de Fonseca, han hablado, se han pro-  
ueido, y se han substanciado con los Padres Rectores de la  
Compañia de Iesvs, que por tiempo han sido, que fueron, el  
Padre Alonso Ximenez, el Padre Francisco de Ribera, y el Pa-  
dre Alonso de Ayala, y el Padre Pedro de Montenegro, como  
unicos Patronos del dicho Patronato, los quales cada vno en su  
tiempo han dado poder a Procuradores, como tales unicos  
Patrones; y el vltimo, que fue el dicho Padre Pedro de Monte-  
negro, fue en 26. de Junio del año de 675. a Simon Fernandez  
de Tobar, con quien salìo dicha sentencia dicho año de 77.

11 Lo quinto, y vltimo que se supone es, que del  
de que por Setiembre del año pasado de 45. que salìo a este  
pleyto el dicho D. Diego de Cepeda, como sobrino del Fun-  
dador, pidiendo la possession, fundandole para ella en las di-  
chas capitulaciones matrimoniales, alegando, que en ellas el  
Lic. Ribera fundò Mayorazgo perpetuo del tercio y quinto  
de sus bienes, y que quedò perfecto, è irreuocable, y que no lo  
pudo alterar en perjuizio de los transversales hasta el año de  
675.

675. que por su muerte salió al dicho pleyto el dicho D. Juan, no se hizo defenfa alguna por los Patronos que en este tiempo fueron, ni sus Abogados, ni se hallará petición de justicia alguna; porque todas las que ay son sobre que no auian de responder a la propiedad, por estar ya fundado dicho Patronato por autoridad del Promisor, y ser Eclesiastico; y aunque en esta atención solo se les mandó responder a el juyzio possessorio, tampoco en él se alegó cosa en quanto a la justicia principal. Y lo que mas es, que auendo salida a el pleyto el dicho D. Juan Fernandez de Acuña dicho año de 75. y alegado muy largamente lo mismo que se vio fundandose en la misma perpetuidad de Mayorazgo de tercio y quinto, è irrenocabilidad a favor de los transversales, no ay en todos los autos mas de vna petición de justicia por parte del Padre Pedro de Montenegro, presentada en 14. de Abril de 676. en que no se satisface a nada substancial, como de ella se puede reconocer.

12 Y finalmente auendose suplicado de dicho auto por parte del dicho D. Juan Fernandez de Acuña en 20. de Enero de 79. y alegado lo mismo toda esta instancia hasta la sentencia de reuista, que se pronunció por Febrero de este año de 680. que reuocó en substancia lo determinado hasta aqui, mandando dar la possession del tercio y quinto de los bienes del Lic. Ribera a el dicho D. Juan, se substanció con las notificaciones que se hizieron al dicho Simon Fernandez de Tobar, que tuvo poder dicho año de 75. del dicho Padre Pedro de Montenegro, como Patron que fue en lo tercio, sin apear presentado petición, ni alegado cosa alguna, siendo assi, que es notoria, que en el tiempo de esta segunda instancia fue Rector y Patrono el Padre Juan de la Fuente, y por su ausencia el Padre Christoval de Escamilla.

13 Esto supuesto en el hecho (y que en este estado del Colegio, y demás Obras Pias salieron introduziendola pretension propuesta) es de considerar en el Derecho, a que especie de recurso interesado se ha de aplicar la del dicho Colegio de Santiago, y el de las Niñas, y el Convento de las Carmelitas Descalças, porque, o se han de considerar interesados in causa que contraan (que es lo que pretende la otra parte) o interesados coequalos, o principales (que es lo que pretendemos

mos nosotros) y en qualquiera de estas especies habemus intentum, para que no les perjudique esta cosa juzgada, y se suspenda hasta ser oidos, quod pateat euidenter.

14 Porque si se pretende a interesados in consequentiam, y que el Padre Rector, Patrono, habeat primas vi-ces litigandi, & defendendi, no hemos de recurrir, para aplicar a semejante Patrono, a los exemplos que pone la *l. sepè, ff. de re iudic.* del dueño de la prenda, respecto del acreedor, por q̄ aqui el dueño posee con pleno dominio, y el acreedor solo vna detencion: ni a el del marido en la dote, respecto de la muger, por que tambien posee con pleno derecho, aunque reuocable post solutum matrimonium: ni a el exemplo del poseedor del Mayorazgo, respecto del inmediato, en que discurre el señor Molina, y los *Add. lib. 4. cap. 8.* porque tambien poseen con dominio, aunque transitorio post mortem: ni a el exemplo del padre de familias, respectu filij in patria potestate, en que discurre el señor Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 5. num. 160.* porque este posee, y goza los frutos de los bienes aduenticios con vna administracion legal.

15 Con la qual a lo mas que se puede adelantar la aplicacion, es a el exemplo en que habla el *cap. cum olim, de causa possessionis, & proprietatis*, porque es en terminos de Patrono cō derecho de presentar, a la manera que podemos considerar este Patrono, pues el no tiene el dominio, ni goze de estos bienes, ni la posesion, porque solo se halla con vn nudo ministerio de nombrar vna persona para que cobre las rentas, ni aua para esta administracion no consta que aya derecho de voluntad en la fundacion (pues solo la ay para que se nombre Patrono de dichas Obras Pias) conque lo que es proprio del derecho de este Patrono, es nombrar, ò elegir los Colegiales de este Colegio, y elegir, y nombrar las donzellas para estos doctes.

16 Sic igitur, en quanto a la conclusion que se saca de este texto ay dos sentencias ex diametro contrarias; vna, q̄ dize, que la sentencia dada contra el Patrono, super iure conferēdi, perjudica a los electos super iure possessionis, si tuvierō sciencia del litigio, esto en quanto a la posesion, no empero en quanto a la propiedad; la qual fue de Felin. y de Immol. in casu



casu conuerso, scilicet, quando el litigio fue con los electos, & pronisos con sciencia del Patrono, corre lo mismo; la qual fue del señor Molina, Felino, y otros que cita, y sigue el señor Salgad. *de Reg. protest. 4. part. cap. 8. num. 329. vsque ad 333.*

17 La contraria, esto es, qñi en el juyzio possessorio, etiã scientibus, no perjudique nada à los electos lo juzgado contra los Patronos, & conuerso, fue del señor Couarr. *pract. quest. cap. 14. donde en el num. 1. y 2. la iunda, y con la verdadera inteligencia del texto sin cap. eam olim, tiene por falsa la contraria, y se admira que tantos varones doctos la ayan lleuado, ibi: Falsam esse censet, ut plane demirer, cur ea tot uiris eisdem que doctissimis placuerit. Y en el vers. Nunc uerò (en quãto a el miembro que toca à nuestro caso) lo concluye assi, ibi: Unde hac questio est: an iudicanda, & decidenda ex ipsa regula iuris, quæ docet rem inter alios actam alijs non nocere, nec prodesse; & ideo sententia lata contra Patronum, vel collatorem, vel electores super iure eligendi conferendi, vel presentandi, non nocet, nec præiudicat presentato, etiam scienti litem de ea retractari, quamuis ea sententia lata fuerit super possessione.*

18 Y la misma sentencia del señor Couarr. parece sigue Barbof. *in Co. lect. ad dict. cap. cum olim*, pues acabando de citar a los de la contraria opinion, dize: *At Conarrubias agens latè de intellectu huius text. tenet hanc sententiam, etiam quoad possessionem collatorum non præiudicare, pluribus rationibus, respondens huic textui, quatenus uidetur probare supra dictum notabile.*

19 Y a la verdad, si no nos hemos de lleuar de la multitud de autoridades, sino de la mas juridica, la del señor Couarr. es mas conforme a la decision del texto, pues concluye, ibi: *Cum res inter alios acta non debeat eis præiudicium generare, conque el sentido deve entenderse segun lo decisiuo. Y el no aprouechar, ni dañar a el Obispo el litigio possessorio entre el Prouiso, y los Canonigos, que pretendian el derecho de eleccion, como lo nota el señor Couarr. y lo dize el mismo texto, fue, porque le constò a el Pontifice, que el tal Obispo estava en possession de presentar dicho Archidiaconato, porque dos vezes sus antecessores lo auian hecho sin contradiccion de los Canonigos, ut constat ibi: Quoniam per attestationes nobis constitit euidenter, quod ab Episcopis Vinceninis Archidiaconatus ipse, sine reclamazione aliqua Canonico rum, duobus Archidiaconis continue fuerat assignatus.*

20 Sed quidquid sit de la verdad de vna , ò otra opinion , segun la resolucion de qualquiera de ellas , habemus intentum , porque si arendemos a la del señor Couarr. (cuya autoridad solo bastara) el juyzio seguido con el Patrono, etiam en el possessorio no perjudica à los electos, y se ha de juzgar por la regla de Derecho, que dize, que lo determinado con vnos, no perjudica à otros, *hac questio decedenda ex regula iuris, quae docet rem inter alios actam, alios non nocere.*

21 Y si arendemos a la de Felino, Inmola, y el señor Salgad. para que perjudique a los electos la sentencia dada contra el Patrono, es calidad indispensable el que han de tener sciencia del litigio entre el Patrono, y el tercero ; y assi lo supone el señor Salgado de sentencia de todos, vt constat n. 329. ibi : *In qua questione illud ab omibus communiter receptum reperio, vt conferenti, scientiam litis habenti causam hac super eo iure tractari, quoad possessionem conferendi tantum, non verò quoad proprietatem praedictam sententiam generare.*

22 Y dezimos, que es calidad indispensable la sciencia, no solo porque assi la piden todos los Autores que son de este sentir, sino que es medio legal, pues como funda el señor Salgad. *diel. cap. 8. num. 333.* el fundamento de que se valen, es el exemplo de la *l. sepè ff. de re indicat.* en quanto dize, que para que la sentencia dada contra el poseedor de la prenda sobre el dominio de ella perjudique a el deudor dueño del dominio, se necessita de sciencia, vt constat ibi: *Priorem autem conclusionem probarunt praefati DD. ex determinatione text. in l. sepè, ff. de re indicat. praecipue per exemplum ibidem appositum à Inreco. Sulto de sententia data contra creditorem super proprietate rei pignoratæ nocet debitori scienti de iure tractari.* Y dicha *l. sepè*, en este, y en los demás exemplos que pone de esta especie, positivamente pide la sciencia, vt constat ibi : *Scientibus sententia, quae inter alios data est obest, &c.*

23 Vnde si es cierto que la sciencia no se presume, y quien necessita de ella la à de prouar, *cap. praesumitur, de regal. iur. in 6. Mascard. de probat. conclus. 859. num. 1.* Dom. Larrea, *decif. 74.* Dom. Valenc. *conf. 155. num. 58.* Y aun muchos Autores fienten, que para que perjudique la sciencia en lo judicial, no basta prouarla simpliciter, sino q se necessita de notificació, vt

ex decif. Rotæ, Mandof. Sz Mascard. tenet Dom. Valenc. *diff. conf. 155. num. 61.* de hecho por los autos no se dà esta ciencia, y à verosimilitud no se puede dar en vnos Colegiales temporales, y en vnas Niñas, y Religiosas dentro de su clausura, y en vn pleyto con tantas intermisiones, y tan silencioso, que en toda vna instancia de recuista aun en la Audiencia no se tenia noticia de tal pleyto.

2.4 Luego bien dezimos, que, ò se este à la doctrina del señor Couarr. que absolutamente dize, que la sentencia dada contra el Patron en el joyzio possessorio no perjudica à los electos, ò a la del señor Salgado, y los demàs que cita, que para que perjudique requieren ciencia. El Colegio, y los demàs interesados salen legitimamente a este pleyto alegando el principio de res inter alios acta, en que nadie niega, no solo que deuen ser admitidos, sino que precisamente se ha de suspender la cosa juzgada hasta ser oidos, præcipuè docendo incontinenti de iure suo, vt constanter tenet Dom. Couarr. *pract. cap. 16. num. 1.* Dom. Salgad. *diff. cap. 8. à num. 17.* Dom. Larrea, *allegat. 79. num. 2.*

2.5 Tùm continuando la misma idea, de que el Colegio de Estudiantes, y demàs Obras Pias se juzguen interesados in consequentiam; imò, que el Patrono no se quedasse en terminos de Patrono (los quales no tienen ius in rem, neque in bonis Patronatus, y solo lo tienen a lo honorifico) sino que lo juzgassemos con el goze, y possession de los bienes, a la manera que vn poseedor de Mayorazgo qui habet primas vices litigat: en estos terminos, pues, nadie niega, que si se dan omisiones, ò confusiones, ò qualquiera de estas dos cosas, lo juzgado contra aquel qui habet primas vices, no perjudica à el consequente: doctrina magistral del señor Molina, *lib. 4. cap. 8. num. 7* ibi: *Hæc intelligenda sunt dummodo possessoris maioratus diligenter lite profecerat, atque in ea bona fide, atque citra dolum, & negligentiam versetur, si enim cum aduersario collat, seu in lite ipsa negligentem sagerat, vel lis ob eius contumaciam tractetur: compertissimum erit, lite in hoc pacto profecerat, sequentibus successoribus præiudicium non asferre s. si seruis plurimum, s. si quis ante, ibi: Si minus plene defendat, ff. de legat. 1. l. à sententia; l. si per lusorio, ff. de appellat. Addat Dom. Molina, ibidem ex multis, vbi quod præsumitur collatio, vbi non curabit iura sua deducere.*

Sic

26 Sic igitur omitimos lo que es notorio por los autos, que desde el año de 645. hasta el de 76. mientras se substanció el pleyto con el tío de Don Juan, no ay vna peticion de justicia, y que toda la instancia de reuista, hasta la sentencia, se pasó en claro solo con las rebeldias, para lo del señor Molina, *in lite ipsa negligenter segerat vel lis ob eius contumaciam tractetur.*

27 Lo que ponderamos es. Lo vno, que tiene notoria nulidad dicha instancia de vista, por auerse notificado las rebeldias a el Procurador, que tuvo poder del Padre Pedro de Montenegro, fenecido yà el oficio de Rector, pues por la parte que agora se ha presentado consta, que el Padre Juan de la Fuente fue Rector del Colegio, y como tal vnico Patrono desde 11. de Noviembre de 676. y la sentencia de vista se pronunciò en 27. de Setiembre de 677. mas de 11. meses despues: vniendo espirado el oficio del Padre Montenegro, celsò su derecho de Patrono, como si huviera muerto, Dom. Valenç. *ex penè multis, conf. 190. num. 3.* y pasó a el Padre Juan de la Fuente, y en su ausencia à el Padre Escamilla; y consiguientemente espirò el poder del Procurador nombrado por el Padre Montenegro, con que se siguiò sin citacion de parte legitima; porque los poderes de los Procuradores de personas que poseen temporalmente, como los Patronos, Obispos, ò poseedores de Mayorazgos, espiran con la muerte, ò transacion, y es menester substanciarlo con el successor alia laborat nullitate, *Clementin. fin. de Procur. Add. ad Dom. Molin. ex Menâdr. Frecia, & Trent. lib. 4. cap. 8. num. 6. veif. Limit. 2. Dom. Valenç. conf. 190. à num. 3.*

28 Lo qual sobre ser tan conforme a Derecho, està executado por la Sala, pues (como notamos *supra numer. 9.*) no se tuvo por parte legitima à el Procurador del P. Fonseca, y se mandò citar a el P. Alonso Ximenez, tercero successor en el Rectorato. Y esta nulidad, por defecto de citacion de parte legitima, es de tanta eficacia, que los successores la pueden oponer, etiam contra la sentencia de reuista de los Señores Presidente, y Oidores, sin embargo de la *l. 4. del tit. 17. libr. 4. Recop. vt ex Dom. Paz, de Tenuta, Mex. & alijs multis tenet Torrebl. de iur. spiri. lib. 1. cap. 12. à num. 7. Dom. Amaya, l. vnica, C. de sent. aduers. cum lat. num. 20. Maldon. Add. ad Dom. Molina, in calce oper. num. fin.*

29 7  
Y lo otro, porque ello es cierto, que el fundamento principal que han alegado en este pleyto dicho D. Iuan de Acuña, y su tio, para obtener la sentencia de reuista que han obtenido a su fauor, es suponer, que el Mayorazgo que fondò el Lic. Ribera el año de 607. del tercio y quinto en las capitulaciones para casar a Don Garcia, con la efectuaçion del dicho matrimonio quedò perfecto, è irreuocable, porq̄ es vno de los tres casos comprehendidos en la *l. 44. de Toro*, y que aunque en dichas capitulaciones matrimoniales no diò llamamiento a los tranversales, ex eo quod, dixo, fago Mayorazgo, les diò llamamiento presuumptiuo, ex Dom. Molina, *lib. 2. cap. 4. à n. 13* vbi Add. conque hallandose con este llamamiento irreuocable los tranversales, despues no lo pudo reuocar, conforme a la doctrina del mismo señor Molina, *lib. 4. cap. 2. à num. 3* y menos llamar a tranversal en su perjuzio, contra la *l. 27. de Toro*, en cuyo caso la ley los introduce, ex dicta præsumptamente fundatoris, Dom. Castillo, *tom. 5. cap. 98. Nogueer. allegat. 25. à num. 203.* y que no le pudo aprouechar la facultad que despues ganò, porq̄ cõforme a la *l. 42. de Toro*, la facultad q̄ sobreuiene no le dá fuerça à el Mayorazgo yà cõstituido, y mas no auyendose hecho mencion del en la impetracion de la facultad; y aun se avrà dicho, que se dibujò este caso en el lugar de Roxas, de *incomp. 2. part. cap. 2. num. 46.*

30 A todo esto, pues, vemos, que en los autos, no solo no se ha dado satisfacion, pero ni aun se ha alegado (porque como se ha apuntado en ambas instancias, no se ha presentado mas de vna peticion de justicia, tan superficial, que en ella no se alega cosa eficaz) ergò si la huviessè, y tan eficaz, que no parezca tiene respuesta, sacada de las mismas leyes de que componen el fundamento, bien podremos valernos de las doctrinas del señor Molina, y sus Add. *si minus plenè causam defendit: si non curabit in sua deducere.*

31 Que sea esto assi, pater de dos supuestos infalibles, sacados de dichas leyes de Toro. El primero, porque si dicen, que por la *l. 44. de Toro* quedò el Mayorazgo perfecto, seguido el matrimonio para no poderse alterar, que es lo mismo que supone Roxas en el lugar citado, *ibi: Condidit irreuocabiliter maioratum ex tertio & quinto honorum suorum.* La misma

l. 44. de Toro, en los tres casos que expresa, dize, que quedara reuocable, y no perfecto si en la misma escritura referua facultad para ello, vt constar ibi: *No se pueda reuocar, salvo si a el tiempo que lo hizo, el que lo instituyó referuò en la misma escritura el poder para lo reuocar, que en este caso mandamos, que despues de hecho lo pueda reuocar.*

32 Luego si el dicho Lic. Ribera en la fundacion de dichas capitulaciones solo dize, que aquellos bienes han de quedar vinculados, y para que se pueda hazer mejor se ha de ganar facultad, conque en primero lugar han de suceder los hijos de aquel matrimonio. Y en quanto a los demàs llamamientos añade: *Reserua su merced en si el poner las condiciones vinculos, y grauamees, y llamamientos que le pareciere.* Falso es el dezir, que quedò radicado derecho en dichas capitulaciones matrimoniales a los transversales, porque solo lo quedò en quanto a los descendientes; y en quanto a los demàs llamamientos en que pudieran entrar los transversales, quedò la voluntad libre, y fuera de vinculo de perfeccion.

33 Luego no viene bien a nuestro caso la resolucion de Roxas en dicho lugar citado, ibi: *Sed quia in Regis facultate non fuit facta mentio de illo primo maioratus reuocabiliter instituto extertio & quinto bonorum, ad quem transversales ius adquisitum, irreuocabiliter habebant, &c.* porque tantum distat que quedasse derecho irreuocable a los transversales, que la l. 44. lo resiste, y no solo no les diò llamamiento, sino que referuò el darselo, ò no al tiempo que fuesse su voluntad.

34 El segundo supuesto es, si dizen, que la l. 27. de Toro, en los Mayorazgos de tercio y quinto dà llamamiento legitimo a los transversales, la misma ley dize, ibi: *Y a falta de los susodichos pueden hazer dichas substituciones entre sus parientes.* De manera, que la ley no les manda con precision que lo hagan, sino que les dà potestad para ello; y lo que manda es, que si pasan a hazer llamamiento de estraños, los llame primero. De fuerte, que es conclusion sin disputa entre los Autores de nuestro Reyno, que haziendose Mayorazgo de tercio y quinto, llamando a descendientes, no ay obligacion de llamar a transversales, y solo la ay de llamarlos quando se llaman a estraños.

35 Y assi lo asientan Antonio Gomez, Tello Fernan-

nández, Matienzo, Azevedo, Aüendaño, Angulo, Peraltá, Juan Guierrez, el señor Molina, el señor Castillo, que los cita todos, tom. 2. cap. 2. l. num. 54. y concluye ibi: *In proposito nostro, constitutum est, quod in d. l. 27. Tauri non disponitur, neque aliquando statuitur, quod is qui filium; aut descendente aliquem melioraberit, debeat necessario restitutionis graua men apponere in fauorem collateralium, deficientibus descendentes; sed tantum dicitur, quod praedictum graua men non possit apponi in fauorem extraneorum, si super sint collaterales; si tamen institutor nolit collaterales, nec ex extraneos vocare, efficere potest.*

36 Ecce quomodo de estos dos supuestos legales nace la conclusion cierta destructiua absolutamente del derecho de la otra parte: luego si en la fundacion del año de 607. no les hizo agrauio a los colaterales en no darles llamamiento. porq̄ en ella no dió llamamiento ninguno a estraños, no se puede quejar: y si en dicha fundacion del año de 7. no adquirieron derecho alguno irreuocable, conforme a dicha l. 44. de Toro. porque reservó la voluntad libre: de la fundacion, y perfección de dicho Mayorazgo el año de 611. en q̄ llamó a la Obra Pia à falta de sus descendientes, se pueden quejar menos, porq̄ obró en tiempo habil, quando tenia ya ganada facultad Real, y usó expressamente de ella, diciendo: *En virtud de dicha facultad Real, vt constar supra num. 6.*

37 Si quidem es corriente doctrina de los Autores, que auiendo facultad Real para fundar Mayorazgo en vno de los hijos, y despues en las personas que el padre quisiere, no ay obligacion de guardar los llamamientos de la l. 27. de Toro. Dom. Molina, de primog. libr. 2. cap. 1. l. num. 16. Dom. Castill. ex multis, tom. 4. cap. 36. à num. 24. Dom. Vela, dissertat. 49. num. 23. in fine.

38 La qual conclusion. demás de la corteça que en si tiene, se comprueua à maioritate ratiõnis con el exemplo que pone Roxas, de incompat. 1. part. cap. 7. num. 22. donde en el su puesto de que el padre no tiene potestad de mejorar a el hijo vnico, si haze mejorateniendo solo vn hijo, a cuyo tiempo le faltó la potestad, y despues tuvo otros hijos, conque sucedió tiempo habil, consiste dicha mejora, vt constar ibi: *Si facta sit filio vnico melioratio de tertia parte bonorum per viam maioratus, & pos-*

postea à viuo patre à filij filij, vel nepotes nascantur; quia cum cessauerit causa impediens. & superuenit causa confirmans, non reuocatur melioratio facta filio, in d. potius aliorum matuitate confirmatur. Idem tenet Dom. Castillo, ex l. si rem alienam, §. final, ff. de pignor. act. & doct. din. in cap. non firmatur, de regul. iur. in 6.

39 Igitur con incomparables ventajas (como deziamos) es preciso que corra en nuestro caso, porque en el del señor Castillo, y Roxas à principio, y a el tiempo que se fundò el Mayorazgo en hijo vnico, faltò la potestad, y en consecuencia fue invalido el acto; y porque sobreuino la potestad con el nacimiento de otros hijos, se confirmò el acto; y en nuestro caso à principio tuvo perfeccion el acto, porque pudo llamar a los descendientes, sin llamar a los colaterales, no auiendo llamado a estraños: luego si quando los llamò auia ya sobreuenido la facultad, no pudo claudicar dicho acto.

40 Imò podemos dezir, que auò que en dichas capitulaciones matrimoniales el Lic. Ribera no huiera referida libre la voluntad para en quanto a los transuersales, y demás llamamientos, ni puesto la clausula de reserva, quedandose en los llamamientos limitados, que es la especie que pone Roxas, y que dize se le consultò, dict. cap. 2. partes. num. 46. vt constat ibi: *Quidam, vt referebatur mihi condidit maioratum irrevocabiliter ex tertio & quinto, & ad successionem vocabit descendentes in perpetuum omitens vocare ascendentes, & transuersales, & postea absque mentione huius foundationis impetrauit facultatem.* (en cuyos terminos pudiera entrar la doctrina del señor Castillo, tom. 2. cap. 7. num. 14. & tom. 5. cap. 98. de Noguez. allegat. 2. §. à nu. 103. que dizen, que hazien dose Mayorazgo perpetuo con llamamientos limitados, y llamando a estraño, la l. 7. (suplico. llamamientos de los transuersales, ex præsumptamente fundatoris) Todauiá dichos transuersales no pòdian pretender que con el efecto del matrimonio les quedò radicado su derecho, y que no se pudo alterar con la facultad Real superueniente; y esto a nuestro parecer con vna razon que conuence.

41 Quod patet, porque este Mayorazgo no quedò absolutamente fundado en dichas capitulaciones matrimoniales, sino con vna dependencia inseparable, que passò a fuerza de contrato reciproco, vt constat ibi: *Y para que se pueda*



hazer mejor, y con facultad Real, el dicho Lic. Riberaba de dar poder para que se saque dicha facultad Real para vincular los dichos bienes y los demás que quisiere en cabeza de dicho su hijo, y los demás que llamare. Vndè esta condicion, prout in se est, quedò perfecta por la misma l. 44. de Toro, como lo quedò la celebracion del matrimonio, y los llamamientos de los descendientes, que fueron puros, y sin reserva ninguna; y siendo dicha condicion de ganar facultad para hazer mas bien el Mayorazgo, parte del còtrato, como quedò perfecto en quanto a lo demás, que no tuvo reserva de voluntad contraria, lo ha de quedar en ella, nam eadem ratio est de toto, quoad totum, quæ de parte, quoad partem. l. quæ de tota. ff. de reinindicat. cum vulgat.

42 Vndè es preciso que se diga, que esta fundacion de Mayorazgo en dichas capitulaciones matrimoniales quedò començada, y no acabada (y no parece puede auer quiè diga lo contrario, pues dize, para què se pueda hazer mejor dicho Mayorazgo: luego no estaua hecho) y que se acabò, y perfeccionò el año de 611. quando en cumplimiento de dicha condicion yá auia ganado el Fundador dicha facultad el año de nueue, y que esta facultad, y vso de ella se ha de retrotraer a el mismo año de las capitulaciones, y juzgarse como si en ellas huviera intervenido.

43 Y es la razon, porque como dize el señor Molina, lib. 2. cap. 7. num. 22. solo se pudiera impedir la retrotracciò si en el medio tiempo antes de ganar la facultad se huviera adquirido derecho a tercero, ve constar ibi: *Retrotractio namque actus non potest fieri in præiudicium tertij, cui medio tempore erat inquisitum, ex l. si partem, ff. quem adm. fer. amit. §. fin. l. potior, ff. qui potior. in pig. §. 1. Bart. Bald. Afflic. Roland. & Tiraquel.* Luego si en las capitulaciones matrimoniales no pudieron adquirir derecho los transversales, siquidem (como fundamos supra num. 34.) solo lo adquieren quando el Fundador llama primero a los estranhos, los quales el año de 609. quando el Fundador en virtud de dicha condicion ganó dicha facultad, no estauan llamados: se sigue muy bien por la doctrina del señor Molina. à contrario sensu, que la facultad expedida el año de 609. en tiempo habil, y el vso de ella el año de 11. se ha de retrotraer a el año de las capitulaciones, como dependiente dèl, mediante

dicha condicion, y por no auerse causado derecho a los transfversales, no en el tiempo de la impetracion, porque adhuc no estaban llamados estraños, no en el vfo de ella el año de 11. porque yà tenia potestad.

44 Y en nuestro corto sentir esta question se puede gobernar por lo que resuelve el señor Molina, *d. cap. 7. lib. 2.* interpretando la misma *l. 42. de Toro*, donde en el *num. 39.* difficulta si vno haze Mayorazgo en perjuzio de las legitimas de los hijos, y preuiene en el mismo contrato, que para ello se ha de ganar facultad, y muere antes de la impetracion, *utrum si valdr. la confirmacion del Principe despues de la muerte del Fundador.*

45 Y lo primero que notamos a fauor de nuestra argumentacion es, que en estos terminos supone constantemente el señor Molina, que esta fundacion tiene dependencia de la condicion de ganar la facultad, y se juzga vn contrato de tal manera, que impetrandose en tiempo habil, se retrae a el principio como si huviera intervenido en el conforme a dicha *l. 42. de Toro*, lo qual se manifiesta del exemplo que trae en el *num. 44.* de la institucion del espurco, con la condicion si el Principe dispensara, *vt constat ibi: Tam etiam ea legitimatio retrotrahitur ad tempus institutionis, nec potest considerari pra iudicium venientium ab intestato, quibus ante legitimatiorem hereditas delata videbatur, quia ex quo institutio erat conditionalis, & pendente conditio ne poterat esse locus institutioni, nullum ius interim delatus erat venientibus ab intestato.* Luego bien arguimos, que la fundacion de las capitulaciones matrimoniales tuvo dependencia de la facultad que se auia de expedir, y que auiendose expedido en tiempo habil, quando no estava radicado derecho a tercero, se ha de retrotraer, y juzgar como si interviniere a el principio.

46 Y mas dezimos (por si a caso se dixere por los transfversales, que aunque no tuvieron llamamiento en las capitulaciones matrimoniales del año de 607. tuvieron el posse en la reserva de los demás llamamientos hasta el año de 609. que se ganó dicha facultad) que nada les puede aprouechar, porque es adiuinar voluntad, *& voluntas in mente retenta nihil operatur. l. si repetendi, ff. de condit. ob causam, cum similib.* Dueñas, *axiomat. iur. litter. V. num. 166.* y porque *tantum distat que tu-*  
vici-

viessen el posse, que (como despues diremos) desde las mismas capitulaciones previno el no llamarlos.

47 Y lo otro, y principal, porq̄ en el exemplo de la institucion del espureo si el Principe dispensare, en terminos mucho mas apretados resuelve el señor Molina, que etiam muerto el testador, y yá diferida la herencia à los successores abintestato, nada les aprovechá, porque perde la condicion de la impetracion de la facultad, mediante la qual puede valer la institucion; y la resolucion del señor Molina en este exemplo, es comun de los Autores, quos citant *Add. dict. num. 39. & 40.*

48 Nunc verò a la dificultad que propone el señor Molina en el *num. 39.* lo cierto es, que en el caso que alli se propone de fundar vn padre Mayorazgo en perjuizio de las legitimas de los hijos, con prevencion de impetrar facultad auiendo muerto antes de la impetracion, el señor Gregorio Lopez resuelve, que valdrà la confirmacion, por los fundamentos que alli refiere el señor Molina, *dict. num. 39.* Y en el *num. 40.* para corroborar la doctrina del señor Gregorio Lopez, trae el exemplo que hemos referido.

49 Y tambien es cierto, que en el *num. 42.* dicho señor Molina absolutamente funda lo contrario; pero de las razones finales hemos de sacar la eficacia de nuestra defensa, las quales son las que ha dado en las questiones antecedentes, y las repite en el *num. 45.* *vers. Ad quod,* que se reducen a dos. Vna, que con la muerte del padre resiam non est integra, y se reduxo a el tiempo en que mediante la dependencia de la facultad no se podia instituir el Mayorazgo. Otra, que con la misma muerte quedò yá radicado derecho a los hijos, vt constat *dict. nu. 45.* *vers. Ad sibi: Præsuppono ex duobus præsertim rationibus superius probasse, maioratus non posse post mortem confirmari. Prima, ex eo quodeo tempore iam maioratus non poterat institui, actus namque non potest confirmari, nisi eo tempore, qui geri posset. Secunda, quia eo tempore iam erat ius adquisitum descendantibus, sine ascendentibus, in cuius præiudicium maioratus confirmari non poterat.*

50 Luego si en nuestro caso faltan las dos razones finales que pondera el señor Molina, porque el padre que fundò el Mayorazgo en las capitulaciones matrimoniales, con calidad de que se auia de impetrar facultad para mas bien hazer-  
lo,

lo, vivia à el tiempo que ganó dicha facultad, con que era res  
integra, y tiempo habil para tener perfeccion la institucion; y  
dicho año de 609. quando impetrò dicha facultad, no se le avia  
adquirido derecho a los transversales, porque no se avian lla-  
mado estranos. Bien dezimos, que por la doctrina del señor  
Molina en este *cap. 7.* y los Autores que le siguen, que cita sus  
Add. se prueua, que aunque no huviera reserva libre en quan-  
to a los llamamientos de los transversales, no auie de serlo dado  
a estranos en dichas capitulaciones; ex eo quod, en ellas pue-  
no, que para mas bien hazerlo, se avia de sacar facultad de este  
Mayorazgo iniciado en dichas capitulaciones, tuvo efecto, y  
se perfeccionò el año de 611. quando yà impetrada la facul-  
tad a tiempo que no auian adquirido derecho los transversales,  
con la potestad de ella agregó a los bienes de las capitulacio-  
nes los demás que tenia, y por ser en tiempo habil, y parte del  
contrato de dichas capitulaciones, se ha de retrotraer como si  
a el mismo tiempo intervinieste.

51 Y no será de momento, si se dixere, que en di-  
cha facultad del año de 609. no se hizo mencion del Mayoraz-  
go fundado en dichas capitulaciones matrimoniales; porque  
vna cosa es hazer Mayorazgo à principio, grauando legitimas,  
ò a terceros con preuencion de que se ha de ganar facultad  
(que es el caso en que habla el señor Molina, *dict. cap. 7.*) y en  
este es preciso que se haga mencion del grauamen impuesto;  
y otra cosa es ganar facultad para hazer Mayorazgo para gra-  
uar, y de esta era de la que necesitaua el Lic. Ribera, porque  
en dichas capitulaciones no grauò a nadie, pues el hijo con sin-  
tido en el grauamen de las legitimas, y para vsar de los demás  
llamamientos reservò la voluntad libre, que es como si en  
quanto a ellos no huviera hecho Mayorazgo, y así vsò de ella  
como lo preuino, añadiendo los llamamientos que dexò en su  
voluntad para los bienes yà vinculados en las capitulaciones, y  
dandose los a los que agregó.

52 Y de lo discurrido hasta aqui, ex *num. 29.* nace,  
que el caso que refiere Roxas, *dict. cap. 2. part. 2. num. 46.* es tan  
distinto del nuestro, como a quien le faltan las dos circunstan-  
cias principales, que es auer solo perfeccion en quanto a los  
descendientes, y libre voluntad en quanto a los demás llama-  
mien-

mientos ; y así mismo aver condición en dichas capitulaciones, que se avia de ganar Real facultad. Y nace también el conocer, que el Lic. Ribera, como tan gran Letrado, y que ganó tanta hacienda en defensas de pleytos de Mayorazgos, eligió los medios precisos, è induvidados para que no se frustrase su intento, que es dexar solo perfeccion de su Mayorazgo en quanto a los descendientes , y libre la voluntad en los demás tratamientos para poder vsar de ella como quisiese, y prenenir en el mismo acto , que para mejor vsar de ella se avia de ganar facultad.

53 Lo qual no pudo ser sino mirando a la Obra Pia, que avia de fundar, y excluir a los transversales , porque para las legitimas de D. Garcia, no ignorava que bastava su consentimiento, conforme a la doctrina del señor Molina, *lib. 2. cap. 3. num. 7.* vbi Add. y para mejorarle a dicho D. Garcia, y a sus hijos, tampoco ignorava que le dava potestad la *l. 27. de Toro*: luego a *sufficienti partium numeratione* es preciso que la pretendiese para lo que le faltava, y executò , que fue el llamar a la Obra Pia, y excluir a los transversales; porque para lo demás frustra precibus impetratur , quod iure communi conceditur (que dixo el otro texto) pues como se quieren oponer contra vna voluntad tan enixa, y vna potestad tan clara.

54 Vnde bolviendo a el curso de nuestro intento, del dinerculo que comenzamos à *num. 25.* si se quiere, que el Rector exceda los limites de Patrono, a quien solo pertenece el *ius honorificum* , y que sea simil a el poseedor actual de mayorazgo el remedio de las nulidades, y misisiones, en los intercessados en consecuencia, legales, que vengan a el caso , vease como se podrá satisfacer a la nulidad notoria, apuntada supra à *n. 27.* y vease si para el *minus plenè defendit, non curabit iura sua deducere*, si vnas defensas tan redondas, y juridicas como las que asisten a la Obra Pia, se han deduzido en el pleyto.

55 Y si esto es así, solo se nos podrá oponer (en quanto a este medio de nulidades, omisiones, y colusiones, considerando a el Rector como poseedor de Mayorazgo, oponiendolas despues de la cosa juzgada) lo de la *l. libertinus 4. ff. de conf.*

*Inf. deteg. scilicet, quē aūquē se oygan, no se ha de suspender, ibi: Medio tamen tempore antequam colusio detegatur, et post sententiam ingenuitatis latam vique quasi ingenuus accipitur.* Y dezimos, que esto correrá solamente considerando a el Rector como poseedor de Mayorazgo; porque si lo consideramos, lo que en la verdad es, yá queda fundado supra a num. 15. que en el litigio super iure eligendi, ò por la resolucion del señor Couarrubias, ò por la del señor Salgado, faltando la sciencia, est res inter alios acta, y aunque aya mil sentencias, impiden la execucion.

56 En estos terminos, pues, de que nos oponemos, si estuvieramos en ellos, de necesidad se auia de suspender, por la distincion comun con que se entiende este texto, scilicet, ò la nulidad, colusion, ò omission consta de los autos, aut potest incontinenti probari, y en este caso se suspende la cosa juzgada, ò se necesita de prouea a iudic, y no se suspende; y asi lo supone el señor Molina, *dict. cap. 8. num. 8. ibi: Probata fraude est colusione sententia non nocebit*: luego si se prouea por los autos, no dañará. Y con el señor Couarrubias, Garcia, Rodriguez, Parlador, y otros, Carlenal, *de iudic. tit. 3. disputat. 16. numer. 2. ibi: Aut nullitas obiecta constat ex actis, vel potest incontinenti probari, et impedit executionem; aut requirit altiore indaginem, et non impedit executionem sententia.* Pues vease si la nulidad, y demás defectos de defensa son notorios por los autos, & huc usque del primer medio, yendo con lo que puede pretender la parte de D. Iuan, scilicet, que los Colegiales, y demás Obras Pias sean interesados in consequentiam.

57 Sed enim yá diximos supra num. 13. que nosotros pretendemos, que los Colegiales, y demás Obras Pias son, no solo cosquales, sino principales interesados; y si esto se prouea, cessa toda dificultad; asi para que no perjudique la sentencia, como para que absolutamente se suspenda, etiam aunque se les prouasse la sciencia, porque estaremos en los terminos del primer caso de la *l. sapè, ff. de re iudicat. ibi: Nam sciensibus nihil preiudicat, vel uti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur, nam alteri integra defensio est, etiam si cum herede suo agi scierit.* D. Couarr. *cap. 13. Dom. Salgad. cum multis, de Reg. protecl. cap. 8. num. 13. et seqq. Carleu. ex multis cum pluribus, de iudic. tit. 3. disput. 11. num. 1.*

58 Ad rem igitur, lo cierto es, que como ponderamos a el principio, *num. 14. y 15.* por mas que se subtilize la materia, este caso lo hemos de gouernar por las reglas de los Patronos, y DD. que explican el *cap. cum olim, de caus. poss. & propr.* quos citabimus *supr. à dict. numer. 15.* porque aunqae hemos ponderado el exemplo de los poseedores de Mayorazgos, es ad maius, y quererlo gouernar por este, quando los poseedores de los Mayorazgos poseen, y gozan de todos los bienes; y dize el señor Molina, y sus Add. con muchos, que con dominio, *lib. 1. cap. 19. num. 4.* y los Patronos solo tienen por derecho proprio lo honorifico, y a lo mas vna nuda administracion, ò proteccion sin goze ninguno de los frutos, será vna cosa muy impropria.

59 Esto supuesto, veamos sobre que es oy el litigio, lo cierto es, &c. patet, que se sufre sobre que a D. Juan Fernandez de Acuña se le dà la possession del tercio y quinto de los bienes que quedaron por muerte del Lic. Ribera, que los están poseyendo, y gozando las Obras Pias, como herederos, porque estas las instituyó dicho Lic. Ribera à falta de sus descendientes, y no a el Patrono, porque solo quiso que el Rector de la Compañia executasse su voluntad, y nombrasse Patrono en defecto del señor Lic. Frias: que derecho, ò cosa se litiga en el *cap. cum olim:* y que caso suponen los Autores: Y à lo dize el texto, *ibi: Super collatione Archidiaconatus.* Y yà lo dize los Autores, Dom. Conarr. *dict. cap. 14.* en el exemplo del pleyto seguido con los electos, para que perjudique a el Patrono, *numer. 1. ibi: Vtrum sententia contra illum. cui est collatum beneficium prauidet illi quem SUPER IVRE CONFERENDI.* Y el exemplo e conuerlo, *num. 2. vers. Nunc verò, ibi: Sententia lata contra Patronos super iure eligendi, &c.* Y el señor Salgad. en los mismos dos casos, *dict. cap. 8. num. 329. ibi: Sententia lata aduersus beneficij possessorem, ex ea causa, quod conferens non habuerit ius conferendi.* Y en el *num. 332. ibi: E conuerso sententia data SUPER IVRE ELIGENDO aduersus Patronos praesentantes.*

60 Pues si esto es así, quien ayrà que diga, que si en el caso del *cap. cum olim,* ò el que figuran los Autores, el litigio

giono era sobre el derecho de elegir, porque de este no se dudaua, sino que (y g. pongamos vn exemplo) el Beneficio ya colado, y el Beneficiado ya en possession de los bienes del, si vn tercero pretendiera, que parte de los bienes del Beneficio, de que no goza el Patron, fuera buen pleyto si se siguiera con el Patrono, y no con el Beneficiado. Esto, señor, se dexa à la atenta especulacion de los Señores Iuezes, porque no hemos visto Auto, ni texto que lo diga, ni sabemos quien lo pueda dezir.

61 Y lo que sabemos es, que la cosa juzgada, como tan perjudicial, es de estrecha naturaleza. Dom. Larre: *leis. 5. num. 12. in fin.* Y tambien (por no alargar mas estos apuntamientos) dezimos, que la tercera de las Obras Pias tiene solidos fundamentos para que se admita, y se suspenda la execucion, y el derecho en lo principal lo tenemos por seguro: y será cosa dura al parecer, que despues de 40. años poco menos de possession, venga vn pariente a quererlas despojar contra la voluntad del Fundador, que con tanto cuydado quiso prevenir la porçtad para excluirlos; y por mayor razon quando se conoce tan poca defensa en el Patrono, y quando si se correja el perjuizio de la dilacion con el que puede ocasionar, no remittiendo negocio tan arduo, y de tanta consequencia, pesa mas esta valança; conque solo nos queda que satisfacer lo que se opuso en Estrados para desvanecer toda esta armonia.

62 La apretura algunas vezes obliga à sutilizar las materias, pero si se queda en sutileza, poco puede aprouechar los fundamentos de la tercera de dichas Obras Pias; parece no se impugnaron en Estrados por el Abogado de D. Juan, y el vnico subterfugio fue el dezir, que el pleyto possessorio que se començo el año de 42. entre Castellon, y el Padre Pedro de Fòsca, Rector de la Compania, fue con persona legitima, porque era el vnico executor testamentario, que tiene vezes de heredero, y pro tunc no estaua fundado el Patronato; y que si se fundò despues pendiente el litigio, no tuvieron obligacion de seguirlo, ni citar a las Obras Pias, y que la cosa juzgada con el executor testamentario se ha de executar con dichas Obras Pias, mediante el vicio del litigio.



63 A esto parece se reduxo la defensa del Abogado de D. Juan, y para su desvanecimiento no es menester mas que la poca consecuencia que produze en el Derecho, y falta de aplicacion a el hecho.

64 Y lo primero que respondemos es, que (alta absolutamente todo el supuesto en el hecho, pues el litigio no se ha substanciado con el executor testamentario, ò Albacea del Lic. Ribera, sino con los Patronos del Patronato que mandò fundar; porque como apuntamos supra num. 10. desde 3. de Abril del año de 647. por el testimonio que se presentó con fò à la Sala, y a las partes, que yà estava fundado el Patronato; y assi todos los poderes que dieron los quatro Rectores que sucedieron a el Padre Pedro de Fonseca, fueron como vnicos Patronos del dicho Patronato, y todas las peticiones han dicho en el pleyto con los Patronos; y todos los autos, y sentencias han hablado con los Patronos del dicho Patronato: luego yà cessa la idea fantastica que ofreció la angustia ò necesidad.

65 Patet euidenter, porque para que viniera bien el vicio del litigio para el efecto de la *final*, *C. de litis*, era menester el supuesto de que estando vno poseyendo vna cosa sobre el dominio de ella se le moviesse pleyto, y pendien este el demandado la enagenasse en vn tercero en fraude del litigio, en cuyos terminos la *l. fin. C. de litigio sis*. Y los Autores (quos citar Carleual, de *indic. tit. 3. disputat. 11. num. 2.* y el señor Salgad. *diñ. cap. 8. num. 168.*) dicen, que la executoria expedida contra este demandado, se puede executar contra dicho tercero poseedor, en quien se enagenò la cosa.

66 Luego si datis ipsis terminis, el pleyto no se huviera seguido contra el primero a quien puso la demanda, ò contra el tercero poseedor en quien se enagenò, cessara la aplicacion del texto y doctrinas, porque yà el demandante eligió el seguirle con el actual poseedor. Y lo mismo puntualmente ha sucedido en este caso, porque aunque el pleyto se començò con el Padre Pedro de Fonseca, executor testamentario, luego que constò que auia fundado el Patronato, se ha seguido con los Patronos que han sido en este tiempo, seniendolos por per-

sonas legitimas de dichas Obras Pias (que es lo que aora impugnamos.)

67

Lo segundo que respondemos es, que tambien falta absolutamente el supuesto del Derecho, porque quien ha dicho, ni podrá dezir, que en la fundacion que hizo de este Patronato el Padre Pedro de Fonseca, se causò vicio de litigio, siendo el hecho, que el Lic. Ribera dexa toda su hazienda especificadamente para dichas Obras Pias, y facultad a el Recctor: que a la saçon fuere, para fundar dicho Patronato, el qual, como dize Carpio, *lib. 3. cap. 19. num. 27.* es vn mandatario del testador, y como dize la *l. 6. tit. 10. part. 1. ibi: Deuense ellos trabajar luego despues de la muerte del testador, de lo cumplir lo mas aína que pudieren, sin alongamiento, ni escatima ninguna.* Y auiendo embargo, dize la misma *l. 6. ibi: Y si embargo tan grande ouiesse, por que non lo pudessen luego cumplir, deuense trabajar, por que lo cumplen en todas guisas, a lo mas tarde hasta vn año despues de la muerte del testador.* Notat Carpio, *lib. 3. cap. 1.*

68. Sic igitur, que importa, ni para que viene a el caso, el q̄ el executor testamentario, quando el Alma queda por heredera, tenga vezes de heredero (aunque lo impugna con muchos fundamentos Carpio, *lib. 3. cap. 9. à num. 19.* y podrá correr quando la hazienda se ha de distribuir en Missas, ò en pobres, y no quando ay sugetos señalados a quien se ha de aplicar) ni que importa que digan algunos Autores, que pueden intentar el remedio de la *l. final*, y exercitar algunas acciones (que podrá suceder en los mismos terminos de ser ellos quien ha de distribuir los bienes en pobres, ò en Missas, ò que el exercitar la acció les sea preciso dentro del año, quando tan grande embargo ouiesse, como dize la ley de Partida) si el executar esta fundacion de Patronato (que quieren sea enagenacion in fraudem litis) tiene vna causa preambula, tan necessaria, como preuenir por el testador, y apresurada por la ley; y siendo así, q̄ notiene la regla del vitiu litis limitació mas preuenida, ni cierta, que la de hazerse ex causa necessaria preambula, vt probat Robert. Lancelot. *de attentat. 2. part. cap. 4. limitat. 8. per tot. cõ exemplos menos adequados, como son la investidora del feudo despues del*

del

13

del litigio, porquẽ dependia de pacto antecedente; la con fiscalcion del Fisco despues del litigio , porque dependia de delito cometido antecedentemente ; el retracto del consanguineo post litigium, porquẽ de la ley, y el señor Salgad. (cuyo lugar se citò en Estrados) pone la misma limitacion, de *Reg. protect. d. c. 8. p. 2. num. 172. ibi: Non procedit vitium litis in alienatione necessaria, praesertim, quando habet causam de praterito.* Y es de infinitos que cita *Ceacer. variar. tit. 2. cap. 12. num. 48.*

69 Siendo, pues, esta la principal defensa de D. Iuan Fernandez de Acuña, parece corrẽ los fundamentos de las Obras Pias, para que sean admitidas , y se suspenda lo executoriado, quod speratur. Salva in omnibus V. D. C.

*Lic. D. Francisco Godinez*  
*Zebujin.*

*Lic. D. Ioseph de Moratalla*  
*Ortiz.*

