

JESUS.
MARIA, JOSEH.

2

INFORME
P O R

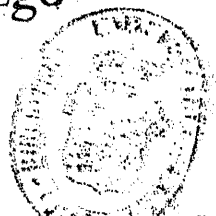
LOS HIJOS, Y SVCCESORES DE DON Antonio Melgarejo, vezino que fue de la Ciudad de Vbeda, y murió siendo Succesor, y Posseedor en el Vinculo, y Mayorazgo que fundò Doña Magdalena Romàn, por Escritura inter vivos, hecha en el mes de Julio de 1634.

C O N

DON ANTONIO JOSEPH MELGAREJO, Hermano Mayor de los susodichos, y Succesor en el Vinculo, y Mayorazgo de su Padre.

S O B R E

El Remanente de Bienes, que demàs de los Vinculados dexò la dicha Doña Magdalena Romàn, Fundadora: Si se debe estimar, y tener por agregado al Mayorazgo, ò por cosa libre, y que debe partirse entre todos los Hermanos.



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29

O-CONNOR

9885-1844-7

9885-18417

2

JESUS.
MARIA, JOSEH.

INFORME
P O R

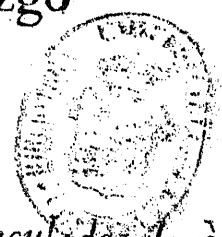
LOS HIJOS , Y SVCCESORES DE DON Antonio Melgarejo, vezino que fue de la Ciudad de Vbeda , y muriò siendo Successor , y Posseedor en el Vinculo , y Mayorazgo que fundò Doña Magdalena Romàn, por Escritura inter vivos, hecha en el mes de Julio de 1634.

C O N

DON ANTONIO JOSEPH MELGAREJO, Hermano Mayor de los susodichos , y Successor en el Vinculo , y Mayorazgo de su Padre.

S O B R E

El Remanente de Bienes, que demàs de los Vinculados dexò la dicha Doña Magdalena Romàn, Fundadora : Si se debe estimar , y tener por agregado al Mayorazgo, ò por cosa libre, y que debe partirse entre todos los Hermanos.





En esta Controversia, que todos estos señores, como buenos hermanos, desean se decida, y componga amigablemente, por escusar los gastos, embarazos, y disgustos, que de ordinario ocasionan los pleytos, aunque sea entre personas tan allegadas, y de la misma calificacion, y nobleza; parece, que por parte de Don Antonio Joseph, hermano mayor, y successor en el referido Vinculo, se hizo Consulta à ciertos señores Abogados de Granada, que resolvieron se debian agregar, y estava agregado al dicho Vinculo todo el Remanente de bienes, que quedaron por fin, y muerte de dicha Fundadora D. Magdalena Román.

2 Mas contra esta resolucion imprimieron vn papel de diez pliegos los demás hermanos (por quien se escribe este informe) el qual està firmado de dos señores Prebendados de la Santa Iglesia de Jaen, probando, que los bienes de dicho Remanente (que son quantiosos) son alodiales, y libres, y que deben partirse, y dividirse entre todos los hijos, y successores de dicho D. Antonio Melgarejo. Y aunque en este papel se han juntado, y examinado con gran solidèz, delgadeza, y claridad todos los fundamentos, y razones que conducen al intento, y prueban eficazmente la libertad de los bienes del Remanente; de tal forma, que parece superfluo el añadir aora otros motivos; con todo esso, en honra de la justicia, y para mayor claridad de la que asiste à los demás señores hermanos de D. Antonio Joseph, recogerèmos del Remanente, y espigas desechadas, que dexaron los señores Prebendados, otros reparos, y consideraciones, que hazen irrefragable la pretension de ser libres, y partibles estos bienes contra el intento del hermano mayor, que los quiere vinculados.

3 El hecho de esta Controversia està bastante-
mente comprobado, y aclarado en el informe de
los señores Prebendados de Jaen, copiadas las Clau-
sulas de la Fundacion, y de los instrumentos que otor-
gò la Fundadora; que fueron vna Donacion inter vi-
vos à favor del Abuelo, y del Padre de los señores her-
manos que litigan, que està hecha con quantas solem-
nidades, y firmezas son necessarias de irrevocabilidad,
asì por ser la Fundadora *sui iuris*, y sin tener hijos, ni
Ascendientes, que pudiesen reclamar contra la dicha
Donacion; como porque ay en ella las Clausulas de
*constituto, de precario, tradicion de escritura, reserva-
cion de usufructo, asignacion de bienes, en que funda-
va el Mayorazgo*, con todos los demàs requisitos,
que piden los Derechos, y Leyes Reales para vna Do-
nacion perfecta entre vivos, sin que los señores Pre-
bendados hallassen resquicio por donde impugnarla.

4 Y asì copiamos la Clausula de esta Dona-
cion, otorgada el año de 1634. de la agregacion que
haze à dicho Vinculo, y Mayorazgo de todos los de-
màs bienes, despues de su fin, y muerte, la qual Clau-
sula es en la forma siguiente: *Y demàs de los dichos bie-
nes que aqui van declarados, quiero, y es mi voluntad,
que todos aquellos que yo dexare, y se hallaren ser mios
al tiempo de mi fin, y muerte, pagados Legados, Man-
das, y cumplido mi Testamento, sean, y se agreguen à este
Mayorazgo, y sigan su naturaleza, sobre lo qual se ha-
ga Inventario juridico, para que en todo tiempo conste
quales sean.*

5 Y en el mismo año, por el mes de Noviem-
bre, otorgò otra Escritura, en la qual dize: Que *respec-
to de que hizo la supra referida, y su animo es, que siem-
pre sea irrevocable*; para confirmacion de ella, le en-
trega la Escritura al dicho D. Antonio (que era el pri-
mer llamado) y la recibe, y dà fee el Escrivano; que es

la

3
la solemnidad mas firme que establece la ley 17. de
Toro, ibi: *O le huviere entregado la Escritura de ello:*
Et videndus Gutierrez lib. 3. practic. quest. 64. numero
11. 13. Et 18. Castillo, tom. 4. controvers. cap. 35.
num. 40.

6 Por vltimo, en Mayo del año de 1646. otor-
gò la dicha Doña Magdalena Romàn el Testamento
con que murió, en que cità la Clausula siguiente. *Y
cumplido, y pagado este mi Testamento, y todo lo en èl
contenido; en el Remanente que de mis bienes quedare,
dexo, nombro, è instituyo por mi legitimo, y universal
heredero en todos los dichos mis bienes muebles, y ray-
zes, derechos, y acciones al dicho D. Antonio Melga-
rejo mi sobrino, para que sean suyos propios: y si el di-
cho muriere sin hijos, mando, y es mi voluntad sucedan
en la herencia de los dichos mis bienes las Capellanias
que dexo fundadas; agregando dichos mis bienes à di-
chas Capellanias, que se han de hazer de los expressados
en dicho Vinculo, la qual institucion de herencia valga
quanto ha lugar en derecho.*

7 *His breviter in factò positis*: es de saber,
que los bienes que dexò Doña Magdalena Romàn,
Fundadora, despues de su muerte, demàs de los vin-
culados, son muy quantiosos, y considerables; puesto
que han dado motivo à esta controversia, y diferen-
cia entre tan buenos, y tan cõformes hermanos; pre-
tendiendo D. Antonio Joseph, como hermano ma-
yor, y successor, que estàn agregados al Vinculo, y
Mayorazgo, en fuerça de la Escritura de Fundacion,
y Donacion del año de 1634. vt sup. num. 2. estando
en esta pretension tanto mas firme, quanto es de ma-
yor peso, y autoridad el dictamen que le dieron los
señores Abogados de Granada; que aunque hasta ao-
ra no se han podido entender, ni percibir las razones,
y fundamentos que para ello tuvieron, por tener di-

B

cho

cho D. Antonio Joseph resguardado, y oculto el dictamen, y parecer que le dieron.

8 Se puede presumir se movieron por la consideracion de quedar agregado el Remanente de bienes, que dexò la Fundadora à los del Vinculo, y Mayorazgo por lo que se refiere en la dicha Donacion; que siendo vna Donacion inter vivos, tan firme, y tan irrevocable, y con todas las Clausulas de irrevocabilidad que dixeran arriba; y mucho mas con la entrega de la Escritura que otorgò despues por el mes de Noviembre del referido año de 634. *adnotata in dicta lege Tauri 17. de qua prater Gutierrez citatus supra, Gomez ibidem, & in lege 45. Tauri, numero 56. Tello Fernandez in dicta lege 17. num. 65. Matienço in leg. 1. gloss. 6. num. tit. 1. lib. 5. Recopilat. & conducunt lege 8. tit. 30. partita 3. & leg. 1. Cod. de Donationib. pudieron juzgar dichos señores Abogados, que aunque la agregacion del Remanente no podia desde luego verificarse, ni tener efecto, nisi post mortem Donatricis, quedò sin embargo *extunc*, y desde el mismo instante, tan firme, y tan irrevocable la agregacion como quedaron los demàs bienes señalados para el Vinculo, y Mayorazgo.*

9 Y à la verdad, no se puede negar, que por la Clausula de *Constituto*, en q̄ la Fundadora se constituyò por poseedora precaria de dichos bienes vinculados, se adquiriò luego la possession, y el dominio sin otra tradicion; porque el acto ficto se juzga, y reputa por perfecto para adquirir, como el que resulta del acto natural perfecto, y verdadero, *ex leg. quod meo, ff. de acquirenda possessione, lege 9. in fine tit. 30. partit. 3. cum multis alijs iuribus, qua adducunt & latius explicant Antonius Gomez in dicta lege 45. Tauri, n. 78. vsque ad 91. Gutierrez practic. lib. 3. quest. 65. num. 22. cum tribus sequentibus*; donde con muchos

4
chos Autores, y fundamentos resuelven, *quod ex traditione facta per constitutum*; se haze irrevocable la donacion, y mucho mas aviendo assignacion de bienes, como la ay en la referida fundacion. Deforma, que ni pueden enagenarse, ni constituirse sobre tales bienes, censo, ni hipoteca alguna. Y en esta conformidad dixo Antonio Gomez en la 17. de Toro, n. 20. *verf. Non tamen*, las palabras siguientes: *Non tamen poterit alienare rem ipsam particularem, vel specialem in qua, est facta assignatio, cum filio facta sit traditio*. Lo mismo asienta Angulo en la ley 7. de las mejoras, gloss. 4. num. 2. & in leg. 3. gloss. 4. num. 3. & 5. y se prueba de la ley *qui praedium, Cod. si aliena res pignori data sit*, Velazquez de Avendaño en la ley 21. Tauri, gloss. 1. num. 16. Tello Fernandez in dict. leg. 17. Tauri, num. 25. cum sequentibus. Antonius Gabriel lib. 1. commun. opin. tit. de reivindicat. leg. 9. tit. 3. partit. 3.

10 Por estos motivos, y por otros que no sabemos, estará al parecer asegurado D. Antonio Joseph de tener por agregado à su Mayorazgo todo el remanente de bienes, aunque quantiosos, que dexò la Fundadora, sin embargo de aver en el testamento con que murió instituido, y dexado por heredero vniversal al dicho Don Antonio Melgarejo, padre comun de todos los interesados.

11 Pero sea lo que fuere; siendo como es este, sin duda alguna, el vnico, y principal fundamento para probar, que este *remanente* quedò comprehendido en la donacion, y fundacion de Mayorazgo del año de 634. en la misma forma, y con la misma firmeza, que los demàs bienes vinculados (sobre los quales no ay duda, ni cõtroversia) q̄ es todo quãto puede alegar Don Antonio Joseph à favor de la agregacion que pretende: con todo esso nada prueba, ni vale para fa-

vorecerle , y justificar su pretension ; aunque se añadan quantos textos , y autoridades se hallaren de esta misma idea , y fundamento : porque quedando este remanente por la referida escritura obligado , y vinculado de vna misma manera que los demás bienes expresados en dicho vinculo , se recae en el inconveniente , de que así como la testadora no pudo disponer en vida , y en muerte de los bienes asignados , y señalados para el Mayorazgo , embuelve notoriamente el absurdo de comprehender esta donacion , y fundacion todos los bienes de la testadora , y ser absolutamente vna donacion , *omnium bonorum presentium, & futurorum prohibitam omni iure, & invalidam ex concordia sententia omnium Doctorum.*

12. *Quam primus omnium impugnat Bartul. in lege stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. y en la ley vltima, Cod. de pactis, Baldus in cap. in presentia, num. 36. de probationibus, Covarrub. in Rubrica de testamentis, 2. part. à num. 5. & lib. 3. variar. cap. 12. per totum; donde Faria ex num. 1. junta otros muchos Autores, Decius en la ley vltim. num. 30. C. de pactis, Julius Clarus in §. Donatio, quest. 19. à principio, Gama decis. 386. Azebedo à la ley 8. num. 1. lib. 5. Recopilationis, tit. 10. Gutierrez de iuram. part. 1. cap. 11. num. 2. Molina de primog. lib. 2. cap. 10. num. 11. vbi Addentes, Seraphinus de privil. iur. priv. 107. n. 1. & 98. Antonio Gomez en la ley 69. de Toro, num. 1. Pater Lefius de iustitia, lib. 2. cap. 18. dubitati 3. n. 93. Fachineus lib. 6. controvers. cap. 87. Pater Molina de iustitia, tom. 2. tract. 2. disput. 280. & tom. 1. disp. 151. Velasco de partitionibus, cap. 20. num. 4. Zevallos 1. tom. comm. quest. 140. Caldas Pereira de emptione, & vendit. cap. 32. Castillo controvers. c. 53. Salgado in Labyrinth. 2. part. cap. 8. num. 66. Larrea decision. 10. & 66. Barbof. in Reportorio, verbo Donatio, num. 21.*

Caf-

CastroPalao de iustitia, & iure, tom. 7. disp. 2. punt. 24. §. 3. à num. 1.

13 La razon de esto es, porque por tal donacion se impide absolutamente la facultad de testar, y la libertad de disponer de las cosas proprias ; que es tan natural en los hombres , que lo contrario , *repugnat maxime bonis moribus, & iure naturali, que omnia publicè interest in Republica conservari* : y es dissipacion , y dilapidacion prodiga , para reducirse à tal estado de pobreza , y mendiguez , *ex proprio facto, ut nihil prorsus habeat, vel habiturus sit, ut ob id feliciter vivat* , y por otras muchas razones , y discursos que traen todos los Autores citados.

14 Ni es consideracion, si se dixere, que con la reserva que hizo la testadora del usufruto de los bienes vinculados, se evita el inconveniente, ò absurdo ponderado ; porque se responde, que el usufruto de estos bienes es limitado , y nunca pudo ser bastante , para que dicha testadora se sustentasse conforme à su calidad , y le quedasse caudal segun la misma para testar , y hazer bien por su alma , *& in hoc specie non valet Donatio iusta tradita per Covarrub. lib. 3. variar. cap. 12. n. 3. vbi multos alios cumulat Faria, Molina de primogen. cap. 10. num. 24. Fachineus lib. 6. controvers. cap. 90. vers. Ergo puto* ; y es doctrina expresa de Gutierrez de iuramento , part. 1. cap. 11. ex num. 14. con otros muchos que trae en este mismo punto Miguel Reynoso en la observac. 41. y en la addicion de los numer. 4. 5. & 6.

15 Y aunque *gratis* se conceda, que el usufruto de los bienes vinculados, era bastante congrua para alimentarse con decencia la dicha testadora , *adhuc* ; la assera donacion del año de 634. no subsiste , quedando vinculado el referido remanente en la forma, que los demás bienes, por expresa decision de la

C ley

ley 69. de Toro, que es la ley 8. tit. 10. lib. 5. Recopilac. que anula semejante donacion, segun la doctrina de Covarrubias *variar. cap. 12. num. 4.* Matienzo *in dict. leg. 8. num. 5.* Flores de Mena *en la adicion 16. de Gama, Gutierrez de iuram. cap. 11. num. 14.* que cita otros, aunque lleva la contraria, Zevallos *lib. 1. quest. 180. num. 1. & quest. 310. num. 11.*

16 Mas de qualquiera manera que este punto se considere, se debe juzgar siempre, que el aserto remanente de bienes, no pudo quedar comprehendido, y con los mismos vinculos, y firmezas que los demás bienes, sin ser donacion reprobada, puesto que comprehende todos los bienes presentes, y futuros, y la razon parece clara, y convincente; porque quedando *ex tunc* afecto, y comprehendido dicho remanente, no podia en vida la testadora enagenar libremente ninguna cosa, y si de hecho la enagenasse, seria invalida la enagenacion, y la podia repetir el sucessor del vinculo, y mucho menos podia disponer de dicho remanente al tiempo de la muerte, que es el tiempo en que precisamente se debe verificar esta palabra remanente, ò residuo de bienes, *in xta leg. 19. de Toro, ibi: Al tiempo de la muerte, y leg. 23. ibi: Se aya consideracion al tiempo de su muerte, è no al tiempo que se hizo la donacion, ò mejora,* que son oy las Leyes 3. y 7. tit. 6. lib. 5. Recopilac. & *sequitur* Matienzo *in dict. leg. 7. tit. 6. gloss. 1.* Azevedo *in leg. 3. eodem tit. & lib. num. 22.* Antonio Gomez *en la 17. de Toro, num. 11.* Burgos de Paz, Mieres, Angulo, Ayora, y otros muchos que cita Flores de Mena *à la adicion 103. de Gama.* Luego, ni en muerte, ni en vida, quedando este remanente cõprehendido absolutamente en la aserta donacion del año de 634. podia la testadora disponer cosa alguna de todos sus bienes, quedando intestable, y la donacion invalida, y reprobada por ser *contra*
bo-

6
bonos mores, y donacion de bienes presentes, y futuros.

17 Por manera, que segun estas doctrinas, quanto mas prisa se diere Don Antonio Joseph, y mas instare, y trabajare, para que esta agregacion del remanente se tenga, y declare por pura, y perfecta desde el punto de la donacion, y fundacion del vinculo del dicho año de 1634. (que es el vnico, y principal fundamento de su pretension, como se dixo arriba) tanto mas se impugna, se convence, y perjudica; porque pretende, que la donacion, y el vinculo se den por nulos, se rescindan, y desestimen, como donacion absoluta, general, y reprobada, anulando al mismo tiempo el testamento de la Fundadora, y la institucion de heredero vniversal, que hizo en la persona de su Padre, segun consta de la Clausula referida sup. numero 3. de forma, que insistiendole en el assumpto de quedar pura, y absoluta la referida agregacion; serà muy contingente, y muy facil, que poniendole esta controversia en algun Tribunal, se dè por nula la donacion, y el vinculo; y que se vea obligado dicho D. Antonio, à traer à particion, y colacion, no solamente los bienes del remanente, sino tambien los vinculados como bienes libres, y propios de su Padre, y de los demás Hermanos; quedando como quedò instituido por vniversal heredero de quantos tenia, y poseia la Testadora, para que los obtuviese, y gozasse como propios; segun la referida clausula.

18 Y asì, en fuerça de esto, y para evitar lo que le puede dañar mucho, debe el dicho D. Antonio Joseph admitir, y confessar, que los bienes del remanente no quedaron tan afectos como los demás de el vinculo; ni pudo ser la aserta donacion pura, y absoluta, sino condicionada. que de precisa necesidad se ha de verificar, y cumplir despues de la muerte de la

Tes-

Testadora. Porque esta condicion, en comparacion della, fue siempre potestativa, con el arbitrio absoluto de disponer, ò no disponer en vida, y en muerte de los bienes que tenia libres; y que no estavan afectos al Mayorazgo, y en comparacion del Mayorazgo es vn derecho de futuro, *ex causa de presenti, quod competi spe, non etiam re, ut hereditas acquirenda per extraneum, vel hereditas conditionalis, aut ius conditionale, ut concludit Bartolus in leg. 1. Cod. de pactis, & notant DD. in leg. 6. scriptum, §. si sub conditione, ff. de legatis 2. Galleratus de renuntiarione, lib. 4. cap. 3. num. 46. cum alijs ab Olea decis. iurium, tit. 3. quest. 10. ex num. 4.* Y en esta forma quedò toda la substancia de la agregacion reducida para despues de la muerte de la Testadora, sin que antes della se pudiesse llamar, ni dezir donacion perfecta, ni que pudiesse ser otra su voluntad.

19 Lo qual, en terminos semejantes prueba, y resuelve Gama en la decis. 305. num. 4. ad medium, versic. *Ex predictis*, ibi: *Ex predictis colligo idem tempus considerandum esse, quando donatio tertia in vita facta per talia verba fieret, quae demonstrarent fratrem donantem noluisse donationem à se factam valere, nisi tempore mortis. Hoc ipsum in casu nostro contigisse videtur, si ad verba scripturae, supra relata respiciamus, ut fieri solet argumento leg. interest, Cod. de solutionib. §. leg. ad probationem, Cod. de probationib. ideoque credendum est partes donantes de tempore mortis intellexisse, non enim statim videtur donatio perfecta, §. in vim dilationis tempus declaratum esse, sed substantiam donationis contulerunt in tempus mortis.* Y al fin de este mismo numero, despues de aver alegado algunos textos, concluye assi: *Vt tunc demum robur, atque firmitate obtineat cum tempus mortis donatoris ob venerit, §. ex his sententiam diximus confirmando sententiam*

7
inferioris Senatus, videlicet, ut tempus mortis in specie praedicta consideraretur, y se verifica en la donacion, causa mortis, quae non dicitur pendere, aunque la translacion del dominio estè suspenso, y sin que se transfiera, sino es post mortem, ut probabimus infra.

20 Assentado, pues, que la agregacion de el remanente no pudo ser donacion tan pura, y perfecta como la de los otros bienes señalados, y vinculados, respecto de que el remanente, no puede reconocerse, ni existir sino es despues de la muerte de la Testadora; quedando ella con arbitrio, y libre facultad para disponer de sus bienes en vida, y muerte, y dexar, ò no dexar remanente alguno. Porque todo esto se ha de conceder, y admitir segun la significacion, y propiedad, que en todo rigor tiene esta palabra remanente. Y de otra suerte, esto es como pretende D. Antonio Joseph, de quedar *ex tunc* desde la donacion del año de 1634. afectos todos los bienes libres, demàs de los vinculados que tenia; sin que en vida, ni en muerte pudiesse disponer de ellos, se recae manifestamente en el inconveniente, ò absurdo referido, de ser la dicha donacion nula, y reprobada, como se dixo arriba, è invalido el vinculo, y obligado el dicho D. Antonio à traer los bienes de èl à la division, y particion con sus hermanos.

21 Siguese aora el inquirir, y examinar si la Testadora Doña Magdalena Romàn ha dexado algunos bienes, y posesiones en que se pueda verificar este remanente. Porque siendo cierto, que no los dexò no solo serà infructuosa sino fantastica su pretension, y estará desde la muerte de su Padre, con obligacion de restituir à sus hermanos las porciones con frutos, que les tocan en todos los bienes de este supuesto, y afectado remanente, y que por este motivo està gozando, y poseyendo. Y que este pretexto, y motivo

de remanente sea afectado, y supuesto, consta notoriamente del testamento de la Fundadora, cuya clausula se puso arriba num. 6. donde instituyó por su heredero vniversal à D. Antonio Melgarejo, Padre de todos los hermanos; y en falta de sucesion fueren herederos de sus bienes (en que se comprehenden los vinculados, y libres) las seis Capellanias, que quiere se funden.

22 Segun esto ningun remanente de bienes ha dexado dicha Testadora. Porque así como pudo disponer de ellos por via de donación, de venta, y otro qualquier contrato, y disposicion inter vivos, como asentan Baldo en la *Autentica nisi rogati, C. ad Trebellianum*, con mayor razon lo pudo hazer en su testamento; siendo como es conclusion asentada, que quien puede enagenar *inter vivos*, *multo magis potest alienare in ultima voluntate cum hac alienatio sit favorabilior*, como prueba Bartolo *in leg. à filia 62. nu. 3. ff. ad Trebellianum, quem ibi sequitur Alexander sub num. 12.* y el mismo Bartolo en la *Autentica res que, Cod. comm. de legatis, § ibi Angelus*. Y en la inspeccion presente, es terminante el consejo de Jason 130. *sub num. 4. versic. Inter dicta Claret, tom. 4. ubi pluribus ostendit absurdum esse, ut cui licet alienare inter vivos, quod plus est, non liceat in ultima voluntate quod est minus.* Y el verbo *disponere* comprehende de vna misma manera las disposiciones inter vivos, *§ in ultimis voluntatibus, vt per Surdum decis. 172. § decis. 279. num. 6. quem refert Franciscus Molinus de ritu nuptiarum, lib. 3. q. 28. num. ultim.* Y aun con mas rigor se adapta, y pertenece à las ultimas voluntades, *§ ultim. circa medium instituta, quibus ex causis manu amittere non licet. Authentica de Nuptijs, §. Disponat collat. 4.* y lo notan Vivio, *tom. 2. comm. opin. lib. 9. tit. 34. n. 351.* Marta de claus. *part. 3. claus. 34. n. 1.*

Y

23 Y en esta conformidad ningun remanente de bienes dexò la Testadora, aviendo dispuesto de ellos en su vltima voluntad, y en vn testamento legitimo, y válido: sin que obste, ni sea de consideracion alguna si se dixere, que aunque pudiesse dicha Testadora disponer inter vivos de los bienes que tenia, para que ningun remanente quedasse despues de su muerte; con todo esso como en vida no hizo otra disposicion, sino fue la del Testamento en que dexò por heredero dicho D. Antonio su sobrino, no impidiò esta disposicion, y Testamento el quedar purificada, y perfecta la agregacion que hizo en la donacion de 634. por razon de que *ultima voluntas effectum non habet, nisi post mortem iusta legem, illa institutio 32. ff. de heredibus instituendis.*

24 Porque se responde, que quien dona en vida todos los bienes que se hallaren al tiempo de su muerte, puede sin embargo por enagenacion inter vivos, ò por vltima voluntad disponer de todos ellos, por la doctrina de Baldo *in dicta Autentica contra rogatus, num. 9. Cod. ad Trebellianum, y la ley Titius 54. ff. ad Trebellianum, ubi etiam Bartolus*, que es texto formal, y decisivo, donde asienta, y resuelve, que aquellas palabras *quid, quid, super fuerit tempore mortis*; de esta misma ley se han de entender, *si quid super fuerit non deperditum, vel alienatum*, à quien sigue Alberico, y Corneo en el consejo 243. *à num. 4. usque ad 10. tomo 4.* Y en esta conformidad el heredero rogado à restituir lo que quedare despues de su muerte, que es lo mismo que remanente.

25 Puede buenamente enagenar, y disminuir *bona fideicommissa subiecta*, sin quedar con obligacion alguna en conciencia, ni en justicia, como se prueba de la referida ley Titius, y de la *Autentica contra rogatus, Cod. ad Trebellian. leg. fideicommissi, §. non nun-*

quam.

quam, ff. de usuris, § in lege sed etsi lege, §. quod autem quis, versic. Nam Divus Marcus, ff. de petitione hereditatis. Y que en la clausula *restituas quidquid supererit*, quede libre facultad al heredero de enagenar el fideicomiso, lo asientan la Glossa, y los Doctores en la *ley Imperator, §. final, ff. de legatis 2.* Y siendo como son correspectivas la potestad de enagenar, y la prohibicion; quien tiene la potestad podrá usar de ella en vida, y en muerte; y quien está prohibido, en ningun tiempo podrá hazer lo mismo, *ut constat ex leg. si quis prioris §. certum, Cod. de secundis nuptijs, ibi: Certum esse sancimus, quod etiam illa de cetero videbitur eorumdem frustra rerum alienatio, que in testamento, vel specialiter relinquendo, vel generaliter heredem instituendo facta sit.*

26 Y así no obsta la instancia antecedente; porque dado, que la institucion de heredero, que en la persona de D. Antonio Melgarejo hizo la Testadora no tenga efecto, *nisi secuta morte*; esto no obsta para que las ultimas voluntades, y tambien los contratos *inter vivos* (los quales en la misma forma se suspenden *usque in tempus mortis*) dexen de ser actos perfectos, *§ inter vivos celebrati iuxta leg. ultim. §. fin. ff. comm. pradior. lege ubi ita donatus, ff. de condit. causa mortis, Corneus cons. 289. tom. 4. Mantica de tacitis Convent. lib. 13. tit. 1. num. 1. § sequentibus*, y la adquisicion de la herencia, aunque no tenga efecto, *nisi post obitum*, sin embargo se retrotrae *ad tempus mortis, leg. haeres quandocumque, ff. de acquirenda hereditate.* Y se verifica en la donacion *causa mortis, que non dicitur pendere, licet translatio dominij post mortem suspendatur, ut tradit Glossa in dicta lege 2. ff. de donationib. qua sub modo, versic. Tum demum*; lo mismo corre en los Legados, que no adquiriendose, *nisi a tempore mortis testatoris*, no por esso se dice, *quod super-*
sunt

9
sunt post mortem eius, qui legavit; y lo mismo asienta Socino, *cons. 53. num. 16. tom. 1. Jason, cons. 130. sub num. 5. versic. Non obstat, tom. 4.*

27 Y en terminos de que *gravatus restituere post mortem, quod superest*, que es lo mismo que *remanente*, pueda disponer de los bienes del fideicomiso, lo asientan Franchis, *decis. 180. num. 26. § seqq. Surdus, cons. 10. § 71. Menochius, lib. 4. presumpt. 168. Peregrinus de fideicommissis, art. 40. a num. 40. § 45. Amato, tom. 2. variar. resolut. 76. num. 37. § 58.* y otros que cita Ayllon ad Anronium Gomez, *lib. 1. variar. cap. 5. num. 18.* en la Adicion que haze al *num 16. Pater Molina de iustitia, tom. 1. disp. 188. Noguero, allegat. 14. num. 21. Fusario de substitutionibus, quest. 545.* que en solo el *num. 1.* donde pone la conclusion siguiente, *ibi: Prima conclusio, quod gravatus restituere, quod supererit; poterit alienare bona fideicommissi libere pro suo arbitrio, etiam ab utendo*, cita en confirmacion de esta sentencia en solo este numero 33. Autores. Y para que pueda hazer lo mismo titulo lucrativo, o oneroso, por qualquier testamento, y ultima voluntad es la question 549. donde en el numero 2. en confirmacion de esta doctrina cita casi vna columna de Autores; lo mismo asienta Sforzia Oddus *de fideicommissis* en la question 25. *artic. 3. pag. mihi 236. columna 2. in fine*, cuyas palabras porque no le cita Fusario, *num. 31.* son así: *An in specie quando testator mandavit restitui, quod super esset tempore mortis sue censeatur dedisse licentiam alienandi, quidquid placuisset? Breuiter respondetur affirmative, § ita constituenda est regula per textum in Authentica contra rogatus, Cod. ad Trebellianum, § Clarius in Autentic. de restitut. §. 1. § sequent.* Jason *inter terminis in Autent. res quem, num. 2. colum. 3. limitatione 10. Cod. comm. de legatis, Alexander ibi, num. 6.*

Decianus, *colum. 35. num. 3. versic. Tacite etiam, lib. 3. & cons. 27. num. 13.* y dà la razon num. 33. *Ratio est, quia illa verba quid quid super erit necessario important, quod si nihil supererit nihil restituere tenbitur; nam sub illo relativo quid, quid, necessario continetur conditio si, id est, si super erit.*

28 Pues, si es conclusion cierta en los Derechos, y verdad irrefragable, que el heredero propio, ò extraño con la obligacion de restituir à otro, *quid, quid supererit post mortem*, puede en vida, y en muerte disponer de los bienes del fideicomisso, asì à favor de sus Parientes, como de los extraños: *Dummodo non faciat fraude, & dolo invertendi fideicommissum*, de que trata Fusario *de substitut. dicta quest. 545. ex numero 2. cum sequentibus*; y los que cita Ayllon *ad numerum 16. cap. 5. lib. 1. variar. Antonij Gomez*; que razon legal, ni que fundamento, que no sea fantástico, y afectado, se podrá hallar para que la Fundadora de este Vinculo no pudiesse dexar por heredero à vn sobrino propio como D. Antonio Melgarejo, hijo del primer instituido en todos sus derechos, y acciones, y en los bienes que tenia fuera de los vinculados? Porque no se puede negar, que tuviesse en estos bienes mas grande potestad, y arbitrio, para hazer aquella disposicion en el Testamento, que la que tienen, y pueden tener los herederos en los bienes de la herencia (que en la verdad, y realidad nunca fueron suyos) quando son gravados en la forma dicha de restituir lo que sobrare al tiempo de su muerte.

29 Y aunque esta controversia no necessita al parecer de mayor instancia, ni de fundamento mas convincente; con todo esso, *ut nihil intactum relinquamus*, examinaremos brevemente lo que dicen nuestros Autores Españoles sobre esta palabra *remanente*, que en latin es lo mismo, y se explica por las palabras

labras *Residuum, Reliquum, & quod superest*, como se prueba de la ley *Rescriptum 6. ff. que ut indignis, ut lege 4. §. lege Julia, ff. ad legem Juliam peculatus*, donde claramente consta, que el *Residuum* (ò remanente en Español) se verifica: *Etiam in minima quantitate*, en la forma que las dicciones, *aliquid, & quidquam*, de quibus late Tiraquellum *in leg. si unquam 8. verbo Omnia, num. 16. & 17. Cod. de revocandis donationibus*, Menochius *cons. 4. num. 18. & cons. 32. num. 9.* y se prueba de la ley *si Servum 71. §. Prator ait, vbi Bartolus, & Authores, ff. de acquirenda hereditate, Clementina 1. de foro competenti*, donde Barbosa en la remision al numero 4. cita varios Autores, *& facit leg. ex pluribus 89. de solutionibus*; y lo que es mas, *quod appellatione reliqui, vel residui: etiam nihil continetur, si ve significatur, lege item, quod Sabinus 17. §. unde idem vers. aliter, at que si ita scripsisset expleto à se, ex reliqua parte heres esto: quoniam, cum nihil Reliquum sit; ex nulla parte heres esto, leg. 78. qui non militabat, §. final, ff. de heredibus instituendis, ibi: Residua portio non invenitur*, y la ley *cum Pater 77. §. dulcissimis 20. ff. de legat. 2.* donde vn Pariente dexò por fideicomisso lo que se hallasse en Paphylia, y Licia; pero avièdo dispuesto deste caudal à favor de su patrimonio, resuelve el Consulto que no està obligado al fideicomisso. Y Rebufo en la ley *potest Reliquorum, appellatione 95. de verb. signific.* dize al intento: *Si quispiam esset institutus in reliqua parte, si nihil superest in nihil videtur institutus.* Y tambien se verifica esta palabra *Remanente*, ò *Residuo*, para comprehenderlo todo, como consta *ex leg. 2. Cod. de heredibus instituendis, leg. uxoris sue 32. ff. de legatis 3. lege quod si mævius iunctis duabus legibus precedentibus, ff. de heredibus instituendis, & videndus Vela, tom. 2. differt. 42. ex num. 72.*

cum sequentibus, & notarunt Paulus Castrensis, *conf.* 71. numero 20. lib. 1. Menochius, *iterum, conf.* 1020. num. 39. tom. 11. Seraphinus, *decis.* 242. num. 12. Marefcoto, *variar. lib.* 2. cap. 72. num. 17. Barbofa, *dition* 347. & 348. Larrea, *tomo* 2. *allegation.* 81. numero 6. & 7.

30 De forma, que la palabra *Remanente*, ò *Residuo*, dize en toda su propiedad, y significacion, lo que restare, y quedare despues de las enagenaciones, ò disposiciones, que en vida, y en muerte huviere hecho la Testadora. Por lo qual, despues de cumplidas sus mandas, y legados, y todo lo demás de su Testamento, *eo ipso*, que dexò por su vnico, y vniversal heredero à D. Antonio Melgarejo su sobrino, y Padre de todos estos señores hermanos; consta con toda certeza, y evidencia, que ningunos otros bienes han quedado, en que se pueda verificar esta palabra *Residuo*, ò *Remanente*; y serà muy ciego, ò defalumbado quien no viere con toda claridad vna demonstracion como esta.

31 Todo lo referido, y quanto queda dicho tiene examinado, y resuelto con la eficacia, y extension que suele Don Juan del Castillo *tom.* 4. de sus controversias en el *cap.* 16. desde el *num.* 20. *cum sequentibus*, y en el *cap.* 35. desde el *num.* 53. donde en ambos capitulos habla difusamente de las mejoras que se hazen *del tercio*, y *remanente del quinto* en vida, ò en muerte; y por qualquier causa, sea lucrativa, ò onerosa por razon de Matrimonio, y en ellos con claros, è irrefragables fundamentos, funda, y assienta, que les queda entera facultad, y arbitrio à los donantes, para enagenar, y disponer de los bienes del quinto, en fuerza de la palabra *remanente*, como consta de lo que dize *in dicto cap.* 16. *num.* 18. *ad finem*, cuyas palabras son: *An inadvertendum nunc erit, quod in scrip-*

11

scriptura maior usus, aut meliorationis, & *in capitulationibus matrimonialibus*, de quibus in presentia agitur, non fit mentio *QUINTI*, sicut fit tertij, melioratio, que fit simpliciter; sed *remanentis quinti*, & sic tertium, & *remanentis quinti donatur*, quod in effectu idem est, ac si pater donans diceret, ex eo quod super erit satisfactis, atque ad impletis omnibus ijs, que ex quinto extrahenda sunt, & quibus dispositum fuerit: & ita pater ipse in tertio, & *remanentis quinti meliorans dictum filium*, verbis eius ideò utitur, ut significet, quod in se reservat liberam, & absolutam dispositionem bonorum quinti, & quod ex predicto quinto id intendit dumtaxat donare, & ad filium pervenire, de quo non disposuerit ipse pater. Y lo prosigue con otras razones, y fundamentos, citando la *Autent. contra rogatus*, ff. *ad Trebellianum*: y se puede ver tambien todo el *num.* 20.

32 En el *num.* 26. desde el principio añade lo siguiente: *Denique quinto loco facit, quod melioratio ex causa onerosa matrimonij, vel alia causa, que sit irrevocabilis, filio facta, revocari potest, quoties pater, vel mater, quando meliorationem fecit, sibi reservavit revocandi facultatem, prout in leg. 17. Tauri, disponitur que hodie est leg. 1. tit. 6. lib. 5. Recopilac. Quoniam reservatio huiusmodi, loco conditionis est, ut tradit speculator in titulo qui filij sint legitimi vers. sed nunquid. Innocentius in cap. verum, de foro competenti, ubi Archidiaconus, & Doctores, Didacus del Castillo in eadem leg. 17. Tauri, num. 70. & 71. Ioannes Matienzus in dicta leg. 1. tit. 6. gloss. 10. num. 3. & in leg. 4. tit. 7. gloss. 6. num. 1. Sed sic est, quod donatio, vel melioratio ad eum modum, & remanentis quinti facta, in effectu est velut melioratio, cum reservatione disponendi de quinto pro arbitrio testatoris (verba nanc ea, nihil aliud denotant, & clarè inducunt, qui de quinto remansurum sit) reservare sibi meliorantem ipsummet,*

Et in sua voluntate reponere. Idcirco quemadmodum parens, similem meliorationem non fecisset, posset de quinto libere disponere, ac filijs ex ipso quinto nihil relinquere; ita pariter potest, prædicta reservatione facta. Y dà la razon: Quia reservatio, conservat ius quod habebat. Bartholus in leg. penult. C. depositi, Franciscus Becius cons. 74, num. 16, Et 34, Jacobus Menochius cons. 2. num. 57. lib. 1. Petrus Surdus cons. 152. num. 29. lib. 2. Et cons. 402. n. 4. Et est quadam exceptio qua modificat actum, ut scilicet id tantum remanens dicatur, vel remanere, quod disponens remanere voluerit, Et non amplius, aut nihil, si nihil remanserit, Et c.

33 Y lo repite en el cap. 35, num. 53. ad medium, donde cita à Rebufo en la leg. 95. ff. de verbor. signif. que copiamos arriba; y luego añade lo siguiente: *Vbi singulariter observari, quod donatio, vel melioratio ad eum modum, Et remanentis quinti facta, est in effectu melioratio tertij simpliciter, Et quinti, cum reservatione disponendi de eo, pro arbitrio meliorantis: quoniam verba ea nihil aliud denotant, nec inducere possunt; Et aperte innunt reservare sibi meliora item ipsum, Et in sua voluntate reponere, quid ex quinto remansurum, ita ut nihil remanere, ex eius voluntate dependeat, ut Laus ibi dixi cap. 16. num. 26.*

34 Y ultimamente, para confirmacion, de que la testadora pudo valida, y licitamente disponer de sus bienes en vida, y en muerte, y nombrar en todos los q̄ tenia libres por su legitimo, y yniversal heredero à su sobrino D. Antonio Melgarejo, padre de todos estos hermanos, quedado cō esta disposicion caduca, evacuada, y frustrada la aslerta agregacion, que refiere la donacion del año de 634. y al mismo passo, y por la misma razon, el imaginado, y supuesto remanente; porq̄ nunca pudo ser valido, ni el existir la di-

cha

cha agregacion, sino es debaxo de la condicion, y supuesto de aver bienes libres, en que poder verificarse despues de la muerte de la fundadora, que es vna cōdicion voluntaria potestativa, que debe cumplirse en forma especifica, prout fuit prolata iuxta leg. Marcivius, Et leg. qui heredi, ff. de conditionibus, Et demonstrationibus, Et in qua merum factum conditionis, ex sola voluntate testatrix apposite, debet inspicere, Et verificari, videndusque Galganetus de conditionibus, Et demonstrat. part. 2. cap. 1. quest. 41. num. 1. Et 2. Et quest. 82. fol. 207. Casanate consil. 1. ex num. 18. Et num. 39. Et cons. 4. num. 75.

35 En confirmacion, pues, de todo esto, copiamos lo que dize Nogueroles en la allegac. 14. fundament. 1. ex num. 20. que aunque es a go largo, es tan propio de la inspeccion presente, que nos precisa à referir sus palabras, ibi: *Ex his duabus clausis apparet, quod in tantum Collegio bona dicta, D. Franciscæ fuerunt donata, in quantum ea habuisset tempore mortis, Et non aliter. ibi: De todas las quales dichos juros, censos, dineros, bienes muebles, y raizes, si los huviere al tiempo de mi muerte, hago donacion, Et c. Et sic alienandi facultas reservata ei remansit, ut debita posset in præiudicium eius contrahere, primo ex tractatis à Molina lib. 1. cap. 10. num. 11. Et lib. 4. cap. 2. num. 82. Et in leg. 7. lib. 5. Recopilac. Angulo gloss. 1. num. 16. Et in leg. 5. tit. de las mejoras, eodem lib. gloss. 4. num. 4. idem Angulo: quatenus (ex eo, quod ex leg. 19. Et 23. Tauri, hodie lex 3. Et 7. tit. 6. de las mejoras, lib. 5. Recopil. deducitur, dum disponunt, quod ad qua tam meliorationis tertij, Et quinti deducendam, inspicitur valor bonorum meliorantis tempore, seu mortis, Et non tempore meliorationis) inferunt; quod cum Pater potuerit bona alienare, usque ad mortem; poterit etiam debito contrahere: Et filius etiam irrevocabiler melio-*

ra-

ratus tenetur ad ea persol venda, quia tractus temporis hoc efficit, cum possit à die meliorationis, usque ad mortem sua bona minuere.

36 Idem probat Castillo tom. 4. cap. 16. num. 19. 20. & sequentib. vbi: Quod ex residui donatione, seu legato permittitur alienatio totius in praiudicium donatarij, idem tradit Gama decis. 103. num. 2. Sanchez in opusculis moralibus, lib. 4. cap. 1. dubio 29. pag. 24. qui loquuntur, de donatione residui bonorum, que tempore mortis remanebunt, quod sit revocabilis; etiam si clausulas contineat irrevocabilitatis.

37 Secundo hoc in individuo probatur ex Autent. contra cum rogatus, Cod. ad Trebelianum, ex qua Glossa, & ibi: Cinus, Odofredus, Baldus num. 7. Paulus de Castro, & Salicetus notant, quod gravatus restituere quod super erit ex hereditate, poterit totam consumere in praiudicium fideicommissarij; quia videtur testator solum relinquere quod supererit ex hereditate, & non amplius; & ista est comunis opinio, quam sequitur, & laudat Fusarius de substitutionibus, q. 543. n. 1.

Ex quibus, se concluye claramente, q̄ D. Antonio Joseph tiene obligacion en conciencia, y en justicia de traer al monton comun de los bienes de su padre, para q̄ se dividan entre todos los hermanos los bienes que injustamente retiene de este residuo, y remanente, y dexò al tiempo de su muerte la Testadora Doña Magdalena Roman; porque aviendo dispuesto de ellos en el testamento valido, y licito, con que murió, no ay residuo, ni remanente, que se pueda llamar verdadero, y existente, sino con toda certeza acrio, supuesto, afectado, y fantastico. Esto es lo juzgo, y siento, *sub meliori censura*. En Madrid à veinte y ocho de Febrero de mil seiscientos y noventa y nueve.

Juan de Arango
J. Lagunilla

Lic. D. Pedro de Barcia
y Arango.

1781

NOTICIA
DE LOS TRATADOS
DE CONCORDIA, Y DIFICULTADES
QUE LA SUSPENDIERON
ENTRE
EL ILL^{MO} Y REV^{MO} SEÑOR
D. IAYME
DE PALAFOX
Y CARDONA,
ARZOBISPO DE SEVILLA,
Y
EL ILLUST^{MO} SEÑOR
DEAN
Y
CABILDO
DE LA SANTA IGLESIA
METROPOLITANA, Y PATRIARCAL
DE DICHA CIUDAD.