

12

15  
esta execucion de la  
causa de la  
causa de la

IÑS:

P O R  
F E R N A N G O

mez de la Camara,

CONTRA

La Marquesa de Malagon, y  
Consortes.



FERNAN Gomez pretende, que la cantidad de bienes que se ha liquidado deuerselos, por razon de los bienes consumidos hasta cumplimieto de las quatro partes de diez y ocho, las ha de cobrar de qualesquiera bienes q se hallen de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra testadores, cuyo fideicomissario es, como esta declarado por la sentencia de mil y quinientas, sin que tenga obligacion de pedir porciones hereditarias, sino executar los bienes hereditarios, por la tacita hypoteca legal, que la ley da a los fideicomissos. *l. i. C. communia de fideicommissis.*

Y aunque el mismo texto, parece que presupone, que esta accion hipotecaria se divide entre los herederos de la misma manera que la personal, que competit pro legatis. *Vt declarat glossa ibi, & cum alijs Negusantius de pignoribus, part. 2. mem. 4. num. 160.*

Pero esto tiene dos respuestas claras, y precisas en este caso.

La primera (de que se trató en la primera informacion num. 10. & 14.) que la division de la hypoteca legal procede solamente, quando desde el principio el testador dexó muchos herederos. Secus, si desde el principio

A

quedó



51 4  
quedò vno solo, como en este caso. Porque entonces la  
hypoteca legal, que quedò formada sobre todos los bie  
nes hereditarios insofidum, no se divide despues, aunque  
aqueel heredero de x muchos herederos. Et vltra ibi  
tradita est textus expressus, qui hanc differentiam con  
stituit inter vnum vel plures heredes, in l. Cui fundus. 55.  
ff. *Conditionibus & demonstracionibus*, cuius hæc sunt verba.

Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non  
potest, nisi totam pecuniam numerari. Dissimilis est causa, cum duobus  
eadem res sub cõdicionem legata est. In hac enim questione statim a testa  
mento, quo pluribus cõditio appõsita est, diuisa quoque in singulas perso  
nas videri potest, & ideo singuli pro sua parte, & cõditioni parere. &  
legatũ capere possunt. Nam quauis summa vniuersæ cõditionis sit ad  
scripta, enumeratione tamẽ personarũ potest videri esse diuisa. In eo ve  
ro, quod vni sub cõdicionem legatum est scindi ex accidente cõditio non  
debet: & omnis numerũ eorũ, qui in locũ eius substituitur, pro singulari  
persona est habendus. Añllas palabras del texto, in eo vero, quod  
vni sub cõdicionem legatum est, scindi ex accidente cõditio non debet.  
interpreta la glossa, verbo, ex accidente, de dos mane  
ras. O porque aq̃ heredero vnico diuidio despues los  
bienes por su voluntad. O porque murio dexando mu  
chos herederos, & subijcit glossa rationem, ex persona  
enim hæredis non mutatus cõditio obligationis.

Per quem textũ Peralt: sic in specie decidit, in l. nemi  
nẽ. ff. de legatis. 2. nu. 6. vers. sed hic obiter fo. 78. vbi sic pulchre  
dicit, Sed hic obiter incidit difficultas de l. cui fundus, ad fin inf. de cõ  
dition. ff. *demonst.* vbi est singul. text. secundum Bal. ibi. Quod als  
cui legetur fundus sub cõdicionem dandi certam quantitatem, & ille  
decedat pluribus heredibus relicto, tales heredes non poterunt inter  
se diuidere illam dationem quantitatis, puta si vnusquisque eorum  
velit dare partem quantitatis, & partem legati consequi, & sic est contra  
supra proximam limitationem datam ad regulam ipsius l. per dictam  
l. Legatarius. 2. respõs. vbi gloss. perpendit de hac difficultate, que  
est fortis. Ratio itaque illius l. ex qua colligitur prima respõsio ad  
prædictam difficultatem, est ea, quæ gloss. ibi assignat, videlicet, quod  
sicut legatarius met non possit facere prædictam diuisionem, vt in prin.  
eiusdem l. dicitur, & in hac l. Neminem, sic etiam neque ipsius hære  
dis poterunt immutare seu variare cõditionem, scindendo eam per  
solutiones particulares & minutatim factas, & consequenter ex hære  
dum personis non scinditur us seu facultas implendi cõditionem, prout  
neque

2

neque defectus eam possit scindere. Quae ratio potest procedere ex generalitate text. in l. 2. §. ex his ff. de verb. oblig. vbi ponitur regula, quod ex persona heredum non immutatur conditio, id est qualitas (vbi ibi Bal. exponit) obligationis, quae erat in defuncto.

La razon de diferencia de auer quedade vn heredero solo, e muchos ponit eleganter textus, in d. l. cui fundus ibi: in hac enim questione statim a testamento, quo pluribus conditio apposta est, diuisa quoque in singulas personas uideri potest. Et ideo singuli pro sua parte et conditioni parere: et legatum capere possunt. Donde prueua que el diuidirse la obligacion en porciones hereditarias, quando desde el principio quedaron muchos herederos, es, porque el mismo testador desde el principio les diuidio el prouecho, y la carga, demanera, que las obligaciones actiuas, y passiuas quedaron diuididas por el mismo testamento, ibi: statim a testamento, quo pluribus conditio apposta est, et diuisa quoque in singulas personas uideri potest. Pero quando desde el principio quedo vn heredero solo la obligacion que desde el principio Cayo sobre todos los bienes hereditarios in solidum, no se ha de alterar ex accidenti, por morit: aquel heredero dexando muchos herederos. Porque todos se reputan por vn solo heredero, para estar obligados in solidum, a cumplir las cargas del testador. vt in text. ibi: Scindi ex accidenti conditio non debet; et omnis numerus eorum, qui in locum eius substituantur, pro singulari persona esse habendus.

Y esta razon de diferencia, de diuidirse la obligacion por el mismo testamento, quando desde el principio fueron muchos herederos, o no poderse diuidir despues, quando desde el principio fue vn heredero solo, tradit Bartolus in l. cui fundus. num. 1. et 2.

Con que recibe declaracion quanto se alega por la parte contraria, para prouar que la hipoteca legal, que compete pro fideicommissis, se diuide de la manera que la accion personal.

Porque esso procede; quando desde el principio la hipotecaria nacio diuidida por quedar muchos herederos. Et in his terminis loquitur glossa allegata in contrarium: in l. 1. C. communia de fideicommissis; verbo: in omnibus; ibi, Contra heredes legatum. Regulantius, d. l. par. 2. membro 4. num. 16. vbi, Contra heredes; ad quos perueniunt res testatoris.

toris, Mändelus de Alba, *cons. 236. num. 2. ibi*, Vnde sicut actio personalis pro legatis nascitur, usque ab initio diuisa inter ipsos heredes, Ita etiam hypothecaria nascitur ab initio diuisa. Et apertius num. 4. in fine, ibi. Præterea stante ratione ipsius textus superius adductæ, videlicet, quod hypothecaria cõpetit, ad instar personalis, id est, diuisim, quia nunquam fuit vnita ad totum, sed nascitur in hoc casu diuisa, prout etiam nascitur diuisa, ipsa principalis obligatio. Cum incipit habere originem ex persona ipsorum heredum. Que ratio est communiter approbata, & que semper habenda est præ oculis in hoc casu.

De manera, que el diuidirse en porciones hereditarias la hipoteca legal, es, quando nascitur vsque ab initio diuisa en muchos herederos secus si ab initio nascitur vnita ad totum en vn heredero.

Y assi se applica puntualmente la distincion de Baldo in d. l. 1. C. communia delegati, nu. 16. versi. sed ibi incipit in persona vnus, vbi distinguit. An hypotheca incipiat in sensu coniuncto, vel in sensu diuiso. Que es puntualmente decision desta distincion: Pues quando ay muchos herederos nascitur in sensu diuiso, quando es vno solo nascitur in sensu coniuncto: Y assi no se altera, ni diuide ex accidente, aunque despues aquel heredero dexa muchos herederos. *dist. l. cui fundus. 55. in fine. ff. de conditionibus et demonstratiõibus.*

La segunda respuesta es: Que el diuidirse la hypotheca legal entre muchos herederos, esta declarado, y se entiendo, quando no solamente la herencia se diuidio inter plures, si no tambien quando los bienes hereditarios estã repartidos inter plures heredos, y cada vno recibio su parte de la cosa. Porq̃ entõces, la hypothecaria legal pro fideicomisso, no se intẽtara, sino al respeto de bienes q̃ a cada vno tocara. Pero quando quedan en poder de vno los bienes hereditarios, todos, ò la mayor parte. O por que pago sus porciones a los demas en dinero: O porq̃ los otros renũciaron sus partes. O no las pidieron: O por qualquiera otra causa. Entõces la hypothecaria legal por el fideicomisso, se puede intentar in solidum, contra el heredero que posee la cosa enteramente, sin que se pueda defender con decir, que le piden por la tercera parte. Sic pluri & in terminis pro decisione presentis controuerſiæ, tradit Paulus Castreſis in l. 1. C. communia delegat. v. c. sic,

fic. Quinto & ultimo, in illis verbis: Si enim aliqua res ex datione perueniret ad unum, possem agere hypothecaria pro tota re contra eam, ante quam mihi solvatur, licet si quilibet eorum possideret suam partem, non possent convenire ipsam, nisi pro sua hereditaria portione: Doctrina decisiva, y puntual deste pleyto.

Y es muy grande engaño dezir, que Paulo habla en hypoteca convencional, hablando expressamente de declaracion de aquel texto, y de la hypoteca legal pro fideicommissis, de que habla en el texto, y con expressissimas palabras, el mismo Paulo: y asi lo entiendo y sigue Surdo *conf. 209. num. 8. vers. nec refragatur, ibi. Et si pro legito datur hypothecaria salua pro ea parte, pro qua est quis heres. Tamen hoc est verum quando rem obligatam possent: solum pro sua portione. Quia tunc non conveniunt, nisi pro ea portione, pro qua est heres. Et solvendo pro sua parte, liberat totam suam portionem. Quod secus est in alia hypotheca, in qua unus ex hereditibus, qui solveter suam portionem debiti, non liberaret portionem suam hereditatis. At secus est, quando heres pro parte integre possidet unam rem hereditariam. Puta quia tota sibi obveniit indivisione. Is enim posset insolidum pro tota re conveniri. Y a doctrina tan puntual y decisiva no supieron responder los Abogados contrarios, sino es reprehendiendo a Surdo, y dezir, que se engaño en entender mala Paulo de Castro: siendo Pulo de Castro hablado tan claramente en el mismo sentido, en que Surdo lo alego, que es el mismo a la letra, que pretende Fernan Gomez.*

Y Mandelo de Alca *conf. 136.* de quien haze tanta fiesta el abogado contrario, se rinde, y allana a esta declaracion en el num. 5. *vers. nec predictis obstat.* Dando por razon, *Quod si bona esset cum fructibus, quia esset in facultate heredis fraudare semper creditores solvant in dimidia parte crediti, quod actionem hypothecariam, videlicet si in divisione convenirent, quod omnia bona hereditaria peruenirent in unum, qui responderet equivalentem summam pecuniarum alteri.* Que es puntualmente lo que ha sucedido en este caso contra Fernan Gomez.

Esto mismo, hablando en la hipoteca legal pro fideicommissis tenet etiam expresse Ioannes Bautista Costa in *tractatu de quota & rata, que est, 105. num. 7. ibi. Declaratur non procedere, quando ad unum tantum ex hereditibus pertinet, sem tota bona, vel maior pars, ex factis hereditum. Tunc dicitur*

hypo.

*Hypothecaria in solidum, que p[ro] p[ro]cedit in re malit[er]?*

Y la razon natural en esta es esto, porque auendose dividido la cosa hereditaria entre tres herederos, no es justo, que el heredero que recibio sola la tercera parte, pague por entero por las otras dos partes que poseen los otros herederos: pero quando vn heredero posee la cosa por entero, no solo posee su porcion, sino tambien la porcion que los otros herederos tenian en la misma cosa, y asi no puede dezir que sola su porcion paga, pues posee todas las tres porciones de la cosa, y asi pagara por todas tres porciones, como pretende Fernan Gomez, con decisiones tan puntuales y precisas, que ni tienen respuesta, ni la pueden tener.

A estas respuestas se ajunta la tercera de la equidad Canonica, que desobliga de pedir en este caso por porciones hereditarias, de que se tratò ya en la primera informacion, num. 20. y no es necesario repetirla.

Ni obsta la principal replica, que contra estos fundamentos se haze, de dezir, que ay sobre esto executorias.

Porque aunque se ha tratado diuersas vezes de la accion que Hernan Gomez pretendia còtra los bienes propios del Mariscal, sobre que cayeron las executorias: pero no se tratò en ellas de la hipoteca legal que ay sobre los bienes de Gomez de Santillana, y doña Ysabel de Saavedra testadores, de que se trata agora, y asi sobre esto nunca ha auido cosa juzgada, y quando se pretendiesse averse tratado dello, no puede de las executorias resultar cosa juzgada en este caso, por tradita in primo memoriali, num. 34.

Y es cosa sin fundamento pretender, que sobre esto se ha de hazer nuevo processo ordinario.

Pues lo huuo ya, y en el se dio sentencia de mil y quinientas, de cuya execucion se trata agora, y asi no se puede tratar de processo ordinario, *vt per Alexand. consil. 50. nu. 4. lib. 2. Maranta de ordine iudiciorum. part. 6. c. de executione num. 8.*

Todo lo que se ha dicho de la hipoteca legal procede no solamente en lo principal de lo consumido, sino tambien para los frutos: porque la hipoteca tacita legal, que la ley da para lo principal, se entienda tambien auerla da

do

4

do para los frutos, vt accessorium sequatur naturam sui principalis: *Speculator in titulo de donationibus inter virum & uxorem, §. formatis, num. 1. vers. sed nunquid bona. Bart. in l. si. ca. dotem. §. sin. autem in sequissimo, num. 7.* vbi Paul. Castreaf. dicit se ita in facto obtinuisse per tres sentētiās cōformes, ff. *solutio matrimonio: & latissimē Surdus de alimentibus, titu. 9. privilegio 49. num. 1. Nezusancius de pignor. part. 5. memb. 2. nu. 9. vers. decimotertio amplia, vbi dicit, quod hypotheca nedum competit pro sorte, verum etiam pro vsuris, & interesse, per text. expressum in l. Lucius 19. & ibi Bart. ff. qui potiores in pignore habeantur, Ripa in l. privilegia, num. 9. versic. Octauo amplia. ff. de privilegijs creditorum, vbi dicit, hypothecariam competere, etiam pro fructibus, & interesse, nedum si sit conuentionalis, & expressa, sed etiam si sit legalis, & tacita, vt in præfenti specie. Salua, &c.*

*El Doctor Luis de Casanate:*

