

2

JESUS.
MARIA. JOSEH.

I N F O R M E
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 Do-
ña 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 Suc-
cessor 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 de-
be estimar, y tener por agregado al Mayorazgo, ò por cosa
libre, y que debe partirse entre todos los Hermanos.*



29

JESUS
MARIA JOSEH.

INFORME
POR

LOS HIJOS, Y SUCESSORES DE DON
Antonio Melgarejo, vecino que fue de la Ciudad
de Vbeda, y mudo dicho vecino, y Pollicador
en el Vnculo, y Mayordomo de la D^a
na Magdalena Roman, por el termino
inter vivos, hecha en el mes
de Julio de 1674.

CON

DON ANTONIO JOSEH MELGAREJO,
Hermano Mayor de los dichos, y Suc-
cesor en el Vnculo, y Mayordomo
de la D^a.

SOBRE

El Reinante de D^a que hizo de los Vnculos de
la D^a Doña Magdalena Roman, Pollicador, y de
la D^a Doña Juana Roman, Pollicador, y de
la D^a Doña Juana Roman, Pollicador, y de
la D^a Doña Juana Roman, Pollicador, y de
la D^a Doña Juana Roman, Pollicador, y de

Num. 1.



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 Romàn.

2 Mas contra esta resolucion imprimieron vn papel de diez pliegos los demàs 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 esto, en honra de la justicia, y para mayor claridad de la que assiste à los demàs 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.

El

3 El hecho de esta Controversia està bastante comprobado, y aclarado en el informe de los señores Prebendados de Jaen, copiadas las Clausulas de la Fundacion, y de los instrumentos que otorgò la Fundadora; que fueron vna Donacion inter vivos à favor del Abuelo, y del Padre de los señores hermanos que litigan, que està hecha con quantas solemnidades, y firmezas son necessarias de irrevocabilidad, assi 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, deprecario, tradicion de escritura, reservacion de usufructo, asignacion de bienes, en que fundava el Mayorazgo*, con todos los demàs requisitos, que piden los Derechos, y Leyes Reales para vna Donacion perfecta entre vivos, sin que los señores Prebendados hallassen resquicio por donde impugnarla.

4 Y assi copiamos la Clausula de esta Donacion, otorgada el año de 1634. de la agregacion que haze à dicho Vinculo, y Mayorazgo de todos los demàs bienes, despues de su fin, y muerte, la qual Clausula es en la forma siguiente: *Y demàs de los dichos bienes 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, Mandas, y cumplido mi Testamento, sean, y se agreguen à este Mayorazgo, y sigan su naturaleza, sobre lo qual se haga Inventario juridico, para que en todo tiempo conste quales sean.*

5 Y en el mismo año, por el mes de Noviembre, otorgò otra Escritura, en la qual dize: Que respecto de que hizo la supra referida, y su animo es, que siempre sea irrevocable; para confirmacion de ella, le entrega la Escritura al dicho D. Antonio (que era el primer llamado) y la recibe, y dà fec el Escrivano; que es

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. otorgò la dicha Doña Magdalena Romàn el Testamento con que murió, en que està la Clausula siguiente. *Y cumplido, y pagado este mi Testamento, y todo lo en el contenido; en el Remanente que de mis bienes quedàre, dexo, nombro, è instituyo por mi legitimo, y universal heredero en todos los dichos mis bienes muebles, y rayzes, derechos, y acciones al dicho D. Antonio Melgarejo mi sobrino, para que sean suyos propios: y si el dicho 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 dichas 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 vinculados, son muy quantiosos, y considerables; puesto que han dado motivo à esta controversia, y diferencia entre tan buenos, y tan cõformes hermanos; pretendiendo D. Antonio Joseph, como hermano mayor, 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 mayor peso, y autoridad el dictamen que le dieron los señores Abogados de Granada; que aunque hasta agora no se han podido entender, ni percibir las razones, y fundamentos que para ello tuvieron, por tener di-

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 dixeron 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 podía 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, que adducunt & latius explicant Antonius Gomez in dicta lege 45. Tauri, n. 78. usque ad 91. Gutierrez practic. lib. 3. quest. 65. num. 22. cum tribus sequentibus*; donde con muchos

chos

chos Autores, y fundamentos refuelven, *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. *Et in leg. 3. gloss. 4. num. 3. Et 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 sequentib. 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 interessados.

11 Pero sea lo que fuere; siendo como es este, sin duda alguna, el vnico, y principal fundamento para probar, que este *remanete* quedò comprehédido en la donacion, y fundacion de Mayorazgo del año de 634. en la misma forma, y con la misma firmeza, que los demás bienes vinculados (sobre los quales no ay duda, ni còtroversia) q̄ es todo quãto puede alegar Don Antonio Joseph à favor de la agregacion que pretende: con todo esto 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 assi 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 prohibita 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 Lesius 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 Laberynth. 2. part. cap. 8. num. 66. Larrea decision. 10. & 66. Barbof. in Reportorio , verbo Donatio , num. 21.*

5

CastroPalao de iustitia, *Et 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 propias; que es tan natural en los hombres, que lo contrario, *repugnat maxime bonis moribus*, *Et iure naturali*, *quæ 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, *Et in hoc specie non valet Donatio iusta tradita per Covarrub. lib. 3. variar. cap. 12. n. 3. ubi multos alios cumulat Faria, Molina de primogen. cap. 10. num. 24. Fachineus lib. 6. controuv. 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. Et 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 subsistie, quedando vinculado el referido remanente en la forma, que los demàs bienes, por expresa decission de la

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 addicion 16.*
de Gama, Gutierrez *de iuram. cap. 11. num. 14.* que
cita otros, aunque lleva la contraria, Zevallos *lib. 1.*
quest. 180. num. 1. Et quest. 310. num. 11.

16 Mas de qualquiera manera que este punto se
confidere, se debe juzgar siempre, que el aserto re-
manente de bienes, no pudo quedar comprehendido,
y con los mismos vinculos, y firmezas que los demàs
bienes, sin ser donacion reprobada, puesto que com-
prehende 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 inva-
lida 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, *iuxta leg. 19. de To-*
ro, ibi: Al tiempo de la muerte, y leg. 23. ibi: Se aya con-
sideracion 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. Et sequitur Matienzo in dict.
leg. 7. tit. 6. gloss. 1. Azevedo in leg. 3. eodem tit. Et lib.
num. 22. Antonio Gomez en la 17. de Toro, num. 11.
Burgos de Paz, Mieres, Angulo, Ayora, y otros mu-
chos 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*

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 cõtingente, 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 demàs Hermanos; quedando como quedò instituido por vniversal heredero de quantos tenía, y poseía la Testadora, para que los obtuviesse, y gozasse como propios; segun la referida clausula.

18 Y asì, en fuerza 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 demàs de el vinculo; ni pudo ser la assera 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 prædictis*, ibi: *Ex prædictis colligo idem tempus considerandum esse, quando donatio tertia in vita facta per talia verba fieret, quæ demonstrarent fratrem donantem noluisse donationem à se factam valere, nisi tempore mortis. Hoc ipsum in casu nostro contigisse videtur, si ad verba scripturæ, 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: *Ut tunc demum robur, atque firmitate obtineat cum tempus mortis donatoris ob venerit, & ex his sententiam diximus confirmando sententiam*
in-

7

inferioris Senatus, videlicet, ut tempus mortis in specie prædicta consideraretur, y se verifica en la donacion; *causa mortis, quæ 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 restituìr 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 instituyò por su heredero vniversal à D. Antonio Melgarejo, Padre de todos los hermanos; y en falta de sucesion fuesen 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 assi como pudo disponer de ellos por via de donaciõ, de venta, y otro qualquier contrato, y disposicion inter vivos, como assientan Baldo en la *Autentica nisi rogati, C. ad Trebellianum*, con mayor razon lo pudo hazer en su testamento; siendo como es conclusion assentada, que quien puede enagenar *inter vivos*, *multo magis potest alienare in vltima 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 contejo de Jason *130. sub num. 4. versic. Inter dicta Clareta, tom. 4. ubi pluribus ostendit absurdum esse, vt cui licet alienare inter vivos, quod plus est, non liceat in vltima voluntate quod est minus.* Y el verbo *disponere* comprehende de vna misma manera las disposiciones inter vivos, & *in vltimis voluntatibus*, vt per Surdum *decis. 172. & decis. 279. num. 6.* quem refert Franciscus Molinus *de ritu nuptiarum, lib. 3. q. 28. num. vltim.* Y aun con mas rigor se adapta, y pertenece à las vltimas voluntades, §. *vltim. circa medium instituta, quibus ex causis manus amittere non licet.* Authética 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.

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 vòlido: 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 ningũ *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* 3 2. 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 Authentica 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, superfuerit tempore mortis*; de esta misma ley se han de entender, *si quid superfuerit non deperditum, vel alienatum*, à quien sigue Alberico, y Corneo en el consejo 243. à num. 4. *vsque 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 *Authentica contra rogatus, Cod. ad Trebellian. leg. fideicommissi, §. non nunquam*.

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*, queda libre facultad al heredero de enagenar el fideicomisso, lo assientan 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 vsar de ella en vida, y en muerte; y quien està prohibido, en ningun tiempo podrá hazer lo mismo, *ut constat ex leg. si quis prioris 8. §. certum, Cod. de secundis nuptijs, ibi: Certum esse sancimus, quod etiam illa de cætero videbitur eorumdem frustra rerum alienatio, que in testamento, vel specialiter relinquendo, vel generaliter heredem instituendo facta sit.*

26 Y assi 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 vltimas voluntades, y tambien los contratos *inter vivos* (los quales en la misma forma se suspenden *vsque in tempus mortis*) dexen de ser actos perfectos, & *inter vivos celebrati iuxta leg. ultim. §. fin. ff. comm. predior. 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. *heres quandocumque, ff. de acquirenda hereditate*. Y se verifica en la donacion *causa mortis, que non dicitur pendere, licet translatio domini post mortem suspendatur, ut tradit Glossa in dicta lege 2. ff. de donationib. que sub modo*, versic. *Tum demum*; lo mismo corre en los Legados, que no adquiriendose, *nisi à tempore mortis testatoris*, no por esso se dize, *quod supersunt*

sunt post mortem eius, qui legavit; y lo mismo asienta Socino, *conf. 53. num. 16. tom. 1.* Jason, *conf. 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. Et seqq.* Surdus, *conf. 10. Et 71.* Menochius, *lib. 4. presumpt. 168.* Peregrinus *de fideicommissis, art. 40. à num. 40. Et 45.* Amato, *tom. 2. variar. resolut. 76. num. 37. Et 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.* Fufario *de substitutio- nibus, 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 abutendo,* cita en confirmacion de esta sentencia en solo este numero 33. Autores. Y para que pueda hazer lo mismo titulo lucrativo, ò oneroso, por qualquier testamento, y vltima 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 Fufario, *num. 31.* son así: *An in specie quando testator mandavit restitui, quod super esset tempore mortis suæ censeatur dedisse licentiam alienandi, quidquid placuisset? Breviter respondetur affirmative, Et ita constituenda est regula per textum in Authentica contra rogatus, Cod. ad Trebellianum, Et Clarius in Autentic. de restitut. §. 1. Et sequent.* Jason *interminis 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. *§ conf.* 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 tenebitur; nam sub illo relativo quid, quid, necessario continetur conditio si, idest, 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 restituïr 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 fantastico, y afectado, se podrà hallar para que la Fundadora de este Vinculo no pudiesse dexar por heredero à vn sobrino propio como D. Antonio Melgarejo, hijo del primer instituïdo 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 restituïr 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*, examinarèmos brevemente lo que dicen nuestros Autores Españoles sobre esta palabra *remanente*, que en latin es lo mismo, y se explica por las palabras

labras

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 Iuliam peculatus*, donde claramente consta, que el *Residuum* (ò remanente en Español) se verifica: *Etiā 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. §. Prætor ait, vbi Bartolus, & Authores, ff. de acquirenda hereditate, Clementina 1. de foro competenti*, donde Barbosa en la remission al numero 4. cita varios Autores, & *facit leg. ex pluribus 89. de solutionibus*; y lo que es mas, *quod appellatione reliqui, vel residui: etiā nihil continetur, si ve significatur, lege item, quod Sabinus 17. §. unde idem vers. Aliter, at que ff. de heredibus instituendis ibi: 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 aviendo 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. dissert. 42. ex num. 72.*

cum

01
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. Barbosa, *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 demàs 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 defalumbrado 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 fuele 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: *Animadvertendum nunc erit, quod in scrip-*

scriptura maioratus, aut meliorationis, & in capitulationibus matrimonialibus, de quibus in presenti agitur, non fit mentio QUINTI, sicut fit tertij, melioratio, quæ 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, quæ ex quinto extrahenda sunt, & quibus dispositum fuerit: & ita pater ipse in tertio, & remanentis quinti meliorans dictum filium, verbis eius ideo 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 profigue con otras razones, y fundamentos, citando la Autent. contra rogatus, ff. ad Trebelianum: 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, quæ sit irrevocabilis, filio facta, revocari potest, quoties pater, vel mater, quando meliorationem fecit, sibi reservavit revocandi facultatem, prout in leg. 17. Tauri, disponitur quæ 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, quid ex 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, predicta reservatione facta. Y dà la razon: Quia reservatio, conservat ius quod habebat. Bartholus in leg. penult. C. depositi, Franciscus Becius conf. 74. num. 16. Et 34. Jacobus Menochius conf. 2. num. 57. lib. 1. Petrus Surdus conf. 152. num. 29. lib. 2. Et conf. 402. n. 4. Et est quedam exceptio que 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 observavi, 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 arbitro meliorantis: quoniam verba ea nihil aliud denotant, nec inducere possunt; Et aperte innuunt reservare sibi meliora item ipsum, Et in sua voluntate reponere, quid ex quinto remansurum, ita ut nihil remanere, ex eius voluntate dependeat, ut Latius 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 vniversal heredero à su sobrino D. Antonio Melgarejo, padre de todos estos hermanos, quedado cõ 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; por q̄ nunca pudo ser valido, ni el existir la dicha

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 cõdicion voluntaria potestativa, que debe cumplirse en forma especifica, *pro ut fuit prolata iuxta leg. Mævius, & leg. qui heredi, ff. de conditionibus, & demonstrationibus, & in qua merum factum conditionis, ex sola voluntate testatrix apposta, debet inspicere, & verificari, videndusque Galganetus de conditionibus, & demonstrat. part. 2. cap. 1. quest. 41. num. 1. & 2. & quest. 82. fol. 207. Casanate consil. 1. ex num. 18. & num. 39. & cons. 4. num. 75.*

35 En confirmacion, pues, de todo esto, copiamos lo que dize Noguerol 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, & non aliter. ibi: De todos los quales dichos juros, censos, dineros, bienes muebles, y raizes, si los huviere al tiempo de mi muerte, hago donacion, &c. & sic alienandi facultas reservata ei remansit, v. debita posset in preiudicium eius contrahere, primo ex traditis à Molina lib. 1. cap. 10. num. 11. & lib. 4. cap. 2. num. 82. & in leg. 7. lib. 5. Recopilac. Angulo gloss. 1. num. 16. & in leg. 5. tit. de las mejoras, eodem lib. gloss. 4. num. 4. idem Angulo: quatenus (ex eo, quod ex leg. 19. & 23. Tauri, hodie lex 3. & 7. tit. 6. de las mejoras, lib. 5. Recopil. deducitur, dum disponunt, quod ad quo tam meliorationis tertij, & quinti deducendam, inspicitur valor bonorum meliorantis tempore, seu mortis, & non tempore meliorationis) inferunt; quod cum Pater poterit bona alienare; usque ad mortem; poterit etiam debito contrahere: & filius etiam irrevocabiliter melio-*

ratus tenetur ad ea persol uenda, 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. Et sequentib. ubi: Quod ex residui donatione, seu legato permittitur alienatio totius in præiudicium 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 Authent. 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 præiudicium fideicommissarij; quia videtur testator solum relinquere quod supererit ex hereditate, & non amplius; Et ista est cõmunis 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.

Joan de Aranzo
de la Campa

Lic. D. Pedro de Barcia
y Aranzo.