



MANIFIESTO LEGAL

A FAVOR DE D. SALVADOR MONTERO
Muñoz de Ayllón,

EN EL PLEYTO

QUE SIGUE CON EL MARQUÉS DE LUGROS,
vezinos de esta Ciudad
de Granada.

S O B R E

LA DECLARACION, Y PERTENENCIA
à los Bienes consignados à la Dotacion de el Ma-
yoraazgo de Tercio, y Quinto, fundado por
Doña Maria Muñoz de Ayllón, de
que es Posseedor el expref-
fado Don Salva-
dor.

Y EN RAZON
DE QUE EL HEREDAMIENTO DE LUGROS
fe declare pertenecer à dicho Mayorazgo, con los
demàs bienes, que fe especificaran.



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

1950

1950

1950

1950

1950

1950

1950

1950

1950

HECHO.

§. I

N. 1.



UNQUE EN EL PLEYTO

se han deducido por las Partes varios fundamentos de hecho, que les ha parecido conducentes à su intencion, sin embargo, los mas substanciales se apuntaràn en este Manifiesto con la brevedad possible, para que el Señor

Juez, que ha de determinar este pleyto, se sirva tenerlos presentes, con menos fatiga.

2 En 15. de Mayo de 672. Doña Maria Muñoz de Ayllón diò Poder para testar à Don Diego Miota su marido, Veintiquatro, que fue, de esta Ciudad, para que mejorasse à Don Pedro Melchor de Miota su hijo en el 5. de todos sus bienes, con la obligacion de que el dicho Don Pedro agregasse la 3. parte de la legitima Materna, y fuese todo un Vinculo, para si, y sus descendientes, y otros llamamientos, que por la ultiima Executoria estàn reducidos à el orden de la Ley de Toro.

3 En 23. de Mayo de dicho año, aviendo muerto la Doña Maria, Don Diego Miota su marido principiò Inventario, ò Descripcion de los bienes, que quedaron por dicho fallecimiento, y en el se incluyò el Heredamiento de Lugros, con otras dos posesiones, que fueron, la Casa principal de la Calle de Gracia, y Oficio de Veintiquattro; y parece no se prosiguiò, y se quedò en este estado.

4 Despues resulta, que el expressado Don Diego sobreviviò hasta el año de 683. en cuyo tiempo contraxo diferentes creditos à su favor, y otorgò su Codicilo en 28. de Diciembre de 678. y en el expressò, aver obtenido Facultad Real para fundar Mayorazgo en cabeza de dicho Don Pedro su hijo, assi de el 3. y 5. de sus bienes, como de el 5. que le mandò Doña Maria Muñoz, dexando libres la mitad de las legitimas Paterna, y Materna de dicho Don Pedro, para cuyo pago, de las legitimas libres, se le avian de adjudicar las posesiones, que tuviesen Censo perpetuo; cuya disposicion aceptò el susodicho: pero es de notar, que

avien

7
aviendo el dicho Don Diego ordenado varios Legados, y otros gastos, se deduxeron de el 5. y lo extinguieron de forma, que no solo no quedò residuo alguno para el Vinculo, sino antes bien el dicho Don Pedro supliò 11984. reales de sus bienes, que faltaron para completar las Mandas, segun resulta de la particion, que se hizo por muerte de dicho Don Diego.

5 Para la dicha particion se hizo el Inventario de todos los bienes, y deudas, que quedaron por muerte del susodicho, entre los cuales fueron tres partidas de deudas, la vna de 3511407. reales, que debia Don Alonso Gutierrez, vezino de esta Ciudad, de ajuste de cuentas, y vale, que hizo por Diciembre de 678. Otra de 5411. reales, que debian los Gremios encabezados de esta Ciudad, por Escritura, de que no consta su fecha. Otra de 15011. reales, que debian los mismos Gremios por otra Escritura, de que tampoco consta la fecha, cuya cantidad, segun las baxas del cuerpo de bienes, se moderò à 7211. reales, por dezir, que la moneda de oro en que Don Diego Miota avia hecho los prestamos à dicho Gremio, se avia baxado, y se debia perdonar esta quiebra à dichos Deudores.

6 Constò en el discurso de dicha particion, que Doña Maria Muñoz contraxo su matrimonio en el año de 633. y llevó en Dote la cantidad de 8811. reales, y Don Diego Miota llevó 411. ducados, de que ofreciò los 111. ducados en Arras; y despues parece murió Doña Ana de la Bella, y para liquidar la legitima Materna de la Doña Maria, se hizo en el año de 652. cuenta, y transaccion entre Don Diego Miota, y Don Francisco Muñoz, marido, que fue, de la referida Doña Ana, y aviendo rebaxado 411. ducados, mitad de la Dote, que tenia percebido la dicha Doña Maria, y su marido, le tocaron 911200. reales de legitima Materna; y à el dicho Don Francisco le pertenecieron por sus derechos, y mejora de el 5. de su muger, 17211. y mas reales, y por su muerte se consideraron por baxas de la referida cantidad, por razon de Funeral, Missas, y Legados, 2011. y mas reales, y resultò de herencia, y legitima Paterna de la Doña Maria Muñoz la cantidad de 15211258. reales vellòn, que se confesò en la particion vltima aver enttado en poder de Don Diego Miota, y que por este no se hizo Inventario por muerte de su Suego; y aviendo se apoderado de su herencia, se le hizo cargo en la dicha vltima particion de la referida cantidad, con arreglo à la dicha Escritura de Transaccion,

otorgada en el año de 652. aunque parece, que el dicho Francisco Muñoz murió en el año de 1661. hasta cuyo tiempo entraron en poder de dicho Don Diego por razon de Dote de Doña Maria Muñoz, y de sus herencias Paterna, y Materna 33111458. reales vellon: y poco tiempo antes, como fue por fin del año de 660. parece se comprò por dicho Don Diego el Heredamiento de Lugros en 1111. ducados.

7 Y hecha liquidacion de el 3. y 5. de el caudal de Doña Maria Muñoz en primero lugar, en el orden de la partició, importò su hadeaver, incluso los gananciales, 4081120. reales, y 16. maravedis; y se prosiguiò successivamente à liquidar el hadeaver de el Mayorazgo fundado por Don Diego Miota en la mitad de la legitima Paterna de su hijo Don Pedro Miota, por averse consumido todo el quinto de el susodicho en el Funeral, y Mandas, que dexò, è importò dicha mitad de legitima de Don Diego Miota 2351130. reales, y de ambas cantidades liquidadas se hizo vn cuerpo, por averse contemplado vnico el successor de ambos Mayorazgos, Materno, y Paterno, y se practicò el pago à dichos Vinculos indistintamente, adjudicando en primero lugar el Heredamiento de Lugros, y en el vltimo la cantidad de 12311. reales, que importaron la mitad de las deudas inventariadas, entre las quales fueron 2011. y mas reales, mitad de lo que debia D. Alfonso Gutierrez. 2711. y mas reales, mitad de lo que debian los Gremios encabezados de esta Ciudad. Y 3611. reales, mitad de otra porcion, que debian los mismos Gremios: con obligacion, de que el dicho Don Pedro, como primero successor, y heredero vnico, y vniversal de todos los demás bienes libres, avia de practicar todas las diligencias necessarias para su cobro, y aplicacion à el Mayorazgo.

8 Tambien se adjudicò en 5511.Rs. la Vara de Alguazil Mayor de Millones desta Ciudad, q se disfraxo despues por el Patronato del Marqués de Campotejar; y aviendo recuperado su valor D. Pedro Miota consiguiò à favor de dicho Vinculo 7011400. reales en la Casa principal Calle de Gracia, que de presente la habita el Marqués de Lugros por alhaja de el Mayorazgo de Don Diego Miota, que posee. Y además, el dicho Don Pedro, como heredero de Doña Maria Muñoz huvo de aver de herencia libre de la susodicha 47811. y mas reales, y por la de su Padre 3611. y mas reales, en que no se incluyeron 17311. y mas reales de deudas,

6
que tambien se adjudicaron à dicho Don Pedro , y se avian baxado , y escluido del cuerpo de bienes , por averse contemplado à el tiempo de la particion por incobrables : cuya cuenta se confintió por dicho Don Pedro Miota , y acusò la reveldia à el Curador de Doña Juana Miota su hija , è inmediata successora de dichos Mayorazgos , con lo qual se aprobò por Auto de 8. de Junio de 684.

9 En el año de 708. los antecessores de Don Salvador pusieron demanda à el expressado Don Pedro Miota , primero successor de los Mayorazgos , sobre immediacion , y alimentos ; y muerto el dicho Don Pedro en el año de 721. y sucedido en los Mayorazgos Don Francisco su hijo , se continuò con este la misma demanda , aviendola admitido por caso de Corte en la Chancilleria ; y en este estado falleciò tambien el dicho Don Francisco , y con èl fenecieron los descendientes de ambos Fundadores , y entrò en la succession Don Luis Pedro de Mora , como pariente colateral de el Don Diego Miota ; y en esta ocasion se puso nueva demanda en Juizio Possessorio por el antecessor de dicho Don Salvador pretendiendo , se declarasse aversele transferido la posesion de los bienes de el de Doña Maria Muñoz Ayllon , como à su paciente mas cercano , que contextò dicho Don Luis Pedro : y en el discurso de esta instancia se proveyò con dos Salas el Auto de 24. de Marzo de 727. por el que se declaró no aver lugar por aora lo pedido por el Marqués de Lugros , y se mandò , q de las posesiones adjudicadas à los Vinculos en el año de 683. el Relator hiziera separacion , y aplica se los correspondientes à el Mayorazgo de 3. y 5. en el mismo precio de la adjudicacion : de cuya providencia se suplicò por el Marqués de Lugros , en quanto no se mandò aplicar al Mayorazgo de Doña Maria Muñoz la prorrata de la cantidad perdida en las deudas adjudicadas , para lo qual presentò varios instrumentos , y Testamento de dicho Don Pedro Miota , en el que por menor declara , aver transgido parte de dichas deudas con la pérdida de mas de 600. reales ; y sin embargo , por dichos Señores de la Sala por Auto de Julio de 1729. se denegó à el Marqués su pretension , y se mandò executar el Auto de Vista , con que el Heredamiento de Lugros no se aplica se à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz.

10 Y por otro Auto se mandò , que respecto à que excluyendo las deudas , y dicho Heredamiento , no quedaban bienes

nes para el integro pago de el Mayorazgo de Doña Maria, el Marquès señalasse otros distintos bienes, que con efecto señaló. Y dado traslado à Don Joseph de Campos introduxo pretension, sobre que el Heredamiento de Lugros se declarasse tocar, y pertenecer à el Vinculo de Doña Maria: y por Auto de 10. de Octubre de 31. proveido por los Señores de vna Sala se declaró no aver lugar; por lo qual el susodicho hizo recurso à el Consejo, y estando pendiente, y preso en la Carcel de Corte Don Joseph de Campos, hizo Convenio, y se señalaton à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz bienes distintos de los adjudicados en la particion, por lo qual preparò el Don Joseph cierta Protesta, y con ella ocurriò à el Consejo alegando la nulidad, assi del Convenio, como de la dicha Providencia dada por los Señores de vna Sala en el año de 31. y pidiendo Sobre-Cedula, para que con dos Salas se le oyesse en razon de la pertenencia de dicho Heredamiento: y en 24. de Marzo de 73 5. se le denegó la Sobre-Cedula, pero se mandò, que se despachasse nueva Cedula para dicho fin, y parece, que por entonces no se usò de ella por aver ganado la succession de el Mayorazgo el Marquès de Lugros, en el Juizio de Propiedad en esta Chancilleria, hasta que llevado el Playto à el Consejo en el recurso de Mil quinientas obtuvo Don Salvador Exccutoria à su favor, en razon de la succession de dicho Mayorazgo, y con este motivo se continuò la instancia por dicho Don Salvador, para que se declare la pertenencia de dicho Heredamiento à favor de su Mayorazgo, pidiendo la possession de el.

11 Y dado traslado à el Marquès opuso, que avia cosa juzgada contra la dicha pretension, segun el Pedimento de 13. de Octubre de 39. por lo qual se bolviò à ocurrir à el Consejo, y en Contradictorio Juizio se proveyò Auto en 29. de Agosto de dicho año, devolviendo el concimiento sobre lo referido à el Señor Juez de Provincia de esta Ciudad, para que oyesse à las Partes sus pretensiones introducidas, y que se introduxessen, orogando las apelaciones à donde tocaba.

12 Y para que se reconozca mejor la pretension, y demanda de Don Salvador Montero Muñoz de Ayllòn, se reduce, que se declare pertenecer à el Mayorazgo de Tercio, y Quinto de los bienes de Doña Maria Muñoz, que posee, las cinco possessiones siguientes, segun los aprecios de su tassacion, y adjudicacion.

Es la primera el Heredamiento de Lugros
 apreciado en ————— 248 Π 110.
 El Cortijo de Torre-Mocha, valuado en ————— 026 Π 191.
 Las quatro Hazas de la Costa, estimadas en ————— 031 Π 500.
 Mitad del Ingenio de Pataura, tassado en ————— 089 Π 836.
 Y la Casa principal de San Joseph en ————— 012 Π 483. — 16.

Que las dichas cinco partidas importan la
 misma cantidad, que hubo de aver di- | 408 Π 120. Rs. — 16.
 cho Mayorazgo de Doña Maria Muñoz
 de Ayllón; y en consecuencia de la aplicacion antecedente resul-
 ta hallarse igualmente satisfecho el otro Mayorazgo de Don
 Diego Miora, que posee el Marqués de Lugros, por quanto de
 los mismos bienes adjudicados en la particion le quedan los si-
 guientes, que segun sus apreciados importan la misma cantidad de
 su dotacion.

Es la primera la Casa pequeña Calle de
 Señor San Joseph, tassada en ————— 007 Π 157. — 8. mrs
 Item, el Oficio de Veintiquatro regulado en 050 Π 000.
 Item, el valor de la Vara de Alguazil Mayor 055 Π 000.
 Item, las deudas adjudicadas quando se
 hizo la particion. ————— 123 Π 373.

Que las quatro partidas referidas impor-
 tan la misma cantidad de la dotacion del | 235 Π 530. Rs. 8. mrs
 Mayorazgo de Don Diego Miora, que
 posee el Marqués de Lugros.

§. II.
PROPONESE LA ACCION, QUE PERTENECE
 al Mayorazgo de Don Salvador Montero.

13. **E** Scierto, que al tiempo, y quando se hizo la particion,
 y liquidacion de el hadeaver de los dos Mayorazgos
 Paterno, y Materno; considerando el Contador, que segun los
 llamamientos, hechos por los Fundadores, debian recaer ambos
 Mayorazgos en vn Posseedor perpetuamente, hizo vn cuerpo de
 las cantidades de las dotaciones de los Mayorazgos; e importa-
 ron 643 Π . y mas reales; y para su pago adjudicò indistintamente
 las 9. partidas de posesiones, que quedan expresadas en el n. 12.

y despues aviendo reconocido la nulidad de los referidos llamamientos, y divididose ambos Mayorazgos, ocurre la duda de la particion de los bienes indistintamente adjudicados: para lo qual la accion particular, en la que esta Parte se debe fundar, no es aquella vniversal, que el Derecho llama *familie erciscunde*, que mira à la division de toda la herencia Paterna. ò Materna, de donde proceden ambos Vinculos, si no otra especial, que es la de *communi dividundo*, porque es la que directamente le corresponde à 'concepto de la dicha division, à causa de ser esta como dependiente, y accessoria de la vniversal particion, la qual aviendo se hecho vna vez, como consta de los Autos, no es justo repetirla. *L. 20. §. 4. ff. Familie erciscunde*, ibi: *Familie erciscunde iudicium amplius, quam semel agi non potest: quod si quedam res indivise relicte sunt, communi dividundo, de his agi potest.* Anton. Fab. Dat. ibidem verf. ibi: *Cum supersit iudicium communi dividundo, quod velut subsidiarium est iudicio familie erciscunde, ad reliquas res hereditarias dividendas, vo sequitur in textu.*

14 De modo, que la accion particular, que en este caso compete à la parte de Don Salvador, por la representacion, que le assiste, es dirigida únicamente à la division de aquellos particulares, ò peculiares bienes, que quedaron, como *pro indiviso* en la particion vniversal de ambas herencias de los Fundadores, y esto es lo que el Texto literalmente decide, y refiere lo, ibi: *Si quedam res indivise relicte sunt, communi dividundo, de his agi potest.* Alvar. Valasc. de Parc. cap. 2. num. 35. August. Barb. in leg. 1. C. *Familie erciscunde*, num. 3. ibi: *Et resolvit, quod si semel actum est hoc iudicio iudicialiter, non potest iterum eodem iudicio, & actione agi pro rebus indivisis. L. si sitia mup. 1. §. fin. ff. hoc fit. Sed agendum est communi dividundo.*

15 De que se sigue, que siendo las referidas nueve partidas de bienes, las que vincasente en la particion vniversal quedaron *pro indiviso*, como adjudicadas indistintamente, para el pago de los dos Vinculos, entre ellas solamente se deberá practicar la division preferre, aplicando à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, que posee esta Parte, las alhajas, y partidas, que le corresponden à la cantidad de su dotacion, ex §. 4. *Inst. de Officiis Iudicis*, ibi: *Si familie erciscunde iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet.* Juncto §. sequenti, ibi: *Eadem interveniunt, & si communi dividundo, de pluribus rebus actum fuerit. L. 3. C. communi*

dividendo, ibi: Ad officium arbitri, qui inter te, & fratrem tuum, pro dividendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi, & illi.

16 Y de el mismo principio se infiere, el que quando en la herencia resulta alguna mejora de 3. y 5. à alguno de los hijos, ò nietos de el Testador, el pago, ò la adjudicacion de la cantidad, que assi importare el 3. y 5. de la mejora, se debe hazer de los mismos bienes de la herencia, que està por dividir, en tanto grado, que aunque los demás herederos pretendan, que quieren pagar la tal mejora en especie de dinero, no se les debe admitir su pretension, como expressamente se halla prevenido en la ley 20. de Toro, ibi: *Los hijos, ò nietos de el Testador, no pueden dezir, que quieren pagar en dinero el valor de el 3. ni de el 5. de la mejora, que el Testador huviere hecho à alguno de sus hijos, è nietos, ò en el 5. à otra persona: :: ò quando no señaló el Testador bienes, se ha de pagar en la parte de la hacienda, que dexò en su herencia.* Ibidem Gomez.

17 Empero como los dichos Textos no expressan el modo de la division, ni que bienes particulares se han de separar, y adjudicar à cada vna de las Partes, siendo esta la principal dificultad de este pleyto, Font. de *Pactis Nuptial. claus. 4. Gloss. 9 part. 2. num. 33. in fin.* ibi: *Quomodo autem divisio sit facienda, hoc opus, hic labor est.* Es preciso recurrir à otras reglas de Derecho, que opinan con los AA. variamente; pues Capicio Latro, tratando de los modos de partir, y dividir, expusò treze medios, ò modos en la *deci. 27. lib. 1. desde el num. 1. hasta el 27.* Fontan. *vbi supr. à num. 34. vsque 42.* refiere otros cinco modos; el Ayora tambien toca qualis los mismos de hazer la division: *de Part. part. 1. c. 1. per totum.*

18 Y de todos los dichos modos, los principales se pueden reducir à quatro; y son, el primero concediendo la elecció à el hermano menor, como practicò Abraham con Loth, *Genes. cap. 13. versic. 8.* ibi: *Dixit ergo Abraham ad Loth: ne queso sit iurgium inter me, & te, & inter Pastores meos, & Pastores tuos; fratres enim sumus. Ecce vniversa terra coram te est: recede à me obsecro: si ad sinistram jeris, ego dexteram tenebo: si tu dexteram elegeris, ego ad sinistram pergam.* Cap. 1. Extra de *Parrochiis, lib. 2. C. de Metar. & Epid. lib. 12.* Carlos Anton. de Luc. ad Franch. *observ. 67 5. num. 1.* ibi: *Firmior dividat, infirmior eligat, vt nec divisione circumscribatur, nec electione fraudetur.*

19 El segundo, quando entre los Particioneros, y bienes partibles se echan suertes, cuyo modo se halla aprobado por
De-

11

Derecho Divino, quando los Tribus de Israel dividieron la tierra de Canaan, cap. 14. versic. 2. Josuè, ibi: *Sorte omnia dividentes sicut preceperat dominus D. Thom. de Aquin. 2. 2. q. 95. Petrus Gregor. Sintog. lib. 5. cap. 4. num. 18. & lib. 34. cap. 8. num. 2. Ayora de Part. p art. 1. cap 1. num. 15. Otero de Offic. cap. 9. num. 1.*

20 El tercero es, quando interviniendo la autoridad, y arbitrio del Señor Juez se comete à el Contador, para que haga las adjudicaciones correspondientes con igualdad, y sin perjuizio de las Partes, Ayora de Part. part. 1. cap. 1. num. 15. Valasc. de Partit. cap. 9. ley 10. tit. 15. part. 6. L. 3. C. commun. divid. August. Barbof. ibidem num. 6. Fontan. de Pactis, claus. 4. Gloss. 9. part. 2. num. 41. ibi: *Quinta est opinio, quod hæc divisio sit facienda arbitrio Judicis, §. si Familiae cum sequent. Inst. de Offic. Judicis. Capicio Lacro lib. 1. decif. 27. num. 3. ibi: Qui alternativè loquatur, quod vel sortis judicio, vel aliter Judicis arbitrio esset committendum. Dom, Gregor. Lopez in dict. leg. 11. Tiraque. & alii citati.*

21 Y el quarto, y vltimo es, quando por algunas circunstancias especiales, que concurren entre las Partes, y segun las qualidades de los bienes, se concede à vna de ellas, conforme à Derecho, eleccion de los que se le han de adjudicar para el pago de su hadeaver, Authent. Item, §. *Ne autem ver. C. de donat.* ibi: *Communione inducta, electionem damus ei, qui amplior. in summam in re habet.* Valasc. de Part. cap. 22. num. 3. August. Barbof. in leg. 3. C. commun. divid. num. 10. Capic. Lacro decif. 27. num. 6. Carl. Anton. de Luc. ad Franq. observ. 160. num. 5. & alii citati.

22 Si se quisiesse apreciar el primero medio se hallaria su resolucion à favor de el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, y sus successores; porque la muger respecto de su marido se contempla en el concepto legal con privilegios de menor, para que en la division de los bienes de su marido pueda usar de la eleccion, ex leg. vnic. C. de his, qui se defer. ibi: *Et cum fisco nostro celebret divisionem, habitura est privilegium, ut prior eligat portionem.* Bertracq. Repert. verbo *Mulier.* num. 20. ibi: *Mulier in divisione habet optionem, sicut minor.* Y representando Don Salvador las acciones de dicha Fundadora, como Posscedor de su Mayorazgo, se sigue bien la eleccion à favor de esta Parte, Gloss. Magr. in leg. 2. C. quando, & à quibus quart. pars, ibi: *Nisi forte sit vxor defuncti, cui circa illam sortem speciali privilegio optio conceditur.* Pero se podrá dezir de contrario, que este modo de dividir, haciendo partes el mayor, y dando la elec-

eleccion à el menor, no està recebido, ni en vfo en España, Ayora
*de Part. part. 1. cap. 1. num. 13. ibi: Sed modus iste dividendi communiter
 non servatur.*

23 El segundo modo de sorteo, como extra ordinatio,
 y violento, no se debe admitir, sino es por ultimo remedio, y sub-
 fidiatio en defecto de otros legitimos, à causa de no conformarse
 este medio con las reglas prevenidas en Derecho, que discernen
 la justicia de las Partes; y à el contrario, la suerte confunde lo jus-
 to, è injusto, y es sorda de tal forma que no admito su determina-
 cion audiencia, apelacion, ni restitucion, *cap. de Sortileg. Otero de
 Officialib. cap. 9. num. 5. vers. Cum ita; ibi: Judicium fortunæ remotum esse
 à ratione, ideoque nec rationem, nec intellectum habere, quæ sepiissime
 præfert iniquum de quo, nec rectè judicat. Vt in leg. Sed an vltro, §. vlt. ff.
 de negot. gest. §. num. 10. ibi: Judicium, vel electio sortis, quod ab eo appel-
 lari non possit:: nec minori contra hanc sortis electionem restitutio com-
 petit.*

24 Eltercero medio es mas acomodado para el inter-
 to de este pleyto, por quanto se halla autorizado con vna resolu-
 cion de vna ley de Partida, que es la 10. tit. 15. part. 6. ibi: *Poderlo
 ha el Juez ante quien pidieren la particion los Herederos de la mandar ha-
 zer, en la manera, q' el entendiere, que seirà mas guisada, è mas à pro de ellos.*
 Lo que se corrobora teniendo presentes, el que concurrendo en las
 divisiones, y adjudicaciones tantos particulates de hecho, no pu-
 do tener presentes la ley los indefinidos, y confiados, à el arbi-
 trio de los Señores Juezes, Dom. Crósp. Vald. *observ. 10. num. 73.*
*ibi: Ea omnia, quæ à Jure definita non sunt. Judiciis arbitrio relinquin-
 tur.*

25 Pero semejante arbitrio se entienda con atreglo à
 las circunstancias, que de hecho, y de derecho concurren en los
 casos particulates, y no absoluto, Dom. Crósp. *ubi supra num. 72.*
*ibi: Arbitrium non dari Iudici absolutum, sed regulatum, aliàs esset in-
 quum.* Y nunca estaria raas en su punto el nobilissimo juicio, y
 arbitrio de los Señores Juezes, que quando se inclina, y acude à
 las acciones deducidas por las Partes. Dom. Salgad. *de Reg. part. 3.*
cap. 13. à num. 57. et seq. Y la que assiste à Don Salvador Monte-
 ro se manifestará en los fundamentos siguientes.

SE PROSIGUE FUNDANDO LA ACCION DEDUCIDA
por esta Parte.

26 **E**N el §. 13. y 14. dexamos fundado, que la accion, de que ambas Partes pueden, y deben vsar en este pleyto, es la particular, que el Derecho llama *communi dividundo*, por quanto es la que propriamente se dirige à la division, y separacion de las cosas, y bienes corporales, en las que cada Parte tiene dominio en comun: *Ex leg. 4. ff. commun. divid. ibi: Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.* Porque la dicha accion se distingue de la particion vniversal, à causa, de que esta comprehende las herencias de qualquiera sugeto, que contienen, no solo bienes corporales, sino tambien los incorporales, derechos, y acciones, à excepcion de la accion particular *communi dividundo*, que solo mira à la division de bienes corporales separados de la herencia, en cuya particion quedaron proindiviso, como sucedió en la adjudicacion, que se hizo indistintamente à ambos Mayorazgos de las nueve partidas de bienes, que por menor van expresadas en el n. 12.

27 Bien entendido, el que aunque la accion *communi dividundo*, sea distinta de la particion vniversal, sin embargo en la division particular se deben observar las mismas reglas en el modo de la adjudicacion de los bienes, que se fueren separando; por quanto el juicio particular divisorio, es remedio subsidiario de la particion vniversal, y que tiene respecto à las mismas reglas, que en ella se debiessen aver practicado: *Ex §. 5. Instit. de Offic. Iudic. Anton. Fabr. in Ration. ad leg. 20. §. 4. ff. famil. erisc. ibi: Cum supersit iudicium communi dividundo, quod veluti subsidiarium est, iudicio familie eriscunde ad reliquas res hereditarias dividendas, ut sequitur in textu.*

28 Mediante lo qual, en esta division particular, que se debe hazer entre ambos Mayorazgos, es preciso tener presentes los mismos fundamentos, que se debieran aver tenido à el tiempo de la cuenta, y particion vniversal, que se practicò entre los derechos de Don Diego Miota, y Doña Maria Muñoz su muger, para separar de los bienes indistintamente adjudicados, los correspondientes para el pago de el tercio, y quinto, en que con-

84
siste el Mayorazgo de la susodicha, y lo posee esta Parte en fuerza de la Executoria de el Consejo; y siendo las cinco partidas expressadas en primero lugar en el num. 12. de este Informe de las adjudicadas indistintamente, y que commodamente llenan el pago, y adjudicacion de este Mayorazgo, se sigue bien, aver sido, y ser conforme à Derecho la pretension de Don Salvador, segun los fundamentos, que por menor se iran expressando. Valasc. *de Partit. cap. 19. n. 28. versic. Quia.*

29 El primero: porque es regla bien fundada de Derecho, la que previene, y manda, el que quando dos, ò mas interrelados se hallan en comunion con parte de sus bienes, la eleccion se debe conceder à el que de los susodichos toviesse mayor porcion, ò summa para la adjudicacion, y pago de su hadeaver: *Ex leg. Sancimus, §. Ne autem, C. de donat. ibi: Communione inducitur electionem damus ei qui ampliozem summam in re habet.* Augustin. Barbof. *in leg. 3. C. comm. divid. num. 10. ibi: Electionem, & optionem dandam fore ei, qui maiorem partem possideret.* Valasc. *de Part. cap. 22. num. 3. Morquech. de Part. lib. 2. cap. 10. num. 7. Capicio Latrodecif. 36. num. 1.*

30 Es asì, que el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz tiene la mayor summa, ò cantidad en las nueve partidas indistintamente, ò en comun adjudicadas à ambos Mayorazgos: Luego se infiere bien, que Don Salvador Montero, en nombre de dicho Mayorazgo, y representando la persona de Doña Maria Muñoz, Fundadora, puede, y debe elegir conforme à Derecho las cinco posesiones demandadas, y expressadas en el num. 12. en el que se incluye el Heredamiento de Lugros; reservando las otras quatro partidas subseqüentes, que llenan el Mayorazgo de Don Diego Miota. Torre *Variar. Quest. tom. 2. part. 1. tit. 12. quest. 130. num. 35. ibi: Nec potest in dubium revocari, quod assignatio bonorum fieri debeat heredibus constantiæ, utpotè qui habent maiorem partem.* Michalor. Fontanel. Barz. & alij citati.

31 El segundo fundamento es, que segun principios notorios de Derecho, es constante, que la muger es acreedora hypothecaria contra los bienes de su marido, para hazerle pagada de todos sus derechos. *Ex leg. vnic. §. Et vt plenius, C. de rei. vxor. actio. ibi: Et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote prestanda.* L. 23. tit. 23. part. 5. Anton. Gom. *in leg. 53. Taur. num. 37. vers. Item.*

32 Es así, que qualquier Acreedor hypothecario tiene eleccion entre los bienes hypothecados de el deudor, para hazerle pago de su credito con qualquiera alhaja hypothecada, como consta de la ley 8. ff. de distraccionē pign. ibi: *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sivi obligatis, quibus velim distractis ad suum commodum per venire.* Noguer. alleg. 4. num. 38. vers. *Tunc*, ibi: *Subintrat arbitrium legis, creditoris, ff. de distract. pign. ut possit bona, que ei placuerint eligere debita recipiendo, & absque distinctione an vinculata, vel alodialia sint: cum alijs.*

33 Cuya accion hypothecaria, y eleccion de bienes contra el deudor, procede, no solo para el pago de la dote, sino tambien para la satisfaccion de los demás derechos pertenecientes à la muger, así por razon de los parafernales, como los adquiridos, constante el matrimonio: *Ex leg. 17. tit. 11. part. 4. Dom. Castell. lib. 4. cap. 40. num. 65. Escobar de Ratiocin. cap. 39. num. 15.*

34 Cuyas acciones se transfieren en los herederos de la muger, aunque sean estráños, segun la prorata de la herencia, que les perteneciese. Anton. Gom. in leg. 53. Taur. num. 45. vers. *Item quare, in medio*, ibi: *Lus vero tacite hypothecæ transit ad heredem etiam extraneos, quia datur; & conceditur actioni, & non personæ.* X siendo Don Salvador Montero, como Posseedor de dicho Mayorazgo de tercio, y quinto, heredero de Doña Maria Muñoz de Ayllon, es visto asistirle las mismas acciones, que à la susodicha, para elegir, como elige las cinco primeras alhajas de la adjudicacion, expressadas en el num. 12. ex traditis à Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 8. num. 10. ibi: *Dicendum est, primum Majoratus possessorem eidem institutori in ipso Majoratu, jure hereditario succedere, sequentes autem esse ejusdem primi institutoris successores, si Majoratus ex univ. à hereditate, seu ex ejusdem certa portione constet.* D. Larrea, decr. 31. num. 13. ibi: *Et ad heredem ipsius legatarij, quando ille non elegerit, transferri electionem.*

35 El tercero fundamento descansa, en que es verosimil, averse comprado el Heredamiento de Lugros con los caudales de la dote de la referida Doña Maria Muñoz de Ayllon; ea cuyo caso la dicha Heredad, y su dominio se adquirió conforme à Derecho à la susodicha: *Ex leg. 55. ff. de jure dotium*, ibi: *Res que ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur.* L. In rebus, C. de jur. dot. August. Barb. in leg. 12. C. de jure dot. ibi: *Notatur ad*

hoc, quod entum per maritam nomine proprio ex pecunia dotali efficitur uxoris, & ei dominium acquiritur. Anton. Gom. in leg. 30. Taur. num. 36. D. Vela dissert. 30. num. 19. ibi: *Et in uxore respectu dotis, vel rei ex ea comparata extantis, soluto matrimonio ei tanquam domina vendicatio competit.* De que se infiere, que no solo compete à el Possedor de el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz la eleccion fundada en el medio antecedente; sino tambien la accion de reivindicacion à dicha Heredad de Lugros, y demás bienes comprendidos en la demanda.

36. La verosimilitud de averse comprado la Heredad de Lugros con caudales de la Doña Maria Muñoz, se apoya; de que la susodicha llevó à el matrimonio de Don Diego Mota 8½ ducados, y despues en el año de 652. heredò por cabeza de la susodicha 9½ y mas reales de la legitima Materna; y el dicho Don Diego solo llevó el capital de 3½ ducados, porque los otros 1½ ducados ofreció en Arras à su muger, como consta en el pleyto, y lo anotado en el num. 6. porque aunque en el año de 657. se comprò el Oficio de Veintiquatro; no pudo su precio consumir el caudal de la susodicha; y así se verificò la compra de la dicha Heredad de Lugros en el año de 660. en precio de 10½ ducados, como queda dicho en el §. de el num. 6. à cuyo precio no pudo sufragar la corta cantidad de los 3½ ducados, que únicamente llevó en capital dicho Don Diego en el año de 633. en que se contraxo el matrimonio; ni es presumible, que despues de aver sostenido las cargas de el en el tiempo de 27 años, que pasaron hasta la compra, existiese dicho capital de Don Diego, ni que se pudiesse convertir en el referido precio; cuyo concepto, junto con averse inventariado la dicha Heredad por muerte de Doña Maria Muñoz, Fundadora de el Mayorazgo de esta Parte, se acredita bien su propiedad; y dominio à favor de la susodicha. *Fuffar. de Substit. quest. 618. num. 1. ibi: Inventarium factum à gravato de bonis Testatoris probabit, & bona in eo descripta fuisse Testatoris.* Mascard. de Probat. conclus. 778. n. 20. & alij.

37. El quarto fundamento es, el que quando de contrario se quiera negar el dominio de la dicha Heredad por medio de las reglas antecedentes, todavia concurren otras mas firmes, y fundadas en Derecho, que acreditan su adquisicion à favor de la Fundadora de este Mayorazgo; à causa de ser innegable, que quando el marido, durante el matrimonio, compra en su proprio nom-

nombre algunos bienes, y entra en su posesion; à el instante sin otra solemnidad se transfere en la muger el dominio, y propiedad de la mitad de los dichos bienes. *Faria ad Covarr. lib. 13. cap. 19. num. 8. ibi: An dominium ac possessio bonorum, quæ maritus proprio nomine querit, statim absque aliqua traditione in uxorem pro parte transferatur intuitu societatis, lucri, & quæstus, quæ apud nos per matrimonium tacite contrahitur. Ex leg. 2. tit. 9. lib. 9. Recop. qua in questione traditionem non desiderant, sed illico mulieri acquisita per ytrum communicari docent Dom. Valenc. consil. 13. num. 17. Garcia de Conjugal. Quest. num. 188. Hermosill. in leg. 55. tit. 5. part. 5. Gloss. 2. n. 25. Anton. Gom. in leg. 50. Taur. n. 76. Gutierrez. Ayora, Matienz. Parlad. & alij citati.*

38 De cuyo indubitado principio se convenze bien, el que aunque Don Diego Miota comprò en su nombre, durante el matrimonio, la referida Heredad de Lugros; de el mismo hecho se transfirió en la Doña Maria Muñoz su muger, Fundadora de el Mayorazgo de esta Parte, la posesion, y propiedad de la mitad, sin otro acto, ni solemnidad alguna; y teniendo la susodicha accion hypotecaria contra la otra mitad, que pudo adquirirse à su marido, y tambien la eleccion para hazerle pagada de sus derechos, se justifica bien el derecho de la susodicha, y de su Mayorazgo à la referida Heredad, por duplicados medios, en exclusion de los derechos de Don Diego Miota, y de el Marqués, Poseedor de su Mayorazgo; à que se llega el concepto, de que si alguna porcion de la dote de Doña Maria se convirtió en su compra, como es verosimil, segun las circunstancias de hecho sentadas en el num 36. à proporcion se adquirió à la susodicha el dominio en la otra mitad de la referida Heredad: *Ex leg. 16. ff. de reivindic. ibi: Quæ de tota re vindicanda dicta sunt eadem, & de parte intelligenda sunt.* Con lo qual queda comprobado à favor de la Doña Maria, y su Mayorazgo, no solo el dominio de la mitad de la Heredad, sino tambien superabundantes motivos legales, para preferirse en la otra mitad en la mencionada adjudicacion.

39 El fundamento quinto se puede apoyar, reflexionando, el que la dotacion de el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz de Ayllon, se compuso de todos los derechos, y caudales de la susodicha, que le pertenecian por razon de tres titulos, ò acciones; conviene à saber, la causa dotal, la de parafernial, y ganancia;

cial ; y por todos tres le compete à su Mayorazgo de tercio , y quinto la reivindicacion , aunque con la moderacion à la mitad en los gananciales ; y baxo de este concepto , el Mayorazgo , y su Possedor no tienen necesidad de vsar de la accion hypotecaria , por quanto en bienes propios , que son irrevocables , no se verifica semejante accion : *Ex leg. Neque pignus , ff. de regulis juris, ibi: Neque pignus, neque emptio sua rei consistere potest. Leg. Si rem eodem de pignorat. action.* Si solo podria valerse de la referida accion hypotecaria por lo respectivo à la otra mitad de bienes gananciales , pertenecientes à Don Diego Miora su marido , en los que no pudo aver reparo de la incompatibilidad de el dominio , para poder radicar esta accion Real ; pero como quiera , que en los 408 ff. y mas reales de la dotacion de este Mayorazgo , se hallan comprendidos inseparablemente ambos derechos de dominio , è hipoteca , sin que se puedan discernir con claridad , respecto de las nueve partidas adjudicadas à ambos Vinculos en la particion vniversal , podrà esta Parte , como Possedor del Mayorazgo , vsar en esta division de qualquiera de dichas acciones , ò de todas juntas , en beneficio de èl ; assi como podria la Doña Maria Muñoz por razon de el Derecho , y Privilegio , que presta , y aumenta el concepto de conjunto de acciones , y su indivision : *Ex leg. Precipimus , §. Eodem iure, C. de appellat. Roxas de incompat. part. 4. cap. 6. num. 45. ibi: Quod adjunctus gaudet privilegio conjuncti, quando agimus de re inseparabili, vel individua.*

40 El sexto fundamento se afianza en la regla de Derecho , que previene , que en qualquiera particion despues de las deudas , que tuviessen preferencia , se ha de pagar en primero lugar de todos , y qualquiera bienes de el marido , la dote , y hadeaver de la muger ; *ex traditis ab Ayora de Partit. part. 1. cap 7. à num. 4.* y reflexionada la quenta , que se hizo por muerte de Doña Maria Muñoz , y Don Diego Miora su marido ; se hallarà , que en primero lugar passò el Contador à liquidar los derechos , y hadeaver de la dicha Doña Maria Muñoz , y tambien con la misma preferencia procediò en la liquidacion , y separacion de la dotacion de el Mayorazgo ; y en segundo lugar practicò la liquidacion de el fundado por el expressado Don Diego Miora ; y aunque despues hizo vna summa de ambas dotaciones , considerandolas vnico Mayorazgo , y passò indistintamente à la adjudicacion , y pago con las nueve partidas de el num. 12. lo cierto es , que

que las primeras de la dicha adjudicacion, se deben entender conforme à Derecho, aplicadas para el pago de la dotacion de el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz ; por quanto no puede ser admisible en Derecho, el que se satisfagan los derechos de el marido antes , que los de la muger ; y hallandose las cinco partidas demandadas colocadas en la adjudicacion en primero lugar, por aver principiado con la Heredad de Lugros , à excepcion solamente de la casa principal Calle de San Joseph (que es la sexta partida) se infiere bien , que de la misma cuenta , y particion resulta la pertenencia de dicha Heredad, y demás partidas demandadas à favor de el Mayorazgo de esta Parte , así por ser verosímil , y arreglado à Derecho , el que el Contador llevando el mismo methodo , y prelación de las dichas liquidaciones , hiziera tambien el pago a el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz , con la dicha Heredad , y demás alhajas en primer lugar adjudicadas, como porque se debe atender à este orden literal, quando se conforma con lo prevenido en Derecho. Dom. Castill. lib. 4. cap. 5 1. num. 1. ibi : *Ex ordine contextu que scriptura conjecturam , & argumentum frequens admodum , & visitatum esse , & juridicè deduci. Et num. 6.*

41 El septimo fundamento se acredita , porque la division, que se debe practicar de los mismos bienes en comun adjudicados à ambos Mayorazgos , ha de hazerse indispensablemente, atendiendo à su mejor, y mas commoda separacion , y sin dismenbrar parte alguna de su principal: August. Barb. in leg. 3 C. commun. divid. num. 9. Valasc. de Part. cap. 2 2. num. 20. ibi : *Abstinentum esse quantum fieri possit, ne res singule scindantur, in partes, aut dilacerentur, quia erit incommoda divisio, & contra equitatem, & contra textum in leg. Oficium, & §. Si familiae, & §. Ne autem : ibi : Si res dividi sine suo periculo possibile est.* Dom. Covarr. in cap. Rainald. §. 2. num. 5. Es así, que reflexionadas las nueve partidas adjudicadas indistintamente à ambos Mayorazgos, no se podrá escogitar otro medio , ni modo mas equitativo , ni adecuado para el pago de este Mayorazgo, q̄ el separarle la dicha Heredad de Lugros, y demás alhajas demandadas: Luego se infiere bien, q̄ la accion deducida por D. Salvador Montero en este juicio divisorio, es justificada por todos medios, para q̄ se haga pago à sus Mayorazgos legitimamente con las dichas cinco alhajas , en que se incluye el Heredamiento de Lugros.

42. El octavo, y último fundamento, es el hallarse executoriado por Autos de Vista, y Revista, proveidos por los Señores de la Chancillería en 24. de Marzo de 727. y 4. de Julio de 729. anotados en el numero 9. que los 123 ll. reales de créditos comprehendidos en la dicha adjudicación indistinta, se debían aplicar à el Mayorazgo de Don Diego Miota, que posee el Marqués de Lugros (por las razones jurídicas, que se sentarán desde el num. 55. hasta el num. 64.) con cuya cantidad, y con la de 55 ll. reales, que pàran en poder de el Marqués de Lugros por el valor recuperado de la Vara de Alguacil Mayor, que aviendo adjudicado à el Mayorazgo, se distraxo, se halla satisfecho el Mayorazgo de dicho Marqués hasta en cantidad de 178 ll. reales, y siendo su dotación de 235 ll. le faltan solamente 57 ll. reales para el integro pago, y por tan corta cantidad, no es capáz, que se pudiera separar el Heredamiento de Lugros, valiendo segun el precio de la adjudicación 248 ll. y más reales, que vnicamente pueden tener cabimento, haziendo la separación, y adjudicación de este Heredamiento à favor de el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, que posee Don Salvador Montero: Ex regula tradita à Valasc. de Part. cap. 22. num. 22. vers. Sub iungit.

43. Lo qual procede en tanto grado, que aunque se quisiera dezir de contrario, que la adjudicación de dicho Heredamiento de Lugros, se puede entender à favor de su Mayorazgo hasta en la concurrente cantidad, que se le restasse para llenar su dotación; sin embargo no puede tener lugar esta réplica à presencia de ser indivisible la dicha Heredad, y excediendo su valor à el residuo de la dotación de el Mayorazgo de el Marqués, en el todo se halla resistida semejante adjudicación, aunque el exceso de su valor se verificàra en menos cantidad, de la que resulta de los Autos, ò en otra corta porción, que se confiesse de contrario en vno de sus alegatos, como se previene por expressa decisión de la leg. 85. ff. de regulis juris. ibi: *Cam amplius solutum est, quam debebatur, cuius pars non invenitur, quæ repeti. possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione.* Leotard. de Vsur. quæst. 40. num. 8. ibi: *Sed si fundus in solutum datus sit, vel aliud quidpiam, quod functionem non recipiat, datus in solutum inutilis est, & nec quidem pro parte, quæ debetur, potest consistere::: pro dationibus in solutum, quæ quotidie fiunt, si fiant pro maiori summa, quàm verè debebatur, omnino vitentur, & corruant; quia datio in solutum est omnino individua, & quæ*

totā, vel ob minimā partem rescinditur, atque infirmatur; & Praeses Faber ait, idverum esse, si vel pro vno nummo supra quā debeatur, datio in solutum facta sit. Mangil. de Substat. quest. 112. num. 18.

§. IV.

SOLUCION AL PRIMERO ARGUMENTO, QUE SE
haze por el Marqués de Lugros.

44. **P**Or parte del Marqués se oponen varios argumentos, contra los fundamentos ponderados à favor de esta Parte, y su Mayorazgo; pero reflexionandolos en particular, resulta, no solo el ningun nervio, en que estrivan, sino tambien se convenzera de su solucion la mayor confirmacion de la defensa de esta Parte. El primero argumento consiste, en querer persuadir la Parte del Marqués, que en este Pleyto no tiene lugar la accion deducida *communi dividundo*, sino la de *reivindicacion*, como que se dirige à la entrega del Heredamiento de Lugros, y demàs bienes demandados y que baxo de este concepto, no se ha justificado por Don Salvador Montero el dominio privativo, que se requiere para vsar de dicha accion de *reivindicacion*, segun las circunstancias prevenidas *in leg. vlt. C. de reivindic.*

45. Pero se excluye este argumento por muchos medios: Lo vno, porque conforme à Derecho no tienen oposicion, ni incompatibilidad alguna las expressadas dos acciones, *communi dividundo*, & *reivindicatio*, porque ambas à dos pueden concurrir à favor de vna misma persona, y en vn mismo juizio para recuperar los bienes comunes adjudicados en cōfuso: *Ex l. 3. §. 2. ff. de reivind. ibi: Siquid, quod eiusdem naturæ est, ita confusum est, atque commixtum, vt deduci, & separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum, & vnusquisque prorata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus, & si incertum sit::: Et leg. 4. eod. ibi: Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit::: in vindicatione, vel communi dividundo actione hoc amplius ferat. L. 8. §. 1. ff. comm. divid. ibi: Inter legatarium, & heredem communi dividundo agi potest, aut in certæ partis vindicatio datur. Leg. 76. §. 1. ff. de reivind. Anton. Faber. Rational. ad dd. LL.*

46. Y lo otro, porque siendo el fundamento esencial de vna, y otra accion la asistancia del dominio en el sugeto, que

tas intentas: *Ex leg. 4. ff. Com. divid. ibi: Per hoc iudicium corporaliu-
rerum fit divisio, quarum dominium habemus.* Este principio se ha
manifestado bastantemente à favor del Mayorazgo, que posee
Don Salvador Montero, por lo respectivo à los bienes demanda-
dos en los fundamentos, que quedan expendidos; y caso negado,
que se pudiera dudar de lo referido, lo acreditaba bastantemente
la misma adjudicación de dichos bienes, practicada en la parti-
cion, que por su naturaleza debió transferir el dominio de los bie-
nes adjudicados à favor de dicho Mayorazgo en la misma forma,
que en título verdadero de venta: *Ex leg. 4. C. de evic. Non. ibi: Si
praedium tibi pro soluto datum est: nam huiusmodi contractus vicem
venditionis obtinet. Leg. Eleganter. ff. de pign. act. Leotard. de Vsur.
quaest. 40. num. 2. ibi: Non valeret datio insolutum, quae ea lege fieret,
ne dominium in accipientem transferatur. Dom. Salg. Labyr. part. 1. cap.
18. à num. 15. idem part. 3. cap. 2. num. 94.*

47 Ni tampoco es apreciable, el que se quiera replicar
de contrario, alegando, que la referida adjudicación de bienes,
practicada en la particion vniversal, es título equivoco, que igual-
mente debe producir la adquisición de el dominio en los bienes
adjudicados à favor de ambos Mayorazgos, sin que pueda tener
mas eficacia à beneficio de el que posee Don Salvador, que el
que obtiene el Marqués; porque esta réplica se halla excluida por
muchos medios manifestados en este Informe; pues como se sen-
tó en el fundamento sexto; es cierto, el que así como el Conta-
dor liquidò, y separò en la particion en primero lugar el tercio, y
quinto de Doña Maria Muñoz, en que consiste el Mayorazgo de
esta Parte; de la misma forma debió ir consiguiente en el pago, y
adjudicación; para que el Heredamiento de Lugros, y demás al-
hajas demandadas, colocadas en primero lugar, se entendiesen
conforme à Derecho adjudicadas à este Mayorazgo, y no al de el
Marqués; cuya liquidación, y pago debió practicarse, y se prac-
ticò despues de satisfecha la Doña Maria: mayormente à presen-
cia, de que dicho Heredamiento no se pudo entender adjudica-
do à favor de el Mayorazgo, que posee el Marqués, por no tener
su dotacion cabimento para recebir el valor de la Heredad des-
pues de la partida de creditos, como se expuso en los fundamen-
tos septimo, y octavo, à que se llega el concepto de la eleccion,
que asiste à el Mayorazgo de Don Salvador, ponderada en el se-
gundo fundamento, y los demás motivos legales, expresados à
favor

23

favor de esta Parte mediante los quales debiendose entender con arreglo à ellos la prealegada adjudicacion, aunque à el parecer indistinta en realidad, se convenze bien à favor de el Mayorazgo de esta Parte, la adquisicion de el dominio de la Heredad de Lugros, y demàs bienes demandados por todos los expresados titulos; de los quales, ò de el que le fuere mas vtil puede vsar Don Salvador Montero à beneficio de su Mayorazgo; Valer. de Transact. tit. 5. quest. 4. num. 13. ibi: *Inter est enim acquirenti ad cautelam; & maioris sui iuris corroboracionem plures titulos habere, quibus tueri se possit Leg. Non est novum; ff. de actioni. empt. & vend. L. 1. §. Dixerit. ff. de publicat. & velligat. Dom. Molin. Dom. Salgad. & Dom. Oica, cum alijs citatis.*

48 Y caso negado, que no asistieran à el Mayorazgo de Don Salvador todos los dichos Titulos, que apoyan su demanda, para reintegrarse en los mencionados bienes, y se debiera estar à lo que puede producir la misma adjudicacion hecha en la particion; todavia debiera correr sin controversia alguna la pretension deducida por el susodicho; à causa, de que semejantes adjudicaciones indistintas, deben transferir, y transfieren el dominio de los bienes adjudicados, à proporeion de la cantidad, en que cada interessado fuere acreedor. *Ex leg. A Divo Pio, §. Si pignora. ff. de re judicata, ibi: Ad dicantur vti que ea quantitate, qua debetur. Text. expressus in leg. 3. §. 2. de reivindic. ibi: Erit nobis commune: & unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus, etiam si incertum sit. Leg. 4. eodem, ibi: Pretij ratio haberi debeat. Ant. Fab. ibidem, ibi: Sed ut pro quantitate eius pretij certa pars massæ vindicetur, vel per actionem communi dividundo petatur.*

49 Y con reflexion à este legal principio, aunque se quiera dezir de contrario, que por medio de la adjudicacion se adquirió pro parte à su Mayorazgo el dominio de todos, y qualesquiera bienes adjudicados, sin atender à el orden de las primeras adjudicaciones, propuesto en el §. 40. *Ex §. 4. Inst. de Ofitio judicis, ibi: Singulas res singulis heredibus ad judicari debet.* Todavia, siendo la cantidad de la donacion de el Mayorazgo, que posee Don Salvador Montero, respecto à la de el Marques, superior en mucha summa; se infiere bien, que à proporcion por el vnico medio de la dicha adjudicacion se transfirió en el Mayorazgo de esta Parte el dominio de la mayor parte, respectivè à los bienes adjudicados; y por la misma razon se transfirió tambien en el di.

24
dicho Mayorazgo, y sus poseedores la facultad de elegir para su pago los que mejor le parecieren. *Ex Text. expres. in Authent. item, §. Ne autem, C. de donat. ibi: Communiōe inducta electionem damus ei, qui ampliorem summam in re habet.*

50 Pero como quiera que sea indubitado conforme à Derecho, que semejantes adjudicaciones, aunque por su naturaleza sean translativas de la propiedad, y dominio de los bienes adjudicados, se debe entender sin que se cause novacion alguna, y sin que se extingan las acciones primitivas pertenecientes à el acreedor interessado. *Ex leg. Qui res ff. de solution. Leg Si rem, & leg. Si quis aliarum, ff. eodem Dom. Castill. lib. 4. cap. 59. num. 70. Dom. Salg. Labyr part. 1. cap. 18. num. 17.* Se sigue bien, que la que se practicò por el Contador indistintamente à ambos Mayorazgos, reservò à el de Don Salvador Montero, sin confusion alguna los primitivos derechos, que le pertenecian à Doña Maria Muñoz de Ayllòn su Fundadora, para que segun ellos, y el orden de dicha adjudicacion, se le reintegre en los bienes demandados. *Dom. Salgad. Labyr part. 2. cap. 7. num. 35. & 36. ibi: Confusio actionum non admititur, quando ipsi heredi, aut creditori sequeretur per iudicium, quia tunc jus suum remanet preservatum.*

§. V.

RESPUESTA AL SEGUNDO ARGUMENTO DEL Marqués.

31 **E**L segundo argumento, que se haze por parte de el Marqués de Lugros se reduce à dezir, que ay cosa juzgada, para que el Heredamiento de Lugros no se adjudique à el Mayorazgo de Don Salvador Montero, queriendola fundar en el Auto interlocutorio proveido en la Chancilleria, en los dias 4. de Julio de 729. y 10. de Octubre de 731. que se proveyò por los Señores de vna Sala, como dexamos sentado en el num. 10. de este Informe, estando pendiente la instancia, sobre la sucesion de el Mayorazgo en el Juizio Possessorio, para el fin de poner en sequestro los bienes correspondientes à el Mayorazgo demandado, alegando, que la dicha providencia no contuvo nulidad, aunque huviesse sido dada con vna Sala; porque la Cedula obtenida por el antecessor de Don Salvador, para que el Pleyto se viesse

se con dos Salas en lo principal , y sus insidencias perjudiciales, avia recaído para el de alimentos; con cuyo pretexto se principió el pleyto, como queda dicho en el num. 9.

52 Cuyo arguménto igualmente se halla desvanecido, reflexionádo aver sido notoria la nulidad de la dicha providéncia de 1.º de Octubre de 31. por aver sido dada por los Señores de vna Sala; pues aunque la Real Cedula huviera recaído durante el Pleyto de alimentos, lo cierto es, que su concepto tuvo conexión inseparable con el de la sucesión de dicho Mayorazgo, à causa, de que reflexionada la dicha demanda de alimentos, se hallará, averla fundado con el respecto à los derechos de sucesión inmediata à el Mayorazgo, en tanto grado, que se concluyó, que se debian declarar por nulos los llamamientos hechos à él, por ser contrarios à el orden de los prevenidos por la Ley 27. de Toro, y que en esta inteligencia se le debia declarar por inmediato successor, y señalarle alimentos, para cuyo juicio se dize averse librado la Cedula de dos Salas; y siendo el mismo assumpto el que despues se litigò, à excepcion de la circunstancia accessoria, ò menos principal de alimentos; se reconoce bien, que la Cedula ganada para la determinacion de lo vno con dos Salas, se debió verificar tambien para la resolución de lo otro, con el mismo numero de Señores Juezes, por ser identica substancialmente la razon decisiva, y la entidad de ambos juizios, sin mas diferencia, que en aquel de alimentos se disputò la sucesión de el mismo Mayorazgo mediata, y en este la misma sucesión inmediata, sin variar la razon, y motivos substanciales de vno, y otro juicio. *Ex leg. 3. §. Iudicio, ff. de contr. act. tut. Leg. Proinde, ff. ad L. Aguil. Alvar. Valasc. loc. comm. lit. C. num. 124. ibi: Connexorum idem est iudicium. Dom. Castill. lib. 6. cap. 165. num. 15.*

53 Y por ser cierto lo referido, lo es tambien, el que aviendose ocurrido por el antecesor de Don Salvador al Real Consejo, quexandose de las dichas providencias, pretendiendo se le librasse sobre Cedula, para que se le oyessè con los Señores de dos Salas, en ocasion, que el pleyto en lo principal de la sucesión, y su instancia se hallaba fenecido, por esta razon, aunque se le denegó la dicha sobre Cedula, sin embargo se le mandò despachar, y despachò nueva Cedula, para que se le oyera en razon de lo referido; lo que quedó suspenso, por aver perdido Don Joseph de Campos el pleyto, sobre lo principal de la sucesión del Ma-

mayorazgo en propiedad en la Chancilleria ; y se intentò el Recurso de mil, y quinientas por Don Salvador Montero por muerte de su antecessor ; y aviendo obtenido, y despachadosele la Executoria à su favor, en su consecuencia puso la demanda presente ; y sin embargo del articulo formado por el Marquès de Lugros ; con el pretexto de cosa juzgada, aviendose ocurrido otra vez à el Consejo, se mandò por Auto de 29. de Agosto de 39. se le oyesse à Don Salvador Montero ; en cuya virtud se contextò este Juizio, como queda anotado en los numeros 10. y 11. de este Informe : mediante lo qual, tanto dista el concepto de la cosa juzgada, que se quiere fundar con el Auto de la Chancilleria de 4. de Julio de 729. y 10. de Octubre de 31. quanto lo contrario se halla declarado por las providencias posteriores del Consejo.

54 Sin que tampoco obste, el que se quiera dezir de contrario, que en fuerza de las referidas providencias de la Chancilleria, se señalaron bienes por el Marquès de Lugros, y que con ellos se hizo pago à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, que de presente posee Don Salvador Montero ; lo vno, porque dicho señalamiento de bienes, y su aplicacion à el Mayorazgo de esta Parte, se hizo en ocasion, que Don Joseph de Campos se hallaba preso en la Carzel de esta Corte ; por quien se preparò la proçesta correspondiente contra dicho acto, y despues obruvo en el Consejo nueva Cedula, como queda dicho en el numero antecedente ; en cuya inteligencia la referida aplicacion de bienes à este Mayorazgo, quedò anulada, y sin efecto alguno. Y lo otro, porque siendo los expressados bienes distintos de los adjudicados en la particion vniversal à el expressado Mayorazgo ; no se le pudo privar a este, ni à sus successores de el dominio adquirido, mediante la referida adjudicacion, segun los fundamentos translativos de dominio expuestos en el num. 46. à causa, de que no pudiendose controvertir la certeza de la adquisicion de el dominio, por medio de la dicha adjudicacion, no se pudo practicar su enagenacion, sin expressa licencia de la Real Persona ; ni tampoco la referida permuta de bienes estraños, subrogandolos en lugar de los adjudicados, por ser especie de enagenacion semejante permuta, y subrogaciõ: *Ex l. Sciendũ, §. Deinde, verl. Sed, & si quis, ff. de adil. adict. l. final. ff. quibus ex causis in possession. eat. Leg. 2. C. de rerum permut. Authent. de non alienando, aut perm. §. Alienationis, collat. 2. cap. Nulli de reb. Eccles. non alienand. Dom. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 4.*

num. 11. ibi: *Sub prohibitionē alienationis, seu venditionis permutatio comprehenditur.*

§. VI.

RESPUESTA, Y EXCLUSION DEL TERCERO ARGUMENTO del Marqués.

55 **E**L tercero argumento, de que pretende valerle el Marqués de Lugros, se funda en dezir, que aunque por la dicha providencia dada por la Chancilleria en 4. de Julio de 729. se declaró, que el Mayorazgo de tercio, y quinto de Doña Maria Muñoz, no debía padecer quiebra alguna de la partida de deudas adjudicadas en el último lugar, como parece de el num. 7. todavia se insiste en la aplicacion de la prorrata, que corresponde à 60y. reales de pérdida, que se refiere averse experimentado en el caudal, despues de hecha la particion, segun la declaracion testamentaria de Don Pedro Miota, primero successor de este Mayorazgo, y à cuyo cargo quedó la exaccion de dichos creditos, como se anotò en el num. 9. fundandose el Marqués, en que las providencias de la Chancilleria, por las que se declaró no debía padecer el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz dicha quiebra, no causaron cosa juzgada; à cuyo intento se ha presentado en este pleyto testimonio de aver transigido el dicho Don Pedro, primero successor, dos partidas de creditos adjudicados en la particion, y que debian Don Alfonso Gutierrez, y los Gremios de esta Ciudad, perdonandoles la mitad, precediendo informacion de utilidad, y licencia de la Justicia Ordinaria de esta Ciudad, à excepcion de el otro credito de 36y. y mas reales, que tambien debian dichos Gremios, y se declara por el Testamento de dicho D. Pedro, primero successor de este Mayorazgo, que se perdió enteramente.

56 Excluyese este argumento con varias reflexiones legales, siendo la primera, porque las dichas providencias de la Chancilleria contuvieron varios particulares, y en el que correspondió à la aplicacion de dichos creditos à el Mayorazgo de el Marqués, y no à el de Doña Maria, produxeron cosa juzgada, por aver sido dadas, y pronunciadas en las instancias de Vista, y Revista, con pleno conocimiento de causa, como se evidencia de

el contexto de la Executoria, librada à favor de Don Salvador Montero, presentada en este Pleyto: mediante lo qual, no es atendida la instancia de el Marqués, ni permite la cosa juzgada de dichas providencias, el que contra su tenor se le perjudique à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, defalcandole de su dotacion la prorrata de las figuradas perdidas.

57 Sin que obste à lo referido, el que se quiera dezir, que en vna de dichas providencias, y especialmente en la dada por la Chancilleria en 10. de Octubre de 731. se previno en el particular de el Heredamiento de Lugros, que no se aplicara à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, y que sin embargo se insistió por esta Parte en lo contrario. Y es la razon: porque aunque ambos particulares se huvieran ceñido à vna misma providencia, todavia no tuviera incompatibilidad, el que produxesse cosa juzgada en los demás particulares, de que no se avia intentado Recurso contrario, como no se intentò por el Marqués antecessor instancia alguna en orden à la exclusion, ò aplicacion de deudas à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz; con que quedò a fianza, da la cosa juzgada en este punto; à excepcion de el Heredamiento de Lugros, que se hizo Recurso à el Consejo, y se mandò oir à la Parte de este Mayorazgo; cuyo hecho impidiò la produccion de la cosa juzgada. Dom. Salgad. de Reg. pro p. 3. cap. 5. num. 1. ibi: *Quando unus solus provocabit ab ea parte sententiæ, quæ contra eum facit, cætera verò sententiæ separata capitula consentiens, quoad hæc capitula separata, à quibus neutra pars provocat; transit in rem judicatam. Et n. 4. ibi: Quoniam tot sunt sententiæ quod capitula separata. L. Quædam mulier, ff. familiae erciscunde. L. Cornelia Pia, ff. de jure Patronatus. Torre de Majorat. tom. 2. Gloss. 50. n. 34.*

58 El segundo medio exclusivo de la referida quiebra, en quanto à la prorrata, que se quiere aplicar à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz, aun en el caso negado, que no huviera cosa juzgada, es porque aviendose quedado encargado en la particion de su cobranza Don Pedro Miota, primero possedor de ambos Mayorazgos, en la forma, que se enuncia à el fin de el num. 7. de este Informe, no consta, que huviesse practicado en tiempo las diligencias correspondientes para su cobranza; cuya omision no pudo perjudicar à el Mayorazgo de Doña Maria Muñoz. Dom. Salg. Labyr. part. 3. cap. 1. num. 1. & num. 105. Dom. Olea. tit. 1. quest. 1. num. 52. idem. tit. 5. quest. 12. à n. 1.

59 Sin que obste el dezir , que en las dos partidas de creditos, à excepcion de la tercera, consta averse hecho informacion de vtilidad à pedimento de el Don Pedro Miota, ante la Justicia ordinaria de esta Ciudad; lo vno , porque semejante informacion no conuenze la existeneia de las referidas diligencias ; y lo otro, porque para proceder à la transaccion , y perdonar à los deudores la mitad de las deudas, no pudo ser bastante la dicha informacion de vtilidad: por quanto no se pudo con ella perjudicar à este Mayorazgo, sin que precediera Facultad Real. Ex tradit. à Dom. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 6. & addent. ibidem. num. 25. & 26. Dom. Castill. lib. 6. Controvers. cap. 65. num. 59. idem lib. 8. de aliment. cap. 36. num. 6. ibi : *Bona Maioratus alienari, non possunt etiam in evidentem vtilitatem, nisi legitimis causis, & facultate regia.* Valeron de Transact. tit. 4. quest. 2. à num. 16. Vrccol. de Transact. quest. 50. num. 49. Dom. Castill. lib. 8. cap. 36. §. 2. Dom. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 20. ibidem addent. Mayormente à presençia, de que las dichas deudas consignadas, ò adjudicadas à el Mayorazgo, se deben contemplar como proprias de el, y vinculadas en el concepto legal : Torre de Maioratus. Var. tom. 1. tit. 4. quest. 7. num. 47. & 49. cum alijs citatis.

60 El tercero medio, y mas eficaz es, aver sido constante en el hecho, el que las referidas deudas adjudicadas à el Mayorazgo, no fueron causadas durante el Matrimonio de la Doña Maria Muñoz con D. Diego Miota, à causa, de que consta averse muerto la susodicha en el año de 672. segun se annotò en el num. 3. de este Informe; y aviendo sobrevivido Don Diego Miota hasta el año de 683. en este tiempo parece, que desembolsò las cantidades en especie de doblones, que fiò à los Gremios de Mercaderes, como resulta de la quenta, y particion de el cuerpo de bienes, y de las baxas, que hizo el Contador por razon de la quiebra, y baxa de las monedas de oro, en cuya especie se avian hecho los prestamos à dicho Gremio, y se annotò tambien à el num. 5. mediante lo qual, la accion voluntaria de dicho Don Diego en aver confiado los expressados caudales, en tiempo, que no duraba, y se avia extinguido la Compañia legal de el Matrimonio, por aver muerto la dicha Doña Maria anteriormente, no pudo perjudicar à el caudal de la susodicha, ni à el Mayorazgo de tercio, y quinto, que dexò fundado, y possce esta Parte. Ex leg. Sub conditione, vers. Caterum, ff. de conditionib. & demonst. Escab. de Ratiocin. cap. 19. n. 42. & 43.

61 Cuyo concepto se afirma mejor, atendiendo, à que conforme à Derecho, el marido luego que muere, la muger debe practicar quando no inventario formal, à lo menos descripción fidedigna de todos los bienes, caudales, y efectos, que quedan por dicha muerte, para que por este medio se pueda reconocer el hadeaver de gananciales, y el quanto de los bienes adventicios, que pertenecen à los hijos, y demás interesados en el caudal, y pueda el Padre llenar la obligación, y concepto de legitimo administrador, en que se constituye por lo respectivo à los caudales Maternos. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 15. num. 33. Gom. in leg. 48. Tauri num. 16. Dom. Castill. de Vusufruct. cap. 3.

62 Y el dicho Don Diego Miotra reconociendo esta obligación, aunque principió la dicha descripción, no expresó en ella partida alguna de créditos de los adjudicados à el Mayorazgo, que fueron contra los Gremios, y Don Alfonso Gutierrez, por cuyo medio se convenze bien, que el Don Diego Miotra de los caudales, que quedaron por muerte de su muger, y que pertenecian en parte à su caudal, y Mayorazgo, hizo los referidos préstamos en especie de doblotes à los Gremios de Mercaderes; cuyo hecho voluntario debió ser de su cuenta, y riesgo, y no pudo causar perjuizio alguno à los derechos de Doña Maria Muñoz, sus hijos, y Mayorazgo. Ex leg. ult. §. Sin autem, C. de bonis; quaelib. ibi: *Et omnia circa vsumfructum facere, quæ nulomodo proprietatem possit deteriorem facere.* Dom. Castill. de Vusufruct. cap. 26. num. 3. ibi: *Ut quæcunque deterioratio censetur patri prohibita :::: quia lex, quæ summam confidentiam habet de patre, & presumit quod semper vitale consilium capere debeat pro filio, voluit penitus, & omnem deteriorationem ab ea ab esse.*

63 El quarto medio se apoya, en que aviendo muerto la dicha Doña Maria Muñoz, Fundadora de este Mayorazgo, fue preciso cessasse la Compañia legal, constituida por razon de el Matrimonio, y por el mismo hecho cessò tambien el justo motivo de comunicarse las pérdidas, ò ganancias, que por razon de la sociedad legal pùdieran pertenecerle à la muger. Gom. decis. 357. Ortega addit. ad Cov. lib. 4. decret. part. 2. cap. 2. §. 1. num. 5. Morquecho de Partit. lib. 2. cap. 15. num. 22. ibi: *Quia societas conjugalis causa matrimonij à lege inducta fuit, & matrimonio cessante cessare debet.* Garierrez de Jurament. part. 1. cap. 6. num. 55. De que se sigue con evidencia, que à el tiempo de la muerte de Doña Ma-

Maria Muñoz existian dichos creditos en especie de dinero ; sin contingencia alguna , y debió el Don Diego Miota su marido sufrir inventariarlos , ò describirlos , y no averlos confiado à los Mercaderes sin las seguridades correspondientes ; y qualquiera culpa , ò omision , que en esta tuvo , debió padecerlo el caudal de el mismo Don Diego , y no el de Doña Maria Muñoz ; y aunque no falta quien diga , que muerta la muger , ay casos , en que debe continuar la Compañia legal , segun Garcia de Conjugali quest. à num. 52. esto se debe entender , quando semejante continuacion de Compañia es útil à los hijos , ò interesados en semejantes caudales , que gozan Privilegios de menor , como el Mayorazgo , cuyos contratos de menores , en tanto subsisten , en quanto le son vitales , y no perjudiciales , de modo , que por la parte , que son gravosos , son nulos , y solo validos en quanto vitales. Ex tradit. à Hontalib. de Iure Superv. Goff. 2. num. 63. & 64.

64. Y ultimamente se afianza la exclusion de dicho argumento , no solo con la autoridad de cosa juzgada , que produxeron las providencias de la Chancilleria , sino tambien con la Executoria librada à favor de Don Salvador Montero , en fuerza de aver obtenido en el Recurso de mil y quinientas , en la que no se defalca cantidad alguna à la dotacion , que à este Mayorazgo se le consignò en la quenta , y particion de los bienes de la Fundadora , y los de su marido ; y no puede aver arbitrio para oponerse à la dicha Executoria , que no permite moderacion alguna en la dotacion de este Mayorazgo , con el pretexto de la figurada quiebra : mayormente à presençia de que reflexionada la misma particion se reconoce , que ambos Mayorazgos padecieron en ella la de 1737 reales , que se baxaron de el cuerpo de bienes , por dezir eran creditos incoobrables , y como libres se adjudicaron à Don Pedro Miota , hijo de los Fundadores , segun llevo expressado en el num. 8. de este Informe , y no fuera justo gravar con mas quiebras à la dotacion legitima de el Mayorazgo de esta Parte : en cuya inteligencia se convenze bien , el que hallandose adjudicadas à el Mayorazgo de Lugros los 1237. reales de creditos , y el importe de la Vara de Alguazil Mayor , no puede tener cabimento en el Mayorazgo de Don Diego Miota , que posee el Marquès el Heredamiento de Lugros , como dexò fundado en el num. 42. de esta defenfa.

65 **E**l quarto argumento propuesto por el Marqués, se reduce à dezir, que D. Pedro Miota, primero Possedor deste Mayorazgo, hizo algunas mejoras en el dicho Heredamiento de Lugros, y que en fuerza de ellas vale la Heredad mayores cantidades, que la en que se apreció al tiempo de la particion, y adjudicacion, y que no es justo privar de ellas al Marqués, aplicandolas con la Heredad al Mayorazgo de Doña Maria Muñoz; pero esta objecion se desvanecerá teniendo presentes los principios legales, à que se debe reducir este dubio, para lo qual es preciso advertir en el hecho, que las mejoras, ni abstracto consideradas, pueden ser nacidas, ò de la misma variedad del tiempo naturalmente, y sin dispendio alguno de los Possedores, y siendo de esta naturaleza, deben ceder, y ceden à la misma propiedad, de modo, que ningun Possedor las puede repetir. Cardin. de Luc. de Legit. Detract. discurs. 35. num. 43. ibi: *Aut agitar de illis, qua proveniunt ex beneficio natura, vel temporis, aut allevionis absque impensa, vel industria possessoris; & ista planum est spectare ad dominum rei, quem sequuntur, neque aliqua sub est ratio, ob quam spectare debeant ad possessorem, cuius ins resolutum sit.* Y si fueren las que se figuran de contrario de esta naturaleza, se convezne bien, que no las puede repetir el Marqués, à causa, de que desde el año de 683. en que se hizo la particion, y adjudicacion de la Heredad, es notorio, que à las tierras les ha dado mucho valor el mismo tiempo, sin costo de los Possedores.

66 Y si las mejoras, que se ponderan fueren originadas del desembolso de maravedises, que pudo aver hecho el expressado Don Pedro Miota, primero Possedor, como èl mismo lo enuncia en su Testamento, expressando, que avia hecho un Oratorio en dicho Heredamiento, y que avia dado algunas tierras inutiles à censo, para que los compradores las beneficiassen, y fabricassen Molinos, todavia no se pueden repetir semejantes mejoras por los Possedores, ni sus herederos en fuerza de lo decidido por la Ley 46. de Toro, y con mayor razon por lo respectivo à las hechas por los Censualistas de las tierras, que tomaron à censo, pues quando estas se pudieran repetir, debiera ser por los mismos Censualistas, que las han hecho, y no por el Marqués, por no ser parte para ello.

67 Pero procediendo con mayor claridad, y para la inteligencia de varias opiniones, que suscitan los Autores, sobre la decision de la Ley 46. de Toro, que prohibe la repetición de las mejoras hechas en bienes de Mayorazgo, se debe observar la diferencia notable entre las útiles, y necesarias, por quanto aquellas ceden à el Mayorazgo de tal forma, que ni el Poseedor, que las expendió las puede repetir, ni tampoco sus herederos, aunque sean hechas por tercero Poseedor; pero si fuesen necesarias, y precisas las impenfas, de modo, que sin ellas se huviera experimentado ruina precisa en los bienes de el Mayorazgo se pueden repetir, no por el mismo Poseedor de el Mayorazgo, ni sus herederos, por quanto tienen obligacion de reparar los bienes de su dotacion, sino por algun tercero Poseedor, en quien no se puede verificar precisión alguna, y solo con buena fee las expendió, dificultando, que los bienes no eran vinculados, sino suyos propios, y con esta distincion se componen bien las opiniones contrarias; y algunas Executorias, que se despachan en los Tribunales Superiores à los terceros poseedores, que ignorando la naturaleza de vinculacion desembolsaron sus caudales, y no siendo el Marqués de Lugros tercero poseedor, aunque se huviesen hecho algunas mejoras, no las pudiera repetir. *Ex tradit. à Dom. Castill. lib. 5. Controv. cap. 65. num. 101. vers. Dubium. ibi: Nam pro utilibus indistinctè adversus Maioratus successorem agere non potest, & contrarium tenentes decipientur:: pro necessarijs vero, & precisis adeo expensis, quod aliàs res Maioratus corruerent omnino; agere posse emptorem, qui bona fide expendit.*

68 De cuyos principios se infiere bien, que aunque en alguna forma se quisiera apreciar la declaracion testamentaria de Don Pedro Miota, primero poseedor de este Mayorazgo, en quanto aver hecho algunas mejoras, todavia no podia repetir las el Marqués actual de Lugros; lo vno, porque si es así, que las hizo el dicho primero poseedor, cumplió con su obligacion, y no le quedó accion alguna para sí, ni sus herederos à la repetición, en conformidad de lo prevenido expressamente en la dicha Ley 46. de Toro, y sus declaratorias; y lo otro, porque en todo caso, no se debe estar à la declaracion testamentaria de dicho primero Poseedor en perjuizio de el mismo Mayorazgo, ni la referida declaracion es capaz de discurrirse se podria aver hecho para semejante fin; y no aviendose justificado por otro medio

dio alguno legitimo la existencia de las mejoras que se alegan, debemos creer, que si huviesse algunas, son procedidas por la variedad de el tiempo, naturalmente, y sin dispendio alguno, ò por los Censualistas, à quienes perteneceràn como à Terceros, que con buena fee las han expendido, y no à el Marquès de Lugros; con que por todos medios se desvanece el argumento, que se haze de contrario con el pretexto de mejoras.

§. VIII.

SE SATISFACE A EL QUINTO REPARO DEL
Marquès.

69 **D**espues de concluso este Pleyto, se presentó por el Marquès vn quaderno de papeles, dando à entender, que contienen la particion extrajudicial, que en el año de 652. se enuncia averse hecho entre Don Diego Miota, como marido de Doña Maria Muñoz, hija heredera de Doña Ana de la Bella, y Don Francisco Muñoz, Viudo de la susodicha, por la qual se separaron convencionalmente los derechos pertenecientes à la dicha Doña Maria por muerte de su Madre, y las correspondientes à Don Francisco Muñoz, su Padre, y Suegro de el Marquès, que parece importaron 1527. reales, en que se incluyeron 47. ducados, mitad de la dote, que diò à la dicha Doña Maria su hija, quando contraxo el Matrimonio con Don Diego, y algunos creditos, que se debian à la casa de el Don Francisco Muñoz, el qual aviendo muerto en el año de 661. avia cobrado antes algunos de dichos creditos, y Don Diego Miota se apoderò de la herencia de dicho su Suegro, sin aver hecho inventario, ni descripcion: por lo qual, aviendo muerto despues Don Diego Miota, y hecho se la particion para sacar el hadeaver de la Doña Maria Muñoz, de la legitima paterna, por muerte de dicho Don Francisco Muñoz, se valiò el Contador de la transaccion, y particion hecha en el año de 652. en la que se consideraron por caudal de el susodicho los 1527. reales, los mismos que el Contador puso por hadeaver de la legitima paterna de la susodicha.

70 Con cuyo pretexto se quiere introducir por el Marquès juicio de agravios de la quenta, y particion vniversal, he-

hecha por muerte de Don Diego Miota . en quanto à la Doña Maria su muger , se le abonaron los 15277. reales integros de legitima paterna , alegando , que la dicha cantidad , aunque se considerò à el tiempo , que murió Doña Ana de la Bella , por perteneciente à Don Francisco Muñoz su marido en el año de 652. no consta , que huviesse permanecido en 9. años , que sobreviviò el susodicho ; antes bien en vida exigió algunas deudas , de que se compuso la summa referida , y los consumiria , y no existirian à el tiempo de su muerte , y que además los 477. ducados de la dote de su hija , se le consideraron en vacio , y estavan abonados por mayor en la dote de Doña Maria Muñoz , y que tampoco consta , que todo ello huviesse entrado en poder de el Don Diego Miota por muerte de el dicho Don Francisco su Suegro.

71 Cuya pretension , ni es admisible en este juicio , ni en otro alguno ; en este , porque solamente se trata , y se debe juzgar en el de la division particular de los bienes indistintamente adjudicados à ambos Mayorazgos , y no acerca de la Justicia , ò injusticia de la particion vniversal , en la que se encontraràn otros muchos interesados à quienes no se ha citado , ni se ha contestado por Don Salvador agravio alguno ; por averse deducido despues de concluso este Pleyto ; cuyo concepto se halla afianzado con la decision de el texto citado en el numero 13. de este papel : y aunque se quisiera introducir por el Marqués otro juicio vniversal de agravios à la dicha cuenta , y particion , citando à los herederos de los bienes libres de las herencias de Don Diego Miota , y Doña Maria Muñoz , y à los Legatarios de el quinto , todavia no fuera capàz de admitirse semejante pretension por los siguientes motivos legales.

72 Lo vno : es cierto conforme à Derecho , que vna vez hecha judicialmente la particion con Audiencia de los interesados , y recaido en su vista la aprobacion de Juez competente , aunque se pudieran oponer agravios fundados en el termino prevenido en Derecho , lo cierto es , que passado el tiempo correspondiente no son admisibles , à causa de que passados 30. años se prescribe qualquiera accion . que se pudiera deducir contra la particion vna vez aprobada : Ita Valasc. de Partit. cap. 39. num. 16. in fin. Ayor. de Partit. part. 3. quest. 3. num. 111. August. Barbof. in leg. Maioribus , C. comm. vtrinsque iudic. Y sien- do cierto , que desde el año de 684. en que se aprobò por la Justi-

cia la referida particion, han passado cerca de 60. años, se infiere bien no aver modo, ni medio alguno para admitir demanda de agravios, no solo en este juizio particular *communi dividundo*, donde esta Parte solo es legitima en la prorrata perteneciente al Vinculo, y mucho menos, aun quando se dirigiera dicha demanda contra los herederos de los bienes libres, por el transcurso de tanto tiempo.

73 Y lo otro, porque quando se quisiera parar la consideracion de la entidad de los dichos agravios, para reflexionar mejor, si eran, ò no admisibles, à causa de ser opinable entre los Autores, que contra la cuenta, y particion, aprobada por la Justicia, no se pueden admitir, sino fuessen hasta en cantidad, segun vnos de la mitad menos de lo que le podia tocar legitimamente al agraviado, y segun otros hasta la sexta parte. Extradit. à Valasc. de Partit. cap. 39. à num. 10. & 17. Todavia se hallarà, que los figurados por el Mayorazgo de Lugros, aun quando fueran ciertos, no pueden llegar, no solo à la mitad, pero ni aun à la sexta parte; por quanto haziendo el presupuesto figurado de que fuessen ciertos, su importe se debia convertir en aumentar la masa comun de los caudales, que quedaron por muerte de Doña Maria Muñoz, y Don Diego Miota su marido, en cuyo aumento serian interesados, no solo el Marquès, sino tambien los herederos de los bienes libres, los gananciales de la dicha Doña Maria, y los Legatarios en el tercio, y quinto, con cuyas prorratas quedarian reducidos dichos agravios à vna minima parte, que conforme à Derecho no es atendible. *Leg. Quamvis, ff. de cond. & demonstr. cap. Coram dilecto, de Offi. de leg. Leg. 1. §. Proinde. ff. de edil. edit. Giurb. de Conf. Mesan. cap. 6. Gloss. 10. num. 2.*

74 A que se llega la inverosimilitud, que contra si tienen los dichos agravios, pues reduciendose todos ellos à ponderar, que aunque en el año de 652. en que murió Doña Ana de la Bella, Madre de Doña Maria Muñoz, hecha la particion convencional del hadeaver de la herencia de la susodicha entre Don Diego Miota, y Don Francisco Muñoz, se hallaron por caudal precipuo de este los 1528. reales, es presumible, que por su muerte no existiera, à presencia de aver cobrado el dicho Don Francisco en su vida algunos creditos, de que se compuso dicha summa; lo que se desvaneece haziendose cargo, que lo que no huviesse existido en deudas, existiria en dinero efectivo, que se supone aver cobrado.

75 Y aunque tambien se quiere dezir de contrario, que los 48. ducados inclusos en 1528. reales, no eran efectivos, si solo considerados en vacio, como dados en dote à la Doña Maria Muñoz su hija; lo cierto es, que este concepto no tiene mas prueba, que un papel extrajudicial, presentado por el Marqués, diciendo ser la misma particion original, que se hizo por muerte de la dicha Doña Ana de la Bella, y se desvanee con la otra quenta, y particion posterior, hecha por muerte de Don Diego Mota, en la que se concluye debersele hazer cargo al caudal de dicho Don Diego por legitima Paterna de Doña Maria Muñoz de los expresados 1528. reales integros, esto por quanto aviendo muerto el expresado Don Francisco Muñoz, y debiendo hazer inventario de sus bienes, tuvo la omision, ò cautela de mezclarse en la dicha herencia, sin quenta, ni razon, pudiendo ser verosimil, que el dicho Don Francisco Muñoz desde el año de 52. en que se le considerò dicho caudal, hasta el de 61. en que murió, pudo aver adquirido mas bienes, y si se huviera hecho inventario, como debió el Don Diego, se huviera hallado mas efectos, por lo qual reconociendo el Contador, que la dicha omision, ò cautela no debió perjudicar à la Doña Maria, ni à su hadeaver, sacò del caudal de su marido la dicha cantidad sin defalco alguno, y las Partes, que entonces asistieron à la quenta, y particion, con mas pleno conocimiento, que el que puede tener el Marqués actual, la consintieron, y por esto recayò la aprobacion de la Justicia: mediante lo qual, se convenue bien, quan ageno es el intento del Marqués de este Juizio: *Ex leg. Mela, vers. Sed si alimenta, ff. de alim. & cibarij. leg. ibi: Eius tamen temporis praestatio expectabitur, quod proximum eius morti fuit.* Mostaz. lib. 3. cap. 2. num. 21.

76 De cuyos fundamentos se halla bastantemente acreditada la Justicia, que asiste à Don Salvador Montero, y el ningun derecho del Marqués: por los quales, y demàs, que V.S. se servirá tener presentes, le suplica esta Parte, se sirva determinar à su favor. S. I. O. V. D. C. Granada, y Noviembre 15. de 1742.

Lic. Don Pedro Garayta
Goytia.

Lic. Don Isidro de Titto
y Olea.

