

8

P O R

EL LICENCIADO DON IOSEPH
Lopez, Beneficiado de la Parroquial de la
Villa de Cifuentes.

EN EL PLETO DE APELACION

C O N

DON LVIS IOSEPH GONZALEZ ; POR
Doña Geronima Lopez su muger.



RETENDE El Lic. Don Ioseph Lopez V. md. se ha de seruir de confirmar la sentençia del Prouisor de Siguença, desestimandolo que Don Luis Gonzalez alega, y en esta segunda instancia a deducido: Y para mayor conocimiento breuemente se supone por hecho cõstante, y verdadero del pleito: Que

auiendo muerto Geronima Sanchez, madre de los litigantes, se compraron, y celebraron transaccion fol. 12. en la qual por los bienes, que Dõ Luis, y su muger recibieron del Lic. Don Ioseph Lopez su hermano se cõfessaron por contentos, y pagados de las legitimas paterna, y materna, confessando valian los bienes que recibian mucho mas de lo que les podia tocar de sus herencias; y en la transaccion hizieron gracia, y donaciõ perfecta de todos los derechos, y acciones, que pudiesen tener a dichas herencias, con clausulas amplisimas a fauor del Lic. D. Ioseph Lopez su hermano.

2 Con que al Lic. D. Ioseph Lopez le assiste el derecho de la transaccion para que se este, y passe por ella, sin embargo de qualquier reclamacion, que contra ella se oponga: nam qui transactiõne nititur fundatam habet intentionem. *Surd. consf. 45 n. 27. es 30. Franquis decis. 159. n. 6. Censal decis. 44. n. 3. Merlin. post trabt. de pignorbis decis. 123. n. 1. nec minorem obtinet auctoritatem, quam res iudicata l. non minorem C. de transactiõibus, tradit ex alijs Valeron de transactiõibus in proem. a n. 40.*

3 Reconoce Don Luis ser cierto lo referido, y para excluir la

A in-

intencion de derecho, en que se funda el Lic. D. Joseph Lopez, quiere persuadir se halla lesso, y damnificado en mas de la mitad del juito precio, porque transgrio la herencia de los Padres de su muger, que dize, importò nouenta y nueue mil reales, por menço de dos mil ducados, quo in casu transactio rescindi debet, per tradita Valeron *de transactionibus tit. 6. q. 2. an. 31.*

¶ Y aunque esta doctrina fuera corriente, y sin opuesto (por fundarse la opinion, que no admite lesion enorme, ni enormissima en las transacciones en fundamentos legalissimos de derecho, vt est videre per eundem Valeron *d. q. 2. an. 1. Responde ad 30.*) En el caso de este playto corre sin opuesto no deuerse admitir lesion enorme, ni enormissima para efecto de rescindir la transaccion, y sin embargo della queda firme, y estable la transaccion, porque siempre que en ella interviene donacion de los transigentes donando el exceso, caso que le aya, respecto de lo que recibe, no se puede alegar lesion enorme, ni enormissima contra la transacciõ, donacione firmata, vt tradunt Anton. Faber *in C. tit. si aduersus transactio- nem diffinit. 1. ex alijs Valeron d. q. 2. n. 34.* Ea ratiõ; quia sicuti donatio ex mera liberalitate proficiscens non potest rescindi prætèxtu læsionis, vt tradunt Molina *lib. 2. de primog. cap. 3. n. 30.* Rodriguez *de annuis redditibus lib. 1. cap. 11. n. 30.* Castillo *de tertijs cap. 18. n. 73.* Hermosilla *in l. 36. gloss. 4. n. 107. tit. 5. p. 3.* Barbosa *in l. 2. C. de rescind. vendit. n. 57. C. voto 25. n. 61.* Noguero *de legat. 6. n. 30.* Otea *de accessione inr. tit. 3. q. 1. n. 24.* Ita similiter transactio, in qua donatio transigentium inter fuit, rescindi prætèxtu læsionis non valet. Vt ex DD. supra relatis resoluit Valeron *d. q. 2. n. 54. C. 55.*

3 Y quando admitieramos, que esta transacciõ se podia rescindir por la lesion enorme, ò enormissima, como quiere persuadir D. Luis, para conseguirlo le falta motiuo; porque es cierto, y constante no importò la herencia de los Padres de los litigantes aun quatro mil ducados, como esta probado, y para su parte, y pago de ella le dio el Lic. Don Joseph Lopez en los bienes que refiere la transaccion mas de treinta mil reales, como esta probado.

6 Ni el cumulo de hazienda, que Don Luis quiere persuadir es de atencion; porque de los nouenta y nueue mil reales, que quiere importe la herencia, se han de sacar las partidas siguientes.

7 Primera, las casas, que fueron proprias del Lic. Juan Lopez, Tio de los litigantes, como consta de la escritura de veta fol. 166. & seqq. que junto con su hermano Francisco Lopez, de ellas, y otros bienes fundaron vinculo, consta de la fundacion à fol. 172. Y aunque despues de la muerte de Juan, Francisco Lopez sac. de la fundacion del vinculo las casas, y otros bienes, con su jesto de que la fundacion se auia hecho de bie-

nes comunes, y como libres se las mandò à Geronima Sanchez: este legado no pudo subsistir, ni por el se aumenta la herencia de Geronima Sanchez, como se prueba de lo siguiente.

8 Primo, porque aunque regularmente sea valido el legado de cosa agena, y por el el heredero tenga obligacion à dar la cosa legada, vè diendola el dueño de ella por su justo valor, ò prestar la estimacion della iuxta tradita à DD. *in S. non solum §. inf. delegatis. Cum similibus*, y por esta regla pretende Don Luis tiene Don Lope obligación de poner por cuerpo de bienes de Geronima Sanchez treinta y siete mil reales, que dize valen dichas casas. En el caso de este pleyto no se puede aplicar esta doctrina, y el legado, ni su estimacion se debe, porque para que subsista el legado de cosa agena, es necessario, que el testador quando la lega sepa que es agena, y legandola, presumiendo que es suya, como en el caso deste pleyto, en que Francisco Lopez mandò estas casas à Geronima Sanchez juzgando ser suyas, el legado, ni su estimacion se debe *d. S. non solum vers. forsitan enim. Pichard. ibi n. 12.*

9 Y aunque D. Luis intenta se ha de limitar esta doctrina en caso, q̄ el legado se dexa à persona cõiuncta, quo in casu, sin limitacion de ciencia, ò ignorancia del testador se debe pagar el legado, ò su estimacion, como lo refueluen Gomez *uar. 1. cap. 12. n. 13. vers. tertio intellige Ayllon ibi n. 15. vers. item addendum est.*

10 A el caso presente no se pueden aplicar estas doctrinas, y limitacion, que de ellas resulta; suponiendo, como es cierto, que el Lic. Francisco Lopez, que legò las casas tenia en ellas algun derecho, ora este fuesse personal, ò real, en cuyo caso, aunque se dexa el legado à persona coniuñcta no se debe la cosa legada; ni su estimacion, sino solo el derecho que el testador tenia en ella; y siendo derecho, que por su muerte se extingua, y acabaua innane *redditur legatum*, por no ser visto legar mas, que el derecho que tenia en la cosa el testador *l. fisco. 36. ff. de usufruct. legato. l. quod in rerum 24. §. 1. ff. de leg. 1. vbi Bart. & omnes antiqui Gomez in d. cap. 12. v. 15. vers. quod est verum; & procedit. Couar. in cap. filius noster n. 2. post med. de testamentis, alijs relatis Gracian. disceptat. forens. tom. 4. cap. 611. n. 24. pluribus relatis Zyriac. tom. 3. controuers. 545. à num. 9. vbi tradit ab hac opinione non esse recedendum in iudicando, & consulendo. Idem tom. 4. controuers. 660. v. 10.*

11 Y es sin controuersia cierto en derecho, que todas las vezes que el testador lega vna cosa agena, en la qual tiene algun derecho, el heredero no queda obligado en virtud del legado à dar la cosa, ni su estimacion; por ser visto no auer tenido el testador voluntad de legar mas que el derecho, que tenia en la cosa legada, ora lo sepa el testador, ora lo ignore, y se dexa el legado à persona coniuñcta, tradunt Zyriac. *d. controuers.*

vers. 545. n. 12. Pichard. in d. 9. non solum 5. n. 16. 18. et 28. Anton. Gomez d. cap. 12. n. 15. Couar. in d. cap. filius noster n. 2. Menchaca de successor um progressu lib. 3. §. 21. n. 5. Mantica de comestur. vltimar. volut. lib. 9. tit. 2. n. 7. Gracian. d. cap. 611. n. 4. et 24. Zyriac. tom. 4. controuers. 660. n. 11.

12 Entanto es cierto, que no se debe la cosa legada, ni su estimacion, sino tan solamente el derecho, que el testador tenia, y siendo este finible por su muerte, y personal, en virtud del se mantiene el legado, sin quedar por el el heredero obligado à nada, ni por razon de semejante legado poder ser conuenido, quia inane redditur legatum, como explicando la *l. uxor patris C. de legatis resoluuit gloss. ubi uerb. non potuit, & tradit Anton. Gomez d. cap. 12. n. 15. vers. quod singulariter extendit; ad quod adducit text. in l. quod in rerum, §. 1. de legat. 1. Peregrin. de fidei commiss. art. 6. n. 15 et 16. Couar. in d. cap. filius noster n. 2. Gutierrez conf. 18. à n. 72. Azeved. in l. 2. tit. 6. lib. 5. recopil. n. 4. 6. 8. 10. et 22. pluribus relatis Castillo de usufructu in cap. 611. n. 17. quibus addendus est cum relatis Zyriaco tom. 3. controuers. 545 à num. 9. et tom. 4. controuers. 660. n. 12. Cum pluribus Fontanella de pact. nuptial. claus. 6. gloss. 3. p. 6. tom. 2. à num. 44. Tulch. lit. L. conc. 63. n. 30. et 34.*

13 Doctrina que procede aunque el testador solo tenga en la cosa que lega el usufructo, para que en virtud del se mantenga el legado, sin quedar obligado el heredero à su paga, ni satisfacer la estimacion de la cosa legada, vt resoluuit Pichard. in d. 8. non solum 5. ex n. 28. usque ad 36. & conducunt tradita à Zyriaco d. controuers. 545. n. 18. Cancer var. 3. cap. 20. n. 193. Fontanella de pact. nuptial. tom. 2. claus. 6. gloss. 3. p. 6. n. 44. Y el Lic. Francisco Lopez, que legò no solo tenia en las casas el usufructo de ellas, sino tambien facultad de nombrar sucesor al vinculo; y mayorazgo, y para el nombrò por primera poseedora à Geronima Sanchez, madre de los litigantes, con que cumplio, y sus herederos no pueden pedir la estimacion del legado, ni menos la cosa legada, por no ser visto el testador quiso legar mas que el derecho que tenia a las casas que mandò, ni este legado pudo aumentar la herencia de Geronima Sanchez, ni menos se puede poner por valor de su herencia la estimacion de dichas casas; porque no substitio el legado en mas de lo que el testador tenia en la cosa legada *d. l. uxor patris C. de legatis l. qui in rerum §. 1. de legat. 1. l. fidei in fine ff. de usufructu legato. Alexand. conf. 192. n. 14. vol. 6. Natta conf. 502. n. 33. et 36. Peregrin. conf. 611. n. 7. vol. 2. pluribus relatis Zyriac. tom. 4. controuers. 660. num. 2.*

14 Con que viene preciso auerse de baxar del valor fantastico de los nouenta y nueue mil reales, que Don Luis supone importò la herencia de Geronima Sanchez, los treinta y siete mil reales, que suponen vale las casas legadas, q̄ son del vinculo, q̄ fundaron Iuan, y Francisco Lopez hermanos.

15 En tanto es cierto lo referido, que si el testador legare vna cosa que el poseia con obligacion de restituirla despues de su muerte à otro, de forma, que muriendo el se debe al fideicommisario, al heredero no se le puede obligar por el legatario à que le entregue la cosa legada, ni su estimacion, nam quoties quis legat rem subiectam fideicommisso per eius mortem alteri restituendo, nec res, nec estimatio debetur legatario, vt ex alijs resoluit Zyriaco *d. controuerf. 660. n. 11.* lafon *conf. 109. per totum et ol. 4.* Nicol. Bellon *conf. 9. n. 5.* idem Zyriaco *centro- uers. 545. n. 22. vbi n. 17.* resoluit idem obseruari, & si legatur comitibus personz, y lo mismo resoluió in *d. controuerf. 660. n. 10.* Fótarella *d. glos. 3. n. 44.* Cancer *d. cap. 20. n. 293.* Con que auiendo quedado estas casas vinculadas por la fundacion, que en ellas hizo el Lic. Juan Lopez, como consta de su fundacion fol. 174. B. y lo tiene assi reconocido Don Luis ante el Vicario de Cifuentes, consta fol. 182. Francisco Lopez no pudo mandarlas, ni por semejante legado quedò obligado el Lic. D. Joseph Lopez, heredero de Francisco Lopez à entregar la cosa legada, ni su estimacion, esto sin distincion, ora ignore, ora sepa el testador tenia semejante carga la cosa legada, vt ex alijs tradit Zyriac. *d. controuerf. 545. n. 12.*

16 Vterius, & ex alio capite se prueba no estar obligado el Lic. D. Joseph Lopez, como heredero de Francisco Lopez à pagar el legado de las casas, ni su estimacion, siendo como es cierto, que estas casas quedaron vinculadas, y inalienables por la muerte del Licenciado Juan Lopez, que por ser suyas, y compradas por el, como consta de la escritura de venta à fol. 166. assi se ha de presumir, nam quoties quis emit aliquam rem, eius efficitur, vt est necum, esto aunque se proba la auia pagado con dinero ageno *l. si ex ea pecunia 6. C. de res indicat. l. ad probationem 21. vbi Bald. sub n. 1. C. de probat. Farinac. decif. 607. sub n. 2. p. 1. vltim. Zyriac. tom. 1. controuerf. 36. n. 3.*

17 Con que auiendo vinculado Juan Lopez las casas por su muerte se hizierò inalienables, sin que se pudiesen legar, y legadas por Francisco Lopez, el legado no subsiste, ni por el se puede obligar à heredero à que le entregue, ni menos su estimacion, por ser regla cierta, q̄ en las cosas de vinculo, ò mayorazgo no subsiste el legado, ni por el queda obligado el heredero à pagar la estimacion, como lo resuelven Richard. in *d. §. non solum 5. inf. de legatis n. 49.* Que lada diuers. *quassien. cap. 24. num. 10.* Ayllon *ad Gomez ruar. 1. cap. 12. ad n. 13. ni 15.* Mierès *de maioratibus tom. 2. q. 40. à n. 2. p. 4.* Zyriac. *rem. 4. controuerf. 660. à n. 11. et n. 10. et controuerf. 545. n. 22.* Valdes *ad Suarez in l. quoniam in prioribus ampliat. 7. ad n. 4.* Gomez *ruar. 1. cap. 5. n. 24. illat. 25.* Tuschali. *Lib. 6. c. 3. n. 35*

18 Y aunque Rodrigo Suárez *in l. quoniam in prioribus ampliat.* 7. n. 4. fue de sentir vale el legado de la cosa de vinculo, ò mayorazgo: esta doctrina no se puede defender, por no estar en poder del heredero entregarla, por deberse reservar à los sucesores del vinculo, ò mayorazgo, y que *in infinitum*, en cuyo perjuizio no puede ningun testador disponer, ni legar las cosas de mayorazgo, iuxta regulam *text. in l. id. quod nostrum ff. de reg. iur. l. 1. 3. tit. ult. p. 7.* Ni el heredero, sucesor en el mayorazgo, puede consentir en semejante legado en perjuizio de los llamados *non debet ff. de rog. iur. & tradit. Mieres d. 9. 40. n. 10.*

19 Vnde Couar. *in cap. filius voster n. 4. de testamentis*, moderò la opinion de Suarez, afirmando se debe entender de dos maneras, para efecto de que valga el legado, y no se frustre la voluntad del testador. Primero pagando el heredero la estimacion de la cosa legada; que no se puede defender, *vt tradunt relati num. 17. & postea dicitur.* Segundo, q̄ el heredero grabado dexa al legatario por los dias de su vida el usufructo de la cosa legada, con esta segunda limitacion corren Paris *conf. 57. n. 25. lib. 3.* Valdes *in d. ampliat. 7. ad n. 4.* Y con esta calidad se ha cumplido, supuesto, que à la legataria nombrò por poseedora del mayorazgo Francisco Lopez, en virtud de la facultad, que para ello tuuo de su hermano, y Geronima Sanchez, en el tiempo, que sobreviuio à Francisco Lopez, y ò los bienes del vinculo; con que à su heredero en virtud del legado no se le puede conuenir.

20 Menos es de atencion la distincion, que para este proposito trae Gregor. Lopez *in l. 10. tit. 9. p. 6. verbo de la comprar*, donde constituye diferencia del legado de cosa de mayorazgo, fundado con facultad Real, ò sin ella; ita taliter, que si es fundado cò facultad Real, ni la cosa legada, ni su estimacion se debe: at vero si priuata autoritate maioratus est constitutus debeat estimatio.

21 Verum ijs non obstantibus certissimum est, no se debe el legado, ni su estimacion, aunq̄ el vinculo sea fundado sin facultad Real; porque es cierto los bienes de vinculo, ò maiorazgo son inalienables sin distincion de si es fundado con facultad, ò sin ella, y entre ellos no le da diferencia, Molina *de primogen. lib. 1. cap. 1. n. 25.* vbi Maldonad. Molina *lib. 2. cap. 9. n. 57.* Gutierrez *pract. lib. 2. q. 85.* Ioann. Garcia *de expens. cap. 13. n. 46. et de coniugal. acquist. n. 89.* Y todas las vezes que se lega vna cosa, que de su naturaleza no se puede enagenar, ni el legado vale, ni à la estimacion està obligado el heredero *d. 9. non solum 5. corrs. sed sita lis sit res. iust. de legatis.* & tradunt Pichard. & supra adducti *num. 17.*

22 Y siempre que para la enagenacion es necessaria licetia, y facultad Real, como se requiere, para qualquier enagenacion de cosa de

de vinculo, ò mayorazgo se estima por imposible, y como tal en ella
no consiste el legado, ni el heredero queda obligado à pagar su estima-
cion interminis Quefada, & Mieres *supra* n. 6. Anton. Gomez *var.* 1.
cap. 5. n. 24. *ill.* 1. 2. 5. adductus à Padilla *in l. prae dia C. de fideicommiss.* n. 2. fol.
44. Zyriac. *d. controuers.* 545. n. 22. & *controuers.* 660. n. 11. Tusch. *lit. L. i. c.*
63. n. 35. Lo mismo refueluen en caso de legarse cosa feudal, para efe-
cto de que no valga el legado, ni se deba su estimacion Bald. *in cap.* 1. §.
donare. n. 3. *qualiter olim feudum alien. pot.* Alex. *in l. apud Iulianum §. constat*
de legat. 1. Alexand. *conf.* 19. n. 2. *lib.* 6. Natta *conf.* 302. n. 33. pluribus rela-
tis Fachin. *lib.* 5. *controuers.* cap. 37. cum alijs Mieres *d.* 9. 40. n. 5. Julio
Clar. §. *feudum quæst.* 40. n. 4.

23 De la manera que el legado platearum, ò otras cosas, qua-
rum non est commercium, no se debe, ni su estimacion *d. S. non solum* §.
Cum similibus; ita similiter no subsiste el legado de las cosas de vincu-
lo, y mayorazgo; por ser la possession, y dominio; que el possedor tiene
de sus bienes limitado, como el que se considera en aquel, qui habet pla-
tearum vsu. los quales aunque v. lende ellas, es limitado tanquam ad
res alienas, in quibus non est libera, neque absoluta dispositio, como la
tamente lo prueba Mieres *d.* 9. 40. n. 7. & tunc nec legatum, nec estima-
tio debetur Zyriac. *d. controuers.* 660. n. 11.

24 De que se infiere, que en todos los casos en que no se pue-
de hazer enagenacion, sino es interviniendo facultad Real, como es en
los bienes de vinculo, ò mayorazgo, no subsiste el legado; ni el herede-
ro queda ad aliquid obligatus, & legatum est inefficax Mieres *supra* n. 8
& conducunt tradita à Parladoro *lib.* 2. *quæst.* cap. 3. n. 51. donde afirma,
que si vno promete vna cosa, que es de vinculo, ò mayorazgo ex vi ta-
lis stipulationis non remanet obligatus, neque ad rei præstationem; ne-
que ad eius estimationem; por no estar en su facultad poder entregar
la cosa, cuya posibilidad es necessaria para que en su defecto quede obli-
gado à pagar la estimacion, y solo depender semejantes enagenaciones
de la voluntad del Principe, quod sufficit, vt impossibile iudicetur, nã
quod à Principis voluntate dependet, impossibile iudicatur *L. apud Iu-
lianium §. constat. ff. de legat.* 2. ibi quoniam commercium eorum, nisi iussu Princi-
pis, non est, cum distrabi non soleant. Larrea *allegat.* 82. n. 7. Mieres *d.* 9. 40. n.
6. *in fine.* Tusch. *lit. L. cont.* 63. n. 35.

25 Y lo que mas es, quod est difficile reputatur impossibile
L. cum plures §. vestimenta ff. locati. l. cum sane, vbi glos. ff. de ijs qui eiecerunt,
vel effuder. Gamma *decis.* 21. n. 3. neque dici potest fieri, quæ sine dispõ-
satione fieri non potest Castillo *in l.* 11. *Tauri n.* 4. 5. & 6. *l.* 49. *tit.* 5. *par.*
vbi Gregor. Lopez, Ioan. Garcia Falcon *reg.* 40. n. 2. Cald. Perçyra *de ho-*

minat; emphit. q. 10. n. 30. et 31. Cephal. consil. 304. n. 1. et consil. 407. n. 41. lib. 2. Y como los bienes de vinculo, o mayorazgo no se puedan enagenar sin facultad Real, y interviniendo justas caulas, ni en los bienes de mayorazgo se de comercio, sino es en favor de los llamados, y en ellos no subsiste el legado, ni se debe su estimacion, pluribus relatis Mieres d. q. 40. n. 6. 7. 8. 21. et 22. et à n. 26. et 30.

26 *Ni la distincion de Gregor. Lopez in ill. 13. et ubi in materia de ellos, se puede defender, porque la propria prohibicion, que se considera para la enagenacion de bienes vinculados con facultad Real, se considera en los vinculos à quolibet testatore fundados, cuyos bienes no se pueden enagenar sin que intervengan las calidades, que se requieren para la enagenacion de bienes de mayorazgo fundado con facultad Real, vt notum est, tradit Mieres d. q. 40. à n. 6. cum seqq. y en bienes, que se han de restituir per fideicommissum tradit ex pluribus Zyriac. locis supra relatis. Sequitur glos. in 1. sed si res ff. de legat. 1. glos. 1. vbi asserit, quod legatum rei, cuius non est commercium, non valet, nec quæd estimationem: & idem si commercium haberi potest magna et in difficultate. Mieres supra n. 26. Ioan. Faber in d. S. non solum 3. in ff. de legat. n. 4. Y ya se reconoce con quanta dificultad se permite la enagenacion de semejantes bienes.*

27 *No puede D. Luis esforçar su intento, para que el Lic. D. Joseph Lopez ponga por cuerpo de bienes los treinta y siete mil reales, que supone valen las casas, que à Geronima Sanchez maridò por su testamento el Lic. Francisco Lopez, siendo de mayorazgo, valiendose para ello de la doctrina de Mantica de consil. et estimat. volum. lib. 9. cap. 11. donde en el n. 8. despues de auer referido los fundamentos, que se consideran pro vtraque parte, sobre si se ha de mantener el legado de la cosa de feudo, se fuele d. n. 8. se mantiene semejante legado en la estimacion, de donde infiere D. Luis se ha de resolver lo proprio en el legado de cosa de mayorazgo, por ser valido el argumento de vno à otro, vt tradunt Gama decis. 51. n. 14. Gomez in l. 40. Tauri n. 91. Mieres de maioratibus 2. p. q. 6. n. 26.*

28 *A que se satisface, à demas de ser controuertida la opinion de Mantica, vt tradunt Fachineus, & alij supra n. 23. adducti, quibus addendus est tñ relatis Marinis in obseru. ad decis. 359. n. 1. et res. creberius apud eos. Corre distinta razò en el feudo, q̄ en el mayorazgo, acuya causa no procede, ni es seguro el argumento, que se infiere del feudo al mayorazgo; imò potius diuersi mode regulatur feuda, ac maioratus, feudum enim regulariter diuiduum est, exp. 1. de iurces. feudi in resibus feudor. Maioratus autem indiuiduus. Como lo explican, refiriendo otras muchas dif-*

5.
tinciones, y resolviendo no ser valido el argumento de feudo ad maioratum, Couar. var. 1. cap. 15. n. 14. Burgos de Paz in proemio legum Tauri à n. 72. Padilla in rub. C. de fideicommiss. n. 7. Pinell. de bonis maternis 3. p. n. 99. Parlador 3. p. different. 19. à n. 2. Molina de primogen. lib. 1. cap. 7. n. 5. Castillo tom. 6. controuers. cap. 141. n. 12. Sesse discif. 308. Intrigliol. de feudis centur. 1. q. 57.

29 Con que viene preciso auer de sacar del monton fantastico de hacienda, que Don Luis supone quedò de Geronima Sanchez, los treinta y siete mil reales, que supone valen las casas, que vinculò Iuan Lopez, y a Geronima Sanchez legò Francisco Lopez.

30 Menos es de atencion los diez y ocho mil reales, que Don Luis pone por cumulo, y cuerpo de herencia de Geronima Sanchez, madre de los litigantes, que por auer sobreviuído à Doña Clara Lopez su hija supone la heredò los diez y ocho mil reales, que esta lleuò en dote al tiempo que casò con Iuan Rama.

31 Esta pretension carece de fundamento asì en hecho, como en derecho, porque es constate que Doña Clara hizo testamento, y en èl mandò a su marido todos los bienes muebles, y los rayzes dexò al Lic. Francisco Lopez su Tio, que como consta de las capitulaciones matrimoniales fol. 58. fue èl quien dio el dote, y este en virtud del testamento los poseyò, y gozò.

32 Sin que sea de atencion no mantenerse el testamento, en el qual no se halla instituido aquel que segun derecho deba suceder. A que se satisface con dos medios, que son principios ciertos en derecho: Primero, q quando el testamento es nulo por defecto de exheredar, ò preterir à quien es preciso instituir, esta nulidad se excluye; porque testando de consentimiento de quien era preciso instituir exheredandole, es valido el testamento, ora este consentimiento sea expreso, ò tacito, que resulta de no reclamar contra el testamento, y tiene los propios efectos, que renunciacion de la legitima, y herencia l. pen. §. ult. l. ult. l. si pars. §. ult. §. l. nihil inter est, ff. de iustic. testam. l. 5. §. 6. tit. 8. p. 6. traduce Molin. de iustit. §. iure tract. 2. disputat. 175. vers. si quis post mortem eius fol. mibi. 1030. §. de maioratus disputat. 579. n. 37. Gomez in l. 22. Tauri n. 5. §. tom. 1. var. cap. 11. n. 4. Couar. in cap. Reynald. §. 2. n. 2. §. 5. de testamentis Molina lib. 2. de primogen. cap. 3. n. 7. Con que por el tacito consentimiento, que resulta de no auer reclamado Geronima Sanchez contra el testamento de su hija Doña Clara, fue visto consentir en su exheredaciò, y por èl validar la institucion, que Doña Clara hizo en su testamento.

33 Segundo, porque es corriente en derecho, que caso, que fuese nulo el testamento de Doña Clara, este se validò por no auer

reclamado contra él, y dicho de nulidad sus Padres en su vida, en cuyo caso sus hijos, y herederos no pueden intentar este derecho; cum certú in iure sit, ius dicendi nullum testamentum, eo quod pater, aut filius fuit prateritus, & non fuit heres institutus, ad suos heredem non transmittitur, & firma redditur institutio à filio, vel à patre facta, vt constat ex traditis à Bald. in l. fin. ff. de Tertullian. et in l. 2. ad fin. C. deliber. praterit. Alexand. in l. cum ir antiquioribus C. de iure deliberandi Pichard. in rub. tit. inf. de adoptionibus in explicat. text. in l. si adrogator. 22. ff. eodem tit. n. 12. rers. Plane hoc ius dicendum nullum. Zeballos comun. q. 777. à num. 11.

34 Y esto se haze mas evidente en vista del testamento de Doña Clara Lopez, en el qual dispuso de sus bienes, y su disposicion se observò à vista, ciencia, y paciencia de Geronima Sanchez, madre de los litigantes, en cuyo caso, aunque el testamento minus solemniter se huuiera celebrado queda firme, y estable, aunque en él falten las solemnidades, quæ alias intervenire debebant, vt tradunt Craucta conf. 101. n. 4. vol. 1. et conf. 274. Marefcot. rvariar. resolut. lib. 1. cap. 81. n. 7. Gaito de credito tit. 1. cap. 3. n. 47.

35 Tanto mas enunciandose en el testamento tener Doña Clara licencia de sus Padres, quo in casu verba enunciativa plene probant, & inducunt dispositionem omnino exprellam Genua de rerbis enunciativis lib. 3. q. 1. n. 3. y en virtud de la licencia auer testado, y instituido à sus Padres en vna parte de su herencia, con que no se puede oy disputar de viribus testamenti, y queda firme, y estable aunque en él falte alguna solemnidad, auiendo los interelados à él pasado por él, y no reclamado. Marefcot. Craucta, & Gayto supra.

36 Con que tambien es preciso auerse de rebajar del monton, y cuerpo de hazienda, q supone Don Luis en Geronima Sanchez, madre de los litigantes los diez y ocho mil reales, que importò la dote que lleuò Doña Clara al matrimonio con Juan Rama.

37 Tambien es preciso auerse de rebajar de este cuerpo, y monton de herencia los cinco mil reales, que supone Don Luis, Matias Sanchez mandò à Doña Mariana de S. Diego, Religiosa en el Còuento de Belen. En esto no ay probança ninguna en los autos, y los testigos se remiten solo al testamento, de que no consta, ni caso que constara, este es derecho que Don Luis puede deducir, por ser proprio de la Religiosa, como se deduce de la deposicion del Lic. Francisco Rama, testigo de Don Luis a la pregunta 8. de su Interrogatorio fol. 110. B.

38 Con que tambien es preciso rebajar del monton de herencia, que supone Don Luis, sesenta mil reales, y viene à quedar solo por bienes de la herencia treinta y nueue mil reales, y para la mitad, que

que à Don Luis tocò, Don Iosph por la transaccion le dio en los bienes, que se refieren en ella veinte y seis mil y quatrocientos reales, como està verificado. Esto ademas de auer se encargado, Don Ioseph en pagar todos los reditos del censo de ducientos y cinquenta ducados de plata, que sobre la hazienda de los Padres de los litigantes estàua impuesto, y obligarse à pagarle, y redimirle. Añsi mesmo Don Ioseph pagò en virtud de la transaccion, y cumplio los testamètos de sus Padres, que importò mas de quatrocientos ducados, con que à Don Luis no le queda intento para lo que pretende, y solo Don Ioseph pudiera poner este pleyto, intentando lesion para rescindir la transaccion.

39 Menos es de atencion lo que Don Luis de nueuo pretende, tener obligacion el Lic. Don Ioseph Lopez, como heredero del Lic. Francisco Lopez su Tio à darle satisfacion del dote, que ofrecieron los Padres de Geronima Sanchez, quando se tratò de casar con Luis Lopez, por auer sido fiadores del sus hermanos Iuan, y Francisco Lopez, en esta pretension, como en lo demas carece de fundamento, que apoye su intento Don Luis, anfi porque no consta del recibo, como, porque los fiadores no quedan obligados, ni por virtud de semejante fiança pueden ser convenidos, por estar por derecho reprobada la fiança de dotes *l. 1. et toto tit. C. ne fideius. dotium dentur Ant. Faber in C. lib. 5. tit. 14. definit. 1. Rodriguez de annuis redditibus lib. 2. q. 12. n. 4. Anton. Gomez in l. 53. Tauari n. 26. Gutierrez de iuramento p. 1. cap. 21. Fontanella de pact. nuptial. tom. 2. claus. 12. gloss. unica à n. 17. racion. tom. 2. disceptat. cap. 233. n. 3. Tufch. lit. F. conc. 332. per totam.*

40 Ni puede Don Luis esforçar su intento en esta parte cõ la renuncia, que el Lic. Francisco Sanchez hizo en la escritura de capitulaciones deste derecho; por que es corriente, y sin controuerfia, no queda obligado el fiador, aunque en la obligacion renuncie el derecho, ò ley que prohibe se admitan las fianças para seguridad del dote, qua renuntiatione non obstante fideiussores non obligantur, iuxta omnium interpretum sententiam in d. l. 1. & tradunt. Acurf. gloss. vlt. ad fin. Bart. n. 3. in l. 2. eodem tit. vbi Bald. & Salycet. Bald. Nouellus de dote 6. p. privileg. 21. num. 5. vers. quarto limita. Gomez supra d. n. 26. vers. et in tantum. Gutierrez alios referens, d. cap. 21. n. 13. Grac. disceptat. cap. 735. n. 2. Tufch. supra n. 6.

41 Y es la razon, porque la ley prohibitiua no es renunciabile, aunque las partes expresamente la renuncien, vt docet gloss. verbo committatur in cap. statutum in princ. de rescriptis in 6. et in l. à Diuo Pio verbo actionem, ff. de ritu nuptiar. cum pluribus Heringius de fideiussoribus cap. 6. n. 15 8. Gratian. d. cap. 735. à n. 2. D. Martin de la Reategui lib. 8. selectar. cap. 13. n. 6.

42 Lo demas que Don Luisha deducido en este pleyto no tiene apoyo en los autos, a cuya causa omitimos el satisfacer en particular, y parace preciso auerle de confirmar la sentencia del Ordinario de Siguença: así lo esperamos, salva in omnibus D.V.D.C.

D. Lope Ochoa de Velendiz

Dr. D. Juan Ochoa de Velendiz

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]