

26 28

IHS.

P O R

HERNAN GOMEZ

de la Camara, como heredero de Luys

Fernandez Marmolejo,

C O N T R A

La Marquesa de Malagon, y Confor-  
tes, poseedores, e tenedores de los bie-  
nes que quedaron por muerte de Go-  
mez de Santillan, Doña Ysabel de

Saauedra, y Mariscal Gonça-

lo de Saauedra.

**P** R E S V P O N E S E Que Gomez  
de Santillan ( no teniendo hijos) dexò here-  
dera a Doña Ysabel de Saauedra su muger.

Doña Ysabel de Saauedra, dexò heredero al Ma-  
riscal Gonçalo de Saauedra su sobrino, y entre otras pu-  
so esta clausula.

*Y Confieso y digo, que en este mi testamento no toco en los bie-  
nes que yo huuiere de Gomez de Santillan, que santa gloria aya, ni dis-  
pongo de ellos por la presente cosa alguna, hasta que primeramente yo cum-  
pla su testamento del dicho Gomez de Santillan, Que despues de lo  
auer cumplido, yo declarare su voluntad, y lo que me encargo el dicho  
Gomez de Santillan, para que haga y disponga de los bienes de que me  
hizo heredera. Por quanto los bienes que yo buue, y herede del dicho Go-  
mez de Santillan no los he de mandar, ni dexar a ninguno de mi lina-*



A 86

ge, salvo despues de cumplido el testamento del dicho Gomez de Santillan, yo dispondre dellos: aquello que fue la voluntad del dicho Gomez de Santillan, y me encargo. Haga mi heredero en todos mis bienes que yo tengo, y me pertenecen, asi de los que yo truxe, y me fueron dados en casamiento, como los que huviere del Comendador mayor Gonzalo de Saavedra, y de Doña Ynes de Ribera, mis padres, y madre, como de todos los otros que me pertenecen, por razon de lo acrecentado, y comprado y multiplicado, entre mi y el dicho Gomez de Santillan, durante el tiempo del casamiento, de entre el y mi, asi muebles como rayzes, y semovientes, e de otra condicion que sean, al Alariscal Gonzalo de Saavedra mi sobrino, el qual mando, y quiero, y tengo por bien que los aya, y los herede, para siempre jamas. Por quanto de los bienes que yo huere del dicho Gomez de Santillan no dispongo cosa alguna, hasta que aya cumplido su testamento, segun que de suso se contiene, y lo tengo declarado.

2 Doña Ysabel de Saavedra murio con este testamento (sin auer nombrado, ni declarado la persona que auia de suceder en los bienes de Gomez de Santillan su marido) y assi Luys Fernandez de Marmolejo (cuyo heredero es Fernan Gomez de la Camara) como vno de los parientes mas cercanos de Gomez de Santillan, pretendio la sucesion de sus bienes, assi por el tacito fidecomiso de Gomez de Santillan, como por la disposicion referida de Doña Ysabel de Saavedra, que diziendo con palabras negativas, que en los bienes de su marido, no auia de disponer en ninguno de su linage, fue vista querer que sucediesen los del linage de su marido, & sic ea non eligente successerunt propinquiores consanguinei sui mariti. *l. cum quidam l. unum ex familia. §. 1. ff. de legat. 2.* Y trato el dicho Luys Fernandez Marmolejo sobre esta pretensio pleyto contra el dicho Mariscal Saavedra, y cõtra el tuuo en Granada la primera sentencia del tenor siguiente.

3 **FALLAMOS** Que la parte de Luys Fernandez Marmolejo prouo bien y cumplidamente su intencion, y demanda, e todo lo que prouar denia. Damos, e pronunciamos su intencion por bien prouada, y que la parte del dicho Alariscal Gonzalo de Saavedra, y el dicho Alonso Alvarez su procurador, como señor de la instancia no prouo sus excepciones,

2

ines y defensiones, ni cosa alguna que le aproueche, damos e pronunciamos su intencion por no prouada. Por ende, que de uemos condenar, e condenamos al dicho Mariscal Gonçalo de Saauedra, y al dicho Alonso Aluarez de Villarreal (su procurador, como señor de la instancia, a que dentro de nueue dias próximos siguientes, despues que con la carta executoria desta nuestra sentencia fuere requerido, de y entregue, torne, y restituya al dicho Luis Fernandez Marmolejo, o a quien su poder huuiere todos los bienes, muebles, y rayzes, y semovientes que tiene e posee, e de los que quedaron, e fincaron de Gomez de Santillan difunto, al tiempo de su fin y muerte, con mas los frutos y rentas que los dichos bienes han vendido y podido vender despues que por su parte fue contestada la demanda deste pleyto, e con los que rentare y pudiere rentar basta la real restitucion. E por los que el dicho Mariscal huuiere vendido, gastado y distribuydo, le condenamos a que de y pague al dicho Luys Fernandez su juizio valor y estimacion.

4 Aunque esta sentencia la reuoco en reuista la Chancilleria, pero el Consejo la confirmò en grado de mil y quinientas, declarando, que a Luis Fernandez Marmolejo, solo le pertenecian las <sup>cuatro</sup> partes de diez y ocho, condenando en ellas al Mariscal Gonçalo de Saauedra (que ya entonces, y quando se dio la sentencia de vista era muerto.)

5 Las quatro partes de diez y ocho de los bienes que estauan en ser del dicho Gomez de Santillan, se dieron ya a los dichos Luys Fernandez de Marmolejo, y a Hernan Gomez de la Camara su heredero, quedandose en poder del Mariscal Gonçalo de Saauedra, y de sus herederos las otras catorze partes, por no auerfelas pedido las personas a quien pertenecen.

6 Pero estan sin cobrar las quatro partes de diez y ocho de los bienes consumidos, que es de lo que agora se trata.

7 Està ya liquidada la cantidad de bienes consumidos, y sobre la forma de la execucion entre diuersos herederos que han quedado del Mariscal Gonçalo de Saauedra, se han dado diuersos executores, que han declarado que deuen los herederos del Mariscal Gonçalo de Saauedra pagar por

porcionēs hereditarias, conforme a la regla del texto *int. pro hereditarijs. C. de hereditarijs actionibus.*

8 Hernan Gomez no impugna esta regla, ni las executorias q̄ en razon della se han dado. Pero dize, q̄ esta regla tie ne en el caso presente tres falécias particulares, q̄ cada vna dellas obliga a que la execucion se haga *in solidum*, en los bienes que qualquiera de los herederos possée, que queda ron por muerte de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra.

9 La primera, Que Hernan Gomez tiene hypoteca legal en los bienes q̄ quedaron de Gomez de Santillan primer testador, y de doña Ysabel de Saavedra su muger. Por q̄ en el pleyto solamente se trato del tacito fideicomisso de Gomez de Santillan, y del legado que resulta de las pala bras negativas que se han referido del testamento de do ña Ysabel de Saavedra, & *indubitatum est prolegatis, & fidei commissis nedum personalem, sed et hypotecariam lega lem actionem competere, aduersus quemcunque bona defuncti. l. 1. §. 2. C. communia, §. delegatis. Quæquidem actio hy potecaria pro legatis, & fideicommissis datur, nedum cõ tra hæredes, sed & contra quoscunque extraneos posses sores possidentes bona defuncti. Alexander Raudensis. decis. Pisana. 28. num. 141.*

10 Y aũque en caso que Gomez de Santillan, o doña Ysa bel de Saavedra huuieran dexado tres herederos inme diatos, pudiera en esse caso disputar se prouablemente, si la accion hypotecaria quæ datur pro legatis, & fideicommissis, se auia de diuidir *pro portionibus hereditarijs*. Porque la hypoteca y obligacion de los herederos nacio desde su principio diuidida, pues el mismo testador diuidiendo la herencia en porciones, en consequencia necessaria fue vis to diuidir las hypotecas, segun las porciones hereditarias, *ad tradita per Negusantium de pignoribus, part. 2. membro 4. nume. 160.*

11 Pero auiedo sido desde el principio vno solo el here dero inmediato de Gomez de Santillan, y vno solo el he redero inmediato de doña Ysabel de Saavedra desde su principio, quedaron todos los bienes hereditarios hypote cados

vacados in solidum, y con carga desta hypoteca passaron en todos sus sucesores. Sic pulchre probat loquens de hac hypoteca legali, Baldus in l. 1. C. communis delegatis, num. 16. ibi: Sed ibi incipit in persona vnus promissoris, et in sensu coniuucto, hic in sensu diuiso. Con que prouee, que se ha de atender el origen, y principio de la hypoteca, y no lo que despues sucede, y que assi si la hypoteca començo in sensu diuiso, nempc en dos personas, o en dos herederos inmediatos, entonces desde el principio comience, y nazca diuidida en porciones hereditarias. Pero que si començo in sensu coniuucto in persona vnus promissoris, y el haredis immediati (como en este caso) desde luego quedaron todos los bienes in solidum obligados a la hypoteca legal, y aunque despues a quel heredero en quiea començo la hypoteca legal muera dexando muchos herederos, mediatos, o inmediatos, no por esso se diuidira la hypoteca legal, pues basta que su origen y principio fue in sensu coniuucto en solo vn heredero. En estos terminos presuponiendo esta misma distincion habla tambien Nagusarib. de pignoribus. 2. part. memb. 4. num. 160. donde refiriendo la doctrina de Baldo dize, Que si desde el principio començo la hypoteca in sensu diuiso, en muchos obligados, o herederos, se diuidira desde su nacimiento por porciones hereditarias: pero si començo en vno solo (como en este caso) quedará desde su principio los bienes hypotecados in solidum, sin diuidirse despues en porciones hereditarias.

12 Este fundamento, aunque es general respecto de qualquier bienes que quedaron, assi de Gomez de Santillan, como de doña Ysabel de Saavedra. *Idem in l. cum quis res. nu. 14. C. de procuratoribus.* Pero procede con mas seguridad en respecto de los que fueron de Gomez de Santillan primero testador, quanto a las catorze partes de diez y ocho, que sin razon ni iusticia se han quedado, y estan en poder del Mariscal Gonçalo de Saavedra, y de sus herederos, por no auerfe los pedido las personas a quien pertenecen, sin que se puedan escusar con dezir, que estos no fueron bienes del Mariscal, sino de los parientes de Gomez de Santillan, que han sido descuydados en pedirlos: porque bas

ra que fuesfen de Gomez de Santillan primer testador, en  
 que no puede auer, ni ay duda. Quanto mas, que para la  
 hipoteca legal que se pretende, basta auer los poseydo  
 Gomez de Santillan, y doña Ysabel, al tiempo de sus muer-  
 tes, aunque no fueran fuyos, ni de sus herederos, sic post  
 Angelum, tenet la son in l. 1. num. 8. C. communia de legatis, vbi  
 sic pulchre dicit. *Tertio nota ex quarta parte textus ibi, In rebus  
 quas a testatore consecutus est, & in vltima parte, ibi, sed tantummo-  
 do eorum rerum, que a testatore ad eum peruenerunt, huc esse textum no-  
 tabilem quem solus, Angelus in lectura Florentina ponderat, quod lega-  
 tarius agens hypothecaria ratione legati sibi facti, non habet necesse pro-  
 bare rem esse in dominio testatoris, sed satis est quod probet rem illam  
 processisse a testatore, et licet Dignus intelligat, verum quo ad hoc, ut  
 consequatur missionem in possessionem non quo ad hoc, ut per hypotheca-  
 riam possit vindicare, nisi probet illam rem fuisse in bonis testatoris l. fun-  
 dus ff. de annuis legatis cum in re aliena non possit cadere pignus l. tamen  
 Angelus hic tenet contrarium, cum etiam in rebus alienis possit induci ta-  
 cita hypotheca legalis, sequitur bene etiam probans Negusanti-  
 us in tractatu de pignoribus part. 2. memb. 4. num. 157. versi. quin-  
 tus decimus casus, & versi. Tertio amplia.*

13

Este fundamento es tan textual, y claro que a la vista  
 del pleyto se allanaró a el, y lo reconocieron los Abogados  
 contrarios diziendo, que por su parte no se pretende impedir a Her-  
 nan Gomez executar los bienes de Gomez de Santillan, in solidum en ra-  
 zon de la hipoteca legal, donde quiera que halle, sin atender quanto a  
 ellos, a porciones hereditarias: Pues no son considerables donde  
 ay hypotheca, por la disposicion general del texto. *In dict.  
 l. pro hereditarijs. ff. de hereditarijs actionibus.* Y no supieron los  
 Abogados contrarios dar otra salida, o respuesta, sino acor-  
 gerse a las executorias, y a la excepcion rei iudicate, sien-  
 do verdad que en ninguna dellas, ni en ninguna de las pe-  
 ticiones sobre que cayeron, se hablo jamas palabra desta  
 hipoteca legal de que se trata agora, & sic non obstat ex-  
 cepto rei iudicate, vt larius dicitur infra.

14

La segunda falencia, o limitacion principal, es, que quan-  
 do en este caso no huiera tacita hipoteca legal, ni en los  
 bienes de Gomez de Santillan, ni en los de doña Ysabel  
 de Saavedra, sino que se tratara de vna accion mere perso-  
 nal

nal, le basta a Hernan Gomez auer se comenzado y seguido el pleyto con el Mariscal Gonzalo de Saavedra, y auer que murio antes de la sentencia, y despues de la contestacion, pero la sentencia se dio condenandolo a el, y a sus bienes, y a su procurador, como señor de la instancia.

15 De que se sigue, que aunque en caso que huuiera muerto el Mariscal Saavedra antes de comenzarse el pleyto, se huuiera de diuidir la accion que fuera mere personal por porciones hereditarias, conforme a la regla del texto in d. l. pro hereditarijs. Pero auendose comenzado, y seguido el pleyto contra Gonzalo de Saavedra, de la misma manera que la sentencia se pudiera executar contra el en qualquiera bienes suyos insolidum, assi se ha de executar contra qualquiera de sus herederos, en qualquiera bienes que ayen prouenido en ellos de Gonzalo de Saavedra, porq en realidad de verdad la sentēcia condena a Gōzalo de Saavedra, y sus bienes: y la execucion se haze cōtra el y sus bienes, aunq esten en poder de sus herederos. Quia habes cēsetur vna & eadem persona cum defuncto, *Authentico de iure iurando a mortuo prestito in principio*. Y assi el derecho executiuo de la sentencia, formado contra el defunto, se continúa contra sus herederos, sin que se altere, ni inoue en cosa: *Non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur, vt dicit textus ad literam in l. 2. §. ex his. vers. non enim ex persona heredum. ff. de verborū obligationibus, vbi Iason nu. 2. declarat dices quod quando ab initio litis sunt plures heredes, tunc reputantur plura debita diuisa in portiones hereditarias, secus quando de iure deueniunt ad plures, tunc reputantur vnum, ex quo heredes representant vnum, scilicet defunctum cum quo eadem persona reputantur.*

16 Vnde, si el derecho de pedir por entero a los bienes del Mariscal, no estuuiera creado, y formado en vida del Mariscal, por no auer se comenzado con el el pleyto, sino con sus herederos, tiene la accion que fuera mere personal, comenzara deuida in portiones hereditarias. Pero auendose comenzado y seguido el pleyto con el Mariscal, tiene en el derecho formado y creado contra el Mariscal de poder executar por entero sus bienes, todos los herederos juntos lo representan, para que en ellos se haga la execucion, como

Teñiera syoy viuiera el mismo Mariscal. Nam hæres re-  
 presentat defunctum in iure ad ius, & passiuo formato in  
 personam defuncti, licet non in iure non erit actor acti-  
 uis, vel passiuo tempore mortis defuncti. *Arainus conf. 127.*  
*column. 2. Cagnolus in l. hæres eiusdem, num. 16. ff. de regulis iuris,*  
*Robandus conf. 50. num. 8. lib. 2. Josephus Ludonicus. in libro commu-*  
*num conclusionum 16. col. 1. vers. declarat. 2.*

**17** Este in simili; el clérigo heredero del lego, no podia ser  
 conuenido ante el juez seglar, si el lego murio antes de co-  
 mençarle el pleyto. Pero si murio quando estava ya co-  
 mençado, estava obligado el clérigo à litigar ante el seglar  
 ex eadem ratione quod hæres in lite cepta cum defuncto,  
 & in iure cum eo creato, & formato cum defuncto repre-  
 sentat defunctum, & quod per mortem rei post litem ceptam  
 non alteratur, nec deterioratur ius petitoris. *l. si peior l. he-*  
*res absens in principio ff. de iudicijs, Imola in l. si cum hominem. ff. de fi-*  
*delibus, Covarrub. in practicis. c. 8. num. 3. vers. hinc ergo constat*  
*litem cepta; & citat Regia lex. in l. 57. tit. 6. part. 1. hæres enim*  
*non potest esse melioris conditionis, quàm defunctus: l. in omni-*  
*bus §. non debet. ff. de regulis iuris d. polla ff. de his quibus res indiguit.*

**18** Y así la posesion que oý tienen los herederos, no es  
 diferente de la que tuuo el difunto, sino la misma, y con las  
 mismas calidades. Quia instantia & processus cum toto iu-  
 re defuncti transit in hæredes cum eisdem qualitibus, &  
 prout erat penes defunctum. *ut multis probat Lancelotus de at-*  
*tentatis. part. 2. c. 4. limitat. 1. num. 15. vers. quinto ut procedat.*

**19** Et confirmatur eadem distincio inter litem ceptam cum  
 difunctum, vel cum heredibus ex illa manifesta ratione  
 differentia, que quando el pleyto se comiença contra los  
 herederos por accion personal del difunto, la ley divide  
 contra ellos la accion, y así contra ellos se ha de dar la sen-  
 tencia, y contra ellos se haze la execucion, segun sus porcio-  
 nes. Pero quando el pleyto se comiença contra el difunto  
 (como en este caso se començo contra el Mariscal Saau-  
 da) si murio pendiente el pleyto, entonces la sentencia no  
 se da contra los herederos, sino contra el mismo difunto, y  
 contra su procurador, como señor de la instancia ( como se  
 hizo en este caso, ) *l. si defunctus. ff. de procuratoribus. l. nulla. C.*



*de procuratoribus, ubi notat Alexand. & Iafon, Cacharamus. de iur. 49.*  
 1. Y afsi la execucion desta sentencia no se ha de juzgar como execucion contra los herederos, sino como contra el mariscal Saavedra, contra el qual se litigo, y dio la sentencia, para que se haga execucion en sus bienes en poder de qualquier de los herederos que los tenga, de la misma manera que si el estuiera vivo, sin que por auer muerto se altere, ni disminuya en cosa el derecho de Hernan Gomez, vt late superius demonstratu fuit.

- 20 La tercera falencia, o limitacion principal, es. Que quando en este caso no huiera la hypoteca legal de que se trata en la primera limitacion, ni el pleyto se huiera comenzado, y profeguido contra el Mariscal Saavedra, como se ha dicho en la segunda, sino que desde el principio del pleyto se huiera litigado, contra los herederos del Mariscal y na simple accion personal, que es el caso en que el derecho divide la accion por porciones hereditarias, *vt in dicta l. pro hereditarijs.* Adhuc en esse caso procede otra limitacion particular de auerse hecho exclusion contra los otros herederos, como en el Marques de la Mota, que con escrituras prouena auer repudiado la porcion de la herencia, o no tener bienes hereditarios, ni auerlos tenido jamas como en doña Juana de Saavedra, hija, y heredera del dicho Mariscal. Et per consequens, aunque de derecho ciuil, el vn heredero no este obligado a pagar la porcion del coheredero, etiamsi facta escusione constet illum non esse soluendo. Pero de derecho canonico, y por equidad canonica esta obligado el heredero a pagar in solidum, quando los otros herederos non sunt soluendo: *vt per textum ibi pulchre voluit. gloss. verbo cogendi, vers. sed pone quod aliter heredum efficiatur non soluendo in cap. tua nos. 9. de iuris.* Quam glossę conclusionem sequitur Hostiensis ibi dicens, *quod non audeat contradicere, quia opinio hec in conspectu multorum favorabilis est quantum ad salutem anime & satis equa hac communiter approbata.* Enricus Boic. ibidem dicit ita tenere. Vincentium Tamcredum, Gofredum, & Bernardum, Abbas *num. 7. & 9.* vbi dicit quod hodie ista est communis opinio, *quę potest praticari fauore anime. Quorum sententiam sequitur*

21

sequitur Alciatus in l. 2. §. 2. harum. num. 33. in lectura Abenionensi. ff. de verborum obligat. num. 33. ubi dicit quod in practica non est recedendo ab hac opinione, cum sit magis communis opinio. Quam etiam secuntur in Regno, Villalobis, in avario communium opinionum, verbo heres. nu. 4. vers. nota quod si nias ex heredibus non sit soluendo; Accuedo in l. 9. m. 15. lib. 5. nu. 10. & num. 19.

22 Y esta comun conclusion no procede solamente en odio de la vsura, de que habla el texto in dist. cap. tua nos, sino generalmente ex ratione generali exonerandi animam defuncti, & ex equitate canonica, prout ex hac ratione generaliter intelligunt glossa, Hostiensis, Bohic. Abbad. Alciat. Villalob. y Azeu. proxime citati.

23 Ynde non est curandum de Antonio Gomez Abogado por la parte contraria. lib. 2. c. 10. num. 4. Porque lo reprueuan Villalobos, Azeuedo, y los demas que se han referido, y es singular en su opinion, sin alegar a nadie por ella, y el mismo confiesa que la nuestra es comun; aunque disputando tiene la contraria.

24 Y Pues no ay en Castilla ley, que contra el derecho canonico disponga lo conerario, es forçoso juzgar por esta comun opinion. Quia deficiente lege Regia in primis recurrendum est ad ius Canonicum, & eius equitatem, ante qua ad ius Civile, Montaluis in l. 4. tit. 5. verbo, acuerden. lib. 1. fori Ioannes Lupus in rubrica de donationibus inter in princip. nu. 15. & 16. Salon de pace in l. 1. Tauri. nu. 190.

25 De lo que se ha dicho resulta respuesta para los fundamentos que se hazen por la Marquesa de Malagon, y consortes, que en effeto son quatro.

26 El primero de la regla del texto in d. l. pro hereditarijs C. de hereditarijs actionibus.

A lo qual queda respondido. Que assi como la regla es verdadera, y cierta, assi tambien son ciertas, y proceden las tres salencias, y limitaciones de ella que se han referido. Que cada vna dellas puede seruir por respuesta del argumento, y decisson del pleyto.

27 El segundo argumento de la Marquesa y consortes, es. Que quando por derecho pudiera en este caso estar obliga-

do alguno de los herederos in solidum, le basta a la Marquesa ( para que solo se pueda cobrarle della su parte ) estar cōdenados los herederos simpliciter. Nam ex hoc, quedan obligados a pagar pro rata, aunque aliàs en su origen estuuieran obligados a pagar in solidum, ex xxx. in l. 1. C. 2. C. si plures una sententia condemnati fuerint, C. l. 4. tit. 2. 7. part. 3.

28

Sed respondeo, que la sententia principal de vista, que se dio en Granada, y la de mil y quinientas ( que la confirmò, que son las sententias de cuya execucion se trata, ) no condenaron a los herederos, ni hablaron con ellos, sino con el Mariscal Saavedra ( aunque era difunto, ) y con su procurador, como señor de la instancia, como queda dicho arriba num.

29

Y aunque es verdad que el executor despues tratando de hazer las liquidaciones, dixo, q̄ condenaua a pagar pro rata, y por porciones hereditarias: esto solo puede obrar para que en fuerza de aquellas sententias en execucion no se pueda pedir in solidum a vno de los herederos, pero no quita el poder pedir in solidum, en fuerza de la primitiua accion, y de las sententias principales del pleyto, de cuya execucion se trata. Este es el verdadero entendimiento de los dichos textos referidos en el argumēto, vt in specie declarat gloss. in d. l. 1. verb. virilibus, sic dicens, ex el. die quod actio iudiciali, pro partibus datur: sed prima actio adhuc in solidum durat vt prius, nec obicitur exceptio rei iudicate. Quam glossa si sequantur Iacobus Butricarius, Cinus, & communiter omnes, vt dicit Salicetus in F. Sancimus. C. de usuris rei iudicate. Vbi dicit, que solo está quitada la primitiua accion, quando en la sententia condenatoria se dize expressamente, que los absueluen de la obligacion de pagar in solidum, pero no auiendo expressa absolucion, quedar siempre en pie las primeras acciones para poder pedir in solidum: & illam glossam sequuntur ibi Bak. Paul. & Fulgo. qui nu. 3. dicit quod illa glossa, vbi que a Doctoribus approbatur, & ab illa in iudicando numquam est recedendum. Y lo mismo dize Gregorio Lopez in d. l. 4. tit. 2. 7. part. 3. in glossa, verbi, que non p̄cedit a p̄m̄er, vbi sic dicit, intelligi si us aliter ex illa sententia. Et ad hoc posset omis si illa sententia agere actione prima que tendebatur in solidum, secundum glossam.

*glossam in d. li. C. si plures una sententia que communiter approbatur, et si quilibet nunc condemnatur in solidum, neque obstabit sibi exceptio rei iudicate ex prima sententia quod nota.*

- 30 Y assi Hernan Gomez en fuerza de la sentencia de los executores, que condenaron por porciones hereditarias, no podra pedir in solidum, pero bien puede pedir en fuerza de la accion iudicati, que resulta de la sentecia principal del pleyto.
- 31 El tercero fundamento de la Marquesa es, de la excepcion rei iudicate.
- Pero tiene las respuestas, que se han referido que en cie to son dos.
- 32 La vna. Que en las otras sentencias nunca se tratò de la hypoteca legal, que resulta del fideicomisso, y disposiciõ de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra, ni se hallara que destos se ay a hablado jamas en las peticiones, como tampoco se hablo de las renunciaciones de herencia que el Marques de la Mota ha presentado ultimamente. Et hoc sufficit, vt non obstet exceptio rei iudicate. *l. c. an eandem. ff. de exceptione rei iudicate.*
- 33 La segunda. Quando ya entonces se huiera alegado, pedido, y tratado lo que agora se pretende, no por esso refu la rei iudicate, aunque las sentencias dixeron, que condenauan por porciones hereditarias: porque no dixeron, que absoluijan de la obligacion de pagar in solidum en los casos fallenciales, que conforme a derecho tẽga el heredero obligacion de pagar in solidum. La razon es, porque por aquellas sentencias bien quedaran condenados los herederos a pagar sus porciones, pero no quedaron absueltos de lo demas en que no huuo absolucion, ni condenacion, ni senten cia, y assi no puede pretenderse excepcion rei iudicate, por la doctrina pũtalissima de la glossa in l. i. C. si plures una sententia et adempti fuerint, verbo virilibus, en la vltima solucion, seguida y aprouada comunmente, vt dictum fuit sup. n. 2.º y alegando en terminos Bald. Fulgos. Salicet. Paul. de Cast. y Gregorio Lopez, que por la doctrina de aquella glossa, di cen, que no obsta la excepcion rei iudicate para poder pedir in solidum, no en fuerza de la sentencia que condenò prorata

prorata, uno en tuerça de la accion primera: Que son deci-  
siones precisas, y puntuales deste pleyto, y se hazen mas  
claras con tres aduertencias.

34 La primera, Que por la sentencia de los exccutores que  
condenarõ prorata, no quedan nouadas, ni alteradas las pri-  
meras acciones que a Hernan Gomez pertenecian, para pe-  
dir in solidum, vt in specie dicit glossa, *verbo, si enim nouatur*  
*in l. Sancimus C. de usuris rei iudicate, ibi. Nos contra. dicimus. enim*  
*non fieri nouationem prime actionis per sententiam, imo remanere.* Quã  
glossa sequuntur ibidem Cinus, Barr. Bald. Salic. Paul. Et ce-  
teri scribentes. Y por esta conclusion de la glossa hizo conse-  
quencia, y argumento la glossa referida, *Verbo, cozeadi in fine*  
*in d. l. i. C. si plures una sententia*, para dezir, que aunque la sen-  
tencia condene por porciones hereditarias, no por esso re-  
sulta excepcion rei iudicata, contra la primera accion que  
obligaua a pagar in solidum, pues no quedò nouada, ni alte-  
rada por la sentencia.

35 La segunda, Que las sentencias que contra la Marque-  
sa de Malagon, y confortes se dieron, de que la Marquesa, y  
confortes paguen por porciones hereditarias, no obran, que  
se enyeda auerlos absuelto de la obligacion de pagar inso-  
lidum, aunque en el pleyto se huuiesse pedido que los cõ-  
denassen in solidum. Esta es doctrina particular de Paulo Cas-  
trensem l. i. C. si plures una sententia, donde pone caso que Pe-  
dro, y Francisco estan obligados a pagar ciento in solidum.  
Pide, que fuesen cõdenados a pagar in solidum: diose sen-  
tencia, condenandolos a pagar cada vno cinquẽta, sin ab-  
soluta a cada vno dellos en la obligacion de los otros cin-  
quẽta: dize Paulo de Castro, que bien quedara Pedro cõ-  
denado en la obligacion de pagar cinquẽta, pero q̃ no por  
esso quedara absuelto en la obligacion de pagar los otros  
cinquẽta, pues la sentencia no lo absoluió dellos, y çã así  
otra vez resulta res iudicata para los otros cinquẽta, y entre  
otras dize estas palabras. *Item videtur sententiam non valere, quia*  
*cum petatur certa quantitas super tota debet condẽnari, vel absolui, vel*  
*condemnando pro parte, et absoluendo pro altera parte, alias non valet*  
*sententia, vt notatur in l. i. C. si aduersus re iudicatam. Sed hic a quolibet*  
*fuertunt petita, centum est, tamen non est, condẽnatus aliquis, eorum nisi*

in quinquaginta, dicunt quidam, quod in alijs quinquaginta censetur abso-  
lutus. hoc est, falsum. et notatur ibi in glossa. Ideo adhuc potest conue-  
niri actione prima in solidum, quod non esset si videretur absolutus.

36. Esta conclusión de Paulo prouea bien la gloria q̄ allega  
lib. 1. c. si aduers. re iudica. verbo minus, ibi: Ad decem egi, et inquit me  
fuisse condemnatus, et in quinque absolutus. Quid autem si de alijs  
quinque sententia tacuit. Responde iure comunum agi posse, vt ff. de re-  
got. gestis. si autem. §. fin. Et de compensationibus l. 1. §. quod in diem.  
§. l. nec preiudicat sententie, vt ff. de exceptioni doli. l. apud. §. nem  
quem riuur. Sed quidam dicunt tacito in residuo videri absolutum per le-  
gem istam. Quod non placet.

37. Quam glossam sequuntur DD omnes ibi & precipue  
Bart. num. 1. et Paul. de Castr. num. 8. vbi sic dicit. Item si subscit  
actum contra duos Reos debendi ad centum, et fuisse petitum quemli-  
bet eorum in solidum condemnari. Si iudex quemlibet eorum compen-  
ret pro parte, licet ab altera parte non absolueret, maneret sententia, quia  
lata esset super tota quantitate petita, licet non eodem modo quo petitum  
fuit. Et sic non in substantia, sed in qualitate iudex omisit. Ita notabilis  
ver, dicit Bart. infra si plures vna sententia. l. 1.

38. Y asiaunque las sentencias se dieron conde nando por  
portiones hereditarias, no por esso resulta absolution de la  
obligacion de pagar in solidum, ni en esso se podra preten-  
der excepcion rei iudicata.

39. Y esto tambien presupone la glossa ya referida m. d. l. c.  
si plures vna sententia, en quanto dize, que si a los que estã an  
obligados in solidum los condenaron prorata, no por esso re-  
sulta excepcion rei iudicate en la obligacion de pagar in so-  
lidum. Y es cierto que si por auer conde nado prorata resul-  
tara absolution en la obligacion de pagar in solidum, per con-  
sequens resultara rei iudicata. Quod tamen negat glossa  
communiter recepta.

40. La tercera. Que auie do se hecho las declaraciones, y sen-  
tencias de porciones hereditarias en execucion de la sen-  
tencia principal, no pado por ellas alterarse la obligacion de  
pagar in solidum, que en fuerça de la sententia principal  
auia en los casos sententiales que se han referido. sic preci-  
se in declaratione facta in executionem sententia defini-  
tinae tradit Bald. m. l. 1. num. 3. c. si plures vna sententia fuerint co-  
demna. Quando

41. Quando no fueran tan claras y puntuales las doctrinas que se han referido, y pudieran tener alguna duda plausible; que no la tienen, adhuc indubio, declarandum est, exceptionem rei iudicate non obstaré. *Socius Junior conf. 181 en. 85: lib. 2. conf. 38. num. 29. lib. 4. Decius conf. 445 num. 44. Crauet conf. 900. in fine Bursatus conf. 305. num. 6.*

## Refierenfe tres doctrinas en propios

terminos de la pretension de Hernan Gomez.

**D**espues de estar impresso lo que arriba se dize, se han hallado tres doctrinas puntuales, y decifinas de este pleyto de Paulo Castrense, Surdo, y Mandelo de Alua, que se referiran luego.

42. Cierta es que de la hypoteca legal que resulta de la difposicion, legado, o fideicomiso de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra, no se hablo jamas palabra en este pleyto ante los executores, y asi no puede aver, ni ay quãto a esto res indicata. Porque siempre pidio Hernan Gomez executar los bienes del Mariscal Saavedra: Pero nunca ha ora agora pidio executar los bienes de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra, por la hypoteca legal que resulta de sus testamentos.

43. Tambien es cierto, que Hernan Gomez no pide executar los herederos por mas càtidad de bienes de los que los herederos posean, porque en esto le obstarla la regla de la *pro hereditariis*, solo pide, que se execute en los mismos bienes in specie que se hallan en ser de Gomez de Santillan, y doña Ysabel de Saavedra testadores, ora esten en poder de alguno de los herederos, o de qualquiera estãños, sin atender a las porciones hereditarias, sino a los mismos bienes in solidum, donde quiera que se hallen. Y en esto parece notoria su justicia.

44. Para lo qual alego la original doctrina y declaracion de Paulo de Castro, in l. i. C. *communis de legatis*, vbi sic dicit. *Quinto est ultimo restringit, cui hypothecaria non datur, nisi quatenus datur actio personalis, & sic pro hereditaria portione. & dicit glo. 1a. que*

incipit legatarium quod est hic speciale. Quod sic dicitur. Nam si obli-  
gatio in persona defuncti, et si Titius tenetur mihi ad 30000 sump-  
tus honorum, deinde decedat inibus hereditarius relictus licet quilibet co-  
rpus tenetur mihi pro hereditaria portione ad decem perna tamen tertia  
quam habet quilibet eorum in bonis est mihi hypothecata pro toto debito, et  
creditors ff. de distractio pignori. Et adeo si unus soluit mihi decem licet  
esset ante liberatus ab actione personali, portio tamen quam habet in bo-  
nis non est liberata, quousque alij etiam solvant, sed quando obligatio fit  
in persona hereditaria, in quibus defunctus non erat obligatus, tunc et haec  
vnum portionem obligatur, nisi in tertia parte pro qua obligatur ille cuius  
est. Et illa soluta est liberatus solvens, et etiam eius portio. Et hoc vult  
iste textus si enim aliqua res ex divisione perveniret ad unum et alij agere  
hypothecario pro tota res contra eum antequam mihi aliquid solvatur li-  
cet si quilibet eorum possideret suam partem non est ab eum consentire ipsum  
nisi pro hereditaria portione.

45. Esta misma conclusion con formales palabras tiene Sur-  
do, cap. 209. num. 8. lib. 2. donde dice, Nec refragatur, quod hoc  
procedat in hypothecaria conventionali. At secus in ea legata et data et pro  
legata, que competit proportionabiliter pro ea portione pro qua quisque est  
heres, non aliter, prout est dictum in tertio fundamento advertentis. Respon-  
deo enim dupliciter, Primo quod, si pro legata datur hypothecaria, solum  
pro ea parte pro qua est, quis heres tamen hoc est verum, quia deo rem obli-  
gatam possidet solum pro sua portione, quia tunc non convenitur nisi pro ea  
portione pro qua est heres, et solvendo pro sua parte liberat totam suam  
portionem, quod secus est, in alia hypotheca, in qua tunc ex hereditibus qui  
solvent suam portionem debui, non liberaret portionem suam hereditatis.  
At secus est, quando heres pro parte integre possidet unam rem hereditaria  
nam puta que tota sibi obvenisset in divisione is enim posset insolvidum pro  
tota re conveniri, et solvendo partem liberatur pro parte tantum. Ita pul-  
chre, et notabiliter declarat Castrensis in l. 1. num. 1. versis. hoc tunc esse  
textus, ubi si aliqua res ex divisione perveniret ad unum posset agere hypothe-  
caria pro tota re contra eum, et c. cum. delegat. nec alium videtur ita  
plene declarat.

46. La misma declaracion haze Mandelo de Alva consi 239.  
num. 5. lib. 2. donde representa el absurdo que agora se pretende  
de contra Hernan Gomez, de que quedando en poder de un  
heredero solo todos los bienes extantes, quedasse de frau-  
dado el legatario que tiene hypotheca legal de no poder pe-  
dir



dir a los otros herederos que no tienen bienes, y no pudieffe  
 pedir sino sola su porcion al heredero que los posee. A lo  
 qual responde con estas palabras. *Nec proe dicitur obstat si dice-*  
*retur, quod secundum ea sequeretur, quod aperta esset via fraudibus.*  
*Quia esset in facultate heredum fraudare semper creditores, saltem in*  
*dimidia parte crediti, quoad actionem hypothecariam, videlicet si in diuis*  
*sione conuenirent quod omnia bona hereditaria peruenirent in unum,*  
*qui refunde ut equivalentem suam pecuniariam alteri. Respondetur enim*  
*admittendo de plano quod tunc contra possidentem omnia bona, vel ma-*  
*iorum partem daretur hypothecaria insolidum, ut colligitur apud ex verbis*  
*ipsiusmet textus in d.l.1. qui tendit ad hoc si licet, ut quilibet ex heredi-*  
*bis conueniatur hypothecariam mortua personalis actionis, et non ultra*  
*et ita presupponit textus quod quilibet ex heredibus possideat partem bo-*  
*norum etiam pro maiori summa quam sit rata portio crediti sui: si autem*  
*unus solus possideret omnia bona, vel maiorem partem non conuenirent*  
*verba illius textus: et casus remaneret in terminis iuris in quibus debe-*  
*ret esse, id est, quod hypothecaria daretur insolidum, etiam contra vnum*  
*heredem tantum prout fieri solet in alijs casibus iuxta l. creditoris. ff. de*  
*distract. pignor.*

De todo lo qual resulta de uerse declarar, que Fernan  
 Gomez de la Camara para cobrar la cantidad que se le de:  
 ue puede executar insolidum, qualesquiera bienes de Go  
 mez de Santillan, o de doña Ysabel de Saavedra su muger  
 extantes en poder de qualquiera de los herederos, o extra  
 ños, sin que tenga necesidad de cobrar por porciones he  
 reditarias. Saluo, &c.

*Elor. l. i. de fideicom.*

