

P O R D O Ñ A M A R I A,

Y D O Ñ A T E R E S A B A Ç A N H E R M A N A S. Don Luys, y don Pablo de Maqueda, vezinos de la ciudad de Ezija, en el pleyto con don Felipe Galindo, y doña Francisca Fernandez de la Puebla, y Baçan su muger, vezinos de la dicha ciudad.



L H E C H O D E S T E P L E Y T O

es algo difuso; pero en suma es, que Iuan Diaz de Idiaçabal, Regidor de Ezija, y Francisca Fernandez de la Puebla su muger, teniendo solos dos hijos, que fueron, Pedro Alvarez Baçan, y Iuan Diaz hizieron mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes en el dicho Pedro Baçan y sus descendientes legitimos, y a falta dellos en el dicho Iua Diaz y los suyos, y muriendo ambos sin ellos, mandaron cessasse el vinculo, y mayorazgo, y los bienes del se diuidiessen entre las dichas doña Maria, y doña Teresa Baçan, y vna obra pia, y doña Maria de Escalera. Murio Iuan Diaz, vno de los hijos antes que sus padres sin decendientes algunos, el otro que fue Pedro Alvarez Baçan murio despues dellos sin decendientes legitimos, y con dos hijas naturales, y assi doña Maria Baçan, y consortes sucedieron en los dichos bienes, y los partieron entre si. Y aora la dicha doña Francisca, qes vna de las hijas de Pedro Alvarez Baçan pide los bienes de este vinculo, diziendo, q en virtud de la ley 27. de Toro sucede en ellos por ser hija natural del dicho Pedro Baçan, nieta de los fuidadores, y q ha de excluir a las dichas D. Maria Baçan, y cõsortes q sõ trãsuersales.

El vnico fundamento en que dõ Felipe Galindo apoya su pretension es la disposicion buena de la ley 27. de Toro, en que se manda a los padres, que auiedo de hazer mejora de tercio en alguno de sus hijos *le puedan poner el gravamen, y vinculo que quisieren, con tanto que lo bagan entre sus decendientes legitimos, y a falta dellos les puedan hazer entre sus decendientes ilegítimos, que ayen derecho de los poder heredar, y a falta de los dichos decendientes lo puedan hazer entre sus ascendientes, y a falta de ellos entre sus parientes y a falta de parientes entre estraños.* Y porque el llamamiento que esta ley dá a los hijos ilegítimos q han derecho de poder heredar a sus padres, comunmẽte se ha entendido de los hijos naturales: vt per Mariẽ in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. glof. 5. per tot. Azeb. ibi n. 44. Mieres, 2. p. q. 2. n. 27. pretende dõ Felipe, que en la sucesion de estos bienes, auiedo faltado los decendientes legitimos se ha de preferir su muger, como hija natural a las dichas doña Maria Baçan, y cõsortes, como transuersales q no pudierõ tener llama miẽto anterior a ella, conforme a esta ley.

A Y su-



2 Y supuesto que doña María Baçan y confortes tienen por sí la regla de ser poseedores de los bienes, y de la disposición literal, así en la escritura de donación de los padres de Pedro Aluarez Baçan como del testamento del susodicho, en cuya virtud sucedieron en estos bienes, y los poseen: su defensa consiste en satisfacer, y dar salida a este fundamento, quod utriusque planè, & concludenter fit ex seqq.

3 **L**O primero, considerando que así es así, que al tiempo que los padres de Pedro Baçan le hizieron la dicha mejora de tercio y quinto tenían dos hijos legítimos, al dicho Pedro Baçan, y a Iuan Diaz, respecto de lo qual pudo hazerle la dicha mejora (quæ ex veriori nostratu resoluit. filio vnico fieri nõ possit vt per Bütg. de Paz, q. ciui li 1. n. 19. & Domin. D. Ioan. del Castillo, lib. 2. c. 13. n. 2. & per tot. qui ceteros omnes allegat) despues murió el hijo segundo en vida de los padres, y quedó vnico, y solo Pedro Baçan, a quien se auia hecho la mejora: de dõde resulta, que aquella se resoluió, y anuló del de el día y ora que el hijo mejorado quedó vnico y solo, quia res de venit ad casum aquo incipere non potuit, y así por muerte de sus padres vino toda la hacienda a ser legitima suya, vt ex benè fundata iuris ratione resoluit Lara de Cordoua in l. siquis á liberis, §. item rescriptum, num. 63. Angul. latius disputas ad ll. meliora, l. 11. glof. to. nu. 7. in prima impræssione, & in 2. glof. 6. n. 7. & post eos Dominus Ioannes del Castillo, dict. cap. 13. num. 51. á num. 37.

4 Y no obsta que esta mejora le hiziette por contrato irrevocable, y con consentimiento y aceptación del mejorado, porque en estos mismos terminos, y con esta misma calidad resueluen la cuestión en nuestro fauor los Doctores alegados, respondiendo al inconveniente de la irrevocabilidad con razones, y fundamentos inenutables, y no ay quien resuelva lo contrario.

5 A que se junta, que la irrevocabilidad que ea en estos contratos se causa por la entrega, y por la aceptación, y por los demas requisitos de las leyes 17. y 44. de Toro, solo procede quoad ipsos contrahentes, para que ellos, ni sus sucesores por su hecho mismo no la pueden rebocar: non tamen quoad leges: porque todavia quedan sugetas las tales mejoras y donaciones a la disposición del derecho que las anula y reboca en muchos casos, vt in d. l. 17. Tauni in fin. aduertit DD. & tradidit Molina lib. 4. c. 27. n. 80. como en el caso de la l. si vnquã, C. de rebocand. dona. que por el nacimiento de los hijos se reuoca la donación antes hecha por contrato, aliàs irrevocable, y en otros que considera, ipse Mol. vbi supra n. 81. & seqq.

6 Y de la manera que la mejora hecha al hijo vnico, que segun la presente justicia no valió, ex DD. resolutione supra relata, si despues nacen mas hijos tomã valor y fuerza, y se sustenta, ex superiora sententia liberorum, vt post Greg. Lopes. Bacçã, & alios, post dispositionem resoluit Domin. D. Ioan. del Castillo, lib. 2. c. 13. n. 37. &

seqq.

seqq. Así cambió por el contrario la que se haze a vno de muchos hijos se ha de resolver y a vno quedádo solo y vnicó el mejorado por muerte de los demás *vt so contrariorum eadem sit ratio ex vulgaris iuribus.*

7 Vnde, reduzida toda la hacienda a legitima del hijo que queda vnicó y solo por muerte de los demás, ex supra traditis, no es considerable, ni puede hazer estoruo el interes y derecho in spe, q̄ se les auia adquirido a los substitutos y llamados, y a los demás q̄ auian de suceder en la mejora; porque aquel q̄dó resuelto ipso iure cū legitima filiorum substitutiones, & grauamina nō capiat ex l. quoniam in prioribus, C. de inof. test. cum similibus facit l. si totas, & per tot. tit. C. de inof. donat.

8 Por manera, que con este solidísimo fundamento (quádo fallaran los demás que se diran adelante) sacamos indubitablemēte esta disposicion de los terminos de mejora, y de la necesidad de la l. 27. de Toro, y la ponemos en puros y simples terminos de legitima en q̄ no vuo obligacion de guardar aquella l. vt statim dicitur.

9 Y la acepcion que Pedro Baçan hizo de la dicha mejora, obligandose a estar y passar por los grauamenes della (de que la parte contraria quiere valerse) no puede aprouecharle en manera alguna, porque si aquellos grauamenes y llamamientos no se sustentā (como es cosa cierta) en virtud de la ley 27. de Toro, aunque tomé fuerça del consentimiento, y obligacion del dicho Pedro Baçan no puede causar derecho alguno a los hijos naturales, pues viene a ser vinculo y mayorazgo de legitima, hecho por consentimiento del hijo, en que no corre la disposicion de la ley 27. de Toro, vt clare insinuat Cozar. in c. Rainal. de testam. §. 2. n. 4. vers. Octauum, iūctis ijs, quæ resoluūt vers. Sextum, & expressé resoluūt. Angul. ad ll. meliorat. l. 11. glos. 4. n. 23. in 2. impresione. Et in maioratu omnium bonorū, ex regia facultate cōdito, Velazquez in l. 40. Taur. glos. 1. n. 48. Matienço in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. glos. 11. n. 3. & ibi Azeb. n. 1. Angu. in d. l. 11. glos. 4. n. 12. in vltima impresione: y la razon que estos doctores dan es la misma q̄ milita en nuestro caso, dicunt enim, que si el vinculo y mayorazgo no recibe el valor y fuerça de la ley 27. de Toro, no ay obligació de guardar en el la ordē q̄ por aq̄lla ley se mãda guardar en los llamamientos. Finalmente, si por solo el consentimiento de Pedro Baçan tiene este mayorazgo valor, guardarse tienen los llamamientos de doña Maria Baçan, y consortes, en que consintio: y ningun derecho puede pretender doña Fráscisca, pues conforme a este consentimiento no tiene llamamiento, sino exclusion, vt infra dicitur, num. 17.

10 **L**O segundo, que por nuestra parte se considera para excluir la pretenzion de la nieta natural es, que no siendo como no era nacida al tiempo de la disposicion, no puede dezir que fue omi-

tida en ella, y que se quebrantó el orden de la ley 27. por el llamamiento de los transuersales, ni pretender por esto derecho de la successión, vt ex ratione. l. si quis filio ex hæredato, s. i. ff. de iniusto rupto tradit in terminis Parlad. lib. 3. quotid. q. 6. ad fin. ibi: *Negabit filianaturali proderit si dixerit se substituedam fuisse, ab ano anteaquam substituerentur transuersales, iuxta l. 27. Tantique est odie, l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. n. substituciones, quas lex illa fasceere iubet patrem autanum meliorantem intelligenda sunt de descendensibus qui nati sunt tempore quo testamentum fit.* Et ante cum ex alia ratione idem resoluit Mieres de maioratibus, 2. p. q. 6. n. 25. & illum referens Azob. d. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 43. Y no ay Autor alguno que diga lo contrario.

11 Y que doña Francisca no fuesse nacida al tiempo que sus abuelos hizieron esta disposicion, ex ipsis actis euidentissimè aparet: tū ex eo quod contrarium in facto consistit, quod non probatur imò nec alio modo, que casu sufficit nobis negare, vt docet Bald. in l. 1. n. 42. Si verò numerus, C. de cōfessis, quem seq. Marfil. in Rub. C. de probat. n. 327. & late post alios Fulbius Pacian. de probat. lib. 1. c. 51. á n. 1. cum etiam: porque la dicha doña Francisca començo a litigar por menor este pleyto, proueyda de curador, diziendo, que era de 19. años por el año passado de 161. . y la escritura de vinculo se hizo el año de 1532. mas de 10 años antes que ella naciera.

12 **L**O tercero, quæstio es entre los Doctores del Reyno, quando en los llamientos y substituciones de vna mejora, el fundador peruierte el orden de la ley 27. de Toro (veluti in nostro casu pars aduersa præcedit) llamando a los transuersales despues de los descendientes legitimos, y omitiendo los naturales: si la disposicion se anula en la parte q̄ excedio de la orden de la ley, o si la disposicion vale, y se sustenta, reduziendola al orden de la ley, y supliendo el llamamiento del grado omitido. Y la comun y asentada resolucion es, que la disposicion vale en aquellos grados tan sola mēte, en que se fue guardando el orden de la ley, y los de mas llamamientos se vician y anulā sin suplie llamamiento alguno, ni dar lugar a las personas, y grados que el testador dexò omitidos. Y en el vltimo de los llamados, en que se guardò el orden de la ley, quedā los bienes libres de los demas grauamenes, y fideicomissos, para q̄ pueda disponer dellos a su voluntad, ita primus resoluit Aiora in tract. de partitionib. 2. p. q. 43. Gutier. lib. 3. pract. q. 51. n. 15. Angul. ad ll. meliorationum, d. l. 11. gl. 4. n. 18. & 19. in vltima impressio ne, quos refert, & seq. Domin. D. Ioan. del Castillo, lib. 2. quotid. c. 7. n. 12. & 13. & hanc resolutionem cōmuncem, & recepra testatur.

13 Y aunque despues en el n. 14. eleganti, & singulari distinctione, limita esta resolucion, vt procedat tantum in fideicommissis simplicibus, & temporalibus in quibus substituciones apponitur limitatæ ad certos gradus, vel ad certas personas tantum non autem in

vincu-

vinculis, seu maioratibus perpetuis, porque en estos porrazo de ³ la perpetuidad, ex coniecturata testatoris voluntate, para que el mayorazgo pueda ser perpetuo se han de reducir los llamamientos al orden preciso de la ley 27. supliendo en su lugar los que quedaron omitidos en la disposicion del fundador. Esta resolucion y doctrina, quam ego ~~est~~ fundata iuris ratione verissimam censeo, no se puede aplicar (como de contrario se pretende) a los terminos deste plyto.

14 Porque considerando con atencion todo el tenor desta escritura se hallarán en ella dos disposiciones diferentes. La primera, de vinculo y mayorazgo hecho por marido y muger del tercio y quinto de ambos caudales en fauor de sus dos hijos legitimos, y la descendencia legitima de ambos, y muriendo los dos (como succede) sin descendientes legitimos, expræsis verbis, dicen: *Queremos, y es nuestra voluntad, que este vinculo, y mayorazgo no paxe adelante, y los bienes del se haga de ellos lo siguiente, &c.* Y en esta primera disposicion bien claro se muestra, que el vinculo y mayorazgo no fue perpetuo, sino temporal y limitado a las lineas, y descendencia de los dos hijos tan solamente. La segunda disposicion, fue (acabado el vinculo, y mayorazgo) disponer cada vno de por si de los bienes que le tocauan, dexandolos a diferentes personas por donaciones particulares en esta forma. *Que en la mitad que pertenece al marido dispulo del molino, y parte de los oliuares, dandolo a doña Maria, y doña Teresa Baçan sus sobrinas por mitad para ellas, y para sus herederos substituyendolas reciprocamente la vna a la otra, y ambas vna obra pia, muriendo sin hijos, y en caso que dexassen hijos no dispusieron nada, ni hizieron otro llamamiento, ni substitucion alguna.* Por manera que en este caso les quedaron los bienes libres de todo gravamen, porque no ay clausula, ni palabra que toque a vinculo ni mayorazgo, ni a perpetuidad, ni otra ninguna coniectura, ni disposicion de las que pone Molina lib. 1. c. 5. per tot. & Domin. D. Ioan. del Castillo, lib. 2. c. 22. per tot. Y la muger en su parte dispuso de los demas oliuares, mandando q̄ del precio dellos se diessen a quatro sobrinos 400 j. maravedis, y lo restante mandò que se vediesse a censo, y dexò fundada vna obra pia para casamiento de huérfanas, y redempcion de cautiuos: y dispuso tambien de las casas, en las quales tan solamente parece que hizo y fundò mayorazgo perpetuo. De donde resulta, que en todos estos bienes, assi del marido como de la muger, excepto en las casas, en ningun caso quedò hecha fundación de vinculo, ni mayorazgo; y assi cessa la razon de perpetuidad en que se pueda fundar la coniectura del llamamiento de los naturales, antes les existe la voluntad expresa, contra que se yria si les diessemos sucesion, continuando en ellos el mayorazgo entero y vnido; aujendo los fundadores expræsis verbis mandado, que no passasse adelante, y los bienes se diuidiesse. Y assi procede

cede innegablemente la primera opinion, nempè, que por auerse omitido el llamamiento de los naturales en el tránsito de la primera disposicion a la segunda; que era el lugar; donde segun el orden de la ley auian de ser llamados a falta de la descendencia legitima de los hijos antes de passar a los transuersales, toda aquella segunda disposicion fue nula, y los bienes paternos y maternos quedaron en el dicho Pedro Baçan; como ultimo de los hijos y descendientes legitimos, llamados por la primera disposicion, libres y sueltos de todos aquellos vinculos y gravámenes, y pudo muy bien disponer dellos como de bienes propios: en que tenia libre disposicion, como en efecto lo hizo por su testamento, mandando guardar la disposicion hecha por los dichos sus padres en la dicha escritura, con que fue visto hazer en el dicho testamento la misma disposicion, llamamientos, y substituciones que auian hecho los dichos sus padres, ex regula l. affe roto 77. ff. de heredib. institued. & l. si ita scripsero 38. de condit. & demonstrat. l. aff. in l. fin. n. 13. C. de fideicommiss. Padilla in l. cum quidam, n. 12. de legat. 2.

15 Y esta disposicion del testamento de Pedro Aluarez Baça no está sugeta a la orden de la ley 27. de Toro, supuesto que el no hizo mejora, ni dexó hijos legitimos, y doña Francisca fue natural, vt resoluit Matienço in d. l. 11. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 7. n. 4. & ibi Azeb. n. 7. & 8. Angul. in d. l. 11. glos. 12. n. 2. Tello in d. l. 27. n. 14. Y assi la dicha doña Francisca no puede por este camino impugnar la disposicion de su padre, antes está en precisa obligacion de passar por ella, por ser como es su heredera por el mismo testamento, & hazer instituta de obligacionib. que ex quasi contractu, & Rolad. á Valle conf. 30. á n. 29. lib. 4. vbi resoluit, quod filij heredcs non possunt venire contra patris declarationem, & ordinatione factam in bonis fideicommissi, in quo successuri erant, sed quod factum eius approbare tenentur, en tanto grado, que aunque ella fuera verdadera sucesora de estos bienes, y tuuiera el llamamiento que preten de por la ley 27. de Toro no los pudiera pedir por auer dispuesto de ellos el mismo testador que la hizo su heredera, y le dexó bienes a ella y a su hermana en mas cantidad de 411. ducados, como lo tiene declarado por possiciones, vt ex Socin. Ruin. & alijs, resoluit idem Roland. de Valle, d. conf. 30. n. 34. & 40. facit doctrina Suarez in l. quoniam in priorib. C. de inof. ampliat. 7. á n. 4. Ant. Gomez in l. 40. Tauri, n. 84. Greg. Lopez in l. 24. tit. 5. p. 5. verb. entonces, Molina, lib. 4. cap. 1. num. 16.

16 Y aunque parece que confessando en las casas el vinculo y mayorazgo perpetuo las dexamos en riesgo, de que en ellas aya de correr la opinion del señor D. Iuan de Castillo, y que para la perpetuidad del dicho vinculo, se prädica dom^o in ultimo vocato mane ad libera, se aya de suplir el llamamiento de la hija natural, reduziendo aquella disposicion a la orden de la ley 27. de Toro.

17 Aduc tamen confiteri affirmamus, que hã de cõtre: lo mismo⁴
por las casãs, que por los demãs bienes. Lo vno, porque conforme
a lo que queda resuelto por el primer fundamento, esta mejora en
la persona de Pedro Baçan se resolvió, y anulò, y toda ella, y el de-
mas patrimonio que quedò de sus padres se reduxo a legitima, en
que no vno necesidad de guardar el orden de la ley 27. Lo otro,
porque conforme a lo resuelto en el segundo fundamento, por no
ser como no era nacida la dicha doña Francisca, no vno obligacion
de llamarla a la sucesion de la dicha mejora quando viera sido
valida, y se viera de sustentar como tal. Y vltimamente por la
clausula en que los fundadores excluyeron los hijos legitimados
por siguiete matrimonio, donde tieen precisa y literal exclusiõ
los hijos naturales por antecedente necessario, y por argumento a
maiori, pues no pueden ser legitimados por siguiete matrimonio
sin ser naturales, y si aquellos con todo el fauor que les haze la ley
mediante el matrimonio quedã excluydos por aquella clausula;
con mayor razon lo quedarã los natura'les a quien les falta aquel
fauor, y aquella calidad: y assi en ninguna manera se puede acomodar
a esta disposicion la doctrina y distincion del señor D. Iuan del
Castillo, para que conforme a ella se supla el llamamiento de la hi-
ja natural, ad conseruandam perpetuitatem; porque aquella se fũ-
da en la conjeturada voluntad del testador, que solo puede auer
lugar en las personas, y grados omitidos, pero no en los que tienen
exclusion tan expresa, vt clare præsupponere videtur, ipse Domin.
D. Ioa. del Castillo, d. c. 7. n. 16. ibi: *Exinctis bis qui ritè, & iuxta legis
formam nominati sunt maioratus successio deuenire debet non ad eos, qui cõ-
tra eiusdem legis formam nominati fuerint, sed ad proximiores non nominatos
& eos qui ordine dicta legis in proximiori gradu sint.* Ecce, que dixo: *de ve-
niri debet ad proximiores non nominatos,* y no dixo, *ad proximiores exclusos,*
& expressè omnino ad hoc videndus resoluit Angul. in d. l. 11. glof.
4. num. 18. in 2. impressione.

18 Y la razon de esto es euidente, porque en el omitido puede ca-
uer y cabe qualquier llamamiento conjetural, y presumptiuo, ad
verò, en el que tiene exclusion no puede caber por camino alguno
este llamamiento, quia nulla coniectura adeò efficax esse potest,
quæ fit potentior voluntate expressa, quæ omnes omnino coniec-
turas excludit vulgata, l. ille aut ille, s. cum in verbis de legat. 3. l.
continuus, s. cum ita de verbor. Man. de coniecturis vltim. volun-
tat. lib. 1. tit. 1. n. 11. & plurib. relatis, ipse Domin. D. Ioa. del Casti-
llo, lib. 2. c. 22. n. 73. Y assi no importa que el mayorazgo de estas ca-
las quanto quiera que la faudadora lo hiziesse perpetuo, se resuel-
ua y deshaga, ex ordine legis non seruato, y queden libres en el vl-
timos de los hijos legitimos, como no se admita el decediente ile-
gitimo contra la expresa exclusion que le dexò la misma funda-
dora,

dora, quia tolerabilius est inutile reddi dispositionem testatoris,
quã aliquid admitti cõtra eius voluntatem l. verbis ciuilibus. 7. ff.
de vulg. vbi Paul. & Ias. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit.
17. a. 14. eleganter Peralta in l. Marcius, num. 2. & 3. de legat. 2.

19 Y esto vltimo pudiera tambien seruirnos de bastãtersegua
do para todos los demas bienes fuera de la casa, aun en caso que la
disposicion que dellos hizieron los fundadores fuera perpetua, que
no lo es, ni tiene rastro dello ex supra resolutis.

20 Y resoluiendo con breuedad todo lo que se ha dicho en este dis
curso ballará V. S. que todos los tres fundamentos principales cõ
que pretendemos excluye el intento de la parte contraria, y sacar
este negocio de los terminos, y necesidad de la ley 27. de Toro sõ
de todo punto innegables, assi por la fuerça de los derechos y razo
nes cõ q se apoyan, vt ex DD. lectioñe satis aparet, como porque
todos, y cada vno dellos son tan solidos y firmes, que no ay Doctor
alguno de los que escriben en la dicha ley 27. ni de los que fuera de
lla en lugares particulares tratan de su entendimiento, que resuel
ua ninguno de los tres fundamentos contra nosotros, ni la mate
ria dellos la tratan mas de los que quedan alegados.

21 Todo lo que hasta aqui se ha dicho es en quanto a la mejora
del tercio, que es lo que puede recibir alguna disputa, porque en lo
que toca al quinto, el derecho de mis partes corre con toda seguri
dad y llaneza: tum, porq en la mejora del quinto no ay obligacion
de guardar el orden de la ley. Tello; ibi nu. 13. Abendaño; glos. 1.
n. 8. Gomez Arias in l. 2. num. 18. Angulo in dict. l. 11. glos. 16. nu.
1. in prima imprafione, & in secunda, glos. 4. num. 14. & reliqui
Doctores nemine discrepante. Tum, porque la sentençia del infe
rior abluio en quanto al quinto a mis partes, y la contraria la ha
consentido, y pedido que se confirme. Quã sin dicta sub V. D. C.