

**POR LEOCADIA MEY
Y DE MVR**

P O R
L E O C A D I A

M E Y , Y D E M V R ,

C O N

Rodrigo Perez , Curador de Fran-
cisco Olgiat.



E N V A L E N C I A ,

Por I. Bautista Marçal, junto a S. Martin.

M D C X X V I I .

SUMARIO.

- 1 **L**O que se declaró en la Real sentencia de 17. de Octubre 1626.
Et num. 16.
- 2 Las nulidades que se han alegado.
- 3 En la execucion que se instò por la corte del Iusticia, se alegò que el legado no passava a los nietos, y se dio sentencia, que procedia la execucion.
- 4 Con lo qual se declaró no proceder dicha pretension.
- 5 Y se dio dicha sentencia con plena cognicion de causa.
- 6 Los legados se pueden pedir via executiva, conforme fuero, aunque segun derecho comun huviessse conflicto de opiniones.
Y de la sentencia dada en execucion instada por legados, se puede interponer apelacion. Et nu. 7.
- 8 De lo que se ha conocido plenariamente en un juyzio, aunque executivo, obsta excepcion de cosa juzgada en otro juyzio, aunque sea ordinario.
- 9 Aunque en el executivo per modum exceptionis se aya tratado, y en el ordinario per modum actionis.
- 10 El juyzio de requesta es subsidiario, y solo en el no obsta la excepciõ de cosa juzgada en aquello que no se pudo tratar en el executivo.
- 11 Las nulidades dichas de la Real sentencia de 17. de Octubre 1626, en que se fundan.
- 12 De las nulidades que se declaró proceder en dicha Real sentencia, se conocio en la Real sentencia de 31. de Mayo 1617.
- 13 La prouision de euocacion de causa en el juyzio de requesta, no repele la excepcion de cosa juzgada.
- 14 De la inteligencia del legado dexado por Francisco Milanés a Catalina Sala, a que fin se trata.
- 15 Eldicho legado que contiene.
- 17 Legado annuo puede ser transmisible.
- 18 Y perpetuo.
- 19 Y en estos casos non se habet ad instar ususfructus.
- 20 Quando, y porque el legado annuo fenece con la vida del legatario.
Et nu. 21.

Y porque

- 22 *Y porque se deve in principio anni, & pro primo anno est purū, & pro sequentibus conditionale. Et nu. 23.*
- 24 *Absolutamente no se puede dezir, que el legado annuo finiatur morte legatarij.*
- 25 *Quando el legado annuo se dexa con facultad de disponer del ad liberas ædes, no fenece con la vida del legatario. Et nu. 26.*
- 27 *Quando el legado annuo no fenece con la vida del legatario, es unico, y perpetuo, ni ay causa ni razon para que consideralle multiplex, & conditionale.*
- 28 *El legado de que se trata es puro y transmisible.*
- 29 *La clausula, ad liberas ædes, tiene su efeto intra terminum limitationis: y aunque solo en los hijos se pudo disponer del legado, empero en ellos ad liberas ædes.*
- 30 *No pretendiendo los nietos suceder a la aguela legataria ex electione, sino a sus padres, y como en bienes dellos, no ay que tratar si la legataria podia hazer eleccion en los nietos.*
- 31 *El consejo de Peregrino 34. lib. 2. ni es juridico en aquel caso.*
- 32 *Ni es aplicable al nuestro.*
- 33 *Quando el legado es de renta annua, tiene diferente naturaleza de los legados annuos de sola quantidad.*
- 34 *Resueluese no ser notoria injusticia lo que se declarò en las sentencias antecedentes.*

Fin del Sumario.



STA Alegacion se diuide en dos articulos. En el primero se tratarà de la fuerça de las nulidades que han alegado de la Real sentençia, publicada por don Iuan Daça Escriuano de mandamiento, a 17. de Octubre del año 1626. y de la excepcion de cosa juzgada, en que se fundan. En el segundo se tratarà de la inteligencia del legado de cinquenta libras de renta, que Francisco Milanés dexò a Catalina Sala.

ARTICULO PRIMERO.

De las nulidades y excepcion de cosa juzgada.

- 1 **E**N dicha Real sentençia in vim requisitionis, & iudicij ordinarij, se declarò que el legado de cinquenta libras de renta dexado por Francisco Milanés a Catalina Sala, con facultad de disponer de aquellas entre sus hijos, y no en otros, fenecio en los hijos, y no passò a los nietos, y así no pudo tener parte en dicho legado Leocadia Mey, nieta de dicha legataria, declarando nulas las sentençias que en contrario se auian dado.
- 2 Desta Real sentençia se han dicho nulidades por Leocadia Mey, y se fundan en que auendosi opuesto la excepcion de cosa juzgada, sin declararse sobre aquella, se ha dado dicha sentençia.
- 3 Y para mayor explicacion de la razon en que se funda dicha nulidad, se deue presuponer en primer lugar, que Patricio Mey, curador de dicha Leocadia su hija, instò execucion por la corte del Iusticia en el ciuil de la presente Ciudad en 4. de Nouiembre 1596. contra Francisco Olgiat heredero de dicho Francisco Milanés, por la tercera parte de dicho legado, el qual puso razones à dicha execucion. Y en la escritura de 8. de Enero 1597. alegò que dicho legado no passaua a los nietos, y que solo tuuo facultad dicha legataria de disponer del entre sus hijos, y no en otras personas. Y en 24. de Febrero 1598. se dio sentençia por dicho Iusticia declarando quod fieret, & continuaretur executio. La qual sentençia passò en cosa juzgada.
- 4 En la qual sentençia se declarò cum plenaria causæ cognitione virtualmente, & in necessarium antecedens, que el dicho legado passaua a los nietos. Porque alegandose dicha excepcion, y fundandose en el tenor del mismo legado, se pudo alegar, y se deuio conocer della, cum exceptio resultans ex eodem instrumento, ex quo nascitur actio, non ce-

A leatur

seatur reiecta, etiam si cæteræ exceptiones repellantur: Alexand. *conf.* 119: *num.* 2. *lib.* 1. Surdus *conf.* 246. *nu.* 25. *lib.* 2. Cacher. *decis.* 51. *num.* 19. & 20. Afflict. *decis.* 403. *num.* 17. late Gralsis *de except. except.* 13. y consistiendo en punto de drecho, no necessitò de extrinseca prueva de testigos, si solo de alegacion è inspeccion del mesmo legado, & cum ius certum sit, fue cierta y clara. Rota apud Seraph. *decis.* 183. *num.* 6. y se deuio declarar en dicha execucion sin poderse referuar in aliud iudicium, vt docent Cancerius *lib.* 3 *var. cap.* 17. *num.* 540. & *cap.* 18. *num.* 94. Gratian. *discept. for. cap.* 740. *nu.* 47. & 48. *lib.* 4. y era forçoso declararse, por ser concerniente a la legitimacion de la persona de dicha Leocadia Mey, cum in quolibet iudicio etiam summario, & executiuo, persona legitimanda sit. Cacher. *decis.* 1. *ex num.* 35. Menoch. *de recup. rem.* 15. *num.* 273. Parlad. *lib.* 2. *rerum qu. tid. cap. fin. par.* 3. §. 1. *num.* 8. Maranta *in praxi, distinct.* 9. *num.* 38. late Maurus. Burg. *de laudemis. par.* 3 *inspect.* 40. *ex num.* 49. Y dicha excepcion es peremptoria, que directamente impugnaua dicha execucion, y así fue visto el juez tacitamente auer declarado, no proceder: exceptio enim peremptoria impugnans sententiam, censetur à iudice reiecta in sententia lata in fauorem actoris *cap. suborta.* 21. *tit. de re iud.* Abbat. *in cap. fin. num.* 25. *tit. de iuramento cal.* Ripa *in l. qui Romæ §. duo fratres. num.* 26. *ff. de verborum.* Barbof. *in l. diuortio 8. §. si 2 par. ex num.* 56. & *in l. maritum 13. num.* 53. *ff. solut. mat.* late Gratianus *discept. for. cap.* 445. *ex num.* 12. Et vt dicatur quid cognitum, sufficit quod virtualiter in necessarium antecedens, vel consequens ex sententia inferatur. Mago. *decis. Flor.* 3. *num.* 19. Gratian. *dict. cap.* 445. *nu.* 20. & 21. Y que en dicha sentencia se declarasse dicha pretension en fauor de la nieta, y que en virtud della obstasse la excepcion de cosa juzgada, se declaró en la Real sentencia que se dio por este mesmo Real Consejo entre dichas partes, publicada por F. P. Alreus a 29. de Julio del año 1615. Y auiendose dicho nulidades, se declaró no proceder aquellas con la otra Real sentencia q̄ se publicó por dicho Alreus, a 31. de Mayo del año 1617.

5 Y esta cognicion de causa fue plenaria, tam respectu iudicis, quam partium, pues el Iuez huuo de ver y decidir ex proposito & principaliter sobre esta excepcion, que se alegò, y se pudo alegar en la causa de execucion, y la parte no necessitaua de mayor instruccion para la causa, que de la alegacion della, sin prueva extrinseca de testigos: lo que es suficiente, para que dicatur plene instructa religio iudicantis, & plene cognitum. Nata. *conf.* 473. *num.* 36. & alios referens Gratian. *d. cap.* 445. *ex num.* 4.

6 Secundo, se presupone, que de dicha sentencia que dio el Iusticia pudo interponer apelacion el dicho Francisco Olgiat, y se le deuia admitir quoad vtrumque effectum: porque aunque los legados pòsint peti via executiua, segun fueros deste Reyno, que conceden execucion a lo contenido

nido

Leo dicit.
120. n. 15.
lib. 1.

nido en los testamentos, *vt in foro 3. & 8. tit. de execut. rei iud. & in priuil. 155.*
Iacob 2. lo que segun drecho comun no era cierto, por auer conflicto de
 opiniones. Porque Suarez *in l. post rem iudicatam. 3. not ab. vers. sextus casus.*
 Gomezio *in l. 45. Tauri num. 137.* Peralta *in l. 1. num. 85. ff. de leg. 2.* Padilla *in*
authent. hoc amplius, num. fin. C. de fideicommiss. Menoch. *de adipis. rem. 4. ex n.*
693. Faquin. *lib. 5. controuers. cap. 31.* fueron de opinion que se deuian pedir
 via ordinaria. Y Benedict. *in cap. Raynuntius verbo absque liberis, el 2.*
num. 191. Boerio. *decis. 295. num. 12.* Valdes *in addit. ad Suar. dict. not ab. 3. vers.*
secundus casus. Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. si. par. 1. §. 9. num. 4.* Paz *in praxi.*
par. 4. cap. 1. num. 19. in 1. tomo, sintieron, quod via summaria peti debebant.
 Y Dueñas *reg. 15. vers. secundo limita.* Nata. *consil. 206. num. 4. lib. 1. consil. 626.*
num. 25. lib. 3. Lud. *decis. Perus. 23.* Alciato *in l. pecunia verbum 178. §. actionis*
verbum, in fine. ff. de verb. signific. Crasso *de success. §. legatum. quest. 77.* Gratia.
decis. 4. ex num. 69. & discept. forens. cap. 255. num. 44. & 45. lib. 2. resoluieron,
 quod via executiua peti poterant: empero no prohiben el remedio de
 apelacion, el qual siempre se permite, no auiendo prohibicion en contra-
 rio. *l. 1. ff. de appell. & late Scaccia de appellat. quest. 17. in princip.* aunque sea
 en causa de execucion, quando se declarò sobre alguna excepcion de las
 que se permiten alegar en aquella, porque entonces in repulsa exceptio-
 nis el juez executor haze el agrauio, à quo licet appellare. Rol. *consil. 43.*
num. 3. & 4. lib. 1. Capicius *decis. 34. num. 4.* Alba. *consil. 684. num. 3.* Barcis
decis. 55. num. 7. Rota *diuers. decis. 100. num. 7. lib. 1.* Ruginellus *de appellat. §. 2.*
cap. 3. verbo executio. num. 356. & probat forus *22. tit. de appell.* Ibi: *Si donchs*
lo executor no fe ya vltra raho. Y en esta conformidad, me patrocicante, se
 declarò en esta misma Sala en fauor de la Condesa de la Puebla contra
 don Geronimo Corella, admitiendole quoad vtrumque effectum la su-
 plicacion de la prouision con que se denegò la excepcion de compen-
 sacion y retension alegada in executione sententia.

7 Y quando pudiera auer alguna dificultad en quãto al efeto suspēsiuo, es
 indubitado no auerla en quanto al deuolutiuo: con lo qual no se le quitò
 al executado la plenaria cogniciõ de la causa in secunda & tertia instãtia.

8 Tertio se presupone, q̄ auiendo se conocido con plena cogniciõ de cau-
 sa desta pretension, aunque alegada in vim exceptionis, no ha podido
 reiterarse en la causa de requesta que se ha intentado in iudicio ordinario
 per modum actionis, porque siempre obsta la excepcion de cosa juzga-
 da, que resulta de la sentencia que se dio en la causa de execucion: porque
 ex iure plene discusso in vno iudicio, licet summario, resultat exceptio rei
 iudicatae in alio iudicio, etiam ordinario, si iterum de iure discusso aga-
 tur. Bart. *in l. quod in diem. §. 1. ff. de compens.* Decius *consil. 96. num. 1. & 2.* Sur-
 dus *de alim. tit. 1. quest. 126. num. 10.* Franquis *decis. 289. nu. 1.* Barcis *decis. 82.*

num!

num. 16. & 25. Cancer. lib. 2. var. cap. 16. num. 81. & lib. 3. c. 17. num. 552. Giurba decis. 61. num. 5.

9 Quamuis in primo iudicio excipiendo deductum fuerit, & in secundo agendo. Bart. in l. si autem. §. si quomodocumque. num. 1. ff. de neg. gest. Ripa in l. qui Romæ. §. duo fratres. nu. 25. ff. de verborum. Magon. decis. Flor. 3. per totam, & maxime ex num. 26. Barcis decis. 82. nu. 16. & 25. Barbof. in l. diuortio. §. fin. par. 2. num. 59. ff. sol. matr. Cancer. d. cap. 16. num. 82. late Gratian. discept. for. cap. 445. quia sufficit agi in secundo iudicio de rescindendo eo quod in primo iudicio decisum fuit, vt obstat exceptio rei iud. Surdus conf. 312. num. 11. lib. 3. Giurba decis. 20. num. 3. Gratian. d. cap. 445. num. 10. & 11. licet modus agendi varietur. Franciscus à Ponte conf. 90. num. 13. lib. 1.

10 Y aunque el juyzio de requesta es permitido contra la execucion, es subsidiario, y solo se admite quando puede suplir algo de lo que no se pudo prouar ò conocer en la causa executiua: lo que se verifica, quando la excepcion requiere prueua extrinseca de testigos, la qual se prohibe por fuero en la causa executiua. for. 58. tit. de iure emphit. for. 8. tit. de executione rei iudicatæ; porque semejante excepcion no es visto el fuero excluir la absolutamente, sino diferirla in aliud iudicium. Belluga in speculo. rubr. 41. de materia censualium. num. 17. Parlad. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. par. 5. §. 11. num. 52. y el señor Dotor Leon decis. 1. num. 14. lib. 1. Ni se puede dezir plene cognitum, nec cognitum de aquello que no se pudo tratar. Y tambien se verifica quando se insta execucion por pensiones de censal ò violario, aunque la excepcion no requiera prueua extrinseca de testigos, si solo consista in puncto iuris, porque aunque en respeto del juez que reprueua la excepcion sit plene cognitum; empero en respeto de la causa, y de la parte interessada non potest dici plene cognitum, porque el dicho fuero 58. prohibe el remedio de apelacion, con que quita la segunda y tercera cognicion que en la causa podia auer de dicha excepcion, y esto suple la causa de requesta, lo que tambien dixo el señor Dotor Leon decis. 197. in fin. lib. 2. empero en nuestro caso el juyzio de requesta no tiene que suplir, porque la excepcion que se alegò en la execucion, no requeria extrinseca prueua de testigos, y auiendose podido apelar de la sentencia que dio el justicia, saltem quoad effectum deuolutiuum, no se le quitò la plenaria cognicion in secunda & tertia instantia; y así no puede dexar de obstar la excepcion de cosa juzgada en la causa de requesta, ex aduerso instada.

11 De lo que se ha dicho resulta, que obstando en esta causa de requesta excepcion de cosa juzgada, y auiendose alegado por esta parte, la dicha Real sentencia que se ha dado sin declarar sobre dicha excepcion, y declarando contra lo que se declarò en dicha sentècia, dada por el justicia, y passada

y passada en cosa juzgada, contradicente parte, hablando con el devido respeto, es nula, cum sententia lata contra sententiam in rem iudicatam transactam sit nulla. *l. post sententiam. 9. C. de sentent. l. 1. C. quando prouocare non est necesse.* late Cancerius *lib. 3. var. cap. 17. ex num. 1.*

12 Y aunque en la causa de requesta ex aduerso intentada, en la qual se ha dado dicha Real sentencia, se aya intentado el remedio de nulidad contra la que dio dicho Iusticia, y todas las demas sublequētes, obstaua tambien la excepcion de cosa juzgada, porque no solo se alegò ex aduerso la misma pretension para impedir las demas execuciones instadas por el mismo legado en el processo de execucion que instò Francisca Huete contra dicho Olgiat (en el qual se inmiscuyo Patricio Mey curador de dicha Leocadia) con auto de 13. de Junio 1612. fol. 161. repitiendolo sucesiuamente en otros autos y escrituras; pero tambien auyendose repelido dicha pretension, y declarado que obstaua la excepcion de cosa juzgada en virtud de dicha sentencia que dio el Iusticia, y proueydo decreto de venda, con sentencia Real, publicada por F. P. Alreus a 29. de Julio 1615. se dixeron nulidades de dicha Real sentencia, con suplicacion de 8. de Agosto dicho año, fol. 292. & sic intra decem dies, & ex eisdem actis, & in vim notorij, indiuiduando las causas, y refiriendo las q̄ pretendia auer en respeto desta parte, en el vers. *Y en quant a la execucio que fa Isabet Leocadia Mey,* hasta el vers. *Y ultimament,* y se refiere a lo contenido en el processo de la execucion que se hizo en la corte del Iusticia en lo ciuil, y en el mismo processo al auto de 13. de Junio 1612. con estas palabras: *Y axi per dita raho y altres moltes que es poden allegar, y se han allegat in discursu causa, y principalment en lo dit proces de execucio dauant lo Iusticia ciuil en la escriptura de 9. de Debembre del any 1596. contenguda en dit proces; y en lo acte comparendo de 13. de Juny 1612. contengut en lo present proces, fol. 161.* Y en dicho auto se contienen estas palabras. *Perque auent se fet lo dit legat annuo a la dita Catalina Sala, y a sos fillls, deficientibus filiis deficit legatum, com se donarà dispost de justicia en son cas y lloch, que lo legat annuo per ser pro sequentibus annis cōditionale, dexat a algu pera sos fillls, faltāt lo legatari y los fillls substitubits, falta lo legat, &c.* que son las mismas nulidades que en este processo se han alegado ex aduerso, y se ha declarado proceder con la Real sentencia de 17. de Otubre, y con todo se dio sentencia, publicada por dicho F. P. Alreus en 31. de Mayo 1617. declarando no proceder dichas nulidades. Y aunque aquellas se dixeron in vim exceptionis, & ad impediendam executionem Regiæ sententiæ, si fueran subsistentes, fundandose en los mismos autos, & signanter en el mismo legado, en virtud del qual se instaua la execuciō, se huuiera declarado proceder, è impedir la dicha execucion, *ex foro 8. tit. de execut. rei iud. Ibi: Empero si per la dita conexença sera*

vist al jutge que la sentència serà nulle, aquella no men a execucio, y la pretendida nulidad de la sentència del dicho Justicia, en caso negado que procediera, influa tambien en la subseqüente del decreto de venda como la parte pretendio, y procede de justicia, vt pluribus relatis resoluit Gratian. *discept. for. c. 734. n. 3. & 26. lib. 4.* suficiente causa para declarar dichas nulidades, y con todo se declaró no ser subsistentes, por lo qual no pudo tratarse iterum de la mismas, aunque por via de requesta, pues, como se ha dicho, lo que plenamente se conocio, aunque en juyzio sumario y executiuo, & per viam exceptionis, produze para otro juyzio excepcion de cosa juzgada: y esta tambien se alegò en esta causa de requesta, no obstante lo qual sin declararse sobre dicha excepcion, se declaró proceder dichas nulidades, & sic parte contradicente, contra rem iudicatam.

13

Y aunque dicha excepcion se alegò ad impediendum litis ingressum ante euocationem causæ, empero la prouision de euocacion ex se no incluye repulsa de dicha excepcion, ni de otras dilatorias, como en ella solo se trate de la jurisdiccion, & post euocationem se pudiesse conocer de dicha excepcion, tam in vim dilatoriæ, quam peremptoriæ, y el motivo que contiene la prouision de euocacion. Ibi: *Attes etiam, que lo dit jubi de nullitats se ha intentat per via de requesta y jubi ordinari contra la sentència donada en fauor de Leocadia Mey en la causa de execucio per aquella instada contra Frances Olgiat: lo qual remey es permes per furs del present Regne, no excluye dicha excepcion circa merita causæ principalis, sino solo quoad litis ingressum en la causa de requesta: porque como aquella sea subsidiaria para lo que no se pudo conocer ò prouar en la causa executiua, y pueda el q̄ la intenta in discursu causæ articular, y produzir testigos, no se puede conocer in initio litis, si obsta ò no la excepcion rei iudicatæ a la requesta, por ser incierto el modo de su justificacion, y depende el efeto de dicha excepcion ex futuro euentu. Porque si produze testigos, no obsta; y sino los produze, y se trata de lo mismo que se tratò y conocio plenamente en la causa de execucion, obsta y se reualida la excepcion rei iudicatæ, y así no puede impedir el ponerle la requesta, ni el euocarse al Real Consejo, por ser en este sentido permitida, conforme fueros deste Reyno, & aliàs de justicia. Pero no auiendo articulado, ni dado testigos la otra parte en justificacion de dicha requesta, pudo oponerse por esta parte post euocationem, como se opuso la excepcion rei iudicatæ ad merita causæ, en la escritura de 16. de Setiembre 1626. no solo en quanto a la justicia original, sino tambien en quanto a la subsistencia de la nulidad, por auerse todo declarado en las Reales sentencias, en que fundò dicha excepcion, que se alega en dicha escritura. Ibi: *A mes que dita sentència ha de ser confirmada ex alio capite videlicet ope exceptionis rei iudicatæ,**

& litis

Et litis finitæ, &c. Y auiendo alegado las dichas tres sentencias, se añaden estas palabras: *Y aixi es pla, que nunc agitur de iure iam deciso & determinato, quod iura prohibent.* Y en quanto a la fuerça del juyzio de requesta, y al poderse oponer la excepcion en aquella, se añaden estas palabras: *Y no li pot sufragar a la part contraria, si digues que hauria intentat lo jubi ordinari, y de requesta; a lo que es resson, que ser jubi ordinari no lleua ni impedix que la mateixa difficultat no se haja ya altercat, y sobre aquella ab tres sentencies en proces posades, ya declarat: y aixi naix la excepcio rei iudicatæ, & litis finitæ.* Y auiendose alegado en dicha escritura la excepcion de cosa juzgada, el tratar tambien de los meritos de la causa principal, quien la ordenò se ha de entender iuxta verosimilem mentem aduocati, sin perjuyzio de la cosa juzgada, como se dize en la conclusion, no obstante que la dicha excepcion no se aya alegado en el principio: porque in eadem scriptura non datur prius, nec posterius, vt docent *Surdus decis. 157. nu. 6. Fontan. de pact. nupt. claus. 7. glos. 2. par. 2. num. 47. lib. 2. Gratian. discept. for. cap. 646. num. 18. lib. 4.* Y auiedose alegado dicha excepciõ, el auerse declarado en fauor de la otra parte, sin declarar sobre la excepcion rei iudicatæ, induze nulidad.

ARTICULO SEGUNDO.

En el qual se trata de los meritos de la causa principal.

14 **A**Vnque con lo que se ha dicho quedan suficientemente fundadas las nulidades alegadas de dicha Real sentencia; y tambien queda prouado que obsta la excepcion rei iudicatæ, que es de los meritos de la causa principal, y no ay necesidad de tratar de la inteligencia del dicho legado; empero por quanto se me ha mandado por el Real Consejo que trate dello, obedeciẽdo lo haurè de hazer fin desistir de lo dicho, y solo a efeto de que conste no ser tan clara y cierta la interpretacion que del se ha hecho en dicha Real sentencia, que sea notoria injusticia lo auerse declarado lo contrario en las sentencias precedentes.

15 El legado que Francisco Milanes dexò en sus codicilos a Catalina Sala, es deste tenor. *Item do e leix a la honorada Catherina Sala neboda mia è muller del magnifich Ioan Antoni Sala mercader, cinquanta lliures moneda reals de Valencia de renda cascun any; les quals dites cinquanta lliures de renda haja de hauer y haja, en cas que lo dit Ioan Antoni Sala marit de aquella sia y estiga absent de aquella, o morint aquell, e no en altra manera. De les quals dites cinquanta lliures de renda puixa fer e faça la dita Catherina Sala à totes ses propries planes e lliberes voluntats en fillls seus llegitims e naturals, e de llegitim e carnal matrimoni nats e procreats, e no en altres persones.*

16 En dicha Real sentècia de 17. de Octubre 1626. se contiene este motiuo:

Et

Et attēto quod si in singulos annos alicui legatū sit, de iure expresse cauetur plura esse legata, & primi anni purum, sequentiū conditionale; videri enim hanc esse conditionem, si viuat, & ideo mortuo legatario ad hæredem legatum non transire; nec non in singulos annos relictum legatum simile esse vsufructui, cum morte finiatur. Y dando por constante ser este legado desta naturaleza y efeto, y considerando que dicho testador solo concedio facultad a la legataria para disponer entre sus hijos, y no en otras personas, se infiere y concluye en aquella, que dicho legado fenecio en los hijos, y no se pudo adquerir a los nietos.

17 Y para prouar que lo contrario procede de justicia en este caso, se deue presuoner, que aunque dicho motiuo se prueue in *l. si in singulos. 4. l. in singulos. 8. l. cum in annos. 11. ff. de annuis leg.* empero ni procede siempre, ni por ser annuo el legado que lo puede ser en su formalidad, y no fenecer con la vida del legatario, sino transmitirse; porque la transmision pende ex voluntate testatoris. Cephal. *conf. 16. ex num. 38. lib. 1. conf. 429. nu. 76. lib. 2.* Zanchus in *l. hæredes mei. §. cum ita. par. 4. num. 103.* Hypol. Rim. in *princ. inst. de donat. num. 1174.* y en particular que el legado annuo pueda ser transmisible pro sequentibus annis, probat text. in *l. si cum præfinitione 20. in l. Firmio. 26. §. fin. ff. quando dies leg. ced.* y en diferentes casos docuerūt Soc. Iun. *conf. 60. ex num. 26. lib. 4.* Rimin. in *dict. prin. inst. de donat. ex n. 1173.* Menoch. *consil. 471. num. 54. & 55. lib. 5.* Barzis *decis. 79. num. 19.* Surdus *decis. 346. num. 29. lib. 2.*

18 Y tambien el legado annuo puede ser perpetuo, y se verifica en el que se dexa alicui, & suis hæredibus, porque se comprehenden todos in infinitum. *l. in annalibus. C. de legat.* y tambien quando se dexa vniuersitati, vel loco pio, en el qual caso es perpetuo, & debetur in infinitum, etiam vltra centum annos. *l. annuam. 6. l. annua. 11. §. Attia. l. cum quidam. 23. l. cum erat. 24. ff. de ann. leg.* Greg. Lop. in *l. 26. glos. 1. tit. 31. part. 3.* Couarr. *lib. 3. variar. cap. 9. num. 10.* Simon de Pretis *de interpret. vlt. volunt. lib. 4. interpret. fin. dub. vlt. cap. si 1. num. 13. fol. 436.* Mendez de Castro. *C. de anno. ciuil. in rub. ex num. 51.* Roder. *de ann. reddit. lib. 1. quæst. 17. ex num. 103.* Iosephus Gonzalez *variarum quæst. cap. 33. ex num. 23.* Peregr. *de fideicom. art. 30. num. 11.* vbi ita seruari & practicari testatur Gratianus *decis. 22.*

19 Y en estos casos el legado annuo non se habet ad instar vsufructus, como el legado del vsufruto dexado alicui, & suis hæredibus, solum deferatur primo hæredi. *l. antiquitas. 14. C. de vsufruct.* y dexado a la vniuersidad, o lugar pio, non extendatur vltra centum annos. *l. an vsufructus. ff. de vsuf. l. si vsufructus. ff. de vsuf. leg.*

20 Y supuesto que el ser el legado annuo temporal, y fenecer en la vida del legatario, no proceda por ser annuo, sino por otra razon; la mas verdadera

dadera

dadera & à priori es, porque in dubio censetur relictum in causam alimentorum. *l. cum hi. §. si in annos. ff. de transact. l. si cum præfinitione. 20. l. Firmio. 25. §. fin. ff. quando dies leg. ced. late Surdus de alimen. tit. 2. q. 12.* Y esta dio Couarr. *lib. 3. variar. cap. 9. num. 10. versic. Quarto hac in controuersia.* Y la misma dio Gonçales *dict. cap. 33. num. 15.* Y me la enseñaron mis Maestros en Salamanca en sus lecturas *ad §. at si ita. inst. de verborum. & signanter el Doctor Pichardo in dict. §. at si ita. num. 8.*

21 Y desta razon nace, que como los alimentos con la muerte fenecen, nec ad hæredes transeunt. *dict. l. Firmio. §. fin. Bartol. in l. si Stichum. 16. num. 2. versic. Modo si ponamus ff. de verborum. Bald. in authent. cui relictum. num. 23. C. de in dicta viduit. coll. Beroi. consil. 165. num. 25. 35. 38. lib. 2. late Surdus de alim. tit. 5. q. 1. fenecza tambien dicho legado.*

22 Y porque los alimentos vt naturali indigentia succurratur se han de dar anticipadamente, Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 15. num. 73.* Franquis *decis. 155.* Surdus *de aliment. tit. 4. quæst. 17. ex n. 6.* Cancer. *lib. 1. variar. cap. 16. num. 25.* por esta razon el legado annuo se deue in principio anni, & pro primo anno est purum. *l. si in singulos. 4. l. à vobis. 5. l. in singulos. 8. ff. de ann. leg. l. nec semel. 12. l. Firmio. 26. ff. quando dies leg. ced. l. 1. C. eod. tit. alias enim non in principio anni, sed in fine deberetur. d. l. nec semel. §. sed etsi quot annis. d. l. Firmio. §. fin. l. qui hoc anno 42. ff. de verborum.*

23 Y porque en los demas años es incierto viuir el legatario, que si no viue no puede tener alimentos, fue necessario que para los demas años fuele el legado condicional, & multiplex, vt docet Tobias Nonius *in d. §. at si ita. num. 7.*

24 De lo que resulta no auerse de dezir absolutamente que el legado annuo fenecze mort elegatarij, sed solum in dubio id procedere, quia in dubio censetur in causam alimentorum relictum, como lo dixo Couarr. *d. cap. 9. num. 10. Quarto, inquit, hac in controuersia constat, legatum annuum simpliciter priuato relictum, eius morte finiri. l. 4. ff. de adim. leg. l. in singulos ff. eod. l. cum Titio ff. ad l. Falcid. idque in dubio verum est, quia legatum annuum censetur in causam alimentorum relictum, y constando vere, vel præsumptiue no auerse dexado ex causa alimentorum, se ha de dezir, quod non finitur morte, sino que es perpetuo, vt tradit Gonçales *d. c. 33. num. 16. Quod si constaret, inquit, legatum annuum non fuisse relictum contemplatione alimentorum, esset purum & perpetuum.**

25 Y quando se dexa el legado annuo con facultad que el legatario pueda disponer del, etiam in casum mortis, por dos razones no fenecze cum morte legatarij. La primera, porque no se ha de presumir dexarse in causam alimentorum, por contradzirse con la naturaleza de los alimentos, que acaban en la vida. La segunda, porque la misma facultad de disponer

C perpetua

perpetua el legado, y excluye la condicion, si viuat, in dubio contenida en el legado condicional.

26 Y esto procede sin duda, quando la facultad se concede de disponer ad liberam aedem, porque el legado ad beneplacitum es puro y absoluto. Menoch. *consil.* 210. *num.* 53. *lib.* 3. y la clausula ad liberam aedem contiene pleno y absoluto poder de disponer. Bart. in *l. alio.* *num.* 9. *ff. de alim. & cib. leg.* Socin. *consil.* 123. *num.* 1. *versic. Secundo quod possit.* *lib.* 3. Gabr. *consil.* 143. *in fine.* *lib.* 1. Menoch. *de arbitr.* *lib.* 1. *quest.* 7. *num.* 32. Surdus *decis.* 272. *num.* 15. Gratianus *discep. for. c.* 58. *n.* 21. *c.* 73. *n.* 17. *lib.* 1. principalmente si se añade, *ad omnes liberam voluntates*, cum dictio, *omnis*, vniuersalis sit, & restrictionem non admittat. *l. fin. ff. de penu. leg.* Surdus *consil.* 73. *num.* 62. & 63. *lib.* 1. Honded. *consil.* 76. *num.* 33. *lib.* 2. Gratian. *discept. forens. cap.* 752. *num.* 28. *lib.* 4. Giurba in *consuet. Messan. cap.* 1. *glos.* 2. *par.* 1. *num.* 117. porque la geminacion corrobora la plenitud del poder. Surdus *dict. decis.* 272. *num.* 16. Y si el legado annuo que contiene esta clausula, fuera limitado ad tempus vitæ, lo fuera tambien el poder, y no se pudiera verificar dicha clausula ad omnes liberam aedes, como considera Surdo *dict. decis.* 272. *num.* 14. de tal suerte, que dicha facultad comprehende tambien la tacita disposicion que se haze in successores abintestato. Surd. *d. decis.* 272. *per totam.*

27 Y quando el legado, o por no dexarle ex causa alimentorũ, o por qualquier otra, no fenecce con la vida del legatario, pues no se requiere la condicion, si viuat, no ay para que considerarle multiplex ni condicional, pues cessa la razon por la qual se multiplicaua condicionalmente: y aunque sea multiplex respectu præstationis, se ha de tener por puro, vnico, y perpetuo en quanto a la obligacion, vt docent Gonçales *dict. num.* 16. Ibi: *Esset purum & perpetuum.* Roder. *de ann. redd. lib.* 1. *q.* 17. *nu.* 103. *Quæ diximus,* inquit, *de annuo redditu legato, pluribus præscriptionibus præscribendo, limitanda sunt quando redditus annuus fuit relictus ciuitati, aut vniuersitati, ecclesiæ, aut monasterio, tunc enim non sunt plura legata, sed vnicum legatum est, & perpetuum.*

28 Quibus ita suppositis, en el presente caso se ha de dezir, que este legado no fenecce con la vida del legatario, y fue puro, transmisible y perpetuo por dos razones. La primera, por la clausula que contiene, *de les quals cinquanta lliures de renda puixa fer y faça la dita Catherina Sala a totes ses propies, planes, y lliberes voluntats*, ex dictis *num.* 26. La qual clausula tambien se refiere al tiempo de la muerte, conteniendo facultad de disponer in vltima voluntate, expressa, vel tacitamente, por lo qual se declaró con tres sentencias conformes, que aunque dicha legataria murio sin hazer expressa disposicion, sucedieron sus hijos ex tacita dispositione.

29 Ni a lo dicho obsta, que aunque dicha clausula *ad liberam aedem*, pueda tener

tener

tener este efeto , empero en el presente caso le impiden las palabras de la misma clausula. Ibi : *En fillis seus*. Et ibi : *E no en altres personas*. Porque se responde, que dichas palabras no contienen que otras personas no puedan suceder en dicho legado , sino solo obligan a la legataria que aya de disponer entre sus hijos, y no en otros : pero no quita la fuerza del poder *intra terminum limitationis*, y assi pudo la legataria disponer en fauor de sus hijos con todo el pleno poder que tenia , para que aquellos pudieran disponer del mismo legado ad liberas ædes como aquella podia, pues no era grauamen, sino fauor de los hijos. Y en la tacita eleccion que hizo en ellos, muriẽdo abintestato se ha de dezir, que adquirieron los hijos el legado con las mismas prerogatiuas, y con el mismo poder de disponer ad liberas ædes que la madre tenia , porque de otra suerte la clausula *ad liberas ædes* , no tuuiera el efeto vniuersal que contiene, si los hijos no pudieran tener dicho legado ad liberas ædes, y auiendo se verificado la disposicion en los hijos , no quedaron prohibidos de disponer del legado ad liberas ædes. Peralta *per tex*. Ibi : *in l. vnum ex familia. §. Sed et si fundum. n. 20 ff. de leg. 2 fol. 597.* quoniã voluntati testatoris videtur satisfactũ electione facta inter filios, los quales sucedierõ sin grauamen alguno, y siendo los vltimamente llamados en el legado sin grauamen , pudieron disponer del legado ad liberas ædes. *l. cum pater. 77. §. libertis ff. de leg. 2. Surdus consil. 129. num. 22. lib. 1. Peregr. de fideicom. art. 14. num. 49. & late Sfortia, de prohibita alienat. fideicom q. 26. art. 5.*

30 Y no pretendiendo suceder los nietos a la aguela inmediatamente por eleccion de aquella, ni en sus bienes, sino en los de sus padres, en los quales se incorporò dicho legado por la eleccion tacita que en ellos hizo la legataria madre dellos, no ay que tratar de la subsistencia del otro motiuo de dicha Real sentencia, quod vbi electio inter filios est concessa, illis existentibus in nepotes fieri nequit, pues no se trata de eleccion en los nietos, sino del efeto de la que se hizo en los hijos, en virtud de la qual aquellos tuuieron dicho legado ad liberas ædes, y pudieron disponer en sus hijos nietos de la legataria.

31 Ni obsta dezir, que el intento de dicho testador no fue hazer transmisible dicho legado annuo, ni perpetuarle, sino solo dexarle a dicha Catalina Sala, y despues otro semejante al hijo, ò hijos de aquella, en quien se huuiesse hecho eleccion, y que entrambos legados serian condicionales, y el segundo similiter feneceria con la vida de los hijos, ex traditis à Peregr. *cons. 34. ex nu. 2. lib. 2.* porque se responde, que el discurso que haze Peregrino ni es aplicable al caso en que escriuio, ni al nuestro , porque aunque se pudiesse verificar en vn legado annuo q̄ se dexa a alguno, y despues a otra persona cierta, y determinada, que en entrambos se pueda considerar duplicidad

plicidad

plicidad de legado condicional, & ad tempus vitæ; pero quando se dexa el legado alicui, & descendentibus illius, en el qual caso es el consejo de Peregrino, es visto dexarse dicho legado a todos los descēdientes in perpetuum, quibus omnibus testator prospicere voluit, cum verbum *descendentes*, sit collectiuum omnium descendentium in infinitum. *l. fin. C. de suis & legit. hered.* Alex. *conf.* 160. n. 2. lib. 2. Decius *conf.* 223. n. 2. Nata *conf.* 64. n. 6. *conf.* 437. n. 2. Cephal. *conf.* 394. n. 3. lib. 3. Cellus Hugo *conf.* 20. n. 39. Decianus *resp.* 26. n. 9. lib. 2. Bursat. *conf.* 227. n. 32. lib. 3. esta perpetuidad es causa para que se considere vnico y perpetuo el legado, y cessa la causa de considerar duplicidad de legados condicionales, principalmente no diziēdo se que se dexa ex causa alimentorum, y ser incierto que todos los descendientes huuiessen de tener necesidad del in eam causam. Y aunque se cōsidere vnico dicho legado, no se extinguiria per acceptationem primi legatarij, sino que en el sucederan los descēdientes ordine successiuo, etiam per fideicommissariam substitutionem, quia hæc vocatio descendentium implicite continet tractum temporis. ex doctrina Pauli in *l. Gallus. §. quidam recte. n. 9 ff. de lib. & post. quem sequuntur* Crauet. *conf.* 22. ex num. 4. lib. 1. Bursat. *d. conf.* 227. ex n. 30. Decian. *communem resoluens resp.* 1. ex n. 245. lib. 1. Gratianus *discep. for. c.* 285. n. 4. & 14. lib. 2. cap. 774. ex n. 25. lib. 4. y el mismo Pereg. *de fideicom. art.* 18. n. 21. & in *d. conf.* 34. n. 8. lo que es indubitable en la sucesion del legado ex verosimili mēte testatoris, vt late & eleganter resoluit omnino videndus Socin. *Iun. conf.* 136. lib. 3.

32 No es aplicable a nuestro caso, porque quando se dexa el legado a vno, y despues a otri, todos son inmediatamente llamados por el testador, y se puede considerar en ellos diuersidad de legados, pero quando se dexa al legatario con facultad de disponer del, como en el presente caso, dicha facultad de disponer, se entiende del mismo legado en substācia iuxta proprietatem sermonis, principalmente quando ay clausula *ad liberas ædes*, que demas que presupone la misma identidad, seria superflua si de extensione legati non ageretur, & verba etiam in testamentis non debent esse superflua. *l. si quando 109. ff. de leg. 1. Bar. in l. generaliter. 32. §. 1. ff. de vsuf. leg.* y segun su propia significacion dicha clausula se ha de referir al mismo legado in substantia para poderle perpetuar, & verba in potiori significatu accipi debent. Couar. *in reg. possessor. 3. p. in princ. n. 3. vers. Caterum.* Tiraq. *de retractu conuent. §. 2. glos. 1. n. 8.* Mant. *de coniect. vlt. vol. lib. 5. tit. 1. n. 6.* Y así se ha de dezir, que este legado se transfirio en los hijos, y que aquellos le tuvieron ad liberas ædes.

33 La segunda razon de dicha perpetuidad de legado se funda en las palabras, *de renda*, contenidas en dicho legado, por las quales aquel contiene mas que el legado annuo, vt docet *Surdus conf.* 319. nu. 8. lib. 3. y la palabra
labra

labra *redditus*, denota perpetuidad, & ideo annui *redditus* inter immobili-
lia computatur. *Clem. exiuit. §. cumque annui redditus. tit. de verborum sig.* Sur-
dus *decif. 204.* Barzis *decif. 109. forus 10. tit. de verborum sign.* Y en el legado
annui *redditus* puede ser compelido el heredero a que transporte bienes
suficientes, ex quorum *redditibus* pueda el legatario cobrar su renta, los
quales bienes en propiedad se contienen en dicho legado, por lo qual
aquel es vnico y perpetuo. Ita Soc. Iun. *conf. 60. nu. 40. lib. 4. quem sequitur*
Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 2. nu. 3. y latamente Surdo *d. conf. 319. per to-*
tum, y assi este legado se ha de dezir que es vnico y perpetuo, y compre-
hende in genere propiedad de bienes suficientes para dicha renta.

34 De lo que se ha dicho resulta, que aunque ex professo se huuiesse de
discutir la fuerça deste legado, se hauria de declarar ser perpetuo y trans-
misible a los nietos. Pero vt cūque sit, no se puede dudar que alomenos
esta pretension tiene probabilidad, pues se funda en resolucion de Doto-
res tan graues, lo que excluye notoria injusticia, la qual requiere que sea
tan clara la justicia en contrario, quod omni dubitatione careat: y si ay du-
da, ò disputa, o la puede auer, no es notoria injusticia. *Cephal. conf. 201. ex*
n. 9. lib. 2. Hōded. conf. 28. n. 49. lib. 1. Graßis de excep. excep. 20. n. 12. Gratian.
discep. for. c. 515. n. 48. lib. 3. c. 872. n. 4. lib. 5. Y que quando ay conflicto de opi-
niones, no sea la injusticia notoria, se declaró con sentencia Real pub. por
F. P. Alreus a 26. de Agosto del año 1616. entre Angela Fort y de Passa-
pere, y Beatriz Fort y de Nicolau, y se deue presumir, q̄ quando se declaró
sobre las mismas nulidades, con sentencia Real pub. por F. P. Alreus a 31.
de Mayo 1617. se resoluió este punto exactamente, pues se declaró no pro-
ceder dichas nulidades. Y que los Señores que dierō dicha sentencia fue-
ron de opinion, por estas y otras razones, que no era notoria injusticia, lo
que contienen las sentencias antecedentes. Por lo qual se ha de declarar
en fauor desta parte. Salua tamen, &c.

Concedit licentiam imprimendi.

Mora R. Fisci Aduoc.

Luis Tagell.

P O R
LEOCADIA
MEY, Y DE MVR;

C O N
Rodrigo Perez, pretense Curador
de Francisco Olgiat.



O R Leocadia Mey y de Mur se han dicho nul-
lidades de la Real Sentencia, publicada en fauor
de Rodrigo Perez, pretense Curador de Frãncisco
Olgiat, a 17. del mes de Otubre del año passado
1626. en el juyzio de pretensa requesta intentado
por el dicho Curador: con la qual se ha declarado, que el legado
hecho por Francisco Milanese Cauallero del habito de Christo
en sus vltimos codicilos a Catharina Sala su sobrina, no fue trã-
misible, ni passò a los nietos de la dicha legataria, sino q̄ espirò
en las personas de sus hijos, y por la muerte destos boluio al here-
dero.

Fundanse las dichas nullidades en vna Sentencia dada por
el Iusticia Ciuil a 24. de Febrero año de 1598. sobre el processo
executiuo, que intentò y fulminò Pedro Patricio Mey padre y
curador dela dicha Leocadia Mey, y nieta dela dicha Catharina
Sala, contra Francisco Olgiat heredero del dicho Francisco Mi-
lanese, per mediam personã de Benito Olgiat su padre: en el qual
segun parece en diferetes partes, y en particular con la escritura
de ocho de Enero del año 1597. opuso el dicho heredero de la ex-
tincion y resolucion del dicho legado, fundandola en la muerte
de Francisca Sala hija de la dicha legataria, y pretendiendo que
el dicho legado fue temporal, y personal para la dicha Francisca

A Sala,

Salá, y que por tanto no pudo passar a la dicha Leocadia Mey su hija, y que por configuiéte no podía ser executado por ella ex defectu iuris agendi. Y auiendo pretendido todo lo contrario el dicho curador de Leocadia Mey, replenissime discussa, se declaró en su fauor, mandatum executorium valere, & tenere, con la dicha sentēcia del Iusticia Ciuil de 24. de Febrero 1598. que passò en cosa juzgada.

Cuya excepcion se examinò copiosamente en otra causa de nueva execuciõ, que se instò por parte de la dicha Leocadia Mey contra el curador del dicho Frãcisco Olgiat, por virtud del mismo legado, como resulta del processo. Y con muy grãde cogniciõ de causa declaró la Real Audiencia, con sentencia publicada por Francisco Pablo Alreus Escriuano de mandamiento a 21. de Junio del año 1615. presentada en este processo corriente fol. 290. q̄ obstaua la dicha excepcion de cosa juzgada, deriuada de la dicha sentencia del Iusticia Ciuil. Y auiendo dicho nullidades el curador del dicho Olgiat de la dicha Real sentencia, fuerõ repelidas con otra, publicada por el dicho Alreus a 31. de Mayo 1617. Y se ha de notar, que en los processos de todas estas Sentencias se reficò la question de la perpetuidad, y transmision de dicho legado, y en ella alegaron hinc inde las partes todo quanto pudierõ, y tuuieron que alegar.

De lo dicho se infiere, que si la causa y processo sobre que ha caydo la dicha Real Sentencia de 17. del mes de Otubre del año passado de 1626. dada por el señor Doctor Don Ioan Blasco Oydor della, fuera executiua, como lo fuerõ todas las demas, donde se ganaron las dichas Sentencias, llanamente obstara la dicha excepcion de cosa juzgada, y por auerse declarado expressa, o por lo menos tacitamente contra ella, fuera nulla notoriamente la dicha Sentencia, *ex for. 7. tit. de execut. rei iudic. l. 1. C. quando prouocare non est necesse. l. si post sententiam. C. de sententiis, & interlocutoriis omnium iudicum.*

Pero porque segun la pretension aduersaria la dicha causa no ha sido executiua, sino ordinaria, y de requesta, queda ver, si (dado caso, pero negado que esto sea assi) obstaua y obsta de la misma

ma

ma manera la dicha excepcion de cosa juzgada deriuada de la dicha sentencia, publicada en el dicho processo executiuo, que se ha opuesto, examinado, y vtilado en este de agora, a que la parte cótraria da nóbre de ordinario, y de requesta, y por no auerla admitido la dicha Real Sentencia, sea nula, como sin ningun genero de duda lo fuera, cayendo sobre processo executiuo.

En estos terminos tiene ni mas ni menos fundada su intenció esta parte. Porque la sentencia dada en el juyzio executiuo, o sumario, produze excepci6n de cosa juzgada en el ordinario, quãdo precedio plena cognicion de causa, vt in terminis post Bart. Arretin. Alexand. & alios, docet Vincent. de Franch. *decis. 289. lib. 2. Ricci. collect. 2252. circa finem. p. 6. Iacob. Cancer variar. resol. lib. 3. cap. 17. n. 552.* Y entonces parece auer precedido plena cognicion de causa, quando si la excepcion consiste in factio, es admitido el reo que la opone, a producir testigos sobre aquella. Porq̃ siendo vencido, no tiene despues regresso para intentar la tal excepcion per modum actionis in alio iudicio ordinario, quia tunc ei obstat exceptio rei iudicatæ, vt post longam allegationem tenet Gratian. *disceptation. foren. cap. 445. nu. 1. § 2. vbi in num. seq. dicit, id pariter procedere, licet sententia lata in iudicio sumario sit interlocutoria, cum habeat vim diffinitiuæ, & terminet litem tanquam lata super exceptione peremptoria plene examinata.*

Lo qual tiene bonissima razon. Porque en tal caso ni el Iuez puede hazer mayor diligencia, que admitir a prueua al reo, quasi tunc per eam plene instruaturo religio iudicantis de veritate sumaria. Ni tampoco el reo la puede hazer mayor en el juyzio ordinario, despues de auer opuesto, producido, y prouado en el juyzio sumario, y asì respectu vtriusque, tam Iudicis, quam partis, dicituro adhibita plena causæ cognitio, & oritur exceptio rei iudicatæ. Socin. *cons. 255. nu. 2. § 6. lib. 2. variar. decis. Bononiæ. 82. nu. 24. § 25. Simon de Præt. cons. 107. nu. 13. in fin. Tradit idem Gratian. d. cap. 445. a nu. 4. vsque ad nu. 9.*

Y si la excepci6n consiste en derecho, y en ella no ay, ni puede auer cosa, o circunstancia alguna que prouar y verificar, por no

tener nada de hecho, entonces parece auer precedido plena cognicion de causa, quando el reo la opone, y la contradize el actor en el juyzio sumario, o executiuo respeto de entrambas partes, cum tales exceptiones, quæ mere consistunt in iure, sola partis allegatione censeantur verificatæ, & probatæ, quia ius semper est certum, vt notant Glo. in l. mora. vers. facti. ff. de usuris. & tradit Iacobus Can. d. lib. 3. cap. 17. nu. 540. & cap. 18. n. 94. Y respeto del Iuez, quando expressamente repele la tal excepcion de derecho, si directo non contradicit sententiæ, vt optime declarat Paulus de Castro in l. qui Roma. §. duo fratres. ff. de verb. oblig. & tunc reus succumbens prohibetur denuo agere in iudicio ordinario, cum illius ius plene censeatur discussum in executiuo. Tenet Can. lib. 2. cap. 16. nu. 81. Et magis in propriis terminis Roman. omnino videndus cons. 410. per tot. præsertim à nu. 3. vbi auiendo alegado en la causa executiua el reo cierta excepcion, q̄ consistia en derecho, videlicet si fue valida, o no cierta citacion, repelida vna vez por sentencia q̄ passo en cosa juzgada, resuelue Romano que no pudo intètarle despues per modum actionis en otro juyzio de requesta, por obstar en el la excepcion de la dicha cosa juzgada.

Y assi pues la excepcion que se opuso por parte del curador del dicho Francisco Olgiat cõtra la execucion que instaua el de la dicha Leocadia Mey en virtud de dicho legado, por el Tribunal de la Corte Ciuil, en el año 1597. meramente consistia en derecho, es a saber, que el dicho legado no fue perpetuo, y transmisible a los nietos de la dicha Catherina Sala, fino que espirò en la persona de sus hijos, y que por la muerte de estos boluio al heredero del dicho Francisco Milanés, con solo auerse alegado y esforçado por parte del dicho Francisco Olgiat, y cõtradicho por la de Leocadia Mey, fue vista preceder plena cogniciõ de causa respectu vtriusque, & pariter plenissime discussũ fuisse ius prædictę exceptionis, vt probatur etiam in dicto cons. Romani 410.

Y en respeto del Iuez, es a saber, del Iusticia Ciuil, que lo fue del dicho pleyto executiuo, tambien fue vista preceder plenissima cognicion de causa circa prædictam exceptionem, aunque

en la

en la sentencia no la repelio expreſſamente, ſiendo aſſi que direc-
tamente venia contra ella, y la repugnaua, y contradazia: porq̃
en eſte caſo baſta proferir ſentencia contra el reo, y con eſto es
viſto el Iuez repeler la excepcion en que aquel ſe fundaua, ſin lo
qual no podia proferirſe, ni darſe la tal ſentencia: y aſſi con ſolo
auer declarado el Iuſticia Ciuil, Mandatum executorium valere
& tenere, vel quod fieret, & continuaretur prædicta executio,
fue viſto auer repelido tacitamente la dicha excepcion opueſta
por parte de dicho Francisco Olgiat, pues no ſiendo perpetuo
y tranſmiſible, y no auendo paſſado a la perſona de Leocadia
Mey, no huiera podido aq̃lla executar, y por conſiguiente tam-
poco ſe huiera podido declarar, Mandatum executorium vale-
re, & tenere. Y auiendoſe declarado aſſi, y paſſado la ſentencia
en coſa juzgada, no pudo deſpues el curador del dicho Francisco
Olgiat intentar la miſma excepcion per modum actionis in iudi-
cio ordinario, plene iam ſemel diſcuſſa, cognita, & determinata,
tam reſpectu Iudicis, quam reſpectu partis, in executiuo, & ſum-
mario, quia obſtabat res iudicata, vt eleganter in noſtris pro-
priis terminis, præter Rom. d. conſ. 410. reſoluit idem Gratian.
d. cap. 445. à nu. 12. uſque ad nu. 17. con eſtas palabras, que por-
ſertan a propoſito, me ha parecido traſladarlas. Y dicen.

*Nec aduerſatur non ſufficere, quod fuerit examinata exceptio,
cum etiam requiratur, vt Iudex ulterius expreſſe reprobauerit ta-
lem exceptionem, condemnando eum, non obſtante dicta exceptio-
ne oppſita. Caſtr. in l. ſi autem. §. ſi quomodocunque. nu. 2. Et
ibi Fulgoſ. n. 3. ff. de nego. geſt. idem Caſtr. in l. 1. n. 7. C. de ordin.
cog. Simon de Pret. conſ. 107. n. 11. & 12. quia prædicta procedunt
quando exceptio, ſeu incidens plene cognitum non traheret neces-
ſariam conſequentiã ad principale, ſecus ubi ex ſententia lata ſu-
per principali neceſſario ſequitur decifio incidentis, tunc enim etiã
videtur decifum incidens, Et oritur exceptio rei iudicata, quamuis
Iudex expreſſe non fecerit mentionem de exceptione illam repro-
bando. Et ad hoc vt neceſſario ſequatur decifio incidentis, ſufficit
quod appareat, vt Iudex de exceptione plene cognouerit. Ita poſt
Guil. de Cun. Et alios, bene explicat Alberic. in l. ſi Iudex. 10. col.*

1. & 2. vers. Si autē de incidenti. & vers. Vel dic secundū. & vers. Vel nisi ex serie sententiæ. n. 1. & 2. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iur. *Idem Alberic.* in l. si autē. 8. §. si quocunque, ad med. vers. Vnde dic. quod autē est certum. ff. de nego. gest. *Vbi quod quando fuit plene cognitū de exceptione, & de illius viribus, quāuis Iudex non reprobauerit in specie dictā exceptionē, tamen pronuntiando super principali, dicitur etiam pronūtiasse super exceptione. Et hoc etiā voluit Ripa* in l. qui Romæ §. duo fratres. n. 26. ff. de verb. oblig. *Vbi quod exceptiones quæ directo contradicūt sententiæ, semper Iudex per sententiam videtur illas reprobare, quāuis de eis non fecerit mentionem, & ex hoc oritur exceptio rei iudicata.* Quod etiā late declarat *Abbas* in c. fin. col. vlt. in prin. n. 25. de iure iuran. calum. *Et idem etiam sensit Bar.* in l. si autē. §. si quomodocunque. nu. 1. ad med. vers. Non obstant iura allegata. ff. de negot. gest. *Et multis comprobatur Rota Florent. per Magon.* decis. 3. nu. 19. vsque ad 31. *Roman. conf.* 410. nu. 3. *Contard.* in l. vnic. in verb. ratione mixturæ. limit. 2. n. 12. C. de moment. possess. *Simon de Prat. conf.* 107. n. 12. in fine. vers. Nisi ex serie sententiæ. *Post Angel. & Bal.* in l. si Iudex. nu. 2. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris. *Cast.* in l. 1. n. 7. vers. Non sic videretur, & n. 8. post prin. vers. Intellige vt necessario. C. de ordine iudicio. Haftenus Gratianus.

Y en este caso no solo resulta excepcion de cosa juzgada, de lo que expressamente se lee en la sentencia, sino tambien de lo que virtualmente fue visto conocer el Iuez para su promulgacion, & sic etiam obstitit ius decisum circa exceptionem prædictam, licet de ea nulla videretur facta expressa mentio in sententia, vt notabiliter tenent *Aymon conf.* 149. nu. 11. *Cephal. conf.* 152. n. 76. *Tiraquel. ad l. 16. connubial. glo. 7. nu. 179.* *Magon. decis.* 3. nu. 19. vsque ad 25. *idem Gratian. d. cap. 445. nu. 20.* De tal manera que despues no pudo el curador del dicho Francisco Olgiat proponer, e intentar el mismo derecho de la excepcion ya decidida, determinada, y sentenciada en el juyzio executiuo, otra vez per modum actionis en el ordinario, & ad eundem finem, es a saber, de no pagar el dicho legado, y de obtener declaracion en orden a esto, iuxta doctrinam *Ripæ. in l. qui Romæ. §. duo fratres. n. 25. ff. de*

ff. de

ff. de verbor. oblig. vbi dicit, tunc videri agi ad eundem finē, quando tractatur de eodem facto, vel iure, licet per diuersa media. l. duobus. ff. de except. rei iudic. Y assi aunque el medio del juyzio ordinario y de requesta, por donde ha querido deduzir segunda vez el mismo derecho de la dicha excepcion, sea diferēte del executiuo, donde antes le auia deduzido, y tuuo sentencia en contra, no por esto dexò de obstarle la excepcion de cosa juzgada q̄ produjo, siendo assi que el fin siempre ha sido el mismo en la vna, y en la otra causa, executiua, y ordinaria, videlicet, de que se declarasse, que el dicho legado fue temporal, y no perpetuo, y transmisible a los nietos de la dicha Catherina Sala, quod in puncto iuris mere consistit, y por ser assi ninguna diligēcia ha hecho, ni ha tenido que hazer mas el dicho aduersario en este processo ordinario, de la que hizo en el executiuo: y en esta conformidad ni ha dado testigos, ni tratado de producirlos, sino que alegando lo mismo que alla, y boluiendo las nuezes al cantaro, como se suele dezir, ha obtenido aqui sentencia en fauor, sin embargo de la dicha excepcion de cosa juzgada, cierta, notoria, y euidente.

Por lo qual ha sido, y es nulla (hablando cõ el deuido respeto) *ex d. for. 7. de executione rei iudicatae, § l. 1. C. quando prouocare non est necesse, cum similibus.* siendo assi q̄ en ella han concurrido todos los tres requisitos legales que ha menester, scilicet, quod eadem sit res, personæ eadem, idem ius, siue eadem causa petēdi, de quibus *in l. cum queritur. 12. cum duobus seqq. § l. cum de hoc. 27. ff. de except. rei iudic. Surd. cons. 165. nu. 11. vol. 2.* Porque no se puede negar que la cosa sea la misma, nempe el mismo legado; ni tãpoco de que las personas lo sean, pues las mismas que pleytearon en la causa executiua, han sido, y son las que pleytean en esta; ni tampoco de que el derecho, y la causa de la accion sea la misma: porque en la vna y en la otra parte solo se ha tratado, y podido tratar de la misma dificultad y dubio de derecho, videlicet, *Vtrum dictum legatum sit perpetuum, & transmissibile, & per consequēs duret adhuc, vel sit temporale, & expirauerit per mortem filiorum prædictæ Catherinæ Sala, & sic ad hæredem testatoris redierit.* Y auiendose declarado en el dicho juyzio executiuo

cutiuo

cutiuo por la perpetuydad y transmision del dicho legado, no se pudo tratar otra vez de lo mismo en el juyzio ordinario, obstat exceptione praedictae rei iudicatae, quia tunc eadem causa, idem ius, siue eade quaestio reuocari dicitur, cum in posteriori iudicio disceptandum venit illud, quod in primo iudicio per sententiam fuit determinatum. *l. si quis. 7. §. de fructibus. 3. verb. plane. &c. & §. generaliter. 4. ff. de exceptione rei iudic. docet Ioannes Zanger. in tract. de except. par. 3. cap. 17. nu. 46.*

Vnde resultado, como resulta, todo esto de los mismos autos del pleyto, pues en el estan exhibuidas todas las dichas sentencias, y consta auerse alegado y opuesto la dicha excepci6n de cosa juzgada, no auendose admitido expressamente, antes bien auendose declarado contra ella, viene a ser esta vna nullidad notoria, y euidente, cuius beneficio ha, y deue ser reuocada la dicha Real Sentencia; pues para su verificacion no ha menester prueua alguna extrinseca. Ita post Angel. *in l. si pars. ff. de inoffi. testam. Celsum Hugon. Brunorem a Sole, Hieronymum Gabriel. & alios, tradit Cancer variar. resol. par. 2. cap. 15. de litteris requisit. num. 48.* donde poco antes *en el nu. 44.* dize, que aunque vn estatuto totalmente prohiba dezir nullidades, no es visto querer excluir las notorias y euidentes, porque en estas no se puede presumir calumnia, como en las que no lo son. Ex quibus omnibus pro hac parte iudicandum censeo. Salua semper, &c.

Concedit licentiam imprimendi.

Mora R. Fiscis Aduoc.

*Vicente Sisternes
de Oblites.*

P O R
LEOCADIA

MEY, Y DE MVR.

C O N

Rodrigo Perez, Curador de Francisco Olgiat.



En la primera informacion fundè la nulidad de la Real sentencia, que ganò el pretense curador de Francisco Olgiat, publicada a 17. de Octubre 1626. en el encuentro de la del Iusticia Ciuil, publicada en 24. de Febrero 1598. passada en cosa juzgada, cuya excepcion se opuso en el processo.

No solo antes de la euocacion de la causa para impedirla, sino tambien post illam euocatam ad impediendum litis ingressum, & progressum in vim dilatorix; y despues en el discurso del pleyto ad merita causæ in vim peremptorix; insistiendo siempre en ella, y protestando, de que quanto se ha dicho por esta parte en esfuerço de la dicha sentencia del año 1598. y de su justicia, es sin perjuyzio de la dicha excepcion de cosa juzgada. Con lo qual no se puede dezir, que tacitamente se aya renunciado a ella, ni que pueda ser valida la dicha Real sentencia iure sententiæ, vt colligitur ex his, quæ latè adducit Cancer. lib. 3. cap. 17. à num. 2. vsque ad nu. 25.

Y de auerse euocado la causa a la Real Audiencia, de ninguna manera se puede inferir que fue repelida tacitamete la dicha excepcion, porque entonces aun no se podia conocer de sus fuerças; ex quo aun no auia comision para ello, y solo se disputaua de si auia de ser euocada, o no, la causa q̄ por via de requesta intetò el aduersario, en que se le dio prouision fauorable, con motiuo, de que conforme a los fueros del Reyno està permitida la via de Requesta para anular, o

A

reuo-

reuocar qualquiera execucion ; o sentençia que se aya dado en ella.

Pero no trata la dicha prouision de esta excepcion de cosa juzgada, ni pudo tratar tampoco, vt dictum est; y por consiguiente ni ta cita ni expressamente fue repelida, y quando por alguna sutilidad se pudiera dezir que lo fue, (quod negatur) bastaua auer suplicado, como suplicò esta parte, con suplicacion puesta a 26. de Mayo 1626. para no ser visto consentir en que se tratasse otra vez de la justicia original de la dicha sentençia passada en cosa juzgada, y no quedar perjudicada en su excepcion, vt notant Aretin. *in cons.* 73. & Felin. *in cap. inter monasterij, de re iudicata, nu. 23. circa finem.*

Ni tampoco por no auerse admitido, o repelido expressamente statim in principio litis, se puede argumentar contra esta parte, siendo asì que semejantes excepciones litis finitæ, & rei iudicatæ, tam expresse, quam tacite, per transitum ad vltiora, se pueden reseruar muy bien para la difinitiuua, quando requirunt altiore indaginem, vt tradunt Fabrus de Anna. *cons.* 18. *in fine.* Marcabrun. *cons.* 66. n. 296. & Franchis, *decis.* 299. Y aunque esta era, y es harto cierta, clara, y constante, respeto de si misma, pero quiza por la diuersa calidad y naturaleza del juyzio donde se opuso, se le pudo achacar, por entonces, alguna obscuridad, o necesidad de mayor examen y discusion (aunq̃ con ella queda mas apurada y conocida su justicia, como mostrè en el otro papel) para reseruarla a la difinitiuua, donde no se tratò della, sino de la justicia del primer pleyto, y de reuocar la del Iusticia Ciuil. Y en esto consiste la nulidad, como se ha fundado.

Con que Leocadia Mey tiene la suya en el hito, vt est in Adagio; pero pues el Consejo gusta dello, y porque no se entienda que se hu ye el cuerpo a la dificultad (bien que ninguna la puede auer contra esta parte en la principal question, aunque subtil, e intricada) me ha parecido entrar en ella, diuidiendola en dos pontos essenciales, para que mas claramente se vea su justicia, y cesse la equiuocacion de los terminos que hasta agora ha tenido.

En el primero se fundarà, que el legado que Francisco Milanes hizo a Caterina Sala su sobrina, fue en sustancia legado de propiedad, y no de vsufructo formal, percepcion de alimentos, o de otra annua prestacion alguna.

En el segundo, que fue vnico, simple, perpetuo, y puro, respeto del heredero, y no multiplice, temporal, ni condicional; y q̃ por la muerte de los hijos de la legataria, los quales per fideicommissariam fue-

ron

tos, o legado merè annuo no sufren, ni admiten ex sui natura, & vt talia, vinculo, ni fustitucion alguna, vt colligitur ex his quæ tradit Castillo loco citato, & nos infra dicemus.

Quare, en el mismo caso que el testador quiere que el legatario restituya a otri, es visto legar la propiedad, etiam vsus, vel viusfructus mentione facta, vt optime prosequitur idem Castillo eodem loco, vbi multis alijs iuribus, atque rationibus istam conclusionem comprobatur.

Y las vltimas palabras del dicho legado, ibi: *En fillis seus, e no en altres personas*, son las que induzen el grauamen del fideicommissio en fauor de los hijos, porque las antecedentes significan facultad libre y absoluta de poder disponer de dichas cinquenta libras de renta en fauor de qualquier persona, vt satis per se patet, & docet Bart. in l. si sic. de legat. 1. & post illum latè prosequitur Surdus decis. 272. per tot. & cons. 73. num. 62. & seq. lib. 1.

Porque la restriccion y taxacion de la palabra, *Y no en altres personas*, se pufo en fauor de los hijos de la legataria, y no del heredero, gratia scilicet inducendi fauore illorum fideicommissi. Marta de claus. part. 3. claus. 27. per tot. Y assi muerta la legataria, pues no dispufo del dicho legado en vida entre sus hijos, como lo pudiera hauer hecho, siendo assi que entrabos a dos modos de disponer contiene las dichas palabras, in contractu, scilicet, *vel in vltima voluntate*. Et sic sequuto casu fideicommissi, vino a quedar y quedò el derecho del dicho legado en propiedad en poder de los hijos de la legataria, los quales pudieron disponer del ad libitum de la misma manera, vt eleganter resoluit Casanat. d. cons. 31. nu. 11. & 12. cum sequentibus verbis nostri casus decisiuus. Ibi:

Et verissimum puto, quod sicuti relictum Titio, non dicitur relictum temporale, quia mortuo illo transitorium est ad eius heredes, etiã adiecta dictione taxatiua, Titio tantum, ex multis congestis à Tiraquello de retractu conuentionali. §. 1. glos. 6. à principio. Quoniam qui relinquit Titio tantum, eius fauore apposuit taxatiuam, ne alij facerent partem cum eo, sed solus esset perfectus & plenus dominus, & haberet ius perpetuũ disponendi de re, idcirco non dicitur temporale, sed perpetuum dominium illi relictum, ideo moriens libere disponderet de re sibi relicta, neq. regreditur dominium ad heredem. Ita in simili, quotiescumque simpliciter legatum relinquatur filijs, & descendantibus masculis, arbitror regulariter alio non concurrente, non esse legatum temporale, sed perpetuum. Quia filijs, & descendantibus masculis relinquatur eo fine, ne alij faciant concursum cum eis, sed illi sint pleni

B

& per-

Et perfecti domini, fruanturque gradatim dominio legati. Idcirco vltimus libere disponit de eo, neque dominium regreditur ad heredem, iuxta sententiam Marcabrun. Alber. Peregrin. Et aliorum, qui ex aduerso allegantur, Et in his terminis loquuntur.

Y que las dichas palabras restrictiuas, y taxatiuas se ayan puesto en fauor, y por contemplacion de los hijos de la dicha legataria, vel ex eo maxime probatur, que no dize, que despues de la vida des- tos buelua al heredero, o a su herencia, ni en toda la clausula ay pala- bras de q̄ esto se pueda inferir, o conjeturar: imo la da substitutos, fi- lios scilicet, quibus iubet legatum restitui: quando autem testator dat substitutum in re legata, non videtur contemplasse personam hæ- redis, vel ius hæreditarium, si expresse de illo mentionem non fecit, vt post Bart. Alexand. & alios, docet Marcabrun. *consil. 71. num. 51. Et tribus seqq.*

Por donde estamos en terminos de la disposicion de justicia, que tiene, quod quandocumque aliquid ab vno adimitur contemplatio- ne alterius, vel vni datur sub aliqua limitatione, vel taxatione, quæ contemplatione alterius adiicitur, licet expresse dictum non sit, ta- men illi soli ius quæritur, cuius contemplatione actus gestus est, vel limitatio adiecta, quia in quacumque dispositione persona cuius contemplatione fit, attenditur, non autem illa in quam verba diri- guntur. Bald. *in l. cum oportet. num. 4. C. de bonis quæ liberis. Menochius conf. 81. num. 40. & Calan. d. conf. 31. num. 18.*

Porque el efecto de la dicha disposicion, y beneficio della, toca tan solamente a la persona contemplada, aunque las palabras se diri- jan a otra. *l. seruo legato. §. si testator. ff. de legat. 1. l. cum pater. §. donatio- nis. de legatis. 2. cum alijs adductis per Calan. conf. 10. nu. 39. Et 40.*

Vnde, quando el estatuto excluye las hēbras, stantibus masculis, aunque no llame expressemente a los varones, es visto llamarlos a la sucesion, pues por su contemplacion excluye las hembras, vt do- cet Bart. *in l. 2. §. videndum. num. 2. ff. ad Tertulianum.*

Y en materia de vinculos y mayorazgos es indubitable, que siē- pre y quando el testador excluye las hembras, o los estraños y cola- terales, es visto llamar los varones, o los descendientes, e introducir en su fauor la tal exclusion, vt docet Zanc. *in l. hæredes mei. §. condita. num. 633. ff. ad Trebellian.* Y el vltimo varon, o descendiente viene a tener libres los bienes para poder hazer y disponer dellos ad libitū, sin que bueluan, ni ayan de boluer al heredero, ni a la herencia. Quia in neutri fauorem hoc in casu fuit adiecta exclusio aliarum persona- rum

rum

rum, sed tantum favore, & contemplatione masculorum, vel descē-
dentium, vt probat Casan. dicto consilio 31. num. 12.

Y la razon porque Casanate en dicho consejo resuelue lo con-
trario de lo que esforçamos es, porque el testador expressamente cō-
templo la persona del heredero, y el derecho hereditario in abstra-
cto, diziendo, que el legatario huuiesse de disponer en sus descēdien-
tes varones, y que faltando estos, se vendieran las casas contenidas
en el legado, y el precio se entregasse al heredero: y assi ducto argu-
mento a contrario sensu es el dicho consejo verdaderamente deci-
siuo de nuestro caso.

En el qual dixo el testador que Caterina Sala pudiesse disponer
de las dichas cinquēta libras de renta tan solamente entre sus hijos,
y no en otras personas estrañas: y assi ellos solos fueron los contem-
plados y fauorecidos: porque la causa final de la restriccion y limi-
tacion fue el fauor dellos, y no del heredero, de quien no solo no ha-
ze mencion en toda la clausula, sino que presupone que quiere que
nūca este legado pueda boluer a el, ni a la herencia, pues da libre fa-
cultad de disponer del a la legataria, limitando solo las personas,
mas no la facultad perpetua de disponer, vt subtiliter considerat
Marcabrun. *conf. III. nu. 54.*

Verba autem semper debent intelligi secundum mentem dispo-
nentis, quæ colligitur ex causa finali qua fuit motus ad ita disponen-
dum. Aymonius *conf. 3. num. 12.* Quod autem affectio & fauor filio-
rum sit causa finalis huiusmodi limitationis, tanquā concernens vti-
litatem testatoris, probatur in *l. si ego. ff. de iure dot. & in. l. cum is. §. si in
ea. ff. de condit. & demonstratio.* Tiraq. in tractatu cessante causa, limita. 1.
num. 24. Testator enim quoad rem legatam magis censetur diligere
legatarium, quam hæredem, vt est vulgare, & tradit Surd. *conf. 319. nu-
mer. 19. in fine.*

Vnde en las personas de los hijos de la dicha legataria vino a ser
perpetuo el dicho legado, y transmisible ad quoscumque illorū hæ-
redes, sin mezcla de temporalidad alguna. Porque en ellos no se pu-
so limitacion alguna de tiempo cierto, o incierto, es a saber, no se di-
xo que gozassen de dichas cinquenta libras de renta por tiempo de
diez años, o durante su vida, sino que se les hizo simpliciter respectu
temporis, & legatū tali modo relictum nunquā reuertitur ad hære-
dem legantis, vt probatur in *l. in causa. §. Pomponius. de minoribus.* &
post Castrenf. Alexand. Ripam, Decium, Rubeum, & alios, docet
idem Marcabrun. ab Anguillis *d. conf. III. à nu. 48.*

Porque

Porque, como se ha dicho, la palabra *taxatiua*, *Entre sos fills*, e no en altres, tan solamente restringe y limita las personas en quien se pudo conferir la ampla y libre disposicion que el testador concedio a la legataria, pero no limitò el tiempo; es a saber, q̄ las dichas cinquenta libras de renta solo se adquiriessen a los hijos de la legataria, durante su vida, & non ultra, y así auiendo adquerido vna vez el dicho legado, se perpetuò en sus personas, y dellas passò libremente en sus herederos y sucesores: iuxta text. in. l. si quis heredem. C. de conditio. & substitutio. Marcabrun. d. conf. III. num. 55.

De que resulta que la dicha disposicion no habla temporaliter, sino simpliciter, con los hijos de la dicha legataria, y así adquerido por ellos vna vez el dicho legado, vino a quedar en sus personas, simple y perpetuo, y no temporal, vt resoluit Marcabrun. consil. citato numero 60.

Todo lo qual se ha dicho para que se entienda que este no fue legado annuo, ni de usufruto, ni de alimentos, en que està implicita y tacitamente contenida la condicion (*Si uiuat*) l. si in singulos 4. l. cum in annos. II. ff. de annuis legat. sino que fue legado de propiedad, que regularmente no importa condicion alguna, si el testador no se la pone, como en nuestro caso no la puso; y por tanto manifiestamente se vee que es perpetuo y transmisible, vt post innumeros DD. quos allegat, expressè docet Castillo de Sotomayor, dict. lib. I. cap. 30. num. 4. & sequent.

Y todo esto procede quando el legado en el primer legatario gravado de restituir a otro, pudo tener, o tuuo alguna temporalidad, nẽpe quando hoc modo relinquitur, *Lego domum ad usufructum vitæ*, vel ad usufructuandum, *vita durante*, vel ad alimenta; que son los casos en que escriuieron Surd. Castillo, Casan. y los demas que estos alegan.

Pero nuestro caso viene a ser mucho mas claro: porque el legado de quo agitur, no solo no tuuo temporalidad, o condicion alguna, pero, lo que es mas, ni tampoco la pudo tener, supuesta la verdadera inteligencia y sentido de las palabras de la clausula.

Porque el legado de cinquenta libras de renta cada año, citra omnem disputationem, est purum, & proprietatis, non vero annuum & usufructus, por las razones siguientes.

Lo primero, porque estas palabras se han de entender secundum communem usum loquendi, l. antiquitas, circa finem, vbi glos. verbo, *Relictum*. C. de usufructu. & in l. liberorum. §. quod tamen Cassius, in verb. *Contine-*

tine-

tinebuntur. ff. de legat. 3. Qui communis vsus loquendi derogat omni constitutioni, & omni regulæ. Bald. *conf. 398. num. 1. vol. 3.* Et vbi cōsuetudo aliquod vocabulum interpretatur, illa interpretatio est necessaria. Castren. *conf. 40. in fin. volu. 1.* & illa semper interpretatio sumi debet, quæ magis consonat auribus vulgi, docet Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 8. num. 1.* Y así pues comunmente hablando, solemos dezir, Fulano tiene mil ducados de renta cada año, entendiendo que tiene propiedades y posesiones de que percibe y coge esta renta, hemos de confessar precisamente que el dicho testador habló en esta conformidad y sentido.

Lo otro, porque si dixeramos que este legado fue annuo, y que no fue de propiedad, llanamente confessaramos ser superfluas las palabras, *De renta*, porque bastaua auer dicho que le dexaua cinquenta libras cada año, las quales palabras claramente significauan la annua prestacion de la dicha cantidad; y así porque no se reputé superfluas, ni puestas sin ministerio, y puedan obrar algun efeto, precisamente hemos de dezir, que el dicho legado fue simple, y de propiedad, vt euitetur superfluitas, quæ vbi cumque vitanda est. *l. 1. ff. quod metus causa. l. 3. in principio. ff. de iure iurando, cum similibus.* Et verba testamenti, vel legati semper eo modo intelligi debent, quo non sint superflua. *l. si quando. in principio. ff. de legat. 1.* Mantica *d. tract. lib. 3. titu. 6. num. 1. & seqq.* Simon de Pretis *lib. 2. interp. 3. dubitat. 1. solut. 2. nu. 49.*

Lo otro, por la disposicion del text. *in l. si quis argentum. §. 1. C. de donationibus.* donde se dize, q̄ quien donò cierta cantidad de renta cada año, tiene obligacion de trāsportar bienes y propiedades a pedimiēto del donatario, de q̄ se pueda sacar la tal renta. Como si dixera, q̄ este tal no es legado annuo, ni se multiplica condicionalmēte, sino simple, puro, y de propiedad. Y aunq̄ el dicho texto solo haze mencion de cierta cosa, o cantidad de réta, sin añadir la palabra, *Cada año*, empero la glo. *ibi, in verbo, Redditum*, da el exemplo en diez cayzes de trigo cada año, y la siguen Odofredo, Pet. de Bellapert. Cino, Baldo, Ioan. Fab. Salic. & alij omnes. A demas, de q̄ quiē dize diez ducados de renta, o diez cayzes de trigo de renta, dize lo mismo q̄ si añadiera, *Cada vn año.* Porque no puede auer renta q̄ no sea juntamente annua, vt docet Surd. *conf. 319. n. 9.* Y el dicho texto ygualmente se deue entender, y ha lugar en las donaciones y legados. Porque el legado tambien es donacion. *l. legatum. ff. de legatis. 2. §. legatum, Instituta de legatis.*

Lo otro, porque en este caso el dicho testador no lego simpliciter & absolute cinquenta libras cada año, sino cinquenta libras de réta, y así quiso que la legataria y sus hijos substituidos en el legado, le

pudiesen pedir en propiedades, y en bienes que pudiesen rentar las dichas cinquēta libras, vt resoluunt Soci. Iun. *conf.* 160. n. 46. Mantica *de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 2. nu. 3.* Surd. *de alimentis, parte vlt. q. 40. nu. 17.*

Por las quales razones resuelue Surd. *d. conf.* 319. *libr. 3.* que nuestro legado no es annuo, sino simple, y de propiedad; y por consiguiente que si quieren, pueden pedir los legatarios, o las personas que hoy les han sucedido, que se les transportassen bienes en propiedad bastantes a producir la dicha renta de cinquenta libras. Donde responde sutilmente a todas las razones y argumentos que se puedē hazer en contrario, y es tambien decisiuo de nuestro caso.

Vnde no tenemos para q̄ entrar en el examē de si el legado annuo puede perpetuarse, necne; o si es visto hazerse in causam alimentorū, de tal manera que esta sea la causa vnica y final del, bien que lo vno y lo otro sea certissimo.

Lo primero por la *l. annuam, cum similibus. ff. de annuis legatis*, cuya razon reincide en lo segundo, pues porque la republica es perpetua, y como vniuersidad, no cae en ella la consideracion de alimentos, por esso el legado que expressamente se le hizo para la celebraciō de ciertas fiestas, dexa de ser annuo en quanto a la sustancia y essencia, siendo en ella perpetuo, y quedando annuo en quanto al nombre solo.

Y lo segundo por la *l. Titia, in principio, vbi propterea dicitur simile esse usufructui, & l. si cui annuam. ff. eodem. l. cum hi. §. si in annos. ff. de transaction. l. legatum. ff. de capitis diminutione.* Surd. *de alimentis, tit. 2. q. 12. in principio.* Et sic siempre que dexa de concurrir la razon y causa final del tal legado, dexa tambien de ser annuo, *ex regula cessante causa, cum vulgaribus.* Y en nuestro caso ay muchas que precisamente cōuencen no auerse hecho in causam alimentorum, ni auer tenido tal intento el testador, que si fuera necessario, se refrieran; pero no lo es, como se ha dicho. Porque queda prouado y fundado ser y auer sido simple y de propiedad el nuestro en todo tiempo, & à principio, y no annuo.

Ni tampoco en la question vulgar *vtum appellatione filiorū contineantur nepotes*, porque esto mira al llamamiento de los nietos de la legataria per fideicommissariam substitutionem, y a la repeticiō del grauamen en sus hijos, y no a la perperuidad, o temporalidad del legado; quæ aliunde quæri oportet, quam ex vocatione & substitutione nepotum, y assi no haze al caso.

Porque aunque le dexara nuestro testador a los nietos y rebisnietos, non adiecto expresso onere restituendi, si el legado fuera en todos

dos

dos verdaderamente annuo; no por esso dexara de serlo, y se perpetuara como en el caso de Peregrino *consil. 36. lib. 2.* donde estava hecho a todos los descendientes in infinitum, y refuelue, que no por esso dexa de ser annuo, y condicional el legado: porq̄ cada año se va multiplicando en la persona de cada vno de los descendientes, y de tal manera tiene implicita y arraygada la temporalidad, que dura siempre hasta el vltimo descendiente, y despues de sus dias iure consolidationis & temporalitatis finitæ, redit ad hæredem, como se colige de lo que dize Casanate *locis citatis.*

Quantimas que en los legados meramente annuos, vt annuos, no cae la consideracion de la substitution vulgar, o fideicommissaria, vt ait ipse Peregrin. *d. cons. 36. nu. 4. in princip.* & paulo post, ibi *Quare in legatis annuis an secundus sit vocatus post primum, ordine successiuo, per vulgarem, aut per fideicommissariam, impertinens est inter legatarios disceptare, quia secundus nihil petit, vel capit à primo. Hæres autem, quia expresse reperit se grauatum præstare tercenta annua duobus, tenetur obsequi voluntati defuncti, & præstando primo, non satisfacit obligationi de præstando secundo, quia hæc sunt diuersa legata, quantitates multiplicatæ, & personæ diuersæ, nec præstatione semel facta potest allegare se liberatū, quia quot sunt anni vitæ legatariorum, tot sunt legata, & tot fieri debent præstationes.* Hactenus Peregrin.

Sino tan solamete en los legados simples, y de cosa y propiedad cierta, en los quales, respeto del heredero, la obligacion nace encontiente, y es cierta, por ser cierto y puro el legado, & persolviendo rem statim liberatur. *l. si à substituto §. i. ff. de legat. i.* Y si en el son llamados muchos ordine successiuo, como en el caso de Surdo, en fuerza de la palabra, *Descendentes*, que es collectiua plurium graduū, & personarum, se entiende estar llamados per fideicommissariam.

Y assi añade el mismo Peregrino *dicto cons. 36. numero 5.* lo siguiente: *Et questio hæc rectè procedit in re certa in qua agitur de vnico rei dominio, & de vnica rei acquisitione, in legatis autē annuis alia est, & penitus diuersa consideratio. Primo enim respectu hæredis non est vnica obligatio nec vnica præstatio, imo in istis quot sunt anni tot sunt legata. d. l. in singulos, &c.* Y nosotros nos hallamos en el primer caso, pues, como se ha visto, nuestro legado est rei certæ, & in qua agitur de vnico rei dominio, & de vnica rei acquisitione; y assi poco embaraço nos puede hazer el dicho lugar de Peregrino, quinimo bien entendido, argumentado del a contrario sensu para este caso, nos es muy fauorable.

Solo ay, que si nuestro legado fuera annuo, lo que no es, & appellatione

latione

latione filiorum continerentur nepotes, se multiplicara en ellos durante sus vidas, pero no pudieran transmitirle: porque muriendo faltara la condicion, y feneciera la temporalidad: mas quando la sustitucion y llamamiento se haze a cosa cierta y simple, aunque en el se haga mencion per modum causæ, de cosa que importe temporalidad y condicion, nihilominus prepondera la sustitucion, y por ella queda excluyda la tēporalidad, y viene a quedar simple y perpetuo el legado en poder del vltimo sustituydo y llamado para disponer del libremente, y esto es lo que dixé arriba, y lo que quierē Castillo, y Casanate, en los lugares citados.

Y no solo procede esto quando el grauamen y fideicomisso se pone expressamente en cosa cierta con mencion de alguna temporalidad, o circunstancia, respeto de la qual sea, o pueda ser incierta, sino tambien quando se pone a cosa, o disposicion incierta, respeto de la condicion y temporalidad que contiene, como el legado meramente annuo, porque en tal caso muda de naturaleza *ex voluntate presumpta testatoris*: y de temporal, y cōdicional queda perpetua, ex quo para poder ser restituydo a otri, es menester que precisamente lo sea, y se adquiera al grauado lo que prohibe la tēporalidad y condicion sucesiua, quæ acquisitionem suspendit, & defecta per mortem legatarij deficit legatū, *vulgat. iurib.* & nihil remanet quod restitui possit, non entis enim nullæ sunt qualitates, *vulgat. iur.*

Quare in necessariū antecedens, es visto el testador, poniendo expressamēte grauamē de restituir, quitar qualquiera tēporalidad y cōdicion q̄ lo pueda impedir; argumento *tex. in l. denique. 8. §. interdum. ff. de peculio legato, cū alijs similibus*, tenet etiā Castillo *d. lib. 1. c. 30. n. 23. & seqq.* Y en el caso de Peregrino la razon porq̄ el legado annuo no mudò de naturaleza en los descendientes del legatario, conseruado se siempre annuo, fue, porque el testador no puso el grauamen y cargo de restituir expressamente, y assi in dubio por la temporalidad y naturaleza del legado, que siempre quedò en pie, fue visto contemplar la persona del heredero, o el derecho hæreditario in abstracto, que es lo que dixeron Peralta *in d. §. Titia cum nuberet, num. 18.* & Casan. *d. conf. 31. num. 23. & 24.*

Pero quando la disposicion no tuuo temporalidad, o condicion alguna à principio, como en nuestro caso, que siempre y por si misma fue simple y perpetua, y quãdo no lo huuiera sido por si misma, basta que lo huuiera sido ob adiectionem expressam oneris restitutionis, para auer de dezir, que no fue contemplada la persona del heredero,

redero, sino la de la dicha legataria y sus hijos, y por cōfiguiente q̄ ya en su persona fue simple y perpetuo este legado, y le pudo trāsmi-
tir ad quoscumque hæredes, en caso de faltar antes los sustitutos, y
sobreviuir ella a sus hijos, vt optime probatur hæc omnia per ea, quæ
adducit Casan. d. conf. 31. à num. 18. vsque ad num. 36. & conf. 32. à num. 21.
vsque ad finem.

De que resulta clara y bastante satisfacion a los motiuos de la di-
cha Real sentencia, pues presupone que este es legado annuo y de v-
sufruto, vel saltim illi simile, y que los nietos tuuieron necesidad de
estar llamados quasi comprehensi verbo filiorum, para que pudiera
passar a ellos, pues lo vno y lo otro queda manifestamente conuen-
cido ex ante dictis.

Segundo punto.

CA S I con lo que se ha dicho en el antecedente, que ha sido
preciso anticiparlo, por pedirlo así la materia sujeta, y la
coherencia y connexidad destes dos articulos, queda tambieñ
allanada, y satisfecha qualquiera dificultad y oposiciõ que en este vl-
timo se nos pudiera hazer. Con todo añadire breuemente lo que
se sigue, con que del todo quedará resuelto en fauor desta parte.

Lo primero, porque in dubio semper legatum est perpetuum, non
vero temporale, siue personale, ex Bart. in l. 4. num. 5. ff. de alimen. & ci-
bar. legat. Socin. Senior, conf. 102. num. 10. lib. 3. Peralta in d. §. Titia cum
nuberet. num. 17. quod sit dictum sin perjuizio de que este no es caso
dudoso, pues tan claramente consta ser perpetuo, sino ex hypothesi,
y puesto que lo fuesse, quod expressè negamus.

Lo segundo, porque las palabras deste legado, *Lego redditum an-
nuum quinquaginta librarum*, no tienen, ni luenan temporalidad algu-
na, pues, como arriba se fundò, es legado de cosa cierta, y de proprie-
dad, y el heredero puede ser compelido a transportar tantas quantas
basten para hazer dicha renta.

Y quando parezca q̄ la tiene por la diction, *Cada año*, quod negat-
tur, es cierto que non respiceret actum, sed causam legandi, dilectio-
nem scilicet, & beneuolentiam testatoris erga legatarium: causa autè
legandi non restringit legatum, quia temporalitas non censetur ad-
iecta dispositiuè, sed causatiuè; y así supuesto que precedio el legado
de propiedad. Ibi: *Dexe cinquãta lliures de renda.* y despues se figan las

D

pala-

palabras, que puesto que importen temporalidad causalmente, no restringe, limita, ni quita nada al dicho legado, así de su propiedad, como ni tampoco de la perpetuidad, quia verba sequentia non debent censerī adiecta causa limitandi tempus, sed ad fauorem legatarij, vt subtiliter aduertit Zanc. in *l. heredes mei. §. cum ita. p. 4. num. 44. in fin. ff. ad Trebel.* y lo refiere Casan. *d. conf. 32. nu. 28.*

Por lo qual, si sobreviniendo la dicha legataria, huuieran faltado todos los hijos llamados y sustituydos en el dicho legado, es cierto q̄ pudiera disponer libremente del, y que por su muerte no boluiera al heredero; argumento text. in *sepedito. §. Titia cum nuberet, & eorum,* quæ ibi docet Bart. tenent Zanch. in *d. §. cum ita. p. 4. num. 44. in fine.* & Casan. *d. conf. 32. nu. 27. circa fi.* Y esto supuesta tambien la téporalidad y annualidad, que negamos, iuxta *conf. Peregr. 53. num. 4. & 5.* Luego bien se sigue que fue perpetuo en ella, y no personal, ni temporal.

Lo tercero, porque, como ya se dixo arriba, qualquier donacion, o legado por particular prouision de la ley, es transitoria, y transmisible regularmente ad quoscumque hæredes, & successores, *l. veteres. C. de contrahenda stipulat. l. si pactum. ff. de probation.* Donatarius namq̄ & legatarius ad libitum possunt disponere de re donata, vel legata, prout de re sua, iuxta text. in *l. in re mandata. C. mandati. & l. in causa. §. Pomponius. ff. de minor.*

Luego supuesto q̄ el dicho legado fue puro, simple, y de propiedad en la persona de Catherina Sala, no porque a ella se le aya limitado quoad personas, la facultad ampla de disponer, coarctandola el testador a sus hijos, se ha de dezir que faltando ellos, quedò tambien limitada la prouision de la ley, aunque concurra la diction taxatiua, *Y no en altres,* quia per dictiones taxatiuas non debet, nec potest induci limitatio, siue restrictio prouisionis legis. *l. final. §. cum Titio.* & ibi Bart. *ff. de aliment. legat.* & tradunt communiter DD. in *l. i. C. de contrahentibus bon. posses.*

Vt videmus in illo qui promittit de facto & dicto suo tantum, qui licet hac dictione taxatiua excludat personas extraneas, non tamen excludit hæredes, qui in promissione continentur ex legis prouisione, vt docet Bald. in *l. fin. circa finem. C. de actio. empt.* & habetur in *l. stipulatio, in princ. ff. de verbor. oblig.* cum alijs adductis per Decium *conf. 281. & in l. heredem. ff. de regul. iur.* Et in testatore, qui cum instituerit Titium in re certa cum taxatiua *Tantum,* non intelligitur, nec censetur prohibuisse ius accrescendi, quod venit ex legis dispositione, quia licet limitet prouisionem suam, non tamē limitare intelligitur prouisio-

uisio-

uisionem legis. Marcabrunus *dicto consilio* III. numero 83.

De aqui se infiere, que pues en la dicha legataria en el caso de la premoriencia de sus hijos, fuera perpetuo el dicho legado, y pudiera disponer libremente del, à fortiori lo fue tambien en ellos, pues no se les puso restriccion, o limitacion alguna respectu temporis, nec facultatis disponendi, como a su madre, ex regula, Si de quo minus videtur inesse, & inest, ergo & illud de quo magis, iuxta textum, & ibi glos. in l. vlt. C. de his qui etate vel profess. se excus. lib. 10.

Lo quarto, porque la palabra, *Cascun any*, puesta en la primera parte desta clausula, no suena, ni importa, ni puede importar tēporalidad alguna restrictiua, por dos razones llanas, ademas de lo que se ha dicho.

La primera, porque està puesta despues de las del cuerpo del legado; que se considera en las precedentes, ibi: *Cinquanta lliures de renda*, las quales absque vlla hæsitacione, se ha de confessar que solas y tomadas de por si, denotan legado cierto y de propiedad, ex d. l. si quis argentum. §. 1. cum similib. C. de donatio. & ex Surd. d. conf. 319. per tot. Y assi lo presupone la dicha Real sentencia, pues todo el esfuerço pone y considera en la dicha palabra, *Cascun any*, diziendo, *Et attento quod si aliquid in singulos annos alicui legatum sit, &c.* verba autem denotantia mensuram, vel modū, si ab illis non incipiat legatū, sed à re ipsa, adiecta censentur demonstratiuè, causa scilicet demonstrandi rem legatam, maximè si adijciantur solutioni & executioni legati, vt colligitur ex his, quæ magistraliter docet Dec. conf. 347. & 500. Felin. in c. super litteris. col. 3. de rescript. Marcabru. conf. 71. nu. 87. Et quando demonstratiuè clarè constat apposita fuisse, legatū non restringūt, per text. in d. l. libertis. 4. vbi Bart. nu. 3. ff. de alim. & cibariis. legat. cū alijs adductis à Casan. d. conf. 32. nu. 4. Ex quo tantū demonstrant, nō vero disponūt, iuxta tradita à Crauet. conf. 214. nu. 7. & Castren. conf. 222. nu. 1. lib. 1.

Imo, & quod magis est, quando clarè non constat (vt in casu nostro ex supra dictis manet probatū) sed versamur iu dubio, tunc etiā semper demonstratiuè intelligi debent adiecta, si certæ rei, vel corpori adijciantur, & referantur, non vero restrictiue, & dispositiue. l. fin. §. Titia. ff. de liberat. legat. l. Mella, in princip. ff. de alimen. & cibariis. legat. tenet post alios quamplures ab ipso allegatos, Casan. conf. 44. num. 4. & 42. & conf. 54. num. 5. & 6.

Y no se puede negar que la palabra, *Cascun any*, se deue y puede solamente referir a la execucion del dicho legado, y al modo como se ha de pagar, y no a la obligacion; pues, como arriba se fundò, qui legat

gat

gat redditum certū, tiene obligacion de pagar con propiedades, si el legatario lo pide, y no quiere contentarle con la renta, vt expresse habetur in d. §. 1. l. si quis argentum, & in d. conf. Surd. 319. Modus autem adiectus solutioni, vel executioni, non obligationi, dispositionē non alterat, nec restringit, vt docet Bart. in l. inter stipulātem. §. sacram. col. 4. ff. de verbor. obligat. & post illum Marcabrun. d. conf. 71. nu. 88.

La segunda razon principal, es, porque quando añade las dos condiciones con q̄ el testador hizo a su sobrina el dicho legado, la vna q̄ consiste en el caso de ausencia, y la otra en el de la muerte del marido, no repite la palabra, *Cascun any*, sino que tan solamente dize, *Les quals dites cinquanta lliures de renda li dexe y llegue en cas, &c.* Ni tampoco lo haze en la segunda parte de la clausula, quando graua a la legataria en fauor de sus hijos, porque tambien dize solamente, *Deles quals dites cinquanta lliures de renda puixa fer, e faça, &c.*

Luego bien se infiere q̄ en el principio solo la puso el testador *demonstratiuè*, y q̄ con ella no fue visto querer restringir el legado, ni la disposicion; pues no siendo así, claro está q̄ la huiera repetido despues, y no auendolo hecho, vino a ser lo mismo como si a principio no huiera sido puesta, porque la palabra relatiua, *Les quals*, prepuesta a la disposicion, restringe todo lo antecedēte, y lo reduce a los terminos, sentido, y cōtextura de lo siguiente. Ita probatur in l. ea tamen adiectio. & ibi glos. & Bart. ff. delegat. 3. idem Bart. in l. omnes populi. n. 1. ff. de legibus. docent Abb. in cap. de cetero, per illum text. de cleric. non residentib. & Zabarel. in Clement. 1. num. 18. q. 9. de for. competen. Mandos. regul. 27. quest. 16. nu. 4. volum. 2. fol. 63.

Vel saltim declarat præcedentia, vt tenet Cenedo *singul. 27. nu. 5.*

Quare, en caso negado, que a lo que vamos esforçando pudiera causar alguna obscuridad aparente la palabra *Cascun any*, se quitaua del todo, y quedaua mas claro que el sol, con lo que se acaba de dezir: *notissimum namq. est in iure vnam partem testamenti obscurā, per aliam declarari, licet omnino separatam, & alterius clausulæ, & à fortiori eiusdem, vulgat. iurib.*

Lo quinto, porque si quando se haze vn legado a los dela familia y agnacion, con permissiō de q̄ solo pueda ser alienado entre ellos, y no en otras personas, certissimi iuris est, quod vltimus agnatorum, quorum contemplatione prohibita fuit alienatio, liberè poterit in quemcumque alienare, & ad hæredes etiam extraneos transmittere, nec res legata reuertetur ad hæredes testatoris, vt probatur in l. cum pater. §. libertis, ad fin. & in l. qui solidum. §. prædium. de lega. 2. tenet Castrè.

conf

conf. 44. lib. 2. & conf. 453. lib. 2. glos. & alij in l. quoties. C. de fideicommiss. Socin. Jun. conf. 188. lib. 2.

Luego las palabras con que nuestro testador permitio a la legataria la disposicion en fauor de sus hijos, y se la prohibio en fauor de las demas personas, no pudieron impedir ni impidieron, q̄ auiendo sucedido los dichos tres hijos iure proprio en el dicho legado, pudieran disponer del libremēte. Ita argumentatur Marcabrun. *d. conf. 111. num. 102. cum seq.*

Quia illa verba taxatiua, *En sos fills, e no en altres persones*, ius prælationis, & ex propria persona potuerunt tollere extraneis personis, quod ex vocatione, seu voluntate testatoris, & sic ex legato immediate prouenit: iuxta tradita per Deci. *conf. 239. dubitatio. 3. & conf. 607. num. 9. Socin. Jun. conf. 58. col. 1.*

Non autem ius transmissionis, quia cum sit de natura legati, quod res legata possit in quemcumque transferri, & transeat ad hæredes extraneos: *Argumento l. veteris. C. de contrahend. stipulatio. cum similibus.* Hæc præcise sumi debet interpretatio, vt minus deuietur à natura legati quam fieri possit. *Argumento cap. 1. de feud. non haben. propri. natur. Deci. conf. 93. nu. 5.*

Accedat, que siendo como es, tambien la adiection aquella, *En sos fills, y no en altres persones*, contra la permission del derecho comū, præsertim de medio, sublati filijs legataria, basta que obre, ne alij veniant ex propria persona. Como si dixeramos, Basta que solo induzga vinculo en fauor de los hijos, y pare aqui, vt minus deroget iuri communi. *Arg. l. si quando, in princip. C. de inoffic. testamento, cap. cum dilectus, de consuetud.*

Porque si la estendieramos mas, queriendo q̄ tambien induzga temporalidad, viniera a quedar del todo derogada la dicha permission del derecho comun, y alterada la naturaleza deste legado, que como queda fundado, es de propiedad y cosa cierta: quod certe non est dicendum ex ante dictis, & tenet Marcabrunus, *dicto consilio 111. numero. 125.*

Vnde, la limitacion y restriccion de las personas de los hijos de la legataria, puesta para efeto de impedir la transmission en otras personas, estando estas de por medio, quibus specialiter ius prælationis tributum est, no pueden, ni deuen quitar el de la transmission, faltado ellas, quia limitata causa, limitatū debet producere effectū. *l. age. C. de transactio.*

E

Lo

Lo sexto sea, que pues conforme la doctrina de Cagnolo comunemente recebida, in l. 2. nu. 133. q. 18. C. de pact. pactum de retrouendēdo factum alicui, & filijs suis hæredibus masculis tantum, nō tollit, quin filius relicta filia hærede, possit in illam, vel in quemcumque aliū hæredem extraneum ius pacti trāsmittere, quia sufficit quod qualitas requisita in stipulatione sit in transmittente, licet non sit in persona ad quam transmittitur.

Tampoco las palabras deste legado, que no tienen, ni se les puede atribuir mayor eficacia que a las del dicho pacto, podran obrar mayor efeto, ni impedir que auiedose adquerido vna vez su derecho a los hijos de la dicha Catherina Sala, en cuyo fauor se pusierō, aya podido transmitirse a los herederos destos, aunque no tengan la misma calidad de hijos; prout in simili dicitur de iure retractus, quod ex consuetudine competit consanguineis & vicinis, vltimus namque consanguineorum, vel vicinorū cedere, vel trāsmittere potest dictū ius in alium non habentē eandem qualitatem, vt tenent relati à Tirraquel. de retract. §. 2. glos. 1.

Lo septimo, porque todo lo arriba dicho se confirma y corrobora mas cō el sentido preciso destas palabras, *Deles quals dites cinquāta lliures de renda puxa fer, e faça à totes ses propries, planes, e lliberes volūtats, &c.* videlicet, q̄ premoriendo todos los hijos de la legataria, ella pueda disponer de la cosa legada como dueño absoluto y propietario, vt probauimus supra num. y sucediendo ellos, puedan hazer lo proprio, q̄ esto viene a tener mucha menos dificultad, prout diximus in prohibito alienare extra familiam, quando alius non superest in quo prohibitio possit habere locum.

Atqui, este sentido tan preciso y genuino de las dichas palabras, no se pudiera verificar si en alguno destos dos casos atribuyéramos tēporalidad a las siguientes, pues siēdo temporal este legado, no cayera en el la libre disposiciō susodicha, ni fuera trāsmisible, antes huuiera de boluer al heredero: ergo hemos de cōceder precisamente q̄ no lo fue, y q̄ no boluio ni pudo boluer al heredero, para que las dichas palabras subseqüentes queden declaradas, y bien entendidas por las precedētes, & è cōtra, iuxta l. si seruus plurium. §. 1. ff. de legat. 1. cū similib.

Y puesto que las precedentes sean claras y llanas en este sentido, y que las subseqüentes, no persuaden lo contrario, quando las hiziesen alguna violencia, quod negatur, se les deuia quitar, porque, hazer lo, no seria contrauenir a ellas en este caso, sino declararlas. Ita post

Deci.

Deci. Bald. Iason. & alios, tenet Marcabrun. d. consil. iiii. nume. 130. & sequentibus.

Maxime, attento & considerato, quod semper præcedentia magis influunt, determinant, & declarant sequentia, quam è contra, vt post glos. notat Bart. in l. quisquis. ff. de legat. 3. & in l. Auia. ff. de cond. & demonstra. & Bald. in l. legatorum petitio. §. fin. in fin. ff. de legat. 2. vbi dicit; quod quando præcedentia sunt expressa, & determinata, sequentia vero obscura, vel generalia, tunc sine dubio præcedentia determinare sequentia: idem etiam notant Caualcant. decisione. 14. num. 4. volu. 3. Maluasi. consilio 125. numero. 22. & Cancer libro 3. capite. 20. numero. 209.

Y lo cierto es, q̄ si el testador huuiera querido q̄ las dichas cinquenta libras de renta boluierã a su heredero despues de la muerte de los hijos de la dicha legataria, tãbien lo huuiera dicho expressamẽte, como dixo q̄ de su madre passaran a ellos. Arg. l. i. §. sin autẽ ad deficientes. C. de caduc. toll. y pues no lo dixo, señal es q̄ no lo quiso. l. quidam cum filium ff. de hæredib. instituend. cum similib.

Finalmente quando no fuera, como es preciso conceder, que las dichas vltimas palabras son del todo claras en fauor de la perpetuidad del dicho legado, y por consiguiente de los hijos de la legataria, y de los herederos, y suceßores destos, como verdaderamente lo son, queriendolas reduzir a terminos de obscuras, en ellos las auriamos de interpretar contra el testador, y sus herederos, y en fauor de los legatarios, y sus suceßores, maxime cum tali in casu non possit dici, quod ageretur de extendendo legatum, vt eleganter profequitur Nata cons. 626. per totum.

Y si en este mismo caso las tales palabras se deuen interpretar contra el donador, y sus herederos, y en fauor del donatario y sus suceßores, l. veteribus. C. de pactis. l. stipulatio ista. §. in stipulatione. ff. de verborum obligationibus, Marcabrunus dicto consilio iiii. numero 133. à fortiori contra el testador y sus herederos, quos absque dubio minus diligit quam seipsum. Et in fauorem legatarij, quem præposuit in re legata, & magis censetur diligere quam hæredem, ex Nata d. cons. 626. in fin. prout subtiliter arguit Surd. d. cons. 319. nu. 9.

Ex quibus omnibus satis etiam elisum remanet el vltimo motivo de la dicha Real sentencia, ibi: *Quæ à fortiori procedunt, verbis dictorum Codicillorum admissim expensis, quæ sunt inclusiuæ filiorum, & exclusiuæ aliarum personarum.*

Vnde

Vnde clarissimum fit ; quod circumscripta adhuc prædicta rei iudicatæ exceptione, & nullitate sententiæ, quod vtrumque plane procedit de iure, vt in alijs allegationibus ostendi, pro hac parte, absque vlla penitus dubitatione, iudicandum esset, & sic censeo. Salua semper, &c.

Concedit licentiam imprimendi.

Mora R. Fisci Aduoc.

Vicente Sisternes de Oblites

Vnde clarissimum fit ; quod circumscripta adhuc prædicta rei iudicatæ exceptione, & nullitate sententiæ, quod vtrumque plane procedit de iure, vt in alijs allegationibus ostendi, pro hac parte, absque vlla penitus dubitatione, iudicandum esset, & sic censeo. Salua semper, &c.

I V R I S
ALLEGATIO
P R O
LEOCADIA MEY.

Facti species.

FRanciscus Milanes reliquit Catherinæ Sala quin-
quaginta libras de reditu singulis annis, de quibus
facere posset, & faceret ad suas omnimodas, planas,
& liberas voluntates in filios suos, & non in alias personas.

*Quæstio est voluntatis. An dictum legatum, sine fidei-
commissum sit restrictum ad filios Catherina Sala. An
potius vero sit transmissibile ad dictam Leocadium
Mey, qua neptis est Catherina Sala. Quod sequentia
suadere videntur.*



N primis vero præmittendum est tan-
quam certum, legatum annum ex sui
natura perpetuum esse: quod eviden-
ter apparet, si comparetur cum lega-
to usufructus. Nam si usufructus re-
linquatur Titio, & eius hæredibus, in
primis hæredibus finitur. *l. Antiquitas. C. de usufr.* Simili-
ter si usufructus relinquatur ciuitati, centum annis tantum du-
rat. *l. si usufructus. ff. de usu. & usufr. & red. qui longissimus*
est vitæ humanæ terminus. Cuius ratio evidens est, ne pro-
prietas inutilis perpetuo remaneret. Cuius contrarium

A con-

contingit in prædictis casibus in legato annuo, nam perpetuo durat, vt probatur de primo casu, in *l. in annalib. C. de legat.* Et de secundo, in *l. Annuam pecuniam. ff. de annu. legat.* cum nihil obstet cur legatum annuum in perpetuum durare non possit. Quod si legatum annuum relictum simpliciter & indefinite priuatis personis, cum vita finitur. *l. in singulos annos. ff. de annu. legat.* id ex interpretatione legis prouenit, non ex rei natura: non enim inepte perpetuum interpretari potuisset, cum sic relictum nullum tempus adiectum sit, in quo finiri debeat, & ita legatum annuum perpetuum esse quantum instituti ratio postulat, tenet Gonzal. *variar. quest. lib. unic. cap. 33. n. 16.* Vnde colligitur legatum annuum ex leuissimis coniecturis perpetuum reputari debere, cum vnaquæque res difficile de sui natura deturbari queat, facillime vero ad sui naturam reuertatur. Quibus sic præmissis, explicare iam oportet quemadmodum legatum annuum in nostro casu repræsentatum perpetuum sit, & in infinitos annos duraturum. In primis vero statuendum est, tenore verborum legati relictæ Catherinæ Sala fideicommissum relictum fuisse fauore filiorum eiusdem: ex quo sequitur, quod si filij Catherinæ Sala decessissent illa superstite relictæ, libere de dictis quinquaginta libris de redditu facere potuisset, cum iam nullus superesset, qui fideicommissum repetere posset. Nec obstat quod ex verbis fideicommissio insertis restringi videtur dispositio ad filios dumtaxat Catherinæ Sala, cæteris remotis, & exclusis. Nam ea verba, si recte expendantur, fideicommissi inducendi gratia, fauore filiorum potius quam animo restringendi legatum annuum ad filios dumtaxat apposita fuerunt, vt in simili apparere potest. Nam si testator loco quinquaginta librarum de redditu reliquisset Catherinæ Sala domum, verbi gratia, additis eisdem fideicommissi verbis, decessissent-

que

que filij Catherinæ Sala ipsa superstitite relictâ, certo certius est quod domus eo casu nō consolidaretur cū hæreditate, sed quod transire posset ad descendentes, vel etiam ad quoslibet extraneos perempto fideicommissio. Recte igitur concluditur verba illa non operari restrictionem, sed potius fideicommissum inducere, & quod solum operantur restrictionem ad inducendum fideicommissum filiorum favore: sed propterea nil obstat cur filij de fideicommissio libere disponere non possent. Nam si testator disposuisset, quod Catherina Sala faceret de dictis quinquaginta libris de redditu ad suas omnimodas voluntates, & ibi subsistisset, nil dubium quin perpetuum esset legatum. Quod similiter dicendum est, casu quo fideicommissum defecisset ex præmorientia filiorum, nam in idem casus recideret remoto iam obice fideicommissi. Quibus accedit, quod ex facultate dictæ Catherinæ Sala concessa disponendi, ac faciendi de dictis quinquaginta libris de redditu ad suas omnimodas & liberas voluntates, concessa ei fuit facultas legatum in perpetuum relinquendi filiis suis & successoribus, vt ex verbis patet. Potestas enim semper præsumitur, quicquid enim prohibitum non est, permillum cenletur: quidquid igitur non repugnat verbis, permillum fuit. Constat insuper de dicta facultate concessa, quæ pars legati est, minime vero de ademptione, neque in casibus propositis, neque in aliquo alio, cum neque in dubio ademptio præsumatur. *l. si quis §. si duobus. ff. de adimen. vel transf. legat.* Nec enim nostrum legatum simpliciter annuum est, sed cum illa adiectione siue facultate, in quo multum subsistendum est.

Accedit etiam, quod facultas illa continet maximum fauorem respectu legataria, fauores autem sunt ampliandi. Ex dicta enim facultate legatum annuum perpetuo ab hæreditate fuit separatū, & cum dicta facultate transiit

ad filios Catherinæ Sala ; non obstante illa restrictio-
ne , vt superius declaratum fuit. Facultas enim cum sit
qualitas , difficillime quantitate , siue tempore metiri po-
test. Si enim testator in filiis Catherinæ Sala legatum fini-
ri voluisset , dixisset quod post obitum dictæ Catherinæ
Sala deueniret legatum ad eius filios , & quod illis defun-
ctis , rediret ad hæreditatem. Et nil erat cur tam amplam
facultatem disponendi dedisset dictæ Catherinæ Sala , nisi
animo in perpetuum illud relinquēdi. Accedit etiam quod
vbi facta est mentio hæredum , legatum annuum perpe-
tuum reputatur. *d. l. in annalibus* : sed filij Catherinæ Sa-
la , & eorum descendentes hæredes gradatim sperabantur
fore ipsius , ex regula , quod filius , ergo hæres : propter
quod in perpetuum relictum fideicommissum iudicandum
est. Maxime cum nomen filiorum vniuersum quid conti-
neat , quemadmodum & hæredum , & ad natos , & nascitu-
ros , & eorum descendentes facile accommodari possit , vt
est vulgaris sermo , quo descendentes filij etiam appellan-
tur : testamenta autem interpretantur secundum vulga-
rem modum loquendi. *l. 3. de supell. legat.* Quod maxime
obtinere cum per nomen appellatum & tractum tempo-
ris in futurum euentum collatum verba disposita sunt , vt
in nostro casu contingit , cum tam natis , quam nascituris
dispositio adaptari possit , eo enim casu appellatione filio-
rum veniunt etiam nepotes , & vltiores descendentes.
Mich. Craſ. de succes. §. fideicommissum. quest. 10.

Quod suadet etiam quod Catherina Sala & eius filij &
descendentes substituti sunt hæredes à testatore per fidei-
commissum hæredi instituto , vnde & voluntas & dilectio
erga illos manifesta fit.

Quod si ex aduerso diceretur , fideicommissum finiri
propter memoratam restrictionem in filiis Catherinæ
Sala , sequeretur inde quod si decelsissent illi relictis filiis ,
illa

illa

illa superstite manente, memoratum legatum annum illis relinquere non potuisset, cum priuatis personis relictū sit personale quemadmodum & legatum alimentorum, quod esset maximum inconueniens. Cum enim dispositio in filiis non sortitur suum effectum, in nepotibus illud sortiri debeat, maxime in testamentis.

Insuper expendenda sunt verba latissima fideicommissi, & præcipue verbum facere, cuius significatio ad quemcumque actum applicari potest: quod euidentius apparet si comparetur cum verbo eligere, cuius significatio strictissima est, vt ex se patet; & ex *l. unum ex familia. ff. de legat. 2.* Proptereaque Catherina Sala ex vi verborum substitutionem reciprocam, vel quid simile inter filios facere poterat, ex quo perpetuitati nostri legati annui fauetur, nam aliter legatum annum personam legatarij egredi non potest.

Neque illud mirum videatur. Nam idem contingit in fideicommissis, in casu alienationis, in quo electus grauari potest in fauorem eius, qui eligi poterat, & ita iudicatum fuit cum quadam Regia sententia cum votis S. S. R. C. in fauorem Iolantis Despuig lata, quæ à Ludouico Despuig fuit substituta Gaspari patri suo. Verbum vero, facere, latiorē significationem habet, quam conceditur in fideicommissis in casum alienationis. Paulatim ergo deducemus ex vi verbi facere, & ex facultate tam ampla disponendi Catherinæ Sala concessa, permissum ei fuisse legatum annum in perpetuū relinquere, vel filiis, vt placeret substituendi.

Et tandem addendum est pro coronide, quod si in dubium vertatur, cui fauendum sit in nostro casu, hæredi, an legatario, fœdere distinctionis occurrendum est. Nam in quæstione, an legatum sit, vel quantum legatum sit, fauendum est hæredi. *l. Qui concubinam. §. Cum ita legatum esset. ff. de legat. 3.* quia vt peti possit, constare debet de

de

de legato, sed postquam constat de legato, omnimode fa-
uendum est legatario, voluntates enim testatorum in legatis
plenissime interpretantur. De quo textus est plenissimus
inter cætera *in lege plenum. §. Præter habitationem. ff. de
usu. & habit. vbi usu villæ relicto potest vsuarius vti fru-
ctibus sibi & suis, & adhuc cū conuiuis: itaque ex interpre-
tatione voluntatis additur familia, & coniuæ. Quod ma-
xime admittendum est inconiunctis sanguine. Tutor enim
excusans se à tutela, remonetur à legato. *l. post legatum.
§. Amittere. ff. de his quib. ut in dign. Sed si sit coniuncta
persona, retinet defuncti voluntatem. l. Tutor. §. 1. ff. de
excusat. Menoch. lib. 4. præsumpt.**

Et sic in fauorem Leocadiæ Mey iudicandum spera-
tur. Præmaxime quia possidet bona, quæ ei adiudica-
ta fuerunt virtute dicti legati, seu fideicommissi, & quan-
tum fieri possit manutenenda est in possessione. Cætera
suppleant Iudices integerrimi.

Concedit licentiam imprimendi.

Mora R. Fisci Aduoc.

Trilles in causa
propria.

