

W. H. Jones



POR

D. TERESA DE

**Gamboa, vezina de la ciudad
de Alcala la Real.**

CONTRA

**Don Francisco de Galvez Si-
gura, vezino de la ciudad
de Antequera.**

**Impresso en Granada en casa de Martin Fernã
dez, en la calle del Pan, frontero de S. Gil.**

Año de 1627.

*que Pudo el Sr. que
de l'hispo me fero de tercio
y qual le religioime
y q' d'icid' bona maior q'
cuy meun bet onay bond.
Si viniera el 1725. auto es l'alegiti
monde n'iji p'io s'ij la f'icant*

7 Conforme al hecho deste pleyto que se refiere con puntualidad en el memorial del Relator, la pretension de doña Teresa (videlicet, q las casaf y tres arañadas de viña sobre que se tuga son bienes libres y no vinculados) se funda ex presumptione, & dispositione iuris, quia omnia bona libera præsuntur donec deseruitute, vel alia qualitate originali libertati contraria aperte, & clare doceatur, ex l. altius 8 C. de seruitut. de qua in terminis, Mascard. de probation. tomo 1. conclus. 79. a num. 5. Molin. lib. 2. cap. 6. num. 8. & ex multis Henriq. Rosental. de feud. cap. 12. conclus. 15. num. 46. Menoch. lib. 3. præsumpt. 91. num. 27. & confi. 191. num. 16. volum. 2. Petr. Surd. confi. 311. num. 10. vol. 3. Cardin. Mantic. de contract. 2. tom. lib. 23. titul. 6. num. 1.

Y esta presumpcion o calidad de que los bienes sean libres, se presume continuada en todos los poseedores y sucesores en quien se diuare el dominio o posesion dellos, quia cū sit qualitas naturalis ipsis prædijs ab origine in sita, & ab omni accidente separata, semper ad esse præsumitur, vt in gloss. in cap. si forte, de electio. in 6. tradit post alios Mascard. de prob. tom. 3. conclus. 1254. num. 86. eleganter Bald. in cap. 1. §. inter filiam, sub. num. 2. si de feud. fuerit contro. vbi traddit qualitatem possessionis paternæ semper præsumi in filiū continuatam, quem sequitur Ioann. Garc. de nobilit. gl. 12. num. 18. Tiraquel. in tract. le morte sais 5. p. declarat. r. num. 7. Petr. Gilchen. in l. siue possidetis, n. 12. C. de probat. vbi obseruat præsumptione continuationis, vt illud quod semel fuit semper in esse perseueret in omnibus prædicamentis versari, & præcipue in prædicamento qualitatis, optime Rosental. de feud. cap. 12. q. 14. lib. n. 31. Pela. de Mier. 2. tom. 3. p. q. 6. n. 33
Y esta

Y esta fue la razon porque en el cap. 1. §. inter filiam si de fraud. defuncti controuersia sit, se mandò dar la possession del predio a la hija del difunto como de bienes libres hereditarios en competencia de los agnatos tranuersales q̄ lo pretendian por bienes feudales, porque la hija entraua fundando en las dos presumpciones de derecho que estan referidas, nemp̄e quod pr̄dium originaliter, & ex natura sua sit alodialle, & liberum, & quod eius dominium, cū eadem libertatis qualitate in heredem continetur, vt aduertit gloss. communiter ab omnibus recepta, verbo, Interim, ibi: *Istud merito accidit quia iam facile fundata erat intentio eius*, vt C. de probat. l. siue possidetis. Y para excluyr a la hija era necesario q̄ los agnatos probassen que el predio era feudal y no libre, vt ex pluribus obseruat Molin. lib. 3. cap. 4. num. 34. Rolan. a Valle, consi. 2. num. 32. & seqq. lib. 3. optime Rosent. de fraud. dict. cap. 12. quæst. 14. num. 9. & 94. la qual es decision y doctrina en terminos para la determinacion deste pleyto en fauor de doña Teresa de Gamboa, con dos aduertencias. La vna que el §. inter filiam, no solo procede en la hija del difunto, sino en qualquiera otro heredero o suçessor, aunque sea extraño, en quien quedaren los derechos hereditarios, vt ex Decio, Parisio, Gozadin. & alijs traddit Roland. a Valle ad hoc videndus, dict. consi. 2. num. 28. volum. 3. La otra, que no solo procede estando vacante la possession del predio, sed etiam ipsis agnatis tranuersalibus possidentibus, vt ex pluribus obseruat idem Roland. dict. consi. 2. num. 31. volum. 3.

De lo que está dicho resultan dos efectos q̄ facilitan la inteligencia deste pleyto. El vno es que en caso que doña Teresa tuuiesse obligacio de probar que estas casas y viña son bienes li-

bres

bres, cumple bastante con la prouança que resulta de las presunciones referidas, quia paria sunt, quod quis probet, vel quod habeat pro se iuris presumptionem, quæ liquidissima probatio appellatur, ita ex l. licet Imperator, delegat. 1. post. glos. & antiquiores, tradit Dominus Couarr. lib. 2. variar. cap. 6. numer. 1. late per plures, Menoch. libr. 1. præsumptio. 36. a numer. 3. & sequentibus, vbi ex antiquorum, doctrina resoluit iuris presumptionem liquidissimam, veram & propriam esse probationem, etiam vbi probatio necessario requiritur, bene ex multis, Mascard. tom. 1. conclus. 10. num. 40 & seqq. El otro efecto es necesariamente consecutio del primero, porque eo ipso, que por la presunción de derecho tiene doña Teresa prouança bastante de su intencion, transfiere en don Fernando de Galuez la carga y obligació de prouar que las dichas casas y viña sobre que se litiga son del vínculo y mayorazgo de que dize es poseedor, vt per DD. in l. siue possidetis. C. de probatio. maximè, Baldum, versicul. *Quædam est presumpcio iuris*, num. 15. Angel. in l. sciendum, num. 26. versi. *Descendo ad presumptionem iuris*, ff. de verbor. obligatio. & ex l. generaliter, s. si petitum, ff. de fideicommiss. libertat. & alijs iuribus, tradit post plures Menoch. libr. 1. de præsumptio. quæst. 33. per totam, Mascard. tom. d. conclus. 10. a numer. 37. Fuluius Pacianus de probationib. lib. 1. capit. 12. numer. 1. & numer. 4. & sequentibus, presumpcio iuris naturalis & civilis, que pro libertate militat, onus probandi in aduersarium transferat, tradit ex pluribus, Menoch. consil. 191. num. 2. & 23. volum. 2. Henric. Rosental. de feud. ca. 12. quæstio. 15. num. 46. optime Crauetz, consil. 662. numer. 22. volu. 4. ibi; Nono respondetur presumptionem allodij naturalem esse, quia feudi qualitas non
inuasitur

3

in nascitur, verum accidit presumpcio plane naturalis
 presumpcionem omnem contrarium vincit. 1. cum qui prob
 babilem, vbi Bald. C. de Episcop. & cleric. & c. & post
 Crauetam & alios; Cardina. Mantie. de tacit.
 & ambig. contr. 2. tomo; lib. 2. tituli 4. num. 6.
 ad fin. & lib. 12. tituli 17. num. 1. ibi: Nisi ius co
 mane resistit possessioni, tunc cessat illa presumpcio, que
 est pro possessore quia possessio transfert omni probandi
 in aduersarium nisi aliqua presumpcio est contra possi
 dentem; & c. Et ita etiam ex Decijs & Roland. tra
 ditionibus conciliat Menoch. lib. 2. presumptr.
 9. num. 78. V. assi. don Fernando de Galvez. So
 gura, aunque fuessse teo y poseedor, est uiera
 y esta obligado a probar con eluyentente el
 titulo con que pretede defenderse; ex optimo
 & fortissimo text. in cap. 1. de prescrip. in 6. ex
 quo regulariter assertionem hanc defendunt
 in numeri quos allegat Petrus Gilchen in tra
 ctatu de prescrip. 2. par. membro 1. cap. 9. a num.
 2. Galpat Schafp. de egerus omnino ad hoc vio
 dendus ad Anton. Fabr. lib. 1. tracte 6. que est. 5.
 & in terminis Molin. lib. 2. cap. 6. num. 8. don
 de resuelne, que el poseedor que defende los
 bienes por vinculados, respecto la resisten
 cia que le haze la presumpcion natural, tiene
 obligacion a probar el titulo de su posesion,
 & sequitur Mier. 2. tom. in inicio, 3. par. num. 78.
 Supuesto pues, que don Fernando de Gal
 vez, sin duda alguna tiene obligacion de pro
 uar y mostrar, que estas bienes son vinculados
 y de mayorazgo, es forzoso que esto sea por al
 guo de los modos expresados por la ley 4.
 de Toro, que ho die est. l. 1. tit. 7. lib. 3. Recopi.
 La qual puso y señalo la forma precisa por do
 de drue constar y prouarle ser los bienes vincu
 lads y de mayorazgo, videlicet, o mostrando
 se y presentandose la escritura de la institucion
 y fundacion del mismo mayorazgo, y la facult

ca. B. cal con que se hizo, o por testigos que de
pagan en la forma que el derecho quiere, del q
teñor de las dichas escrituras, o por costumbre d
inmemorial, prouada en los requisitos y calida
des que en la dicha ley se declaran ita c p t e l l e s
doce. Molin. lib. 2. c. 6. n. 8. l. u. i. c. i. d. i. 3. n. 1. b. a
X por ninguno de estos modos tiene funda
mento ni prouanga la presençion de don Fern
nando. rinos h. ougan. q. cupilo. d. u. m. a. i. u. n. b. a. n. o.
Porque si se quiere valer de la escritura, tie
tulo de la institucion y fundacion del mayor
razgo, de que dichos sucesor y poseedor, de q
se haze relacion memorial folio. Esta instituc
cion y fundacion tiene dos partes: la vna es la
mejora que hizo don fernando el señor
Doctor Hernando de Galvez en el señor don
Fernando de Galvez su hijo, para la qual señalo
los bienes expresados en la misma escritura, q
aua montaron mas que el dicho fernando y quina
tos y seis se sacaron y adjudicaron la particion que
se hizo entre el enrador del dicho señor don Fern
nando y su madre y hermanos, sin que en estas
adjudicaciones del dicho fernando y quinto, ni tam
poco de la legitiua paterna en esta en la casa ni
vna sola que se es el pleito sin otro vna ha
za en el partido del vado del Texar, como se reo
figre en el memorial folio. Por manera que
en el y en el dicho fernando y quinto, es cosa lla
cierta que no queda comprehendida ni adju
dicada de la casa ni campo o la rra y antes
por la escritura de trueco y permutacion que
el dicho señor don fernando hizo del que es ha
ño de y. con su madre, consta que en esta ma
le dio las dichas casas y viñas, como bienes p
bres, y que el dicho en trueco la hizo que est
resida del Vado al Texar, como folio y adia
segunda parte de la crenon y titulo del mayor
razgo. es el grauamen con que la dicha mejora

setizo de que lo que cupiese al dicho señer don Fernando de sus legitimas paternas y maternas lo avia de llevar en bienes rayzes, y juntarlos con los de la mejora para possesion de los dos juntos con los mismos vinculos y condiciones, y que expressamente lo avia de consentir ante el curiano, obligado de y dando fianças de sus legitimas, dexaria vinculada otra qualquier heredad para aumento del dicho mayorazgo. Y en esta parte de las legitimas non sy ni se puede considerar calidad ni gravamen de vinculo ni mayorazgo en los bienes que a ellas pudieren pertenecer, porque es llano de derecho, q no es para esto poderota la disposicion del padre, ex l. quoniam in priorib. C. de inoffic. testam. cum alijs similibus, docet Domin. Molina lib. 2. cap. 1. num. 29. Jacob. Cancer varia. cap. 3. num. 22. & 23. lib. 3.

Contra esto dirá la parte contraria, que aunque es verdad que regularmente no puede el padre quitar las legitimas de sus hijos, pero quando les dexa por dolo las legitimas, sine el accio o quanto que pudiera dexar a otros, entonces puede muy bien poner sobre todo el gravamen que quisiere, y esta disposicion es legitima y valida, ex sola voluntate patris, sin tener necesidad del consentimiento del hijo, per textum in labeo C. de fideicommissis, & l. si pater puelle, C. de inoffic. testam.

Sed respondetur, que esta proposicion y conclusión es contra derecho, porque la verdadera y comun resolucion es, que aunque con las legitimas dexa el padre tercio y quinto, imponiendo el gravamen en todo, este gravamen no cabe ni se puede sustentar en las mismas legitimas, aunque se sustenta en la que fuera de ellas, dexase pudiendolo dexar a otro hijo, o a un extraño por la dicha l. abeo. C. de fideicommissis

8 per text. in dict. l. si pater puellæ, C. de in of-
fic. testamento. Y estos textos y las demás do-
ctrinas que para el proposito contrario se pudie-
ran alegar, no pueden proceder en el grauamē-
de las legitimas, quanto quiera que se dexē co-
ellas muchos mas bienes, porque en quanto a
ello estan corregidas las dichas leyes, y todas
las disposiciones que auia de derecho antiguo,
ex ratione decissionis, licet in prioribus, C.
de inoffic. testam. tradit gloss. verbo, *Iudicium*
verbi. Item consensu filij in l. si quando, §. & ge-
neraliter, Domin. Molin. dict. lib. 2. cap. 1. ex. n.
29. cum alijs seqq. & ita ex optimis fundamen-
tis se juzgó in Senatu Dolanensi, vt testatur
Gibellus de eis. 134. num. 9. & decis. 61. nume-
14. de 15. *alim. o. l. 1. ob. audiamus quis in u. s. m. a.*

Iterum etiam se responde, que la conclusio
de que el grauamen se sustenta en lo que se dexa
y ultra legitimam etiam si reijciatur ab illa,
procedia ex iure communi antiguo en los hijos
emancipados, pero en los que estauan en la po-
testad del padre (como lo estaua el señor don
Fernando de Galvez quando su padre hizo en
ella mejora) se hazen dos distinciones. La pri-
mera entre el grauamen puesto, sub conditio-
ne potestatiua, y el que se pone sub conditio-
ne casuali vel mixta. En el primero caso es recibi-
da la opinion de que el dicho grauamen se sus-
tenta, saltem in residuo ultra legitimam. Y en
el segundo caso, aunque no carece de cotrouer-
sia, tamen ex noua l. 1. r. titu. 4. par. 6. & eius ve-
riore intelligentia receptum est, quod grauamen
sub predicta conditioe casuali, vel mixta ge-
neraliter impositum, tam legitima, quam ab
alijs bonis a patre relictis omnino reijciatur, vt
post disputationem, resoluit Domin. Molin. v-
bi proxime, num. 30. cum seqq. La segunda dis-
tincion que se haze es, entre la disposicion que

contie-

5
 contiene el gravamen impuesto separatim, & specialiter en lo que se dexa fuera de las legitimas, quedando ellas libres, y la disposicion en que el dicho gravamen este puesto, generalmēte en todos los bienes, assi de las legitimas como los demas que se dexan juntamente con ellas. En el primero de estos casos se admite y concede la conclusion de que el gravamen se sustenta en el residuo.

Bero en el segundo caso, es llano que en nada se sustenta, y que todos los bienes, assi los que pertenecen a las legitimas, como los demas, quedan absolutamente libres y sin la calidad del gravamen que se les impuso, porque como fue general comprehendiendolo todo, y las legitimas, no lo pudieron admitir, tampoco substitiō ni pudo conservarse en el residuo; ita notabiliter observat, Dom. Molin. d. l. 2. cap. 1. nu. 36. ibi: *Ex qua l. partitarum sic intellecta inferri poterit novus, ac subtilis intellectus, ad l. 27. Tauri, qua est l. 1. titu. 6. libr. 2. Recopil. nam quamvis mea causum sit parentem posse filijs, ac descendētibz certo ordine observato, in tertia & quinta bonorum suorum portione, quae cumque gravamina, & conditiones apponere, ac intelligendum erit dummodo ear conditiones, si casuales, aut mixtae sint in solo tertio & quinto specificē, ac separatim apponant, si enim in omnibus bonis suis, seu in legitima, ac tertio & quinto, simul filijni heredem sub his conditionibus instituerit ne dum ex legitima, sed etiam ex tertio & quinto rejicientur, ex d. l. partitarum decisione. Ideoque pater volens filijs in tertia & quinta bonorum suorum parte, huiusmodi conditiones apponere, id specificē, ac separatim in tertio & quinta parte facere debet, ut filij, ex decisione, d. l. partitarum, tam legitime, quam in testamento in libere consequantur, quod optime advertit Gregor. Lop. in eadem l. 1. parti. in glof. de verbo. Ne, in pace, & quamvis id ad intel. Molin. d. l. 27. Tauri, non deducatur, sed hoc in terminis d. l. 27. Tauri, &*

rum esse censuit, Peralta in d. l. i. ff. de legat. 2. n. 12.
Y este vltimo caso es el deste pleyto, porque el grauamé de vinculo que el señor Doctor Hernando de Galvez impulso en los bienes del señor don Hernando de Galvez su hijo, no fue solamente en el tercio y quinto, sino absoluta y generalmente en el tercio y quinto, y sus legitimas paterna y materna, y asi en nada se pudo sustentar.

Dirá lo segundo la parte contraria, que quando el grauamen del vinculo no pudiesse consistir por sola la voluntad del padre, pero que con el consentimiento del hijo consistió y quedó valido, no solo en el tercio y quinto, sino tambien en las legitimas, porque estas se pueden grauar, interuiniendo el dicho consentimiento, vt tradit glol. in d. l. si quando, s. & generaliter, verb. *Iudicium*, C. de inoffic. testam. qua sequuntur, D. D. quos refert & sequitur, Molin. lib. 2. cap. 3. num. 7. Y como el señor Doctor Hernando de Galvez hizo el vinculo y mayorazgo con la calidad de este consentimiento, y pidiendo a su hijo que lo hiziesse, memor. fol. con auez sucedido en los bienes, y possedyolos todos, parece que consentió y aprobó el grauamen, ex textu in l. si is qui penultim. s. quid ergo, & l. fin. s. si legatario, ff. de inoffic. testamentar.

A esto se responde. Lo primero, que aunque es verdad que el consentimiento del hijo es bastante para que se sustente el grauamen y vinculo en las legitimas, pero este consentimiento ha de ser expreso y no basta el tacito que resulta de auez sucedido en todos los bienes y possedyolos, porque esta sucesion y posesion se presume auez sido por su propio derecho en todo aquello que no se le pudo grauar al hijo, y ninguna aprobacion o consentimiento tacito puede obrar en perjuizio de las legitimas, vt

3

probat

vt probat in terminis textus expressis in dict.
 l. si quando, §. & generaliter, & de inoffic. test.
 tam ibi: Nisi hoc specialiter, sine in approba sine in
 transactione scriperit, vel pactus fuerit, &c. Obser-
 uat Dominus Molin. dict. lib. 2. cap. 2. num. 9. ver-
 sic. Quod intelligendum sibi. Quod intelligendum erit
 nisi ad id primogenium ex filiis, seu ascendentium
 legitime instituentiam eorumdem consensus interuenire
 consensuque ipsius iuramento ac ceteris vinculis de qui-
 bus infra isto libr. cap. 3. dicemus vallatus fuerit. Et
 rursus dict. cap. 3. num. 7. ibi: Tertius casus ubi e-
 riam valebit primogenij institutio in legitima absq. Re-
 gia facultate est, quando filius expresso consentit graua-
 mini, & approbat ex propria ac quo spontanea voluntate
 maioratum a patre institutum, & vnus ac conditione
 sine appositione. Per egrum artic. 36. num. 86. & 87.
 & 88.

...o segundo se responde, que en todo este
 pleyto no ay ni conha que vuisse consentimie
 to expresso ni ratifico del señor don Fernando
 de Galvez en el grauamen de sus legitimas,
 y no solo no ay el dicho consentimiento, pero
 ay acto expresse en contrario en los mismos
 bienes sobre que agora se litiga por la escritura
 de trueco que esta referida, en la qual dize el se-
 ñor don Fernando a su madre la haze del vado
 el diez que lo doy y se le adjudico por legiti-
 ma de su padre, me non solo y a su madre le
 dio x o trueco las casas y viña sobre que es este
 pleyto, y ha y no y otros bienes de diez y ero
 aron por libras, y se obligaron a la euiccion y
 saneamiento en la forma necesaria, de lo qual
 resulta que el señor don Fernando no solo no
 renunció al grauamen, pero dispuso de los bie-
 nes de sus legitimas como de bienes libres.
 En lo tercero se responde, que por la escritura
 de trueco que esta referida, es cosa y es cosa tier-
 ra, que estas casas y viña no fueron bienes de la
 legiti-

dit or

legitima paterna del señor don Fernando de Galvez, ni tampoco de la legitima materna, porque los vno y adquirio en vida de su madre por contrato entre viuos, que le dio titulo y derecho particular y diferente del derecho y herencia de la legitima en q despues sucedio por muerte de la dicha su madre; y asi por ningun camino pudieron estos bienes caer ni ser comprehendidos en el vinculo, aunque lo estuuiessen las legitimas.

Y no obstara si se replicare que la haza del Vado del Texar era de la legitima paterna del señor don Fernando, & per consequens, estava comprehendida en el vinculo, y por auerse dado en trueco della las dichas casas, y viña quedaron subrogadas en lugar de la misma haza, y afectas con la carga del mismo vinculo.

Porque se respõde, que demas de no ser cierto q las legitimas del señor don Fernando, quedaron vinculadas, & per consequens, tampoco la haza (vt ex superioribus prouauimus) tampoco es cierto que aunque la haza fuesse vinculada lo auia de quedar y subrogarse en su lugar los bienes que por ella se trocaron, porque esta subrogacion con la calidad del mismo vinculo solamente sucede quanto el trueco se haze con facultad Real, y con los requisitos y solemnidades necessarias, y no quando se haze sin la dicha facultad y requisitos, como se hizo entre el señor don Fernando y su madre: ita notabiliter obseruat Domin. Molin. lib. 4. cap. 4. num. 30. *libi Pro huius autem questionis resolutione distinguendum esse videtur, non aut res vendita fuit absque Regia facultate, et aliter quod alienatio ipsa nulla sit, seu Regia facultate presidente ea lege concessa, ut ex practico illius alia res ipsi maior anni comparatur. In primo casu dicendum est, nec prout in; nec in ex practico comparatam in maiore subrogari, et in unum (vt infra a s-*

to lib. c. 6. dicemus.) res maioratus non possint alienari
 Et ex pretio illarum alie res in maioratu subrogentur,
 nisi Regia facultate precedente, ac per consequens deo-
 ditio rei maioratus nulla sit sequentes successores rem
 male alienatam revocare poterunt ad pretium autem,
 nec ad rem ex illa emptam. nisi aliquid non habebunt,
 &c. Y aunque el trueco estuiera hecho con fa-
 cultad Real, fueralo mismo, por no averse tro-
 cado los bienes, expresamente para el mayo-
 razgo, sino para el señor don Bernando de Gal-
 uez, vt prosequitur, & docet ad m. D. Moli. vbi
 proximè num. 35. verè Tertius. caso. s. in no. Y

Ex superioribus ergo resultat, que don Fer-
 nando de Galvez Segura no tiene, ni muestra
 en este pleyto escritura, ni titulo alguno por
 donde conste que estas tasas y viña sobre que
 se litiga, sean bienes vinculados, sed potius por
 las mismas escrituras y titulos que estan presen-
 tados, consta ser bienes libres, y no comprehen-
 didos en el vinculo y mayorazgo. s. in no. 2090

Y en quanto al segundo punto con que dice
 la ley del Reyno, que el mayorazgo se puede
 mostrar y probar, videlicet, por costumbre in-
 memorial, tampoco ay en este pleyto funda-
 mento alguno, ni probança de don Fernando
 de Galvez Segura, ni la pudiera aver in memo-
 rial, en la forma, y con los requisitos de la l. 1.
 de Toro ibi: Y assi misma por costumbre inmemorial
 prouada con las solidades q. conluyan los passados aver
 tenido y posseido aquellos bienes por de mayorazgo, es
 a saber, que los hijos mayores legitimos, y sus descendien-
 tes sucedian en los dichos bienes por de mayorazgo, caso
 que el tenedor del dexasse a su hijo, a hijos legitimos, sine
 darles los que sucedian en el mayorazgo alguna cosa, o
 equivalencia por suceder en el. Porque no se puede
 verficar en el caso de este pleyto esta costumbre
 inmemorial, o requisitos, por constar del prin-
 cipio, y titulo del mismo mayorazgo, en que

no
 D no

no estan estos bienes y porque ninguno de los dichos requisitos está verificado; y porque siendo a dominicos y circunstancias necesarias, todas las que ponía para que la prouança conluya a la calidad de mayorazgo, qualquiera de ellas que falte, haze falta en la sustancia: ex Bald. in l. 9. in principio. C. de edict. a. si p. se queitur post alios, Steph. a. Gratian. 4. part. disceptatio. Forens. cap. 7. 25. numero. & inter ceteris, ad d. l. 41. Tabari, mult. tradit. ens. l. de m. tradit. Mier. ad paito. q. 4. l. 1. in l. 1. m. 178. & se q. p. 10. q. 19. ad

Y contra esto no obsta dezir que las dichas casas, y otras se han poseydo como bienes vinculados, y q. esta posesion se ha de continuar y comparar por lo menos en el iuzio possessorio do quid ay se trata. Porque se responde: Lo primero, que como está dicho, no consta ni ay prouança alguna de la dicha posesion, antes la ay por parte de doná Teresa, con muchos refugos que dizen y concluyen con razones bastantes; en esto possleydo como bienes libres, de que se haz oración en el memorial, fol. 6. v. l. 1. Lo segundo se responde; que aunque huiese prouança de posesion en fauor del mayorazgo, está no sobra ni puede ser bastante; no siendo de prescripción y costumbre inmemorial, con las calidades expresadas en la dicha ley de Toro, vt consentiunt omnes Doctores, quando hinc materia loquuntur precipue, Molin. d. lib. 2. cap. 6. num. 2. ubi: *Quia dicunt aliqua bona esse in iura aut in rebus in iura disposita, et sic, cum ex iuris presumpcione bona semper liberi, non autem primogenito, nec comari, nisi subiecta presuntur, l. 1. al. ius. 6. de seruicij. cap. 5. inter filiam si de vend. fuerit contra etc. Et apud alibi in modo prescripionem, ubi dicitur in memoria, et in iuris inmemoriale necessarium est, et p. 1. 1. cum similibus de Prescrip. in 6. Mancoz sig. d. l. 1. r. p. 1. numero. 6. tit. 7. libr. 5.*

Recop. Azuned. num. 14. Mier. a. tom. 4. part. 4. q. 2. ff. 20. num. 111. & num. 126. & num. 210. & num. 335. Donde indistintamente el y los demas Doctores consiellan que para probar que los bienes de que se trata son de mayorazgo es necesaria la inmemorial con los requisitos de la ley 41. de Toro *in omnibus in iudicio*.
 Y en terminos que en el juyzio posesitorio y sumario, la prouança de la calidad de vinculo y mayorazgo, ha de ser de inmemorial, con las calidades de la ley 41. en su in iudicio tenet resoluunt communiter homines & praxi receptum testatu. Molin. lib. 3. cap. 13. dum. 54. Auedan. in l. 45. Tauri. gloss. num. 3. Raz. in tracta. de re cur. cap. 27. per totum, maxime, nu. 16. no ob. Terrio & y l'imo respondeur, q. como quiera que fuesse qual quier posesion i que el mayorazgo hubiesse tenido destas: casas y viña, no se podia aprovechar, porque ha tenido por titulo y causa la de posesion y testamento del tenedor. Hernando de Galunz, que no fue bastante sin facultad Real, lo es en su consentimiento expreso de su hijo (como no domino) para vincularle sus leges mas. Demas de que por la particion, y por la escritura del estubo, que estã referidas, consta que la dicha casa y viña ha en tido en ellas, ni en el tercio y quarto, y q. si fuesse posesion visiplex y uia, originada y canbada de titulo inualido, de que no puede resultar prescripcion ordinaria ni inmemorial, ni otro efecto alguno considerable quia possessio vitiosa sine causa & titulo occupata pro feudali non relebat, vt per Manric. de contractib. 2. tom. lib. 23. tit. 5. num. 111. Et in terminis resoluunt Molin. lib. 2. cap. 6. num. 63. vbi dicitur Si vero titulu & numeris sequeantibus. Dobbendize, que quando el titulo que se presenta de calidad que no puede ser causa de prescripcion, y conñado

in iudicio

de lo que

que este tal titulo dio causa y principio a la posesion que se alega, ex eo vis immemoralis prescriptionis omnino corrumpitur, quia cum mala fide processerit, & iuris errore causata. Et tandem, num. 69. ad finem, resoluit in hoc casu immemoriam prescriptionem, valere non posse, tanquam immemoriam, nec etiam, tanquam centenariam, neque quadragenariam cum titulo, cum enim (inquit Molin.) ob mala fidei presumptionem immemoriam, hoc casu non procedat a fortiori a centenaria & quadragenaria, eadem ratione exclusae censentur.

3. Tampoco obsta dezir, que el tutor y curador de don Fernando de Galvez, arrendó las casas en su nombre el año de 596. Y que en la cuenta que el dicho curador, y vn procurador de doña Teresa, hizieron del ratico de los frutos del mayorazgo que auia de auer la dicha doña Teresa, hasta la muerte de su hija, pusieron la renta de las dichas casas, como bienes del dicho mayorazgo, como parece del memorial, fol.

Porque se responde, que el arrendamiento, ni otro ningun hecho del curador de don Fernando, no pudieron causar perjuizio al dueño y heredero de los bienes libres, ni induzir en ellos el vinculo que no auia, ni tampoco fue poderoso para esto lo que hizieron el dicho curador, y el procurador de doña Teresa en el ratico y cuenta de los frutos, pues todo fue conocido error, y no solo el hecho o assercion de estos verceros, no pudo obrar semejante efecto, pero aun que fuese confesio llana de la dicha doña Teresa, que es la parte formal, adhuc, no fuera bastante para hazer, ni que se tenga por vinculado lo que es alodial y libre, vt ex Berneri sententia post Paris de Pur. Ruynum, Brunf. Cephal. & alios, tradit Sard. consil. 3. in nu. 37. volum. 3. Menoch, consil. 191. in nu. 59. & seq. & num. 71. vol. 2.

Iterum

Iterum etiã, se responde, que como quie-
 ra que fuessen ò scan estas cõfessiones o actos
 que en fauor del mayo razgo se consideran, no
 pueden considerarse en fuerça de titulo, ni fun-
 dacion del mismo mayorazgo, en quanto a es-
 tos bienes, porque no lo son, ni tampoco en
 fuerça de actos de possession, porque no fuera-
 ni es possession bastante la que dellos podia re-
 sultar para induzir y prouar el vinculo, porque
 ha de ser possession inmemorial, y con las cali-
 dades y requisitos de la ley d Toro, vt superius
 probauimus.

De lo que está dicho resulta con euidencia
 que aunque el pleyto fuera sobre el derecho d
 la propiedad, tuiera y tiene notoria justicia do-
 ña Teresa de Gamboa, contra la pretension de
 don Fernando, porque le assiste la presuncion
 natural, y la del derecho, que transiere en el di-
 cho don Fernando, la carga de prouar que los
 bienes son vinculados, y el no auerse mostrado
 titulo ni possession bastante, ni otra cosa conq
 esto se prouue.

Pero en este iuyzio possessorio tiene menos
 dudado que está dicho, porque en el no cabe
disputa ni conocimiento de pretensiones o de
rechos que miran a la propiedad; mà yormente
tan intricados y dificultosos, como lo es el q
pretende tener don Fernãdo a estos bienes so-
bre q se litiga, vt. ex l. i. C. de edict. Diui Adria.
Tollend. tradunt. ibi DD. Menoch. de Adipisc.
cond. reme dio 4. num. 375. & seqq. Et late per
Cephalum; toto consi. 387. maxime a num. 75.
& postea a num. 114. y elum. 3. optimè Stephãno;
Gracian; discrepat. Forens. cap. 342. numer. 12.
Achil. Persona. In tracta. de adipiscend. posses-
sione, num. 408. versic. Sed ego, & versic. Sic neque
est etiam, Paz in tractat. de tenut. i. part. cap. 29.
num. 56. quod vtique non solum praticari, &

obseruari debet, quando la excepcion del terce-
 ro, que se muestra contradicor en el juyzio pos-
 sessorio, es inericada por la escuridad del he-
 cho, sino tambien y con mayor razon quando
 lo es por la dificultad del derecho. Socin. Sen-
 confi. 59. sub num. 2. in fin. libr. 3. in terminis,
 Roland. confi. 22; a num. 36. & seqq. volumi. 3.
 & late ex plurius Rota, & aliorum Tribuna-
 lium, decisionibus Scatil. Pacifici in tractat. de
 salian. interdict. in aspect. 2. cap. 2. integra colu-
 a num. 86. & seqq. Y por esta razon de tres ca-
 sos que se pueden cõsiderar. Vno claro y sin du-
 da en favor del mayorazgo. Y otro tambien cla-
 ro y sin duda en favor de la heredera de los bie-
 nes libres. Y el tercero dudoso por ambas par-
 tes. En solo el primero puede obtener en el juy-
 zio possessorio, el que pretende ser los bienes
 vinculados, pero en los dos vltimos ha de obte-
 ner precissamente quien pretende que son li-
 bres, porque en el caso claro, esto es cierto, y en
 el dudoso tambien, respeto de que siempre en
 duda se deue juzgar por la libertad de los bie-
 nes, vt per Menoch. lib. 3. presump. 91. nu. 15.
 Rosental. de feud. cap. 12. conclusi. 74. num. 59.
 Mant. ic. tom. 2. lib. 23. tit. 7. num. 80. & num. 90.
 vbi ex pluribus, tradit in dubio pro allodio iu-
 dicandum esse, Aymon Crauetz, de consil. 662.
 num. 19. volu. 4.
 Y assi quocumque iudicium y conuencatur,
 se hallará justificada la presençion de doña Te-
 resa de Gamba en este pleyto, para ser ampa-
 rada en la possession judicial que se le dio de
 los bienes, como heredera de su hija, con firmã
 de la sentençia del juez inferior. Prouita su-
 tuum speramus. Salua V. D. C. de ho. p. lib. 9.
 A. de ho. p. lib. 9. tit. 7. cap. 1. num. 1. et 2. et 3. et 4. et 5. et 6. et 7. et 8. et 9. et 10. et 11. et 12. et 13. et 14. et 15. et 16. et 17. et 18. et 19. et 20. et 21. et 22. et 23. et 24. et 25. et 26. et 27. et 28. et 29. et 30. et 31. et 32. et 33. et 34. et 35. et 36. et 37. et 38. et 39. et 40. et 41. et 42. et 43. et 44. et 45. et 46. et 47. et 48. et 49. et 50. et 51. et 52. et 53. et 54. et 55. et 56. et 57. et 58. et 59. et 60. et 61. et 62. et 63. et 64. et 65. et 66. et 67. et 68. et 69. et 70. et 71. et 72. et 73. et 74. et 75. et 76. et 77. et 78. et 79. et 80. et 81. et 82. et 83. et 84. et 85. et 86. et 87. et 88. et 89. et 90. et 91. et 92. et 93. et 94. et 95. et 96. et 97. et 98. et 99. et 100. et 101. et 102. et 103. et 104. et 105. et 106. et 107. et 108. et 109. et 110. et 111. et 112. et 113. et 114. et 115. et 116. et 117. et 118. et 119. et 120. et 121. et 122. et 123. et 124. et 125. et 126. et 127. et 128. et 129. et 130. et 131. et 132. et 133. et 134. et 135. et 136. et 137. et 138. et 139. et 140. et 141. et 142. et 143. et 144. et 145. et 146. et 147. et 148. et 149. et 150. et 151. et 152. et 153. et 154. et 155. et 156. et 157. et 158. et 159. et 160. et 161. et 162. et 163. et 164. et 165. et 166. et 167. et 168. et 169. et 170. et 171. et 172. et 173. et 174. et 175. et 176. et 177. et 178. et 179. et 180. et 181. et 182. et 183. et 184. et 185. et 186. et 187. et 188. et 189. et 190. et 191. et 192. et 193. et 194. et 195. et 196. et 197. et 198. et 199. et 200. et 201. et 202. et 203. et 204. et 205. et 206. et 207. et 208. et 209. et 210. et 211. et 212. et 213. et 214. et 215. et 216. et 217. et 218. et 219. et 220. et 221. et 222. et 223. et 224. et 225. et 226. et 227. et 228. et 229. et 230. et 231. et 232. et 233. et 234. et 235. et 236. et 237. et 238. et 239. et 240. et 241. et 242. et 243. et 244. et 245. et 246. et 247. et 248. et 249. et 250. et 251. et 252. et 253. et 254. et 255. et 256. et 257. et 258. et 259. et 260. et 261. et 262. et 263. et 264. et 265. et 266. et 267. et 268. et 269. et 270. et 271. et 272. et 273. et 274. et 275. et 276. et 277. et 278. et 279. et 280. et 281. et 282. et 283. et 284. et 285. et 286. et 287. et 288. et 289. et 290. et 291. et 292. et 293. et 294. et 295. et 296. et 297. et 298. et 299. et 300. et 301. et 302. et 303. et 304. et 305. et 306. et 307. et 308. et 309. et 310. et 311. et 312. et 313. et 314. et 315. et 316. et 317. et 318. et 319. et 320. et 321. et 322. et 323. et 324. et 325. et 326. et 327. et 328. et 329. et 330. et 331. et 332. et 333. et 334. et 335. et 336. et 337. et 338. et 339. et 340. et 341. et 342. et 343. et 344. et 345. et 346. et 347. et 348. et 349. et 350. et 351. et 352. et 353. et 354. et 355. et 356. et 357. et 358. et 359. et 360. et 361. et 362. et 363. et 364. et 365. et 366. et 367. et 368. et 369. et 370. et 371. et 372. et 373. et 374. et 375. et 376. et 377. et 378. et 379. et 380. et 381. et 382. et 383. et 384. et 385. et 386. et 387. et 388. et 389. et 390. et 391. et 392. et 393. et 394. et 395. et 396. et 397. et 398. et 399. et 400. et 401. et 402. et 403. et 404. et 405. et 406. et 407. et 408. et 409. et 410. et 411. et 412. et 413. et 414. et 415. et 416. et 417. et 418. et 419. et 420. et 421. et 422. et 423. et 424. et 425. et 426. et 427. et 428. et 429. et 430. et 431. et 432. et 433. et 434. et 435. et 436. et 437. et 438. et 439. et 440. et 441. et 442. et 443. et 444. et 445. et 446. et 447. et 448. et 449. et 450. et 451. et 452. et 453. et 454. et 455. et 456. et 457. et 458. et 459. et 460. et 461. et 462. et 463. et 464. et 465. et 466. et 467. et 468. et 469. et 470. et 471. et 472. et 473. et 474. et 475. et 476. et 477. et 478. et 479. et 480. et 481. et 482. et 483. et 484. et 485. et 486. et 487. et 488. et 489. et 490. et 491. et 492. et 493. et 494. et 495. et 496. et 497. et 498. et 499. et 500. et 501. et 502. et 503. et 504. et 505. et 506. et 507. et 508. et 509. et 510. et 511. et 512. et 513. et 514. et 515. et 516. et 517. et 518. et 519. et 520. et 521. et 522. et 523. et 524. et 525. et 526. et 527. et 528. et 529. et 530. et 531. et 532. et 533. et 534. et 535. et 536. et 537. et 538. et 539. et 540. et 541. et 542. et 543. et 544. et 545. et 546. et 547. et 548. et 549. et 550. et 551. et 552. et 553. et 554. et 555. et 556. et 557. et 558. et 559. et 560. et 561. et 562. et 563. et 564. et 565. et 566. et 567. et 568. et 569. et 570. et 571. et 572. et 573. et 574. et 575. et 576. et 577. et 578. et 579. et 580. et 581. et 582. et 583. et 584. et 585. et 586. et 587. et 588. et 589. et 590. et 591. et 592. et 593. et 594. et 595. et 596. et 597. et 598. et 599. et 600. et 601. et 602. et 603. et 604. et 605. et 606. et 607. et 608. et 609. et 610. et 611. et 612. et 613. et 614. et 615. et 616. et 617. et 618. et 619. et 620. et 621. et 622. et 623. et 624. et 625. et 626. et 627. et 628. et 629. et 630. et 631. et 632. et 633. et 634. et 635. et 636. et 637. et 638. et 639. et 640. et 641. et 642. et 643. et 644. et 645. et 646. et 647. et 648. et 649. et 650. et 651. et 652. et 653. et 654. et 655. et 656. et 657. et 658. et 659. et 660. et 661. et 662. et 663. et 664. et 665. et 666. et 667. et 668. et 669. et 670. et 671. et 672. et 673. et 674. et 675. et 676. et 677. et 678. et 679. et 680. et 681. et 682. et 683. et 684. et 685. et 686. et 687. et 688. et 689. et 690. et 691. et 692. et 693. et 694. et 695. et 696. et 697. et 698. et 699. et 700. et 701. et 702. et 703. et 704. et 705. et 706. et 707. et 708. et 709. et 710. et 711. et 712. et 713. et 714. et 715. et 716. et 717. et 718. et 719. et 720. et 721. et 722. et 723. et 724. et 725. et 726. et 727. et 728. et 729. et 730. et 731. et 732. et 733. et 734. et 735. et 736. et 737. et 738. et 739. et 740. et 741. et 742. et 743. et 744. et 745. et 746. et 747. et 748. et 749. et 750. et 751. et 752. et 753. et 754. et 755. et 756. et 757. et 758. et 759. et 760. et 761. et 762. et 763. et 764. et 765. et 766. et 767. et 768. et 769. et 770. et 771. et 772. et 773. et 774. et 775. et 776. et 777. et 778. et 779. et 780. et 781. et 782. et 783. et 784. et 785. et 786. et 787. et 788. et 789. et 790. et 791. et 792. et 793. et 794. et 795. et 796. et 797. et 798. et 799. et 800. et 801. et 802. et 803. et 804. et 805. et 806. et 807. et 808. et 809. et 810. et 811. et 812. et 813. et 814. et 815. et 816. et 817. et 818. et 819. et 820. et 821. et 822. et 823. et 824. et 825. et 826. et 827. et 828. et 829. et 830. et 831. et 832. et 833. et 834. et 835. et 836. et 837. et 838. et 839. et 840. et 841. et 842. et 843. et 844. et 845. et 846. et 847. et 848. et 849. et 850. et 851. et 852. et 853. et 854. et 855. et 856. et 857. et 858. et 859. et 860. et 861. et 862. et 863. et 864. et 865. et 866. et 867. et 868. et 869. et 870. et 871. et 872. et 873. et 874. et 875. et 876. et 877. et 878. et 879. et 880. et 881. et 882. et 883. et 884. et 885. et 886. et 887. et 888. et 889. et 890. et 891. et 892. et 893. et 894. et 895. et 896. et 897. et 898. et 899. et 900. et 901. et 902. et 903. et 904. et 905. et 906. et 907. et 908. et 909. et 910. et 911. et 912. et 913. et 914. et 915. et 916. et 917. et 918. et 919. et 920. et 921. et 922. et 923. et 924. et 925. et 926. et 927. et 928. et 929. et 930. et 931. et 932. et 933. et 934. et 935. et 936. et 937. et 938. et 939. et 940. et 941. et 942. et 943. et 944. et 945. et 946. et 947. et 948. et 949. et 950. et 951. et 952. et 953. et 954. et 955. et 956. et 957. et 958. et 959. et 960. et 961. et 962. et 963. et 964. et 965. et 966. et 967. et 968. et 969. et 970. et 971. et 972. et 973. et 974. et 975. et 976. et 977. et 978. et 979. et 980. et 981. et 982. et 983. et 984. et 985. et 986. et 987. et 988. et 989. et 990. et 991. et 992. et 993. et 994. et 995. et 996. et 997. et 998. et 999. et 1000.